

Vatandaşların Anayasal Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesi'nin Rolü (Endonezya Anayasası'na Dayalı Bir Değerlendirme)¹

*Prof. Dr. Achmad Sodiki**

Giriş

Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme'ye ilave olarak yargı yetkilerini kullanan organlardan biri olmak üzere, 1999-2002 döneminde anayasada (1945 Anayasası) yapılan değişiklikler sonucunda kurulmuş bir yargı organıdır. Değiştirilmiş haliyle 1945 Anayasası'nın 24C maddesinin 1. fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin ana görev ve işlevinin anayasayı korumak ve gözetmek olduğunu belirtmektedir. Bu, Anayasa Mahkemesi'nin anayasadaki norm ve hükümlerin sadece bir dizi anlamsız harf ve cümleden ibaret olmamasını, aksine devlet hayatında gerçeğe dönüşmesini ve uygulanmasını sağlaması demektir.

Anayasanın korunması için, 1945 Anayasası'nın 24C maddesinin 14. fıkrası, Anayasa Mahkemesi'nin 4 (dört) anayasal yetkiye ve bir anayasal yükümlüğe sahip olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin dört yetkisi şunlardır: (1). Kanunların 1945 Anayasası'na uygunluğunu denetlemek; (2). 1945 Anayasası'nın tanımış olduğu yetkilere sahip devlet organları arasındaki ihtilaflar hakkında karar vermek; (3). Siyasi partilerin feshi hakkında karar vermek ve (4). Genel seçimlerin sonuçlarına ilişkin ihtilaflar hakkında karar vermek. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 7B maddesinin 1. fıkrası ile 5. fıkrası arasındaki hükümler ve 24C maddesinin 2. fıkrası uyarınca, Devlet Başkanının ve/veya Başkan Yardımcısının bir cezai suç

¹ T.C. Anayasa Mahkemesi'nin 50. yıldönümü onuruna düzenlenen "21. Yüzyılda Haklar ve Özgürlükler Hareketi ve Anayasa Mahkemesi'nin Rolü" hakkındaki Uluslararası Sempozyumda sunulan bildiri, Ankara, 25 Nisan 2012.

* Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

veya yüz kızartıcı fiil işlediği iddiasıyla Yasama Meclisi tarafından Yüce Divan'a sevk edilmesi halinde Devlet Başkanını ve/veya Başkan Yardımcısını yargılamak ve Başkan ve/veya Başkan Yardımcısının 1945 Anayasası'nda sayılan şartları taşıyıp taşımadığı konusunda karar vermekle yükümlüdür.

Bu yetkiler ışığında, genel olarak Anayasa Mahkemesi yetkilerini anayasanın normları ve hükümlerinin yorumlamasını yapmak suretiyle anayasanın bekçisi olarak kullanır. Anayasal bir yargı mercii olarak, Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı yorumlar ve aldığı kararlar nihai ve hukuki açıdan bağlayıcıdır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi anayasanın yorumlayıcısı işlevine sahiptir. Buna ilaveten, yine anayasayı koruma ve gözetme işlevi bağlamında, Anayasa Mahkemesi demokrasinin bekçisi, vatandaşların anayasal haklarının koruyucusu ve yanı sıra insan haklarının koruyucusu işlevlerine de sahiptir. Anayasa Mahkemesi'nin bu işlev ve yetkileri Anayasa Mahkemesi'nin Endonezya'da devlet idaresi, insan hakları ve anayasacılığın gelişiminin her safhasında oldukça önemli bir rol oynamasına olanak verir.

Yukarıdaki kısa açıklamadan yola çıkarak ve bu sempozyumun temasıyla uyumlu olmak amacıyla, bu bildiride vatandaşların anayasal haklarının koruyucusu olarak işlevini yerine getirmede Anayasa Mahkemesi'nin rolü ele alınacaktır. Olası başlıca sorular şöyledir: İnsan hakları ile vatandaşların anayasal hakları arasındaki ilişki nedir? Anayasa Mahkemesi'ne bu tür yetkiler tanınmanın gerekçesi nedir? Anayasa Mahkemesi'nin vatandaşların anayasal haklarının muhafaza edilmesi ve korunmasındaki rolü nedir? Bu soruların cevapları, insan haklarının anayasal olarak tanınması, garantilenmesi ve korunmasının 1945 Anayasası'na sağlam biçimde dahil edilmiş olmasına dayanarak bu bildiride ayrıntılı olarak incelenecektir.

Endonezya'da İnsan Haklarının Gelişimine Hızlı Bir Bakış

Tartışmaya geçmeden önce, daha kapsamlı bir fikir edinmek için Endonezya'da insan haklarının gelişimine hızlıca göz atmak yararlı olacaktır. Sıklıkla kraliyetin veya kralın menfaati ile belli bir sınıfın menfaati arasında çatışma sergileyen İngiltere, Fransa veya diğer Avrupa ülkelerindeki koşullardan farklı olarak, Endonezya insan hakları mücadelesine, özellikle sömürge döneminde insanın insana zulmüne karşı çıkma konusunda, Endonezya halkının menfaatini bir bütün olarak ele almakla başladı. Ancak

sömürge döneminden önce krallar, hükümdarlar, arazi sahipleri, soylular vs. olarak tüm vasıflarıyla insanın insana şiddetli zulüm uyguladığı dönemler olduğunu reddedemeyiz. Ne var ki bu çatışma geçmişi pek göze çarpmamaktadır, zira kralların Sriwijaya ve Majapahit gibi Endonezya'dan çok önceki dönemlerdeki krallıkların zaferi daha çok öne çıkmıştır.

Endonezya'da insan hakları söylemi 18 Ağustos 1945'te Endonezya'nın bağımsızlığa kavuşmasından hemen önce yeni bir aşama başlattı. Endonezya'nın taslak anayasası hakkındaki tartışma insan haklarını taslak anayasada formüle etmenin gerekli olup olmadığına dair çeşitli görüşler ortaya çıkarmıştı. İki taraf, yani insan haklarının anayasaya dahil edilmesine karşı çıkan taraf ile taslak anayasanın insan hakları konularını açıkça belirtmesini isteyen taraf arasında uzun tartışmalar olmuştu. İnsan haklarının anayasaya alınmasına karşı çıkan taraf, insan haklarının liberalizm ideolojisinden doğduğu, bu ideolojinin özünün bireysellik olduğu, bu nedenle insan haklarının Anayasa maddelerinde yer almaması gerektiği görüşündeydi. Diğer yandan, insan haklarının anayasada sayılmasını destekleyen taraf, devletin baskıcı bir yönetim şekline kaymasını önlemek amacıyla anayasaya dernekleşme özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü hakkında bir madde konmasının gerekli olduğunu savunmaktaydı. Neticede her iki görüş de "kanunla düzenlenecektir" ibaresinin anayasaya dahil edilmesiyle uzlaşabildi.

18 Ağustos 1945'te (bağımsızlık ilanından bir gün sonra) taslak anayasa, 1945 Tarihli Endonezya Cumhuriyeti Anayasası olarak Endonezya Bağımsızlığı Hazırlık Komitesi (*Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia/PPKI*) tarafından belirlendi ve onaylandı. Endonezya bu tarih itibarıyla insan haklarının korunmasıyla ilgili güvenceleri ve temel yükümlülükleri belirleyen bir anayasayı hayata geçirmeyi başarmıştır. "İnsan hakları" terimi 1945 Anayasası'nda hiçbir yerde -Giriş, Ana Metin veya Açıklama kısmında- geçmemektedir; anayasada sadece "vatandaşların hakları ve yükümlülükleri" ve "Yasama Meclisi'nin hakları" ifadelerine yer verilmektedir.

1945 Anayasası'nda insan hakları hakkındaki hükümlere yer verilmesinden sonra, insan haklarını destekleme ve güçlendirme gündemi kesintisiz uygulanmış ve çoğunlukla vurgulanan ana konu olmuştur. Anayasa 1945'ten bu yana birkaç defa değiştirilmiş olsa da, insan haklarının güçlendirilmesi konusu, evrensel ve tarihsel niteliğinden dolayı hiçbir sebeple

kolayca göz ardı edilemeyecek hassas bir konudur. 1998 reformundan ve 1999-2002 dönemindeki anayasa reformundan bu yana, insan haklarının güçlendirilmesi için kabul edilmiş bulunan çok sayıda hukuki belgeden de anlaşılabilceği üzere, insan haklarının uygulanması ve idamesinin oldukça önemli bir ilerleme kaydettiğini söyleyebiliriz. Uygulama açısından, Endonezya'nın çeşitli ağır insan hakları ihlalleri davalarını çözme amacıyla bir İnsan Hakları Mahkemesi kurmayı ve uygulamaya geçirmeyi de başarmış olması diğer ilerlemeler arasında daha çok öne çıkmaktadır.

Hukuki belge açısından görüldüğü üzere, insan haklarının güçlendirilmesini desteklemek üzere çok sayıda düzenleme yapılmıştır. 1998'de Halk Danışma Meclisi, 1945 Anayasası'ndaki insan hakları hükümlerini tamamlayan bir İnsan Hakları Sözleşmesi sayılabilecek, İnsan Haklarına ilişkin XVII/MPR/1998 Sayılı Halk Danışma Meclisi Şartı'nı yürürlüğe koydu. Bir sonraki yıl, İnsan Haklarına İlişkin 1999 yılı 39 Sayılı Kanun, varlığı başlangıçta yalnızca bir Başkanlık Kararnamesine dayanan Ulusal İnsan Hakları Komisyonu'nun varlığının dayanağı dahil olmak üzere, insan haklarının tanınması, korunması ve geliştirilmesinin garantisi için dayanak sağlamak üzere başarıyla yürürlüğe girdi. 2000 yılında da, ağır insan hakları ihlalleri davalarının çözümü için yasal mekanizmayı düzenleyen, İnsan Hakları Mahkemesi hakkındaki 2000 yılı 29 Sayılı Kanun kabul edildi.

İnsan haklarının korunması ve güçlendirilmesini garantilemeye yönelik daha esaslı ve son derece muazzam bir çaba, 1945 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle ilgilidir. 1945 Anayasası'nda yapılan ikinci değişiklikten sonra insan hakları terimi anayasada açıkça yer almıştır. Anayasada insan haklarıyla ilgili değişiklik 2000 yılında, yani 1945 Anayasasının ikinci değişikliğinde tartışıldı ve onaylandı. Bahsi geçen değişiklik, başlangıçta yalnızca yedi hükümden oluşan insan hakları ve vatandaşların anayasal hakları hakkındaki hükümlerin 37'ye çıkmasıyla sonuçlanmıştır. 1945 Anayasası'nda düzenlenen yeni hükümler İnsan Hakları hakkındaki Bölüm XA'da madde 28A ila madde 28J (dahil) arasında sıralanmıştır. Bu maddeler 1945 Anayasası'nın diğer bazı maddelerine dağılmış çeşitli hükümlerle tamamlanmıştır. Dolayısıyla mevcut durumda insan haklarının Endonezya Anayasası'nda formüle edilmiş olduğu eksiksiz olduğunu söyleyebiliriz, bu da 1945 Anayasası'nı dünyada insan haklarının korunmasına ilişkin en eksiksiz hükümleri barındıran anayasalardan biri yapar.

İnsan haklarının kendisiyle ilgili hükümler, özellikle madde 28A ile madde 28J'de (dahil) yer alanlar, temel olarak İnsan Haklarına ilişkin XVII/MPR/1998 Sayılı Halk Danışma Meclisi Şartı'ndaki hükümlerden türemiş olup, İnsan Hakları Hakkındaki 1999 yılı 39 Sayılı Kanun da aşağı yukarı aynı hükümlere yer vermiştir. Bu nedenle insan haklarını tamamen ve tarihsel açıdan anlamak istiyorsak, üç hukuki belge,

- 1945 Anayasası,

- İnsan Haklarına ilişkin XVII/MPR/1998 Sayılı Halk Danışma Meclisi Şartı ve

- İnsan Hakları hakkındaki 39 Sayılı 1999 Tarihli Kanun

bir bütün olarak görülmelidir. Ayrıca Endonezya'nın hukuki ve anayasal sistemlerinde kabul edilmiş hükümler ile çeşitli uluslararası sözleşmeler ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin yanı sıra diğer uluslararası hukuki belgeleri de bu çerçevede değerlendirmek gerekir.

Uygulama açısından, reform sonrası ve 1945 Anayasası'nın değiştirilmesi sonrası insan haklarının güçlendirilmesi gayet tatmin edici olmuştur. Artık devlet tarafından işlenen planlı insan hakları ihlalleri ya da eski dönemdeki gibi sistematik, toplu ve yapısal insan hakları ihlalleri neredeyse hiç yoktur. Şimdi karşılaştığımız sorun, yatay insan hakları ihlalleri, yani vatandaşlar arasında bazı vatandaşların diğerlerinin haklarına zarar vermesiyle sonuçlanan çatışmalardır. Gazetelerde zaman zaman Endonezya Ulusal Ordusu ve Endonezya Ulusal Polisi tarafından işlenmiş insan hakları ihlallerine ilişkin haberler çıksa da, bunlar istem/kasıt dışı olaylardır. Örneğin yakın zaman önce bir arazi uyuşmazlığı konusunda güvenlik güçleri ile vatandaşlar arasında çarpışmalar olmuştur. Ancak söz konusu ihlaller güvenlik güçleri tarafından bir anda ve planlanmamış bir şekilde ortaya çıkmıştır.

Bugünkü fiili bağlamda, bazı kişiler İnsan Hakları Mahkemesi hakkındaki 2000 yılı 26 Sayılı Kanununun ağır insan hakları ihlalleri karşısında sorun çözücü bir belge olarak yeterli olmadığını iddia etmektedirler. Bu nedenle Endonezya hükümetinin ve Yasama Meclisi'nin Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nü onaylamak için acilen ciddi tartışmalar yapmaları

ciddi bir olasılık, hatta bir zorunluluktur. Gelecekte uluslararası toplumun müdahil olması gerektiği insan hakları ihlallerinin yaşanması ihtimal dışı değildir. Roma Statüsü uyarınca 17 Temmuz 1998'de kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçları gibi uluslararası ölçekte dikkat çeken suçların yargılanmasına ilişkin olarak önem taşımaktadır.

Endonezya'nın Roma Statüsü'nü onaylaması halinde yargı yetkisinin zedeleneceğinden kaygı duyulmamalıdır. Ağır veya ciddi insan hakları ihlali olmadıkça ve Endonezya tarafından talep edilmedikçe, yukarıdaki statünün onaylanması anayasanın ve yürürlükteki yasal düzenlemelerin ihlali anlamına gelecek herhangi bir öge taşımamaktadır. Ayrıca, Roma Statüsü'nü onaylamakla, Endonezya'nın uluslararası arenada, özellikle Amerika Birleşik Devletleri, Rusya ve Çin gibi ülkelerin henüz Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne taraf olmak istemediği bir dönemde dünya barışını koruma bağlamında daha önemli bir rol oynaması da muhtemeldir.

Anayasada İnsan Haklarının Korunması

Temel olarak insan hakları, herkese Tanrı'nın bir ihsanı olarak doğuştan itibaren yaratılış gereği verilen doğal haklardan oluşur. Bu yüzden hiçbir kurum, makam veya güç bu hakların kullanılmasına engel olamaz veya bu hakları kaldıramaz. Doğal haklar olarak, insan hakları ulusal veya uluslararası bir hukuk sisteminde herhangi bir yargı meşruiyeti olmadan kendiliğinden tatbik edilebilmelidir. Bunun sebebi, insan haklarının pozitif bir meşruiyete gerek duymaksızın her halde var olması ve her bir kişiye ilişik olmasıdır. Ancak mevcut toplumların çoğu esas itibarıyla seküler ve pozitivist olduğundan, insan haklarının insanların yaşamını düzenlemede tatbik edilebilmesi için hukuksal bir dayanağa ihtiyaç duyulur. Bu temelde, küresel anayasacılık hareketi ile birlikte, insan haklarının hukuksal meşruiyetinin sağlanması işlevi anayasalara bırakılır.

Endonezya'daki 1945 Anayasası'nın ve diğer ülkelerdeki anayasaların insan haklarının korunması ve güçlendirilmesine ilişkin hükümler getirme sebebi nedir? Teoride ve pratikte modern bir anayasanın en önemli esası, asgari olarak iki unsurdan, devlet gücünün sınırlanması ve insan haklarının korunmasından oluşur. Bu, insan haklarını ve hakların korunmasını vurgulayan modern anayasacılıkla uyumludur. Bu nedenle kuvvetler ayrılığı

ve bireylerin temel haklarının güvence altına alınması anayasanın ana kurumsal aracını teşkil eder. Bu yaklaşım, anayasanın insan hakları ihlallerini önlemek üzere devlet organlarının işlevlerini belirleyen ve sınırlayan hükümler getirdiği görüşünü paylaşan K.C. Wheare, C.F. Strong, Lane ve S. Holmes, Preuss gibi anayasa uzmanları tarafından kabul edilmiştir.

Bu görüş, insanların temel haklarının garantisi ve korunması için mücadele tarihinden ayrılamayacak olan anayasa tarihine de dayanmaktadır.² Normalde insan hakları sorunu, güce sahip olan birey ile güce sahip olmayan birey arasındaki bir sorundur. Bir başka deyişle, temel insan hakları sorunu hükmedenler ile hükmedilenler, yönetim ile yönetilenler arasındaki gerilimin sonucunda ortaya çıkan bir sorundur.

Hukuk tarihi açısından, güç, bir kişi tarafından diğerine karşı ya da hükmedenin tarafından halkına karşı el koyma, istismar veya hile şeklinde her kötüye kullanıldığında, sonuçta hep büyük bir insani kriz, ardından toplumun öğelerinin gücü sınırlamaya ve insan haklarını korumaya yönelik büyük bir mücadelesi ortaya çıkmıştır. Sonrasında, insanlara hakları sağlayan hukuk kaynağı olarak, insan hakları hakkındaki resmi belgelerde cisimleşen formüller oluşturulmuştur. İnsan haklarını korumaya yönelik mücadele ve gücü sınırlayıp düzenlemeye yönelik çaba, anayasal öğretilerin özüdür.

1215'te İngiltere'de Magna Carta'nın doğuşu halka haklar vermekle birlikte kralın gücünü sınırlamıştır. 1776'da Birleşik Devletler'in bağımsızlığıyla sonuçlanan, bireylerin devlet gücü karşısında bağımsızlığının garantisini tesis eden Virginia Haklar Beyannamesi ve Bağımsızlık Bildirgesi, İngiliz hükümetinin sömürgeci politikalarından dolayı ezildiğini hisseden Amerikan halkı ile İngiltere arasındaki çatışma sonrasında oluşturuldu. Fransa'da *Déclaration des Droit de l'homme et du Citoyen* (1789) da kralın mutlak gücüne karşı çıkan halkın mücadelesinin sonucuydu. Prensipte insanlar esasen iyidir ve bu nedenle özgürce yaşamalı ve kanun önünde eşit konuma sahip olmalıdırlar. Benzer şekilde 1948 *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*, insan haklarını bastıran Almanya, İtalya ve Japonya'daki faşist hükümetlere bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.

² Ernest Barker, *Reflection on Government*, Oxford University Press, 1958, sayfa 30-31.

Bunun yanında, daha da araştırırsak, ülkelerin oluşumunun veya kuruluşunun arka planları çoğunlukla bireylerin haklarının nasıl hem sınırlanıp hem korunabileceği fikrine dayanmıştır. John Locke ve aynı zamanda J.J. Rousseau tarafından ortaya atılan Toplum Sözleşmesi teorisinde, devletin ve hükmedenin varlığının amacı halkın temel haklarını muhafaza ve garanti etmektir. Locke ve Rousseau'ya göre, "halk" denince kastedilen sadece bireysel özgürlüklerini yöneticiye tamamen bırakarak teslim olan bir bireyler grubu değildir. Toplumsal sözleşmede yönetici, insanların temel haklarını muhafaza etmek ve garantilemek için insanların talimatını yerine getiren bir görevlidir. Yetki kötüye kullanıldığında, insanların sözleşmeyi feshetme, hatta gerekirse verdiği yetkileri zorla geri alma hakkı vardır.

Bu nedenle böyle bir toplumsal sözleşme, bireylerin ortak amaçlarını, haklarının sınırlarını neyin meydana getirdiği ve bu amaçlara ulaşmaktan kimin sorumlu olduğu hakkındaki soylu bir mutabakatı içermelidir. Bu mutabakat ülkenin en yüksek kanunu olan anayasada somutlaşır ve sonradan devletin kanunlarında ve politikalarında tutarlı biçimde hayata geçirilir. Yukarıda anlatılan tarih, ne zaman bir insan hakları krizi meydana gelse, hep toplumsal dönüşüm veya kargaşayla sonuçlandığını göstermektedir. Bu, insan haklarının insan hayatında olması gereken ön koşullar olduğunu ve insanların insanoğlunun doğasına göre yaşamasının hükümlerini teşkil ettiğini teyit etmektedir.

Şunu da söyleyebiliriz ki, insan haklarının anayasanın maddelerine dahil edilmesi modern bir anayasanın özelliklerinden biridir. İnsan haklarının anayasadaki maddelerle güçlendirilen garantisi, anayasacılığın özünü oluşturan yönetici(ler) ile halk arasındaki sözleşmeyi güçlendirmek üzere devletin hukuksal temelini inşa etmenin ön koşulunu oluşturur. Bu nedenle en yüksek kanun olarak anayasa, siyasal iktidarın sınırlanmasına ve insan haklarının korunmasına olanak veren kurallar içermelidir. Yukarıda belirtilen iki öğeden yoksun bir anayasa sadece ölü bir belge olacaktır.³

³ Denny Indrayana, *Amandemen UUD 1945, Antara Mitos dan Pembongkaran*, Mizan, Bandung, 2007, sayfa 124.

İnsan Hakları ve Anayasal Haklar

Yukarıda anayasa tarihinin insan hakları mücadelesinin tarihi olduğu, insan haklarının korunmasının “yaşayan” anayasada önemli bir esas olduğu belirtilmiştir. Bu temele göre anayasanın varlığı sadece her vatandaşın temel haklarının tanınması için değildir, daha ziyade bu hakların korunmasını sağlamalı, hatta yerine getirilmesini garanti etmelidir. Bunun sebebi, her vatandaşın en temel çıkarının bir insan ve bir vatandaş olarak temel haklarının korunmasıdır.

Bir önceki bölümde daha çok insan haklarından söz ettik. Acaba, vatandaşların anayasal hakları ile insan hakları arasında ne gibi bir ayrım vardır? Aralarındaki farklılıklar ve benzerlikler nelerdir? Anayasal hakları nereye konumlandırabiliriz? Anayasal haklar hakkındaki tartışma normatif konular ve insan hakları kavramı hakkındaki tartışmadan pek de farklı değildir, çünkü ikisi iç içe geçmiştir. Ancak yine de bu bildiride hangi hakların anayasal haklar olarak nitelendirildiği ve anayasal haklarla insan hakları arasındaki farkın ne olduğu konusunun açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır.

James W. Nickel, *Hak Asasi Manusia, Refleksi Filosofis atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia* [İnsan Hakları, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Hakkında Felsefi Fikirler] kitabında, insan haklarının uluslararası hukukta “insan hakları” olarak nitelendirildiğini; ulusal hukukta ise bu hakları “sivil haklar ya da anayasal haklar olarak” adlandırma eğilimi olduğunu belirtmektedir.⁴ Bununla birlikte; bütün anayasal hakların insan hakları arasında yer almayabileceğini, fakat bütün insan haklarının aynı zamanda anayasal haklar olarak kabul edilebileceğini gözden kaçırmamak gerekir. “Anayasal haklar” terimi Anayasa’da sayılan ve Anayasa tarafından güvence altına alınan temel hakları ifade ettiğine göre,⁵ insan hakları anayasal güvenceye kavuşturulduğunda “vatandaşların anayasal hakları” niteliğini kazanır.

⁴ James W. Nickel, *Hak Asasi Manusia, Refleksi Filosofis atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia*, Çeviren: Titis Eddy Arini, Gramedia Pustaka Utama, 1996, Jakarta, sayfa 155.

⁵ Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia*, PT Bhuana Ilmu Populer, Jakarta, 2007, sayfa 616.

Daha ileriye doğru iz sürdüğümüzde, anayasal hakların tanımının normatif formülü, sınırlayıcı olmamak kaydıyla, Anayasa Mahkemesi Hakkındaki 2003 yılı 24 sayılı Kanunun 51. maddesindeki açıklamada görülebilir⁶. Bu formül “*anayasal haklar, 1945 Anayasası’nda tanınan haklardır*” demektedir. Bu, pratikte vatandaşlara 1945 Anayasası’nda tanınmış bulunan tüm hakların herhangi bir istisna olmaksızın anayasal haklar kategorisine konulduğunu göstermektedir. 1945 Anayasası’nda tanınan haklar en az 27 (yirmi yedi) ögeyi kapsamaktadır ve dört gruba ayrılabilirler, şöyle ki:

1. Kişi hakları ve siyasal haklar;⁷
2. Ekonomik, toplumsal ve kültürel haklar;⁸
3. Özel haklar;⁹
4. Gelişme hakkı ve diğer özel haklar;¹⁰
5. Devletin sorumlulukları ve insani temel yükümlülükler¹¹

Yukarıdaki açıklamalara ek olarak, bazı hakların hiçbir koşul altında sınırlanamayacağını belirtmekte yarar vardır. Bunlar; yaşama hakkı, işkence yasağı, düşünce ve vicdan özgürlüğü, din özgürlüğü, kölelik yasağı, kanun

⁶ Bu Kanun, Anayasa Mahkemesi hakkındaki 24 Sayılı 2003 Tarihli Kanunun Değiştirilmesi hakkındaki 2011 yılı 8 sayılı Kanunla değiştirilmiştir, ne var ki anayasal haklar hakkındaki söz konusu hüküm değiştirilmedi.

⁷ Yaşama hakkı, yaşamını ve varlığını savunma hakkı, işkence yasağı, zalimce, insanlık dışı ve aşağılayıcı cezaların yasaklanması, kölelik yasağı, inandığı dine göre inanç ve ibadet özgürlüğü vb.

⁸ Dernekleşme hakkı, toplanma ve görüşlerini barışçıl biçimde ifade etme hakkı, temsili demokrasi organları için oy kullanma ve seçilme hakkı, kamu görevlerine atanma hakkı, geçinmek için uygun ve adil iş edinme ve mesleğini seçme hakkı, çalışma ve ücret alma hakkı, işyerinde adil muamele görme hakkı vb.

⁹ Ulusal hayatta cinsiyet eşitliğini elde etmek için garanti edilen ve korunan kadın hakları, üreme işlevlerinden dolayı kanunla garanti edilen ve korunan kadınlara ilişik özel haklar, her çocuğun ebeveynlerinden sevgi, ilgi ve koruma görme hakkı gibi.

¹⁰ “Her vatandaş doğal kaynakların yönetimine katılma ve bu kaynaklardan elde edilen kazançlardan yararlanma hakkına sahiptir.” ve “Herkes temiz ve sağlıklı bir çevre hakkına sahiptir.” hükümleri gibi.

¹¹ Örneğin: “Herkes toplumun, ulusun ve devletin düzenli yaşamında başkalarının insan haklarına saygı göstermekle yükümlüdür ve devlet insan haklarını korumak, geliştirmek, idame ettirmek ve hayata geçirmekle yükümlüdür.”

önünde bir kişi olarak tanınma hakkı ve suç ve cezaların geçmişe yürümemesi ilkesidir.

Anayasadaki kategorilerden yola çıkarsak, Endonezya'daki anayasal haklar, 1945'te garanti edilen insan haklarını ve vatandaş haklarını içermektedir ve her Endonezya vatandaşı için geçerlidir. Söz konusu teyit, anayasanın "herkes", "tüm vatandaşlar", "her bir vatandaş" veya "her vatandaş" ibarelerini kullanan hükümlerinin formüle edilmişinde görülebilir. Bu ibareler, anayasal hakların ırk, din, siyasi görüş veya cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım olmaksızın her münferit vatandaşa ait olduğunu göstermek için yeterlidir.

Ancak anayasal hakların yalnızca anayasada açıkça belirtilenlerle sınırlı olduğunu söyleyen görüşle ilgili sorular doğmaktadır; şöyle ki, peki ya anayasada açıkça bahsedilmeyen haklar, bu haklar anayasal haklar kategorisine dahil edilemez mi? Aksi halde, yazılı bir anayasası olmayan bir ülkede vatandaşların anayasal hakları korunmuyor mu? Bu tür sorular oldukça ilginçtir. Anayasal hakların yalnızca anayasada açıkça belirtilmeyen haklarla sınırlı olup olmadığı sorusuna ilişkin olarak, şu iki husus önem kazanmaktadır: (1) Davacının söz konusu unsuru dilekçede açıklayabilmesi ve (2) yargıçların söz konusu anayasal hakların tanımını yorumlama gücü.¹² Bu nedenle, bir hakkın anayasada açıkça teyit edilmemesine rağmen, davacı doğru argümanlar sunabildiğinde ve sonradan yargıçları ikna edebildiğinde, söz konusu hak bir anayasal hak haline gelir.

Yazılı bir anayasası olmayan ülkelerde vatandaşların anayasal haklarının korunması sorununa gelince; örneğin İngiltere, İsrail, Yeni Zelanda ve Avustralya, normatif bakımdan bahsi geçen ülkeler yazılı anayasa denilen belgelere sahip değillerdir, ancak vatandaşların anayasal hakları yine de korunmaktadır. Bu ülkeler *Common Law* Sistemini kullandıklarından, anayasal haklar yargıç içtihadına dayanan hukuk bağlamında korunmaktadır. Ancak, yargıçların öncelikle hangi hakların temel hak olarak sınıflandırıldığını ve kanunların bunları nasıl sınırlandırdığını belirlemesi gerektiğinden, yargıçların

¹² I Dewa Gde Palguna, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review dan Welfare State*, Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği, Jakarta, 2008, sayfa 61.

hakların böylesine sınırlanmasının geçerli olup olmadığına karar vermesinden önce, özellikle kriterlerin formüle edilmesi konusunda sıkıntılar yaşanabilir.

Anayasal Hakların Koruyucusu Olarak Anayasa Mahkemesi'nin Rolü

Endonezya Anayasa Mahkemesi esas olarak vatandaşların anayasal haklarını olası ihlaller karşısında korumak amacıyla kurulmuştur. Bir kanunun Anayasa'ya uygunluk denetimini yapma yetkisi vasıtasıyla Anayasa'yı muhafaza etme işlevi esas alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin vatandaşların haklarını anayasaya aykırı kanun normlarına karşı korumada rol oynadığı kuşkusuzdur. Demokrasiyi muhafaza işlevine dayanarak ve genel seçim sonuçları hakkındaki ihtilafları çözme yetkisi sayesinde, Anayasal Mahkemesi, vatandaşların anayasal haklarının demokratik genel oy ilkesine göre verilmesini garanti eder. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi, insan haklarını büyük ölçüde güçlendiren 1945 Anayasası kapsamındaki temel ilkelere uygun olarak Endonezya'da demokrasi sürecini yönlendirmeye katkıda bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin başlıca yetkilerinden biri kanunların Anayasa'ya uygunluğunu incelemektir; zaten teorik olarak anayasa yargısı bu işlevden doğmuştur. Pek çok kaynakta yargı denetimi mekanizmasının varlığı hakkındaki temel fikir gerçekte yasa koyucuyu özellikle anayasaya aykırı kanun yapmaktan alıkoymak için anayasaya itaat etmeye zorlama çabasını teşkil eder. Ayrıca tarihsel bakış açısına göre, insanların haklarının anayasal güvence altına alınması ve anayasal düzeyde korunması mücadelesini yansıtmaktadır. Buna göre, temel hakları ihlal eden bir kanun (ya da kanun-altı düzenleme) olduğu takdirde, söz konusu kanun anayasaya aykırı ilan edilmeli ve geçersiz sayılmalıdır. Tarih, anayasanın türüne bakılmaksızın, bütün ülkelerde Anayasa Mahkemelerine çeşitli yetkiler tanındığını göstermektedir. Ancak yasal normların Anayasa'ya uygunluk denetimini yapmak Anayasa Mahkemesi'nin başlıca işlevini oluşturmaktadır.

Anayasayı korumak ve gözetmek için, kanunları denetleme işlevinin uygulanması Endonezya'daki devlet idaresi için artık kabul edilemez değildir. Bunun nedeni, 1945 Anayasası'nın artık parlamentonun üstünlüğünden ziyade anayasanın üstünlüğü ilkesini benimsemesidir. Endonezya'da Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasının güçlü gerekçelerinden biri, siyasal organların yaptığı kanunların ve kanun-altı düzenlemelerin bu normların kabul

edilmesinde uygulanan demokratik usullere rağmen anayasa hükümleriyle çelişen hükümler içermeye potansiyeline sahip olmasıdır. Anayasaya uygunluk denetiminin bir diğer varlık nedeni, bir siyasal organın eseri olan normatif düzenlemelerin siyasal çıkarlar gözetilerek formüle edilme olasılığının hayli yüksek olmasıdır. Siyasal pozisyonların normatif düzenlemelere yansıtılması demokrasinin doğasında vardır ve buna karşı söylenecek bir şey olamaz. Ancak kanunlarda ya da kanun-altı düzenlemelerde ifadesini bulan siyasal çıkarların anayasada kabul edilen ilkelere aykırı olması, hatta bu ilkelerle çatışma içinde olması ve vatandaşların anayasal haklarına zarar vermesi kabul edilemez.

Bu hususta Anayasa Mahkemesi normatif düzenlemelerin anayasal çerçeveden sapmasının önlenmesi, böylece vatandaşların anayasal haklarının korunması amacıyla kurulmuştur. Bu şekilde, anayasanın kendisinin de anayasaya uygunluğu korunmuş olur. Anayasaya uygunluk denetimi gereğince, herhangi bir kanunun anayasayı ihlal ettiği kanıtlandığı takdirde, Anayasa Mahkemesi o kanunun 1945 Anayasası'na aykırı olduğunu beyan etmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin görevi budur, yani ülkenin en yüksek kanunu olarak anayasaya uyulmasını ve anayasanın devlet idaresinin uygulamalarında hayata geçirilmesini sağlamaktır. Bir ülkede anayasaya aykırı olduğu iddia edilen normatif düzenlemeleri denetleyecek bir organ olmaması vatandaşların anayasal hakları için büyük bir tehlike oluşturur. Aslında bu haklar anayasa tarafından açıkça garanti edilmiştir. Endonezya'da Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşuna ilişkin anayasa değişikliğini hazırlayanlar 1949 Alman Anayasası'nın temel organları arasında yer alan ve temel hakları koruma işlevini yerine getiren *Bundesverfassungsgericht*'ten (Federal Alman Anayasa Mahkemesi) de ilham almışlardır.¹³ Bu nedenle Endonezya'da Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş nedeni, anayasaya aykırı normlar içeren bir kanunun yürürlüğe girmesi sonucunda "ihlal edilen" temel hakları korumaktır.¹⁴

¹³ Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post Communist Europe*, Chicago Press Üniversitesi, 2000, sayfa 18.

¹⁴ Danışma Meclisi Çalışma Birimi'nin I. No.lu Ad Hoc Komitesi bu değişikliği hazırlarken Güney Afrika, Güney Kore gibi Anayasa Mahkemesi'ne sahip olan ülkeler hakkındaki karşılaştırmalı çalışmalardan ve Alman Anayasa Mahkemesi üyelerinin açıklamalarından esinlenmiştir. Bu konuda bakınız. Jakob Tobing, *Amendments to the 1945 Constitution and the Role of the Constitutional Court (Amandemen UUD 1945 dan Peran Mahkamah Konstitusi, Suara Pembaruan)*, 24 Nisan 2003.

Endonezya’da *yargı denetimi* terimi bütün kanunların ve düzenleyici işlemlerin daha yüksek seviyedeki normlara uygunluğunun denetlenmesi için kullanılır. Anayasa Mahkemesi’nin yargı yetkisi yalnızca kanunların Anayasa’ya uygunluk denetimini içerir. Kanun-altı düzenleyici işlemlerin denetimi ise Yüksek Mahkeme’ye aittir. Kanunların anayasaya uygunluk denetiminde Polonya Anayasa Mahkemesi veya Fransa’daki *Conseil Constitutionnel* tarafından uygulanan *a priori* denetim değil, *a posteriori* denetim uygulanır. Bu, 1945 Anayasası’nın Anayasa Mahkemesi’nin kanunların Anayasa’ya uygunluk denetimini yapma yetkisini düzenleyen 24C maddesinin 1. fıkrasında ifade edilmiştir. Yani kanun tasarıları denetime konu edilemez. Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesi bir kanunu ancak yürürlüğe girdikten sonra denetleyebilir.

Vatandaşların anayasal haklarının korunması bağlamında yargı denetimi mekanizmasının düzenlenmesiyle ilgili olarak, gözetilmesi gereken birtakım önemli hususlar vardır; örneğin kimler Anayasa Mahkemesi’ne başvuru hakkına sahiptir ve başvuruya konu edilebilecek işlemler nelerdir? Bir kanunun 1945 Anayasası’na göre denetlenmesi istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilecek taraflarla ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 51. maddesinin 91. fıkrası, bir kanunun yürürlüğe girmesiyle anayasal haklarının ve/veya yetkilerinin zarar gördüğünü düşünen kişilerin başvuru hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Söz konusu kanunda, Anayasa Mahkemesi’nde dava açma hakkına sahip olanlar şu şekilde sıralanmıştır:

- a. Vatandaşlar (Menfaat ortaklığı olan bireyler birlikte dava açabilir.);¹⁵
- b. Yerel topluluklar,
- c. Halen varlığını devam ettiren ve üniter devlet ilkesi çerçevesinde Endonezya Cumhuriyeti kanunlarıyla tanınan yerel topluluklar,
- d. Kamu tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri,
- e. Devlet organları.

Bu hususta sadece anayasal haklarının ve/veya yetkilerinin bir kanunun yürürlüğe girmesiyle zarar gördüğünü düşünen ‘taraf’, bir kanunun denetlenmesi için Anayasa Mahkemesi’ne dilekçe verebilir. Başvuru sahibi,

¹⁵ Gelişmeler doğrultusunda, 2011 yılı 8 sayılı kanun ile “birey” teriminin “aynı menfaati paylaşan bir grup” için de geçerli olduğu belirtilmiştir.

dilekçesinde zarar gördüğünü düşündüğü anayasal haklarını ve/veya yetkisini açıkça tarif etmelidir.¹⁶ Burada şu hukuki vecize geçerlidir: “Menfaat yoksa dava açılmaz.” Vatandaşın anayasal hakları ve/veya yetkileri aslında zarar görmemişse, ilgili tarafın bir kanunun denetlenmesi için dilekçe verme konusunda herhangi bir menfaati olmadığı varsayılır.

Bu hususla ilgili olarak, anayasal hakların ve/veya yetkilerin zarar görmesinin fiilen gerçekleşmesinin mi gerektiği sorusu ortaya çıkar. Bu sorunun cevabı olarak, Anayasa Mahkemesi’nin savı, olası zararın da dava ehliyeti kazandırdığı yönündedir. Mahkemeyi buna ikna etmek, başvuru sahibine düşer. Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 51. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, bir kanunun şekil ya da esas bakımından 1945 Anayasası’na aykırı olduğu kanaati varsa Anayasa Mahkemesi’ne kanunun denetlenmesi için dilekçe verilebilir. Dava dilekçesi üzerine, Mahkeme hem şekil hem de esas bakımından denetim yapabilir.

Şekil denetiminde, başvuru sahibi bir kanunun kabul usulünün 1945 Anayasası’na aykırı olduğunu ve bunun sonucunda anayasal bir hakkı veya yetkiyi zedelediğini kanıtlayabilirse söz konusu kanunun bir bütün halinde 1945 Anayasası’na aykırı olduğunun ilan edilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 57. maddesinin 2. fıkrasında da belirtildiği gibi, anayasaya aykırı olduğu saptanan kanunun hiçbir şekilde bağlayıcı gücü kalmayacaktır. Esas bakımından denetim ise bir kanunun yalnızca 1945 Anayasası’na aykırı olduğu iddia edilen fıkrası, maddesi ve/veya belli bir bölümü ile alakalıdır. Dilekçe sahibi bu hususu başarıyla kanıtlarsa, bahsi geçen kanun fıkrası, maddesi ve/veya bölümü, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilir ve geçersiz hale gelir. Bu husus da Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 57. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilmiştir.

Bir kanunun anayasaya uygunluğunun denetlenmesi istemiyle açılan davada başvuru sahibinin haklı bulunması halinde, Anayasa Mahkemesi’nin kararı bu kararın alındığı tarihten itibaren en geç 30 (otuz) gün içinde Resmi Gazete’de yayımlanır. 1945 Anayasası’nın 24C maddesinin 1. fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi’nin kararları kesindir. Bu karara karşı hiçbir yargı

¹⁶ 2003 yılı 24 sayılı kanunun 51. maddesinin 2. fıkrası.

merciine başvurulamaz. Anayasa Mahkemesi'nin kararı, karar bildirimini duruşmasında taraflara duyurulmasından itibaren bağlayıcı olacaktır.¹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin hakkında karar verdiği hükümle alakalı devlet kurumları dahil olmak üzere tüm taraflar Anayasa Mahkemesi'nin kararına uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı denetimin konusu, kanunun soyut ve genel hükümlerdir. Bu nedenle, denetimi anayasal haklarının zedelendiğini düşünen bir kişi başlatmakla birlikte, bu başvuru gerçekte bütün toplumun menfaatini temsil eder. Anayasa yargısının harekete geçirilerek anayasanın güçlendirilmesi esasında bütün toplumun menfaatinedir. Anayasa yargısında, Yasama Meclisi ve Devlet Başkanı da davanın muhatabı, davalı konumunda değildir; onlar sadece uyuşmazlık konusu kanun hükmünün arka planı ve amaçları hakkında Anayasa Mahkemesi'ni bilgilendirmekle yükümlüdür. Denetime tabi hükmün anayasaya aykırılığı sorunu yalnızca dilekçe sahibinin veya Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne göre karara bağlanmamalı; yasa koyucunun görüşü de dikkate alınmalıdır. Bu şekilde, gerek yasa koyucunun gerekse ilgili tüm tarafların Anayasa Mahkemesi'nin vereceği kararı saygıyla karşılayarak kararın gereğini yapmaları kolaylaşmış olur.

Yukarıda belirtildiği üzere, kanunların Anayasa'ya uygunluk denetimini yapma yetkisine ek olarak, Anayasa Mahkemesi'nin vatandaşların anayasal haklarını korumadaki rolü, ister başkanlık/başkan yardımcılığı genel seçimi, ister yasama genel seçimi isterse bölge başkanı genel seçimi olsun, genel seçimlerin sonuçları hakkındaki ihtilafları çözümlene yetkisi vasıtasıyla da gerçekleştirilir. Bu yetki vasıtasıyla, Anayasa Mahkemesi, 1945 Anayasası kapsamında güvenceye alınan demokratik genel oy ilkesini hayata geçirir. Anayasa Mahkemesi, seçme ve/veya seçilme hakkını sadece demokrasiye aykırı olmakla kalmayıp vatandaşlara da zarar verici her türlü istismara karşı korumaya çalışır. Seçimlerde seçme ve/veya seçilme hakkının ve demokrasi ilkesinin ihlal edildiğinin kanıtlanması halinde, Anayasa Mahkemesi seçimleri iptal edebilir.

Demokrasiyi muhafaza etmeye ilişkin aynı çerçevede, Anayasa Mahkemesi demokrasiyi (halk egemenliğine dayalı yönetim) ve nomokrasiyi

¹⁷ Anayasa Mahkemesi hakkındaki 2003 yılı 24 sayılı Kanununun 10. ve 47. maddeleri.

(hukuk egemenliğine dayalı yönetim) eşitlemeye de çalışır. Aslında demokrasi ile nomokrasi arasındaki vurgu farklıdır fakat bu, iki kavramın eşitlenmesinin mümkün olmadığı anlamına gelmez. Demokrasi, halkın egemenliğini güçlendirmek üzere siyasal boyuta odaklanır; nomokrasi ise hukuksal boyutu esas alır. Demokrasi, vatandaşlara verilmiş bulunan özgürlüklerden doğan müsamahadan ötürü zamanla isyankar ve anarşik olma eğilimindedir. Ayrıca özgürlüğün ifade yöntemleri çoğunlukla sadece kanuna ve demokrasiye aykırı olmakla kalmayıp aynı zamanda Endonezya Cumhuriyeti Üniter Devleti'nin bütünleşmesini tehlikeye atan biçimlerde karşımıza çıkabilmektedir. Bu bağlamda, hem anayasanın hem de demokrasinin bekçisi olan Anayasa Mahkemesi kullandığı yetkiler aracılığıyla demokrasiyi ve nomokrasiyi eşitler. Anayasa Mahkemesi, Endonezya'yı bir demokratik anayasal devlet ya da bir başka ifadeyle demokratik hukuk devleti haline getirmek adına ön saflarda yer alır. Anayasa Mahkemesi bu işlevini yerine getirirken Endonezya Cumhuriyeti Üniter Devleti'nin bütünlüğüne de hizmet etmektedir.

Son Sözler

1945 Anayasası'na göre, Anayasa Mahkemesi'nin vatandaşların anayasal haklarının korunması alanındaki rolü, kanunların anayasaya uygunluk denetimi ile sınırlıdır. Vatandaşların anayasal haklarını ihlal eden kanunlara karşı dava açılması halinde, Anayasa Mahkemesi, vatandaşların haklarına yönelik ihlali ortadan kaldırma yetkisine sahiptir. Ancak, 1945 Anayasası, Güney Kore Anayasa Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin sahip olduğu "anayasa şikayetlerini karara bağlama" yetkisini Endonezya Anayasa Mahkemesi'ne tanımamıştır.

Anayasa Mahkemesi, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken bir yandan da yönetenlerin¹⁸, özellikle de yasa koyucunun iktidarını kontrol etmiş olur. Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi, devlet organlarının vatandaşların anayasal haklarını çiğnemesine ya da anayasal haklarla ilgili yükümlülüklerinden kaçınmasına karşı kontrolü eline alır.*

* * * * *

¹⁸ Lee Bridges, *Judicial Review in Perspective*, Cavendish Publishing Limited, Büyük Britanya, 1995, sayfa 7.

Kaynaklar

Denny Indrayana, *Amandemen UUD 1945, Antara Mitos dan Pembongkaran* [Amendment to the 1945 Constitution, Between Myths and Disclosure], Mizan, Bandung, 2007.

Ernest Barker, *Reflection on Government*, Oxford University Press, 1958.

Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post Communist Europe*, University of Chicago Press, 2000, page 18.

I Dewa Gde Palguna, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review dan Welfare State* [The Constitutional Court, Judicial Review and Welfare State], Sekretariat General of the Constitutional Court, Jakarta, 2008.

Jakob Tobing, *Amandemen UUD 1945 dan Peran Mahkamah Konstitusi* [Amendment to the 1945 Constitution and the Role of the Constitutional Court], *Suara Pembaruan*, 24 April 2003.

James W. Nickel, *Hak Asasi Manusia, Refleksi Filosofis atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia* [Human Rights, Philosophical Reflection on Universal Declaration of Human Rights], translated by Titis Eddy Arini, Gramedia Pustaka Utama, 1996, Jakarta.

Lee Bridges, *Judicial Review in Perspective*, Cavendish Publishing Limited, Great Britain, 1995.

Leonard W. Levy (editor), *Judicial Review*, translation, Nuansa, Bandung, 2005.

Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi* [Building Law Politics, Upholding Constitution], LP3ES, Jakarta, 2006

_____, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu* [Constitution and Law in Controversy of Issues], Rajawali Pers, Jakarta, 2009.

Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan UUD 1945* [Preparatory Text of the 1945 Constitution], Jajasan Prapantja, Jakarta, 1959.

Newmeyer, R. Kent., *John Marshall and the Heroic Age of The Supreme Court*, Southern Biography Series, 2001.

Strong, C.F. *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern-Kajian tentang Sejarah dan Bentuk-Bentuk Konstitusi Dunia* [Modern Political Constitutions-Research on History and Forms of World Constitutions], Nuansa Publishing dan Nusa Media Publishing, Bandung, 2004.

THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN PROTECTING THE CONSTITUTIONAL RIGHTS OF CITIZENS (A Review based on the Indonesian Constitution)¹

*Prof. Dr. Achmad Sodiki**

Introduction

The Constitutional Court is a judicial body, as one of the bodies exercising judicial powers in addition to the Supreme Court, has been established as a result of the amendments to the constitution (the 1945 Constitution) during the period of 1999-2002. Article 24C Paragraph (1) of the amended 1945 Constitution basically provides that the main duty and function of the Constitutional Court are to protect and safeguard the constitution. This means that the Constitutional Court ensures that the norms and provisions in the constitution are not merely a series of meaningless letters and sentences, but rather, they are actualized and practiced in the state life.

In order to protect and safeguard the constitution, Article 24C Paragraph (1) of the 1945 Constitution states that the Constitutional Court has 4 (four) constitutional authorities and one constitutional obligation. The four authorities of the Constitutional Court are as follows (1). To conduct review of laws against the 1945 Constitution; (2). To decide upon disputes between state bodies having authorities granted by the 1945 Constitution; (3). To decide upon the dissolution of political parties; and (4). To decide upon disputes on the results of general elections. Whereas pursuant to Article 7B Paragraph (1) up to and including Paragraph (5) also Article 24C Paragraph (2) of the 1945

¹ The paper presented in the Internasional Symposium on "Movement of Rights and Freedom in 21st Century and the Role of the Constitutional Court" held in the commemoration of the 50th Anniversary of the Turkish Constitutional Court, Ankara, April 25, 2012.

* Deputy Chief Justice of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia

Constitution, the Constitutional Court has the obligation to issue a decision on the opinion of the People's Legislative Assembly that the President and/or Vice President has committed a criminal offence or a disgraceful act, or that he/she is not qualified to become President and/or Vice President as intended in the 1945 Constitution.

In view of such authorities, in general, the Constitutional Court exercises its authorities as the guardian and protector of the constitution by making interpretation of the norms and provisions of the constitution. As a constitutional judiciary, the results of the interpretation of the Constitutional Court are final and legally binding. It is in such context that the Constitutional Court has the function as the interpreter of the constitution. In addition to that, still in the context of protecting and safeguarding the constitution, the Constitutional Court also has the functions as the guardian of democracy, the protector of the constitutional rights of the citizens as well as the protector of human rights. Such functions and authorities of the Constitutional Court allow the Constitutional Court to play a very important role in each phase of the development of state administration, human rights and constitutionalism in Indonesia.

Based on the aforementioned brief explanation and in order to be in line with the theme of this symposium, this paper will discuss the role of the Constitutional Court in implementing its function as the protector of the constitutional rights of citizens. The possible main questions are, among others: what is the relation between human rights and the constitutional rights of citizens? What is the reason for granting such authorities to the Constitutional Court? What is the role of the Constitutional Court in safeguarding and protecting the constitutional rights of the citizens? The answers to those questions will be elaborated in this paper, based on the fact that the constitutional recognition, guarantee and protection of human rights have been strongly incorporated in the amended 1945 Constitution.

A Quick Look at the Development of Human Rights in Indonesia

Before we move on to the main discussion, it would be useful if we take a quick look at the development of human rights in Indonesia, in order to obtain a more comprehensive understanding. Unlike the conditions in England, France or other European countries which often display conflict

between the interest of the royalty or the king and the interest of a particular class, Indonesia started the struggle for human rights by addressing the interest of the Indonesian people as a whole, particularly in facing the oppression of men by men in the colonial era. However, we cannot deny that prior to the colonial era, there were times of tumultuous oppression of men by other men with all of their attributes, whether as kings, rulers, landlords, noblemen, etc. Nevertheless, such history of conflict is not very prominent, because what has been more pronounced is the glory of the kingdoms in the times long before Indonesia, such as Sriwijaya and Majapahit.

The human rights discourse in Indonesia started a new phase just before Indonesia's independence on August 18, 1945. The discussion on Indonesia's draft constitution had raised various opinions as to whether or not it is necessary to formulate human rights in the draft constitution. There had been long debates between two parties, namely the party which refused the incorporation of human rights and the party which demanded the draft constitution to explicitly set out human rights issues. The refusing party was of the opinion that human rights originated from the ideology of liberalism because the essence is individualism, therefore, they should not be set out in the articles of the Constitution. On the contrary, the supporting party stressed the necessity to include an article on the freedom of association, assembly, as well as expressing thoughts and writings, in order to assure that the state is not falling into the concept of an autocratic state. Eventually, both opinions can compromise, namely by the inclusion of the words, "shall be regulated by law".

On August 18, 1945 (a day after the Proclamation of Independence), the draft constitution was stipulated and ratified by the Committee on the Preparation for Indonesian Independence (*Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia/PPKI*) as the Constitution of the State of the Republic of Indonesia Year 1945. As from that moment, Indonesia has succeeded in actualizing a constitution which sets out the protection and guarantee of human rights as well as the fundamental obligations. The term, "human rights", cannot be found anywhere in the 1945 Constitution, not in its Preamble, Body nor in its Elucidation, because it only states in short, "the rights and obligations of citizens" and "the rights of the People's Legislative Assembly".

After the provisions on human rights had been stipulated in the 1945 Constitution, the agenda of promoting and enforcing human rights had been implemented continuously and it had often become the main highlighted issue. Even though the constitution had been changed several times until the eventual return to the 1945 Constitution, the issue of upholding of human rights remains a sensitive issue which cannot be easily ignored for any reasons due to its universal and contextual nature. Since the 1998 reform and the constitutional reform in 1999-2002 period up until now, we can say that the implementation and upholding of human rights have shown the signs of highly significant progress, as can be seen from the numerous legal instruments which have been created and became the instruments which are adequate in the upholding of human rights. In terms of practice, a rather prominent one among other progress is that Indonesia has also succeeded in establishing and bringing into practice a Human Rights Court in the effort to resolve various cases of gross human rights violations.

Seen from the perspective of legal instrument, there have been numerous regulations established in order to support the upholding of human rights. In 1998, the People's Consultative Assembly enacted the Stipulation of the People's Consultative Assembly Number XVII/MPR/1998 concerning Human Rights, which could be considered as a Human Rights Charter, supplementing the provisions on human rights in the 1945 Constitution. In 1999, Law Number 39 Year 1999 concerning Human Rights was successfully ratified in order to provide the basis for the guarantee of recognition, protection and advancement of human rights, including the basis for the existence of the National Commission on Human Rights the existence of which was initially only by virtue of a Presidential Decree. A year later, Law Number 26 Year 2000 concerning Human Rights Court was also successfully stipulated, which regulates the legal mechanism for resolving cases of gross human rights violations.

A more fundamental and highly monumental effort to guarantee the protection and upholding of human rights was made through the Amendments to the 1945 Constitution. After the second amendment to the 1945 Constitution, the term, human rights, was set out explicitly in the constitution. The amendment to the constitution concerning human rights was discussed and ratified in 2000, namely in the Second Amendment to the 1945 Constitution. The aforementioned amendment resulted in the provisions on

human rights and constitutional rights of citizens, which initially only consisting of seven provisions, now they have increased significantly, namely to become 37 provisions. The new provisions, which are regulated in the 1945 Constitution introduced in Chapter XA concerning Human Rights, from Article 28A up to and including Article 28J. These articles are also supplemented by several other provisions dispersed in several other articles in the 1945 Constitution. Therefore, we can say that currently, the formulation of human rights in the Indonesian constitution is very complete, which makes the 1945 Constitution as one of the Constitutions in the world which contain the most complete provisions on the protection of human rights.

The articles concerning human rights themselves, particularly those contained in Article 28A up to and including Article 28J, are basically originated from the formulation of Stipulation of the People's Consultative Assembly Number XVII/MPR/1998 concerning Human Rights which also became the materials of Law Number 39 Year 1999 concerning Human Rights. Therefore, if we wish to understand the conception of human rights completely as well as historically, the three legal instruments, namely the 1945 Constitution, Stipulation of the People's Consultative Assembly Number XVII/MPR/1998 and Law Number 39 Year 1999 concerning Human Rights should be viewed as one continuum. Furthermore, we can even see the consistency between the provisions on human rights which have been adopted into Indonesia's legal and constitution systems and the various international conventions and the universal declaration of human rights as well as other international legal instruments.

From the perspective of practice, the upholding of human rights post-reform and post-amendment to the 1945 Constitution has been quite satisfactory. There is hardly any more planned human rights violation committed by the state, or even human rights violations which are systematic, massive and structured like in the previous era. What have been occurring now are horizontal human rights violations, namely the conflict among citizens which resulted in some citizens attacking other citizens. Even if there have been news reports on human rights violations committed by the apparatus from the Indonesian National Army and the Indonesian National Police, such events occurred incidentally. For instance, there have been clashes between apparatus and citizens in the case of conflict over land which still occurred

recently. However, the violations were committed by the apparatus spontaneously and unplanned.

In the actual context today, some people stated that Law Number 26 Year 2000 concerning Human Rights Court has not been sufficiently anticipatory to serve as an instrument to resolve the problems in the event that gross human rights violations occurred. Therefore, it is highly likely, and it is even a necessity that the Indonesian government and the People's Legislative Assembly should immediately have serious discussions to ratify the Rome Statute of the International Criminal Court. It is not impossible that in the future, human rights violations might occur, in which the International community must take part. The International Criminal Court, which was established by virtue of the Rome Statute on July 17, 1998, provided for the authority to hear the crimes which caught international attention, such as the crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and aggression crimes.

There should not be any worries that if Indonesia ratified the Rome Statute, it would violate the jurisdiction. This is because if there has not been any gross or serious human rights violation, and Indonesia does not request it, ratifying the aforementioned statute cannot be deemed as a violation of the constitution and the applicable regulations. Furthermore, it is also probable that by ratifying the Rome Statute, Indonesia can play a more significant role in the international arena, particularly in the context of keeping world peace at the time when countries such as the United States, Russia and China are not yet willing to become state parties to the International Criminal Court.

The protection of human rights in the Constitution

Essentially, human rights constitute the natural rights which are attached inherently to every person since birth, as a gift from God. That is why, no institution, body or power can fetter, take away or revoke such rights from the owner. As natural rights, human rights should be automatically enforced without any juridical legitimacy in a national or international legal system. This is because, without any juridical legitimacy of human rights, such rights still exist and attached to each person. However, since most life systems of the people are secular and positivistic in nature, the existence of human rights requires juridical basis in order to be enforced in regulating people's life. It is

on such basis that, along with global constitutionalism, the juridical legitimacy of human rights is given to the domain of the constitution.

What is the reason that the amended 1945 Constitution and the constitution of other countries introduced provisions on the protection and upholding of human rights? Theoretically and practically, the most important substance of a modern constitution consists of two matters at the minimum, namely the limitation of state power and the protection of human rights. This is highly in line with modern constitutionalism, which generally emphasizes on two different bodies, namely human rights and separation of powers. Therefore, the separation of powers and the guarantee of the fundamental rights of individuals constitute the main institutional apparatus in the constitution. Such statement has been agreed by experts on constitution, such as K.C. Wheare, C.F. Strong, Lane and S. Holmes, Preuss, all of whom shared the view that the constitution constitutes the provisions which provide for and determine the functions of state bodies in order to prevent human rights violations.

Such view is also based on the history of constitution which cannot be separated from the history of human struggle for the guarantee and protection of their fundamental rights.² Normally, the issue of human rights is the issue between the individual having power and the individual not having power, or, in other words, the issue of fundamental rights is the issue arising as a result of the tension between the ruler and the ruled ones, between the government and the one being governed.

In the perspective of the history of law, every time there was a misuse of power in the form of expropriation, abuse or manipulation of fundamental rights by one man to another or by the ruler to its people, it always resulted in humanitarian crisis followed by a great struggle by elements of the society to limit the power and protect human rights. Subsequently, formulas are created which are materialized into formal documents on human rights as the source of law which provides the rights to the people. The struggle for the protection of human rights and the effort to limit and regulate the power is the core of the constitutionalism teachings.

² Ernest Barker, *Reflection on Government*, Oxford University Press, 1958, pages 30-31.

The birth of Magna Charta in England in 1215 has provided rights to the people as well as limited the power of the king. The Virginia Bill of Rights and Declarations of Independence documents which resulted in the independence of the United States in 1776, which set out the guarantee of freedom of Individuals relative to state power, were created following the conflict between the American people who felt oppressed by the colonizing English Government. In France, *Declaration des Droit de l'homme et du Citoyen* (1789) was also the result of the struggle of the people who defied the absolute power of the king. In principle, people are basically good and therefore, they must live freely and have equal position before the law. Similarly, the Universal Declaration of Human Rights of 1948 was created from the fact that there were fascist governments in Germany, Italy and Japan which were considered to have suppressed human rights.

Moreover, if we explore further, the backgrounds to the formation or establishment of countries have mostly been based on the idea of how the rights of individuals can be limited as well as protected. In the Social Contract Theory, which was laid down by John Locke and also J.J. Roesseau, the existence of the state and the ruler is to safeguard and guarantee the fundamental rights of the people. According to Locke and Roesseau, what is referred to as the 'people' is not merely a group of individuals who submit themselves by totally releasing their individual freedoms to the ruler. In the social contract, the ruler is the official who carries out the mandate of the people to safeguard and guarantee the fundamental rights of the people. When the mandate is misused, the people have the right to revoke the mandate, and even to take it by force if necessary.

Therefore, such social contract must contain the noble consensus on what constitute the collective goals, limits of the rights of individuals and who is responsible for achieving such goals. The consensus is then actualized in the constitution as the highest law of a country, which is subsequently elaborated consistently in the laws and policies of the state. The history explained above shows that every time a human rights crisis occurs, it always resulted in a social revolution or turmoil. This affirms that human rights are the preconditions which must exist in human's life and they constitute provisions for the people in order to live according to their nature of mankind.

We can say further that incorporating human rights into the articles of the constitution is one of the characteristics of a modern constitution. The strengthened guarantee of human rights through the articles in the constitution constitutes the precondition for building the state legal foundation in order to strengthen the ruler-people contract in the spirit of constitutionalism. Therefore, the constitution as the highest law as well as one of the instruments for achieving constitutionalism must include rules which allow the control over the political power and the protection of human rights. Without the aforementioned two elements, a constitution will only become a lifeless document.³

Human Rights and Constitutional Rights

It has been stated above that the history of the constitution is the history of struggle for human rights, whereas the protection of human rights is an important substance in the “living” constitution. On such basis, the existence of the constitution is not merely to recognize the basic rights or the fundamental rights of every citizen, but rather it must also provide protection and even guarantee of the fulfillment of such rights. This is because the most basic interest of every citizen is the protection of his/her fundamental rights as a human being and as a citizen.

In the statements in the above paragraph, the constitution is often related only to the protection of human rights. Thus, how and where is the position of the guarantee and protection of the constitutional rights of citizens? What are the differences or the similarities between them? The discussion about constitutional rights is not very much different from the discussion about the normative issues and the conception of human rights, as they both intertwined. However, this paper still needs to state about what is referred to as the constitutional rights of citizens and what is the different between such rights and human rights?

In his book, *“Hak Asasi Manusia, Refleksi Filosofis atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia [Human Rights, Philosophical Reflection on Universal Declaration of Human Rights]”*, James W. Nickel stated that when human

³ Denny Indrayana, *Amandemen UUD 1945, Antara Mitos dan Pembongkaran*, Mizan, Bandung, 2007, page 124.

rights are implemented in international law, we still call them human rights. However, when human rights are implemented in domestic law, there is a tendency to call them civil rights or constitutional rights.⁴ Meanwhile, it must be understood that not all constitutional rights constitute human rights, although all human rights constitute the constitutional rights of citizens. When constitutional rights constitute fundamental rights which are guaranteed in and by the Constitution⁵, such human rights constitute constitutional rights.

If we trace further, the normative formulation of the definition of constitutional rights can be seen, among others, in the Elucidation on Article 51 of Law Number 24 Year 2003 concerning the Constitutional Court⁶. Such formulation states “*constitutional rights shall be the rights provided for in the 1945 Constitution*”. This practically shows that all rights of citizens which are provided for in the 1945 Constitution are categorized as constitutional rights, without exceptions. The rights provided for in the 1945 Constitution cover at least 27 (twenty-seven) materials and they can be classified into four groups, namely:

1. Civil and political rights;⁷
2. Economic, social and cultural rights;⁸
3. Special rights;⁹

⁴ James W. Nickel, *Hak Asasi Manusia, Refleksi Filosofis atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia*, Translated by Titis Eddy Arini, Gramedia Pustaka Utama, 1996, Jakarta, page 155.

⁵ Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia*, PT Bhuana Ilmu Populer, Jakarta, 2007, page 616.

⁶ This Law has been amended by Law Number 8 Year 2011 concerning Amendment to Law Number 24 Year 2003 concerning the Constitutional Court, even though such provision on constitutional rights was not amended.

⁷ Such as the right to live, to defend his/her life and existence, freedom from torture or other cruel, inhumane and degrading punishment, freedom from any form of enslavement, freedom of religion and worship according to his/her own religion, etc.

⁸ Such as the right of association, assembly, as well as expressing opinions in a peaceful manner, the right of vote and voted in the context of people representative bodies, the right of appointment to hold public positions, the right to obtain and choose the proper and fair job for livelihood, the right to work, receive remuneration, and receive fair treatment in just employment, and other similar rights.

⁹ Such as the rights of women which are guaranteed and protected in order to achieve gender equality in the national life, the special rights which are attached to the women, which are

4. Right of Development and other special rights.¹⁰
5. Responsibilities of the state and the human fundamental obligations¹¹

In addition to the above, there are rights which are categorized as non-derogable rights in any circumstances, which include the rights to life, freedom from torture, freedom of thought and conscience, freedom of religion, freedom from enslavement, recognition as a person before the law, and the right not to be tried under a law with retrospective effect.

If we elaborate from such categorization, the constitutional rights in Indonesia include human rights and citizen rights which are guaranteed in the 1945 Constitution and applicable to every Indonesian citizen. Such affirmation can be seen in the formulation in the provisions of the constitution which use the phrases, “every person”, “all citizens”, “each citizen”, or “every citizen”. Such phrases are sufficient to show that the constitutional rights are owned by every individual citizen without any discrimination, whether on the basis of ethnicity, religion, political view or gender.

However, questions arise with regard to the opinion which states that constitutional rights are limited only to the rights which are expressly stated in the constitution, namely, how about the rights which are not expressly mentioned in the constitution, are such rights not categorized as constitutional rights? And then, can we say that in a country without a written constitution, the citizens’ constitutional rights are not protected? Such questions are very interesting. With regard to the question as to whether or not constitutional rights are only limited to the rights which are expressly stated in the constitution, that will be determined by the following 2 (two) matters, namely: (1) the ability of the Petitioner in explaining such matter in the petition, and (2) the position of the justices in interpreting the definition of such constitutional

guaranteed and protected by law due to their reproduction function, every child shall have the right to love, attention and protection from the parents

¹⁰ Such as the formulation of the provision that Every citizen shall have the right to participate in the management of, and to receive the benefits gained from the management of natural resources., and Every person shall have the right of clean and healthy environment”.

¹¹ For example, the formulation of the provision: Every person shall have the duty to respect the human rights of others in the orderly life of the community, nation and state, and the state shall have the duty of the protection, advancement, upholding and fulfillment of human rights.

rights.¹² Therefore, despite the fact that a right is not explicitly affirmed in the constitution, when the Petitioner is able to provide argumentation with the correct basis and subsequently he/she is able to convince the justices, such right shall become a constitutional right.

Subsequently, what about the countries without a written constitution, are the citizens' constitutional rights not protected? England, Israel, New Zealand and Australia for instance, in the normative aspect, the aforementioned countries do not have the documents called written constitution, however, the constitutional rights of the citizens are still protected. As the countries using the Common Law System, the constitutional rights are protected in the context of judge made law. However, this will provide difficulties for the court, particularly to formulate the criteria, since the court judges must first determined what rights are classified as fundamental and how do the laws limit them, before the court judges can decide as to whether or not such limitation of rights is valid.

The Role of the Constitutional Court as the Protector of Constitutional Rights

Principally, the Indonesian Constitutional Court is established to protect the constitutional rights of citizen from many potential violations. Based on the function to safeguard the constitution, by means of the authority to conduct a review of a law against the Constitution, it is obvious that the Constitutional Court plays a role in protecting the constitutional rights of citizens against the norms of law contradictory to the constitution. Based on the function to safeguard democracy and by virtue of the authority to settle disputes over the result of general election, the Constitutional Court guarantees that the constitutional rights of citizens are granted in accordance with the democratic principle of general election. Likewise, the Constitutional Court has also been contributing to directing the process of democracy in Indonesia in accordance with the basic principles under the 1945 Constitution which highly upholds Human Rights.

¹² I Dewa Gde Palguna, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review dan Welfare State*, The Secretariat General of the Constitutional Court, Jakarta, 2008, page 61.

One of the principal authorities of the Constitutional is to conduct a review of a law against the Constitution, or in theoretical treasure it is included in judicial review domain. In many references, the basic idea about the existence of judicial review mechanism actually constitutes the effort to force the legislator to adhere to the constitution, particularly to prevent them from making a law contradictory to the constitution. Moreover, according to the historical perspective of the constitution reflects the struggle of human being for his rights to be guaranteed and protected, if there is a law (or other subordinate regulations) violating the fundamental rights, the said law must be declared to be contradictory to the constitution. The history indicates that regardless of the variety of the constitution, each country shall control the authority of the Constitutional Court. However, the authority to conduct a review of the norms of law against the Constitution is the principal authority of the Constitutional Court.

In order to protect and safeguard the constitution, the implementation of the function to review laws is no longer inevitable in the state administration in Indonesia. The reason is because the 1945 Constitution affirms that it no longer adopts the system of supremacy of the parliament, but rather of supremacy of the constitution. One of the strong reasons for the establishment of the Constitutional Court in Indonesia is the fact that the law or laws and regulations made by political bodies have the potential to retain interests which are inconsistent with the provisions of the constitution, despite the democratic procedures applied in the formation of such law or laws and regulations. One simple reason is that as the product of a political body, it is very likely that the normative formulation therein constitutes manifestation and political interests. It is a reasonable conduct and nothing to be argued about. However, it would become a problem as the interests accommodated within the aforementioned laws and regulations are in conflict with or contradictory to the framework or the principles stipulated in the constitutions, and injure the constitutional rights of citizens.

In this matter, the Constitutional Court is established to guarantee that there are no more legal products deviating from the corridor of the constitution, so that the constitutional rights of citizens are protected and the constitutionality of such constitution itself is safeguarded. By virtue of this judicial review authority, if any law is proven to violate the constitution, the Constitutional Court must declare such law to be contradictory to the 1945

Constitution. This is the duty of the Constitutional Court, namely to ensure that the constitution as the supreme law of the land is complied with and actualized in the state administration practice. The existence of legal products which are deemed and alleged to be contradictory to the constitution without the existence of those which are able to make a correction will certainly undermine the constitutional rights of citizens. In fact, such rights are expressly guaranteed by the constitution. During the establishment process of the Constitutional Court, the parties amending the Constitution were also inspired by *Bundesverfassungsgericht* (the Federal German Constitutional Court) which as from the beginning of its establishment, was expressly stated in the 1949 German Constitution to provide protection to the fundamental rights and placed as an essential element¹³. Therefore the establishment of the Constitutional Court in Indonesia is to protect the fundamental rights which are 'undermined' as a result of the coming into effect of the norms in a law contradictory to the constitution.¹⁴

In Indonesia, the use of the term *judicial review* includes all reviews of laws and regulations against the laws and regulations at the higher level. However, the jurisdiction of the Constitutional Court is only to conduct a review of a law against the Constitution, while the subordinate laws and regulations are under the authority of the Supreme Court. The said review of the norms of law by the Constitutional Court is conducted on an a posteriori basis, rather than on an a priori basis as practiced by the Polish Constitutional Court or *Counseil Constitutionnel* in France. This is expressed in Article 24C paragraph (1) of the 1945 Constitution stating that the Constitutional Court shall be authorized to conduct a review of a law against the Constitution. It means that the object of the review is not a draft law or other. In other words, the law which may be subject to a review by the Constitutional Court shall be the applicable law because it has been formally promulgated.

¹³ Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post Communist Europe*, University of Chicago Press, 2000, page 18.

¹⁴ This inspiration emerged after the Ad Hoc Committee I of the Working Unit of the People's Consultative Assembly (PAH I BP MPR) received inputs coming from the comparative study on the countries having the Constitutional Court such as South Africa, South Korea, and explanation from the members of the German Constitutional Court, read Jakob Tobing, Amendments to the 1945 Constitution and the Role of the Constitutional Court (*Amandemen UUD 1945 dan Peran Mahkamah Konstitusi, Suara Pembaruan*), *Suara Pembaruan*, 24 April 2003.

With respect to the arrangement of judicial review mechanism in the context of safeguarding the constitutional rights of citizens, there are several important things which must be observed, among other things, namely who is the party which may file a petition and the matter to be petitioned? With regard to the party which may file a petition for review of a law against the 1945 Constitution Article 51 paragraph 91 of the Constitutional Court Law stipulates that a Petitioner shall be the party which deems that its constitutional rights and/or authority have been impaired by the coming into effect of a law, namely:

- a. an individual Indonesian citizen, including a group of individuals sharing the same interests;¹⁵
- b. a customary law community unit
- c. a customary law community unit insofar as they are still in existence and in accordance with the development of the community and the principle of the Unitary State of the Republic Indonesia governed by law;
- d. a public or private legal entity, or;
- e. a state body.

In this matter, only the 'party' which deems that its constitutional rights and/or authority have been impaired by the coming into effect of a law, which may be viewed as having legal standing to file a petition for review of a law to the Constitutional Court. The petitioner must clearly describe in its petition its constitutional rights and/or authority deemed to be impaired.¹⁶ This is where the legal adage applies: without any interest, thus no claim arises (action). If the constitutional rights and/or authority of the subject are in fact not impaired, the party concerned shall be deemed not to have any interest to file a petition for review of a law.

With respect to such matter, a question arises, is the impairment of the constitutional rights and or authority required to occur in real terms? As a

¹⁵ In line with the development, Law Number 8 Year 2011 provides an explanation that "individual" shall include a group sharing the same interest.

¹⁶ Article 51 paragraph (2) of Law Number 24 Year 2003

response to this question, the contention of the Constitutional Court is that the impairment is not necessarily real, but may be potential. This depends on the petitioner in proving that the impairment, pursuant to logical reasoning, can be assured of occurring, it shall be deemed as adequate evidence of impairment by the Constitutional Court. Hence, pursuant to Article 51 paragraph (3) of the Constitutional Court Law, a law may be petitioned for review to the Constitutional Court, if the formation is deemed to be contradictory to or inconsistent with the 1945 Constitution or if the material substance (paragraph, article, or section) of such law is deemed to be contradictory to the 1945 Constitution, or both. Thus, the petition for review is considered to be practicable, either for formal or material review.

In formal review, if the petitioner successfully proves that the formation of a law is contradictory to the 1945 Constitution, which consequently impairs its constitutional right and or authority, it means that the entire law shall be declared to be contradictory to the 1945 Constitution and shall not have binding legal force. This is expressed in Article 57 paragraph (2) of the Constitutional Court Law. At the same time, in the event of material review, namely a review merely relates to paragraph, article and/or certain section of a law which are deemed to be contradictory to the 1945 Constitution. If the petitioner successfully proves such matter, the aforementioned paragraph, article and/or certain section of the law shall be the paragraph, article and/or certain section which are declared by the Constitutional Court to be contradictory to the 1945 Constitution and shall not have binding legal force. It is expressed in Article 57 paragraph (1) of the Constitutional Court Law.

In the event that a petition for review of a law is approved by the Constitutional Court, within 30 (thirty) days as from the decision pronouncement it shall be published in Official Gazette. Subsequently, Article 24 C paragraph (1) of the 1945 Constitution states that the Decision of the Constitutional Court shall be final. It means that there is no other remedy which can be pursued as in ordinary court decision permitting cassation and review. The decision of the Constitutional Court shall be binding as from its pronouncement in the decision pronouncement hearing.¹⁷ All parties, including state administrator related to the provision decided upon by the

¹⁷ Refer to Articles 10 and 47 of Law Number 24 Year 2003 concerning Constitutional Court

Constitutional Court, are required to comply with and be subject to the decision of the Constitutional Court.

In the case of judicial review, the object of such review is the abstract and generally binding norms of the law. Therefore, despite the impaired constitutional rights of the petitioner as the grounds for petition for review, such action, however, actually represents legal interest of the entire community, namely the upholding of the constitution. In the case of judicial review, the People's Legislative Assembly and the President are not the defendants or respondents being responsible for the fault committed, but rather as the party concerned providing a description of the background and objectives of the provision of the Law petitioned. It is intended that the provision subject to review is not constructed merely based on the view of the petitioner or the Constitutional Court, but also based on legislator's view, so that there is legal assurance on whether or not it is contradictory to the constitution. Therefore, the legislator and all parties related to the provision decided upon by the Constitutional Court shall be binding to execute the decision of the Constitutional Court.

As set out above, in addition to the authority to conduct a review of a law against the Constitution, the role of the Constitutional Court in protecting the constitutional rights of citizens is also performed by virtue of the authority to settle disputes over the result of general election, either presidential/vice presidential general election, legislative general election, or regional head general election. By virtue of the aforementioned authority, the Constitutional Court safeguards the democracy by protecting the right of a citizen to elect and/or to be elected in a General Election so as to be able to be granted in accordance with the principle and rule of a democratic General Election as assured under the 1945 Constitution. The Constitutional Court ensures that the right to elect and/or the right to be elected as a citizen are shielded from manipulation and any form of misappropriation which is not only contradictory to the democracy, but also detrimental to citizens. In the event that the result of general election is proven to have been obtained by manipulating the right to elect and/or the right to be elected and violating the principle of democracy, the Constitutional Court may rescind the aforementioned result of general election.

Within the same framework for safeguarding the democracy, the Constitutional Court also plays a role in the effort to equalize democracy and nomocracy. Indeed, the emphasis between democracy and nomocracy is different, but it does not necessarily mean that it cannot be equalized. Democracy is focused on political aspect in order to uphold people's sovereignty, while nomocracy is focused on legal aspect. In the process, democracy tends to be rebellious and anarchic due to the leniency resulting from the freedom given to citizens. Moreover, the freedom is often expressed through behavior which is not only contradictory to the law and democracy, but also jeopardizes the integration of the Unitary State of the Republic of Indonesia. In this context, by virtue of its authority, the Constitutional Court as the body safeguarding the constitution and democracy equalizes the democracy and nomocracy. The Constitutional Court stands on the front guard to make Indonesia as a democratic constitutional state and democratic state under the laws, which also means taking a role in protecting the integrity of the Unitary State of the Republic of Indonesia.

Closing

The role of the Constitutional court in protecting the constitutional rights of citizens is performed through the exercise of the authority to conduct a review of a law since such authority has been stipulated in the 1945 Constitution on a limitative basis. If there is a law exploiting and abolishing the constitutional rights of citizens, at request, the Constitutional Court may play the major role in safeguarding, protecting and recovering the rights of citizens from such exploitation. The 1945 Constitution does not grant authority to the Constitutional Court to deal with a case related to constitutional complaint as granted to the South Korean Constitutional Court and the German Constitutional Court.

With the exercise of the authority to conduct a review of a law, the Constitutional Court also plays a role in preventing and controlling the power of the ruler¹⁸, particularly the legislators. Likewise, the Constitutional Court also takes control so that the branches of state power are prevented from

¹⁸ Lee Bridges, *Judicial Review in Perspective*, Cavendish Publishing Limited, Great Britain, 1995, page 7

violating or avoiding their obligations to provide guarantee of protection of the constitutional rights of citizen.*

* * * * *

References

Denny Indrayana, *Amandemen UUD 1945, Antara Mitos dan Pembongkaran* [Amendment to the 1945 Constitution, Between Myths and Disclosure], Mizan, Bandung, 2007.

Ernest Barker, *Reflection on Government*, Oxford University Press, 1958.

Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post Communist Europe*, University of Chicago Press, 2000, page 18.

I Dewa Gde Palguna, *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review dan Welfare State* [The Constitutional Court, Judicial Review and Welfare State], Secretariat General of the Constitutional Court, Jakarta, 2008.

Jakob Tobing, *Amandemen UUD 1945 dan Peran Mahkamah Konstitusi* [Amendment to the 1945 Constitution and the Role of the Constitutional Court], *Suara Pembaruan*, 24 April 2003.

James W. Nickel, *Hak Asasi Manusia, Refleksi Filosofis atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia* [Human Rights, Philosophical Reflection on Universal Declaration of Human Rights], translated by Titis Eddy Arini, Gramedia Pustaka Utama, 1996, Jakarta.

Lee Bridges, *Judicial Review in Perspective*, Cavendish Publishing Limited, Great Britain, 1995.

Leonard W. Levy (editor), *Judicial Review*, translation, Nuansa, Bandung, 2005.

Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi* [Building Law Politics, Upholding Constitution], LP3ES, Jakarta, 2006

_____, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu* [Constitution and Law in Controversy of Issues], Rajawali Pers, Jakarta, 2009.

Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan UUD 1945* [Preparatory Text of the 1945 Constitution], Jajasan Prapantja, Jakarta, 1959.

Newmeyer, R. Kent., *John Marshall and the Heroic Age of The Supreme Court*, Southern Biography Series, 2001.

Strong, C.F. *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern-Kajian tentang Sejarah dan Bentuk-Bentuk Konstitusi Dunia* [Modern Political Constitutions-Research on History and Forms of World Constitutions], Nuansa Publishing dan Nusa Media Publishing, Bandung, 2004.