

Inkonstitusionalitas Peraturan Gubernur Jawa Barat Nomor : 12 Tahun 2011 tentang Larangan Kegiatan Jemaat Ahmadiyah Indonesia Di Jawa Barat

Nurainun Mangunsong

*Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Syari'ah dan Hukum
UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta
Email: nura1n@yahoo.co.id*

Abstract: This writing studies on West Java Governor rule No. 12 /2011 on banning Ahmadis activities examined with Law No. 12/2011 and article 28 E and J 1945 amandement of constitution, Law No. 23/2014 jo Law No. 32/2004, Law No. 9/1999 on Human Rights, and Law No. 12/2005 on legalization of *International Covenant On Civil And Political Rights*. The result of this research showed that formally or materially the West Java Governor rule is not a good product of law and many contradiction in it.

Abstrak: Tulisan ini membahas Peraturan Gubernur No. 12 Tahun 2011 tentang Larangan Kegiatan Jemaat Ahmadiyah Indonesia Di Jawa Barat, Pasal 28 E dan J UUD 1945 amandemen, UU No. 23 Tahun 2014 jo UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, UU No. 9 Tahun 1999 tetang HAM, dan UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan International Covenant On Civil And Political Rights (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil Dan Politik). Hasil kajian terhadap Pergub ini terlihat jelas bahwa baik secara formil maupun materiil terdapat kekacauan antara dasar pembentukan dengan title “Larangan Kegiatan Ahmadiyah..” yang berifat kongkret individual yang seharusnya menjadi muatan materiil *beschikking* atau keputusan.

Kata kunci: *regeling, beschikking, beleidsregels, konstitusional, dan hak beragama dan hak berkeyakinan.*

Pendahuluan

Salah satu kado istimewa yang lahir dari rahim reformasi adalah penganugerahan terhadap hak-hak asasi manusia (HAM) yang cukup moderat setelah sekian lama terpasung oleh kediktatoran rezim Soeharto melalui berbagai macam bentuk regulasi dan aksi. Kebebasan yang secara formil dimanifestasikan dalam UUD RI 1945 (Amandemen) yang begitu luas dan elegan, tak ayal disambut suka cita

bahkan euforia yang belakangan kerap menimbulkan gesekan-gesekan sosial beragama yang cukup memprihatinkan.

Secara materiil, Amandemen UUD 1945 memuat HAM yang cukup progresif. Hal ini merupakan langkah kompromis dan konvergentif terhadap sekian konvensi HAM internasional dan ketentuan HAM sebagaimana diatur dalam KRIS 1949 dan UUDS 1950.¹ Pada tataran internasional sendiri, wacana HAM telah berkembang cukup signifikan setelah revolusi politik yang terjadi di eropa yang kemudian diikuti pula oleh revolusi industri. Sejak diproklamirkannya The Universal Declaration of Human Right tahun 1948, telah tercatat dua tonggak historis lainnya dalam petualangan penegakan hak asasi manusia internasional.² *Pertama*, diterimanya dua kovenan (*covenants*) PBB, yaitu yang mengenai Hak Sipil dan Hak Politik serta Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya. Dua kovenan itu sudah dipermaklumkan sejak tahun 1966, namun baru berlaku sepuluh tahun kemudian setelah diratifikasi tiga puluh lima negara anggota PBB. *Kedua*, diterimanya Deklarasi Wina beserta Program Aksinya oleh para wakil dari 171 negara pada tanggal 25 Juni 1993 dalam Konferensi Dunia Hak Asasi Manusia PBB di Wina, Austria. Deklarasi yang kedua ini merupakan kompromi antar visi negara-negara Barat dengan pandangan negara-negara berkembang dalam penegakan hak asasi manusia. Diakomodasinya konvenan internasional tentang HAM ke dalam UUD 1945 dan di berbagai level peraturan perundang-undangan menjadi indikator positif bagi perlindungan hak-hak konstitusional warga negara Indonesia, tak terkecuali hak beragama dan berkeyakinannya.

Adapun bentuk komitmen itu tampak pada ratifikasi kovenan di atas dalam sekian perundang-undangan di antaranya UU No. 7 Tahun 1984 tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan, UU No. 9 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, UU No. 23 Tahun 2003 tentang perlindungan Anak, UU No. 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan KDRT (Kekerasan dalam Rumah Tangga), dan UU No. 12 Tahun 2005 tentang ratifikasi Kovenan Internasional tentang pemenuhan hak-hak sipil dan politik dari seluruh warga negara tanpa kecuali. Ratifikasi kovenan yang terakhir ini menjadi mercusuar

¹ Nurainun Mangunsong, *Tolok Uji Uji Materi UU terhadap UUD 1945 oleh Mahkamah Konstitusi*, (Yogyakarta: Fakultas Syari'ah dan Hukum Press, 2008), hlm. 15

² *Ibid.*

dan tolok ukur jaminan perlindungan HAM baik di bidang sipil maupun politik.

Universalitas perlindungan HAM juga diteguhkan dalam fondasi ideologi maupun falsafah Pancasila dalam bernegara, berbangsa, dan bermasyarakat. Sendi-sendi kehidupan masyarakat berlandaskan lima sila Pancasila tersebut. Termasuk kebebasan beragama dan berkeyakinan dalam relasi internum maupun eksternum termanifestasikan dalam sila Pertama Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, dan Persatuan Indonesia.³ Pancasila merupakan cermin dari watak pluralisme keberagamaan dan keberyakinan masyarakat Indonesia akan tetapi menjunjung rasa persatuan dalam kedaulatan Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI).

Namun demikian, pada tataran praksis ketika agama termanifestasi ke dalam institusi sosial yang bersinggungan dengan institusi sosial agama yang lain serta beraitkelindang dengan pemaknaan agama dalam konteks golongan dan penafsiran Nash, maka gesekan-gesekan keagamaan sulit dihindari. Hal ini semakin diperparah dengan disharmoni yang terjadi di tingkat perundang-undangan dan kekosongan yudisial dalam wilayah uji materi terhadap pertentangan antar perundang-undangan itu. Kondisi itu semakin memperluas regulasi yang diskriminatif dalam pengaturan kehidupan beragama dan berkeyakinan di daerah.

Hal demikian bisa terjadi karena menurut John Stuart Mill, agama atau perselisihan iman di antara orang per orang merupakan fakta umum yang kerap mengalami ketidakadilan.⁴ Ditambahkan pula oleh Wim Beuken dan Karl-Josef Kuschel⁵ bahwa fenomena kekerasan sosial yang terjadi meski tidak semua berbasis agama, akan tetapi kenyataannya banyak sekali kekerasan yang terjadi atas nama agama.⁶

³ Lihat dalam Saafroedin Bahar dkk. (Tim Penyunting), *Risalah Sidang BPUPKI-PPKI 28 Mei 1945 – 22 Agustus 1945*, Sekretariat Negara RI, Jakarta, 1995.

⁴Karen Lebacqz, *Six Theories of Justice* (Indiana Polis: Augsbung Publishing House, 1986), hlm. 20.

⁵Pengantar Wim Beuken, Karl-Josef Kuschel (et al), dalam *Religion as a Source of Violence?* (New York: Maryknoll, SCM Press Ltd and Orbis Books, 1997), hlm. v

⁶ Muslim Ortodoks, menurut Martin Marty merupakan fenomena fundamentalisme. Fundamentalisme sendiri secara umum tidak hanya konservatif, tradisional, atau ortodoks. Fundamentalisme tidak sekedar tekstualis atau mayoritas paham, atau anti rasional dan teknologi. Mereka ialah orang-orang yang reaktif terhadap pluralisme, konsumerisme, materialisme, dan egalitarianisme. Lihat Martin

Seperti halnya di Indonesia, belakangan ini marak sekali peraturan-peraturan Pemerintah Daerah yang ditujukan demi menjaga ketertiban umum akan tetapi title dari peraturan itu hanya menyasar pada subjek tertentu seperti halnya Ahmadiyah sebagaimana diatur dalam Peraturan Gubernur No. 12 Tahun 2011 tentang Larangan Kegiatan Jemaat Ahmadiyah Indonesia Di Jawa Barat. Menarik untuk mencermati peraturan ini karena manifestasi aturan ini demi menjaga ketertiban dan kepentingan umum. Akan tetapi, seperti yang dicurigai oleh John Stuart Mill di atas, jangan-jangan Pergub tersebut hanya kamuflasi yang tak lain justru melanggengkan ketidakadilan itu sendiri. Artikel ini ingin mengkaji lebih dalam segi konstitusionalitas Pergub tersebut dan upaya hukum yang perlu direkomendasikan jika ternyata Pergub tersebut dinilai inkonstitusional.

Agama sebagai Urusan Pemerintahan Absolut

Di dalam UU No. 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (UU Pemda), yang dimaksud dengan Urusan Pemerintahan adalah kekuasaan pemerintahan yang menjadi kewenangan Presiden yang pelaksanaannya dilakukan oleh kementerian negara dan penyelenggara Pemerintahan Daerah untuk melindungi, melayani, memberdayakan, dan menyejahterakan masyarakat. Adapun yang dimaksud dengan “kekuasaan pemerintahan” sebagaimana diatur dalam Pasal 5, ialah oleh Presiden Republik Indonesia sesuai dengan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dengan demikian Presiden memegang kekuasaan Pemerintahan yang diuraikan ke dalam urusan pemerintahan dimana pelaksanaannya dibantu oleh para Menteri dan Pemerintah Daerah dalam garis vertikal.

Urusan Pemerintahan terdiri atas urusan pemerintahan absolut, urusan pemerintahan konkuren, dan urusan pemerintahan umum (Pasal 9). Urusan pemerintahan absolut ialah urusan pemerintahan yang sepenuhnya menjadi kewenangan Pemerintahan Pusat (ayat 2). Adapun yang termasuk urusan pemerintahan absolut meliputi: a. Politik luar negeri; b. Pertahanan; c. Keamanan; d. Yustisi; e. Moneter dan fiskal nasional; f. Agama (Pasal 10). Dalam Penjelasan ketentuan ini, yang dimaksud dengan “urusan agama” misalnya menetapkan hari libur keagamaan yang berlaku secara nasional, memberikan pengakuan terhadap keberadaan suatu agama, menetapkan kebijakan dalam

Marty, “Fundamentalism as a Social Phenomena”, *Bulletin of the American Academy of Arts and Science* 42 (1988), hlm. 15-29.

penyelenggaraan kehidupan keagamaan, dan sebagainya. Ditambahkan pula, daerah dapat memberikan hibah untuk menyelenggarakan kegiatan-kegiatan keagamaan sebagai upaya meningkatkan keikutsertaan daerah dalam menumbuhkembangkan kehidupan beragama, misalnya penyelenggaraan Musabaqoh Tilawatil Quran (MTQ), pengembangan bidang pendidikan keagamaan, dan sebagainya.

Dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan absolut, Pemerintah Pusat melaksanakan sendiri, atau melimpahkan wewenang kepada Instansi Vertikal yang ada di daerah atau gubernur sebagai Wakil Pemerintah Pusat berdasarkan asas Dekonsentrasi (ayat 2 Pasal 10). Yang dimaksud dengan “melaksanakan sendiri” ialah apabila urusan pemerintahan absolut dilaksanakan langsung oleh kementerian atau lembaga pemerintah nonkementerian.

Sementara yang dimaksud dengan urusan pemerintahan konkuren ialah urusan pemerintahan wajib dan urusan pemerintahan pilihan (Pasal 11), yang selanjutnya tidak Penulis bahas dalam tulisan ini. Sedangkan urusan pemerintahan umum, yang terkait dengan pembahasan ini ialah urusan pembinaan wawasan kebangsaan, pembinaan persatuan dan kesatuan, pembinaan kerukunan antarsuku dan intrasuku, umat beragama, dan koordinasi pelaksanaan tugas antarinstansi pemerintahan yang ada di wilayah Daerah Provinsi dan Daerah Kabupaten/Kota untuk menyelesaikan permasalahan yang timbul dengan memperhatikan prinsip demokrasi, HAM, pemerataan, keadilan, sesuai dengan peraturan perundang-undangan (Pasal 25 ayat (1)).

Hubungan-hubungan antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah memiliki empat dimensi penting untuk dicermati,⁷ yaitu meliputi hubungan kewenangan, kelembagaan, keuangan, dan pengawasan. *Pertama*, pembagian kewenangan untuk menyelenggarakan urusan-urusan pemerintahan tersebut akan sangat mempengaruhi sejauhmana Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah memiliki wewenang untuk menyelenggarakan urusan-urusan Pemerintahan, karena wilayah kekuasaan Pemerintah Pusat meliputi Pemerintah Daerah, maka dalam hal ini yang menjadi objek yang diurus adalah sama, namun kewenangannya yang berbeda. *Kedua*, pembagian

⁷ Kerangka Acuan Penelitian Studi Hubungan Pusat Dan Daerah Kerjasama DPD RI Dengan Perguruan Tinggi Di Daerah, Dewan Perwakilan Daerah Republik Indonesia, Jakarta 2009, hlm. 6. disadur dari Hasil Penelitian Kerjama antara Pusat Studi Kajian Negaran FH UNPAD dengan DPD RI tentang “Pola Hubungan antara pusat pusat dan daerah”, tahun 2009.

kewenangan ini membawa implikasi kepada hubungan keuangan, yang diatur dalam UU No. 33 Tahun 2004 tentang Perimbangan Keuangan antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah. *Ketiga*, implikasi terhadap hubungan kelembagaan antara Pusat dan Daerah mengharuskan kehati-hatian mengenai besaran kelembagaan yang diperlukan untuk melaksanakan tugas-tugas yang menjadi urusan masing-masing. *Keempat*, hubungan pengawasan merupakan konsekuensi yang muncul dari pemberian kewenangan, agar terjaga keutuhan negara Kesatuan. Kesemuanya itu, selain diatur dalam UU No. 32 Tahun 2004 jo UU No. 23 Tahun 2014 tersebut, juga tersebar pengaturannya dalam berbagai UU sektoral yang pada kenyataannya masing-masing tidak sama dalam pembagian kewenangannya. Pengaturan yang demikian menunjukkan bahwa tarik menarik hubungan tersebut kemudian memunculkan apa yang oleh Bagir Manan disebut dengan *spanning* antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah.

Berdasarkan uraian tersebut jelas bahwa agama merupakan urusan absolut yang menjadi kekuasaan Pemerintah Pusat yakni Presiden. Pelaksana terkait urusan agama berada dalam lingkup kewenangan kementerian atau lembaga nonkementerian yang secara struktural dikoordinasikan kepada gubernur selaku pembantu (dekonsentratif). Kementerian yang dimaksud seperti Kementerian Agama ataupun Kementerian Dalam Negeri sebagai kementerian yang membawahi struktural pemerintahan daerah. Sedangkan nonkementerian bisa Polri, Jaksa Agung, Mahkamah Agung, dan komisi-komisi negara terkait lainnya. Kejelasan kewenangan ini pula menentukan sejauhmana otoritas Pusat dan Pemerintah Provinsi dalam menjalankan kewenangan dekonstratif urusan agama. Pemerintah Provinsi sekali kali hanya tunduk pada intruksi Pusat mengenai lingkup materinya.

Sementara, terkait dengan urusan pemerintahan umum antara Pusat dan Daerah, agama masuk dalam lingkup pembinaan, pengawasan, dan koordinasi Pusat kepada Pemerintah Provinsi. Selanjutnya berdasarkan teritorial regional, Provinsi melakukan pembinaan, pengawasan, dan koordinasi dengan Pemerintah Kabupaten dan Kota. Sistem relasi berjenjang ini diberlakukan kembali sebagaimana UU No. 5 Tahun 1974 tentang Pokok-pokok

Pemerintahan Daerah. Menurut Bagir Manan,⁸ tanpa merujuk UU No. 23 Tahun 2014 secara langsung akan tetapi menilik pada Pasal 18 UUD 1945 bahwa hal itu dimaknai sebagai upaya pemerintah untuk menciptakan pemerintahan daerah yang efektif dan efisien melalui desentralisasi, dan sama sekali tidak menghendaki sentralisasi. Demikian pula menurut Totok Daryanto, yang menunjuk secara langsung UU No. 23 Tahun 2014, bahwa keberadaan uu tersebut untuk menyempurnakan undang-undang yang telah ada sebelumnya, terutama pada masalah kontrol pemerintah pusat kepada daerah. Tujuannya agar kebijakan di tingkat daerah sejalan dengan substansi dan konsolidasi di tingkat nasional. Djohermansyah juga menilai bahwa politik hukum UU ini adalah untuk menciptakan keseimbangan antara desentralisasi dan sentralisasi dan menyeimbangkan kewenangan antara daerah provinsi dan kabupaten/kota.⁹

Indikator Kebijakan Daerah yang Konstitusional

Sebelum memaparkan indikator kebijakan konstitusional, terlebih dahulu perlu dijelaskan kebijakan daerah. Secara literal, kebijakan daerah¹⁰ adalah rangkaian konsep, asas, pedoman operasional, dan cara bertindak yang menjadi garis besar dan acuan penyelenggaraan pemerintahan daerah. Kebijakan daerah merupakan pernyataan cita-cita, tujuan, prinsip, atau maksud sebagai garis pedoman pemerintahan daerah dalam mencapai tujuan pemerintahan.

Dalam terminologi hukum, pengertian kebijakan daerah dibedakan dalam arti sempit dan dalam arti luas;

1. Dalam arti sempit, kebijakan daerah berarti setiap peraturan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) bersama kepala daerah di tingkat provinsi/kabupaten/kota dalam bentuk peraturan daerah (perda) atau di Aceh disebut qanun. Jenis kebijakan ini memiliki sifat mengatur (*regeling*), dapat memuat sanksi, dan membebankan sesuatu kepada pihak-pihak yang menjadi subjek

⁸Makalah dalam *Simposium Nasional* bertema “Politik Hukum Pemerintahan Daerah menurut Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah: Desentralisasi atau Re-Sentralisasi?” yang digelar Pusat Studi Kebijakan Negara (PSKN) Fakultas Hukum Unpad, 08 Juni 2015.

⁹ *Ibid.*

¹⁰*Panduan Pemantauan Kebijakan Daerah dengan Perspektif HAM dan Keadilan Gender, berangkat dari pengalaman Aceh*, Komnas Perempuan: Jakarta, 2007, hlm. 7-8

hukum.

2. Dalam arti luas, adalah setiap peraturan yang dihasilkan oleh lembaga-lembaga di daerah, baik berupa produk bersama DPRD dengan kepala daerah maupun produk pemerintah daerah semata. Kebijakan daerah kategori ini bisa berupa peraturan daerah dan peraturan gubernur/bupati/wali kota/kepala desa yang bersifat pengaturan (*regeling*). Bisa juga berupa Surat Keputusan (SK), Surat Edaran (SE), dan penetapan lainnya yang bersifat penetapan (*beschikking*) dan pengaturan administratif.

Memasukkan Surat Keputusan (SK), Surat Edaran (SE), dan penetapan lainnya yang bersifat penetapan (*beschikking*) dan pengaturan administratif ke dalam jenis peraturan tidaklah tepat. Dalam UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, keputusan baik berupa pengaturan ataupun pengurusan dalam kegiatan teknis administratif tidak termasuk dalam tata urutan peraturan perundang-undangan. Dikeluarkannya jenis instrumen ini untuk menghindari kesimpangsiuran mengenai apa yang dimaksud peraturan/*regeling* itu sesungguhnya. Demikian pula Surat Edaran (SE) yang kerap muncul sebagai penetapan pengaturan, padahal jelas jenis instrumen ini juga tidak termasuk dalam tata urutan peraturan perundang-undangan. Hal ini sudah sejak lama diingatkan oleh Maria Farida Indraty,¹¹ mencampuradukkan penggunaan istilah “Peraturan” dan istilah “Keputusan” dinilai tidak tepat dan justru akan menimbulkan berbagai permasalahan. Istilah keputusan (*besluit*) dalam arti luas memang dibagi menjadi 2 (dua) jenis, yaitu keputusan yang bersifat mengatur (*regeling*) dan keputusan yang bersifat menetapkan. Istilah “keputusan” merupakan pernyataan kehendak yang bersifat netral, yang secara kajian di bidang peraturan perundang-undangan dapat dibedakan sebagai keputusan yang merupakan peraturan perundang-undangan (*wetgeving*), keputusan yang merupakan peraturan perundang-undangan semu (*beleidsregel, pesudo-wetgeving*), keputusan tata usaha negara (*beschikking*), maupun keputusan yang berentang umum lainnya (*besluiten van algemene strekking*). Karena perbedaan pengertian dan cakupan itu pula maka perlu dipisahkan pengaturan dan keputusan dalam hierarki perundang-undangan. Istilah *mengatur* dan *mengurus* berasal dari istilah teknis hukum (yuridis) Hindia Belanda yang disebut

¹¹Maria Farida, *Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi dan Materi Muatan, Dikembangkan dari Perkuliahan Prof. Dr. A. Hamid S. Attamimi, SH* (Kanisius, Jakarta: 2007), hlm.101

regelend dan *bestuur*. *Mengatur* berarti perbuatan menciptakan norma hukum yang *berlaku umum* dan biasanya bersifat *abstrak* (tidak mengenai hal dan keadaan yang konkret), sedangkan *mengurus* berarti perbuatan menciptakan norma hukum yang berlaku *individual* dan bersifat *konkret*.¹²

Mengenai kebijakan daerah itu, dalam UU Nomor 12 Tahun 2011 kita temukan pengaturan tentang peraturan daerah provinsi dan kabupaten/Kota, yaitu produk perundang-undangan yang dihasilkan bersama kepala daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah baik di tingkat provinsi maupun kabupaten/kota. Dalam UU Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, kebijakan daerah diatur baik berupa peraturan daerah maupun peraturan kepala daerah, sebagaimana juga sebelumnya telah diatur di dalam UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Tiga kriteria untuk mengukur konstitusionalitas sebuah kebijakan, yaitu (1) Kriteria prinsip, (2) Kriteria yuridis, dan (3) Kriteria substantif.¹³ Ketiga kriteria ini disarikan dari UU No. 12 Tahun 2011. Kriteria prinsip ialah kriteria dasar dari sebuah muatan kebijakan yakni prinsip keadilan, prinsip pengayoman dan kemanusiaan, dan prinsip NKRI. Sementara kriteria Yuridis ialah sebuah kriteria legal yang harus dipenuhi format teknis sebuah kebijakan. Kriteria yuridis terdiri dari (1) kesesuaian jenis, hirarki, dan materi muatan; (2) kesesuaian kewenangan; (relevansi acuan yuriis; (4) dan kemutakhiran acuan yuridis. Yang terakhir adalah kriteria substantif. Kriteria substantif adalah kriteria materi sebuah kebijakan dimana mencakup kesesuaian isi dengan tujuan pengaturan yang menjadi kebijakan, kejelasan subjek dan objek pengaturan, kejelasan prosedur dan birokrasi, dan kedayagunaan dan kehasilgunaan.

Hak Berkeyakinan dalam Perundang-undangan dan Hukum Islam

Sebagian besar kita sepakat bahwa Hak Asasi Manusia (HAM) ialah hak-hak dasar atau kodrat manusia yang terberi dari Tuhan. Hak-hak yang melekat secara utuh dan penuh pada diri manusia karena kemanusiaannya.

¹²Bhenyamin Hoessein, *Produk Hukum Penyelenggaraan Otonomi Daerah dan Tugas Pembantuan* (makalah), hlm. 1-3.

¹³*Pedoman Pengujian Kebijakan Konstitusional untuk pemenuhan Hak Konstitusional dan Penghapusan Diskriminasi Terhadap Perempuan*, (Jakarta: Komnas Perempuan, 2015), hlm. 20.

Namun demikian, seiringan dinamika institusionalisasi negara, HAMpun mengalami pasang surut manifestasinya antara pemenuhan hak dasariah manusia secara personal dan hak-hak yang perlu dikompromiskan dalam konteks kehidupan bersama. Perkembangan di Eropa Barat menunjukkan konstelasi itu. Tolak tarik antara Raja despotik yang mampu dilemahkan atau dikalahkan oleh Golongan Menengah (borjuis) akhirnya mengkultuskan kembali HAM dan disebut-sebut sebagai tonggak sejarah lahirnya HAM di dunia.¹⁴

Dalam konteks negara itu, manifestasi pengakuan HAM diderivasi oleh sebuah kontrak sosial yang turut menentukan seberapa jauh dan seperti apa HAM itu dilindungi. Secara teori dikenal dengan *Pactum Unionis* dan *Pactum Subjectionis*. *Pactum Unionis* adalah perjanjian antara individu-individu atau kelompok-kelompok masyarakat membentuk suatu negara, sedangkan *pactum unionis* adalah perjanjian antara warga negara dengan penguasa yang dipilih di antara warga negara tersebut (*Pactum Unionis*). Thomas Hobbes mengakui adanya *Pactum Subjectionis* saja. John Lock mengakui adanya *Pactum Unionis* dan *Pactum Subjectionis* dan JJ Roessaeu mengakui adanya *Pactum Unionis*. Ke-tiga paham ini berpengetahuan demikian. Namun pada intinya teori perjanjian ini mengamanahkan adanya perlindungan Hak Asasi Warga Negara yang harus dijamin oleh penguasa, bentuk jaminan itu mustilah tertuang dalam konstitusi (Perjanjian Bernegara).¹⁵

Perubahan Kedua UUD 1945 menghasilkan point-point penting HAM. Pengaturan HAM dimuat dalam satu bab tersendiri, yakni Bab XA dengan 10 pasal. Beberapa kalangan berpendapat bahwa perubahan itu merupakan lompatan besar dalam sejarah ketatanegaraan Indonesia. Secara substansial, materi muatan HAM terbilang baik karena memuat berbagai hak kepentingan manusia yang harus dijaga, diperlihara, dijamin, dan dilindungi. Namun demikian, menurut Majda El-Muhtaj, redaksional dan jangkauan HAM yang dimuat dalam Hasil Perubahan Kedua UUD 1945 masih terbilang sangat sederhana. Bahkan tidak menggambarkan sebuah komitmen atas penegakan Hukum dan HAM. Hal ini bisa dilihat dari adanya pasal-pasal yang saling tumpang tindih, sehingga tidak diperoleh kejelasan tentang rangkaian profil generasi HAM yang telah berkembang selama ini.

¹⁴Pranoto Iskandar, *Hukum HAM Internasional: Sebuah Pengantar Kontekstual*, Kata Pengantar oleh: Profesor Abdullahi A. An-Na'im dan Profesor Beth Lyon, Edisi 2, Cianjur: IMR Press, 2012, hlm. 12.

¹⁵ *Ibid.*

Sama halnya dengan pengamatan Saldi Isra, menurutnya Perubahan Kedua tentang HAM tersebut terlihat tidak konsisten dalam merumuskan kategorisasi hak-hak asasi, apakah pembagiannya menurut kategorisasi hak sipil dan hak ekonomi, sosial, dan budaya, ataukah mendefinisikannya dengan menggunakan pembagian atas *derogable rights* dan *nondiscretionary rights*, ataukah merumuskannya dengan cara memuat hak-hak individu, komunal, dan *vulnerable rights*. Beberapa ketidakjelasan itu misalnya penekanan muatan HAM sebagai akibat dari penggabungan muatan HAM dengan muatan HAM yang lainnya yang sebenarnya tidak sejalan atau tidak singkron. Seperti, dalam bab XA Pasal 28E yang menggabungkan hak beragama dengan hak mendapatkan pekerjaan dan hak atas kewarganegaraan.

Kelemahan mendasar yang lain yang ikut mempengaruhi pengaturan HAM beragama dan berkeyakinan dalam peraturan perundang-undangan di bawahnya adalah ketidakjelasan pengaturan kewajiban asasi negara. Perubahan Kedua UUD 1945 lebih banyak mengelaborasi pembatasan HAM yang dituangkan dalam peraturan perundang-undangan. Artinya peraturan perundang-undangan boleh mengurangi hak-hak itu sepanjang itu legal (dalam pengertian formil). Adapun rumusan pembatasan dalam Pasal 28I ayat (5) menyebutkan:

“Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.”

Perihal kewajiban dirumuskan sangat sederhana dalam Pasal 28J, yang mengisyaratkan ketentuan atributif yang bersifat “karet” dalam pengaturan dan pelaksanaan HAM selanjutnya. Adapun bunyi ketentuan tersebut:

- (1) Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
- (2) Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk pada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Berdasarkan Pasal 28I ayat (5) dan Pasal 28J ayat (2) terdapat ketentuan mendasar arah pembatasan HAM. Yakni dalam rangka

menjalankan hak dan kebebasan HAM, pembatasan hanya dimungkinkan dalam ranah undang-undang. Persoalannya, hak dan kebebasan seperti apa yang perlu dibatasi?

Dalam perspektif Negara Hukum Pancasila, Muhammad Tahir Azhary mendefinisikan kebebasan sebagai kebebasan dalam arti positif. Artinya, kebebasan dalam rangka kedaulatan Tuhan. Tidak menghendaki paham yang memusuhi dan meniadakan Tuhan. Kebebasan harus ditempatkan dalam asas memberikan pengayoman kepada manusia, yaitu melindungi manusia secara pasif (negatif) dengan mencegah tindakan sewenang-wenang, dan secara aktif (positif) dengan menciptakan kondisi kemasyarakatan yang manusiawi yang memungkinkan proses kemasyarakatan berlangsung secara wajar sehingga secara adil tiap manusia memperoleh kesempatan yang luas dan sama untuk mengembangkan seluruh potensi kemanusiaannya secara utuh.

Menurut perspektif keadilan Rawls, kebebasan hanya bisa dibatasi demi kebebasan itu sendiri. Setiap orang, tanda Rawls, memiliki hak yang setara terhadap sistem total yang paling luas bagi kebebasan-kebebasan dasar yang mirip dengan sistem kebebasan serupa bagi semuanya. Artinya, negara harus memisahkan kebebasan manusiawi dasar dan melindunginya terhadap pembagian apapun yang tidak setara. Dalam konteks sistem hukum, jika dikaitkan dengan teori Rawls tersebut, prinsip kesetaraan menjadi dasar utama keadilan HAM beragama. Pembatasan dalam pengaturan HAM hanya dimungkinkan demi menjamin kebebasan itu sendiri sebagai satu sarana pemenuhan hak-hak yang setara bagi semua warga.

Dalam TAP MPR No. XVII Tahun 1998 tentang HAM yang mengakui hak beragama sebagai hak asasi manusia sebagaimana tertera pada Pasal 13: "Setiap orang bebas memeluk agama masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu." Selanjutnya hak beragama ini diakui sebagai hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non-derogable*) sebagaimana dinyatakan dalam TAP MPR No. XVII tahun 1998, bab X mengenai Perlindungan dan Pemajuan HAM, Pasal 37: "Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, *hak beragama*, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non-derogable*)."

Dalam perseptif Islam, Islam merupakan ajaran dan tuntunan agung yang sejalan dengan fitrah manusia. Islam memiliki konsep dan landasan ideal, etik, dan universal yang menjamin kebebasan otentik manusia sebagai konsekuensi takdir fitrah yang dimilikinya. Meski, latar suprastruktur maupun infrastruktur lingkungan sosial budaya ataupun ideologi manusia berpengaruh dan berbeda-beda, namun sejatinya fitrah akan mengawal kepada kebenaran dan kesucian. Karena itu, manusia bebas menjalani dan menentukan garis keyakinannya tanpa harus memaksakan dan menyeragamkan ketauhidan meski secara subjektif kebenaran itu *wahid*. Allah telah menegaskan hukum-hukum yang autentik seperti mubah dan halal,¹⁶ sementara hal-hal yang haram,¹⁷ Allah cukup membatasinya. Hal demikian dimaksudkan agar manusia tidak kehilangan kebebasan autentiknya. Karena itupula, pluralisme beragama merupakan satu keniscayaan sebagaimana yang diungkapkan dalam Quran Surat al-Ikhlas. Agama merupakan ranah teologis yang subyektif yang berhak memperoleh apresiasi secara objektif. Setiap orang berhak secara otonom mengekspresikan perjalanan spiritualnya menuju ke tahta Sang Khaliq berdasarkan tatanan sistem syari'at yang ditetapkan. Syari'at merupakan jalan menuju Tuhan. Bagaimana cara menempuh jalan itu, manusia diberi kebebasan untuknya. Jadi, hakekat syari'at adalah sarana bukan tujuan.

Menjadi persoalan kemudian, manakala syari'at dipahami sebagai pedoman yuridis baku baik dalam pengaturan ritus ke-Tuhanan maupun ke-Manusiaan. Persepsi demikian hanya maslahah dalam ranah politik totaliteristik yang menghambakan keseragaman dan keharmonisan dalam rupa sosial agama yang homogen. Tapi tidak dalam ranah heterogenitas sosial suku, ras, dan agama seperti Indonesia. Hal ini sejalan dengan apa yang diungkapkan al-Syatibi bahwa tujuan syari'at dalam optik yang paling primitif tidak lain ialah untuk menyelamatkan seseorang dari hawa nafsunya hingga menjadi hamba Allah seutuhnya. Dalam optik yang progresif, tujuan syari'at sudah barang tentu menjadikan manusia sebagai *insan kamil (khoirunnas anfa'bum linnas)*. Dengan demikian, syari'at sebagai tuntunan semula bukan dimaksudkan membatasi kebebasan manusia melainkan ia lahir sebagai abstraksi kebebasan manusia dalam menentukan aturan hidup yang terbaik bagi tujuan hidupnya kelak. Meminjam istilah John Rowls,

¹⁶ QS. Ali Imran:93

¹⁷ QS. Al-An'am: 151-153

pembatasan hanya dibenarkan demi kebebasan itu sendiri.¹⁸ Karena itu, di dalam syari'at terdapat tuntutan ideal dan praktis yang menyangkut keluesan dalam dimensi sosial, dan internasional sebagai komunitas yang diidealkan. Syari'at dalam relasi sosial kemudian menjadi Syari'at yang berbasis pada kontrak sosial yang meliputi aspek tauhid, ibadah, muamalah, dan akhlak.¹⁹ Baik prinsip, hukum, ataupun ajaran dasar tersebut merupakan syari'at yang bersumber dari Al-Quran, sunnah, ataupun ijma' dalam optik yang sangat manusiawi dan sosialistik.

Demikian pandangan ulama kontemporer dalam memahami syari'at.²⁰ Karenanya, persoalan keyakinan sesungguhnya bukan monopoli Ilmu Kalam yang memandang keagamaan adalah wilayah sakral dan ideologi absolut yang eksklusif.

Sejalan dengan syari'at, Islam menjunjung tinggi hak beragama dan berkeyakinan. Di dalam al-Qur'an dijelaskan prinsip kebebasan berakidah itu. Artinya secara asasi mengikuti keyakinan-keyakinan hati dan masalah-masalah nurani hanya bermakna manakala tidak terdapat desakan dan paksaan di dalamnya. "Tiada paksaan untuk (memeluk) agama (Islam). Sesungguhnya telah jelas jalan yang benar dari jalan yang sesat. " (Qs. Al-Baqarah [2]:256) "Dan jika Tuhanmu menghendaki, tentulah semua orang yang di muka bumi ini beriman. Maka apakah kamu (hendak) memaksa manusia supaya seluruh mereka menjadi orang-orang yang beriman?" (Qs. Yunus [10]:99) "Dan katakanlah, "Kebenaran itu datang dari Tuhanmu; maka barang siapa yang ingin (beriman), hendaklah ia beriman, dan barang siapa yang ingin (kafir),

¹⁸ Lihat dalam Karen Lebacqz, *Six Theories of Justice* (Indianapolis: Augsburg Publishing House, 1986), hlm. 53. Atau dalam John Rawls, *Theory of Justice* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1971), hlm. 542. Dalam buku itu Rawls mengatakan bahwa, kebebasan bisa kemungkinan dibatasi dengan tujuan untuk memperkuat sistem total kebebasan. Kebebasan yang kurang atau setara pasti diterima bagi mereka yang kebebasannya kurang, utamanya karena hal itu akan memperkuat kebebasan mereka di masa depan.

¹⁹ Pengertian syariat di sini lebih luas, mencakup di dalamnya agama dan fikih. Pandangan ini lahir dari pemikiran ulama kontemporer (*qaul jadi*). Sementara menurut ulama klasik (*qaul qodim*), antara syariat, agama, dan fikih dibedakan karena objeknya berbeda. Lihat Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih* (terj) cet. ke-13 (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2010), hlm. 2.

²⁰ Pengertian syariat di sini lebih luas, mencakup di dalamnya agama dan fikih. Pandangan ini lahir dari pemikiran ulama kontemporer (*qaul jadi*). Sementara menurut ulama klasik (*qaul qodim*), antara syariat, agama, dan fikih dibedakan karena objeknya berbeda. Lihat Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih* (terj) cet. ke-13 (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2010), hlm. 2

biarlah ia kafir." (Qs. Al-Kahf [18]:29) "Dan kalau Allah menghendaki, niscaya mereka tidak mempersekuatkan-(Nya). "(Qs. Al-An'am [6]:107).

Iman kepada Tuhan dan prinsip-prinsip Islam sekali tidak dapat dipaksakan, melainkan hanya dapat dilakukan dengan logika dan penalaran. Pikiran dan ruh hanya dapat dimasuki dengan logika dan penalaran. Penting kiranya hakikat-hakikat dan perintah-perintah Ilahi dijelaskan sehingga orang-orang memahami dan menerimanya dengan kehendak dan ikhtiar yang mereka miliki.

Dimensi lain kebebasan adalah kebebasan berpikir dan beride. Pada kebanyakan ayat al-Qur'an manusia diseru untuk berpikir, berinteleksi dan berkontemplasi di alam semesta.²¹ Manusia dituntut dengan energi akalnya, untuk mengenal segala yang menguntungkan dan merugikan bagi dirinya. Ia diminta untuk bebas dari segala pasungan, tawanan, kesesatan dan penyimpangan, sehingga ia dengan mudah melenggang melaju ke depan untuk meraup kesempurnaan. "Kami akan memperlihatkan kepada mereka tanda-tanda (kekuasaan) Kami di segenap penjuru dunia dan pada diri mereka sendiri, sehingga jelaslah bagi mereka bahwa Al-Qur'an itu adalah benar. Dan apakah Tuhan-mu tidak cukup (bagimu) bahwa sesungguhnya Dia menyaksikan segala sesuatu?" (Qs. Fusshilat [41]:53) "Dan di bumi itu terdapat tanda-tanda (kekuasaan Allah) bagi orang-orang yang yakin. dan (juga) pada dirimu sendiri. Maka apakah kamu tiada memperhatikan?" (Qs. Al-Dzariyat [51]:20-21).

²¹ Seluruh jumhur 'ulama sepakat tentang otoritas Allah selaku *al-Hakim*, dengan menempatkan otoritas Nash sebagai sumber hukum (*taklifi*). Dasar penekanan *al-Hakim* itu sebagaimana ditegaskan dalam Al-Quran surat al-An'am ayat 57, surat al-Maidah ayat 47 dan 49, yang intinya menyatakan bahwa hak menetapkan hukum itu hanya milik Allah dan terdapat ancaman fasik bagi orang-orang yang tidak mematuhiinya. Namun, manakala persoalan keagamaan masuk dalam wilayah Nash yang umum (sehingga multatfsir) atau bahkan tidak terdapat pengaturan Nash di dalamnya, maka di antara 'ulama berbeda-beda dalam memandang persoalan otoritas itu. Kaum Asy'ariah berpandangan tetap meneguhkan otoritas Nash. Al Maturidiah dan Hanafiah berpandangan perlunya otoritas akal meski dibatasi otoritas Nash dengan jalan metode *istimbath* seperti di antaranya *qias*, *istihsan*, dan *istihshab*. Sementara Syiah dan Mu'tazilah memandang bahwa menonjolnya otoritas akal di sini karena akal mampu melihat dan membedakan *hasan li džatib* (hal baik menurut zatnya) dan *qabib li džatib* (hal buruk menurut zatnya), bahkan *baina hasan li džatib wa qabib li džatib* (di antara keduanya). Kedua golongan ini masih berbeda memandang drajat akal. Selanjutnya bisa dibaca Dalam Muhammad Abu Zahroh, *Ushul Fiqih* (terj) cet. ke-13 (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2010), hlm. 60

Inkonstitusionalitas Peraturan Gubernur Jawa Barat Nomor: 12 Tahun 2011 tentang Larangan Kegiatan Jemaat Ahmadiyah Indonesia Di Jawa Barat

Peraturan Gubernur Jawa Barat No. 12 Tahun 2011 lahir sebagai derivasi dari kewenangan delegatif yang diberikan oleh Pemerintah Pusat. Kewenangan delegatif ini bersifat dekonsentratif atau wewenang yang dilimpahkan oleh Pemerintah Pusat kepada Pemerintah Provinsi di daerah.

Urusan pemerintahan yang dilimpahkan Pemerintah Pusat kepada Gubernur ialah termasuk pula menjalankan urusan pemerintahan absolut. Agama termasuk urusan pemerintahan absolut yang secara delegatif bisa dilaksanakan oleh Pemerintah Provinsi.

Untuk mengukur konstitusionalitas atau tidaknya peraturan gubernur Jawa Barat ini, maka perlu menganalisisnya berdasarkan kaedah konstitusional yang selanjutnya dijabarkan dalam tiga kriteria dasar sebagaimana yang dijelaskan di dalam UU No. 12 Tahun 2011. *Pertama*, kriteria prinsip yang terdiri dari prinsip Keadilan, Pengayoman dan kemanusiaan, dan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dilihat dari prinsip keadilan, Pasal 6 ayat (1.g) UU Nomor 12 Tahun 2011 dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan “asas keadilan” adalah setiap materi muatan peraturan perundang-undangan harus mencerminkan keadilan secara proporsional bagi setiap warga Negara. Prinsip keadilan dimaksudkan untuk diaplikasi dalam penikmatan hak asasi manusia, setidaknya sebagaimana dijamin di dalam Konstitusi, terutama pada Pasal 28A-J, Pasal 27 ayat (1-3), 28, Pasal 29 ayat (2), dan Pasal 31 ayat (1). Untuk memastikan pelaksanaan prinsip keadilan, maka perlu kembali merefleksikan terhadap pelaksanaan asas non-diskriminasi, kesetaraan substantif dan kewajiban Negara.

Jika tujuan pengaturan sebagaimana yang termuat di dalam konsideran adalah upaya menjaga ketentraman dan ketertiban hidup masyarakat sehingga perlu melarang kegiatan ahmadiyah di Jawa Barat, maka hal itu mempersepsikan bahwa pengganggu ketentraman dan ketertiban hidup masyarakat semata-mata adalah ahmadiyah. Atau dengan kata lain bahwa sumber keonaran itu adalah ahmadiyah. Persepsi ini tidak proporsional jika peraturan ini dimaksudkan bagi kepentingan ketentraman dan ketertiban hidup bersama masyarakat Jawa Barat. Sebab, sumber keonaran dan kekacauan itu jika dilihat pada “kegiatan” maka sumbernya sangat kompleks. Dan secara faktual,

penyerangan itu justru dilakukan oleh golongan di luar Ahmadiyah. Ini artinya persoalan kenetraman dan ketertiban hidup beragama adalah persoalan sikap, pandangan, dan perilaku semua masyarakat yang perlu ditertibkan. Jadi ada perlakuan yang diskriminatif di dalam konsideran pergub ini.

Ketimpangan yang lain juga tertuju pada *title* pergub ini. *Title* pergub yang berisi tentang “larangan kegiatan Ahmadiyah..” sesungguhnya berisi materi yang kongkret dan individual. Jika diklasifikasi ke dalam bentuk norma, maka pergub ini masuk ke dalam jenis *besluiten van algemene strekking*. Artinya, format menuangkan aturan ini terjadi pencampuradukan antara kemauan mengatur tetapi subjek dan objek yang diatur kongkret individual. Hal ini jelas menimbulkan masalah dalam tata urutan perundang-undangan.

Dilihat dari prinsip pengayoman dan kemanusiaan dimana Pancasila sangat menjunjung pluralisme keberagamaan jelas pergub ini hanya mengayomi golongan keyakinan mayoritas semata. Pendekatan-pendekatan masalah atau pengutamaan kepentingan umum seringkali menyisakan kesakitan di pihak yang lain. Hal ini berbeda jika pendekatan lebih ditujukan pada pencegahan penderitaan atau mengatasi penderitaan umat beragama. Pendekatan ini lebih memprioritaskan pada sumber problemnya dan solusi atas problem itu bukan meminta yang satu mengalah untuk kebahagiaan yang lain. Seperti dikatakan John Rowls²² bahwa Keadilan sebagai bentuk kejujuran bersumber dari prinsip kebebasan, kesetaraan, dan kesempatan yang sama, serta prinsip perbedaan (*two principle of justices*). Kebebasan, kesetaraan, dan kesempatan yang sama menjadi syarat sebuah keadilan (*fairness*). Bahkan jika untuk dan dalam rangka keadilan harus dilalui sebuah yang tidak dapat dipersamakan, maka membedakannya menjadi satu keniscayaan.

Rasa kebijakan yang gagal mengayomi yang menyakiti rasa keadilan maka berdampak pada disintegrasi sosial agama yang semakin luas. Karena Gubernur selaku Pejabat Publik seharusnya netral dengan sikap tindak yang proporsional. Gubernur berdasarkan fungsi administrasinya harusnya membina, mengawasi, dan mendorong rasa keadilan bagi keharmonisan hidup bersama. Bukan menjadi instrument sebagai alat terror bagi kehidupan berkeyakinan golongan yang lain. Karena wilayah pidana bukan wilayahnya administrator negara.

²² John Rowls, *A theory of Justice* (Cambridge: bleknap Press, 2015), hlm. 15.

Kedua ialah kriteria yuridis. Kriteria yuridis ini adalah kriteria yang mencakup aspek formal sebuah legal draft peraturan perundang-undangan. Kriteria yuridis ini memastikan sebuah kebijakan memiliki kejelasan dan ketepatan acuan hukum yang dijadikan landasan suatu kebijakan. Kepatuhan pada kriteria yuridis adalah penting untuk melaksanakan mandat konstitusi dalam membentuk Indonesia sebagai Negara hukum dan untuk merawat integritas hukum nasional. Ada 5 indikator yang digunakan dalam kriteria yuridis, yaitu (1) asas kesesuaian jenis, hierarki, dan materi muatan peraturan perundang-undangan, (2) kewenangan pemerintah daerah, (3) relevansi acuan yuridis, (4) kemutakhiran acuan yuridis dan (5) kelengkapan dokumen.

Secara *authority*, Gubernur memiliki kewenangan yang absah menjalankan pelimpahan urusan agama sebagai urusan absolut berdasarkan UU No. 23 Tahun 2014 dan UU No. 1/PnPs/1965. Jika dilihat hierarki vertikal delegasi kewenangan itu yakni UU No. 1/PnPs/1965, yakni Surat Menteri Dalam Negeri Nomor 223/1107 D.III tanggal 23 September 2008 perihal Pedoman untuk Penanganan Jemaat Ahmadiyah Indonesia (JAI); Surat Menteri Dalam Negeri Nomor 450/3457/Sj tanggal 24 Agustus 2010 perihal Penanganan Jemaat Ahmadiyah dan Tindakan Anarkis; Surat Menteri Dalam Negeri Nomor 450/604/Sj tanggal 28 Pebruari 2011 perihal Sosialisasi SKB 3 Menteri tentang Peringatan dan Perintah kepada JAI dan Warga Masyarakat dan 12 Butir Penjelasan JAI; dan SKB 3 Menteri No. 3 Tahun 2008, No. Kep-033/A/JA/6/2008, No. 199 Tahun 2008 tentang Peringatan dan Perintah kepada Penganut, Anggota, dan/atau Anggota Pengurus Jelama't Ahmadiyah Indonesia (JAI) dan Warga Masyarakat, tampak bahwa secara teoritis dan berdasarkan UU No. 12 Tahun 2011 jenis aturan itu bukanlah termasuk peraturan perundang-undangan. Ia hanya bersifat instruksi ke dalam. Dilihat dari segi materi, kedua Surat Edaran Menteri dalam Negeri tersebut berisi pedoman penanganan terhadap JAI dan kedua SKB 3 menteri tersebut berisi himbauan kepada JAI dan masyarakat. Dengan demikian, persoalan keagamaan atau keyakinan termasuk kegiatan ahmadiyah yang diduga menimbulkan ancaman ketentraman bukanlah semata-mata persoalan Ahmadiyah melainkan juga persoalan bersama masyarakat agama di sekitarnya. Jika kemudian pergub hanya ditujukan kepada Ahmadiyah maka hal itu sudah lari dari intruksi Pemerintah Pusat. Hal mendasar yang lain adalah bahwa pengaturan pembatasan agama atau keyakinan melalui pergub tersebut bertentangan dengan Pasal 28J yang mensyaratkan hanya bisa dilakukan dengan undang-undang. Karena

bagaimanapun juga, agama merupakan hak asasi manusia. Pembatasan hak itu secara konstitusional hanya bisa dibenarkan jika melalui parlemen sebagai representasi rakyat berdasarkan prinsip Negara Hukum dan Demokrasi.²³

Relevansi acuan yuridis juga dirasa inkonstitusional dan disharmonis di ranah undang-undang yang menjadi konsideran dalam pergub ini. Pergub ini sama sekali tidak menyebutkan pasal UUD 1945. Acuan pokoknya ada pada KUPidana dan UU No. 1/PnPs/1965. Namun di bagian selanjutnya konsideran juga menyebutkan UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM dan UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan hak-hak Sipil dan Politik. Penyusun pergub ini khilaf bahwa kedua undang-undang ini justru sangat moderat dalam memprotek hak-hak beragama sebagai hak yang *nondrogable*.

Ketiga ialah kriteria substantif. Kriteria substantif ialah kriteria yang meliputi kesesuaian isi dengan tujuan, kejelasan subjek dan objek pengaturan, kejelasan prosedur dan birokrasi, dan kedayagunaan dan kehasilgunaan.

Sebuah kebijakan yang baik adalah kebijakan yang memiliki tujuan yang jelas dan rumusan isi yang sesuai dengan langkah pencapaian tujuan tersebut. Materi muatan pergub ditujukan dan dengan maksud dalam upaya menjaga ketentraman dan ketertiban hidup beragama dan berkeyakinan masyarakat akibat penyebaran paham keagamaan yang menyimpang, mengawasi aktivitas Jemaat Ahmadiyah dari kegiatan penyebaran penafsiran dan aktivitas yang menyimpang dari pokok-pokok ajaran Islam, mencegak perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh warga masyarakat sebagai akibat penyebaran paham keagamaan yang menyimpang, melaksanaan pembinaan terhadap warga Ahmadiyah, meningkatkan koordinasi antara aparat tentara nasional Indonesia, kepolisian RI, Kejaksanaan, Pemerintah Daerah dan Pemerintah dalam penanganan masalah Ahmadiyah, meningkatkan sosialisasi Keputusan Bersama Tiga Menteri (Pasal 2 Pergub). Tujuan ini sangat baik dan merupakan kewajiban Negara untuk menjaga dan melindungi ketentraman dan ketertiban hidup bersama warganya. Namun uraian isi selanjutnya ketentuan ini terjadi pencampuradukan antara subjek dan objek yang diatur. Sebagaimana telah disinggung di atas bahwa persoalan ketentraman dan ketertiban hidup beragama merupakan persoalan kebutuhan

²³Sri Soemantri, *UUD 1945: Undang-undang Dasar 1945 Kedudukan dan Aspek-aspek Perubahannya* (Bandung: Unpad Press, 2002), hlm. 9.

kolektif masyarakat dimana semua warga memiliki hak yang sama secara konstitusional. Lalu, siapakah yang dipandang berhak atas keyakinan yang benar itu? Siapakah yang berhak menentukan siapa yang paling benar? Apakah negara atau Pemerintah berhak menentukan siapa yang salah dan siapa yang benar itu? Atas dasar ukuran apa dan siapa mengenai benar dan salah itu? Ketika salah, bisakah keyakinan dipidanakan padahal aktivitas keagamaan itu masuk dalam zona-internal ilahiah dimana semua agama dan keyakinan memiliki karakter yang sama? Inilah sebuah persoalan yang kompleks umat manusia dan warga yang beragama atau sebaliknya umat beragama manusia. Hukum dan syari'at bukan sekedar benar salah akan tetapi menyangkut filosofi berhukum dan bersyari'at yang berkeadilan agar mampu menjawab persoalan umat manusia.

Berangkat dari persoalan yang tak terjawab itu, maka secara empirik bisa dilihat apakah pergub ini memiliki hasil dan dayaguna? Jawabnya, tidak. Karena sampai hari ini, Jemaat Ahmadiyah masih eksis sistem keyakinannya. Yang terpenting dalam soal ini bukan menyelesaikan masalah dengan peraturan, akan tetapi bagaimana menyelesaikan masalah dengan kebijakan yang manusiawi. Kebijakan yang konstitusional pasti menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan. Sebaliknya, kebijakan yang inkonstitusional dapat dipastikan merendahkan nilai-nilai kemanusiaan.

Dari analisa itu, maka rekomendasi yang perlu dilakukan ialah pembatalan Pergub No. 12 Tahun 2011 ini. Karena bertantangan secara konstitusional dengan kriteria prinsip dan substansi. Sementara untuk kriteria yuridis, pergub hanya memenuhi kriteria sebagian saja. Hanya persoalannya, Pergub yang bertentang dengan ketentuan konstitusi tidak bisa diuji ke Mahkamah Konstitusi maupun Mahkamah Agung. Kewenangan uji materi Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung jelas di dalam Pasal 24C dan Pasal 24A. Yang paling memungkinkan adalah *executive review*. Yakni mengajukan peninjauan kembali kepada badan yang menetapkan pergub tersebut.

Penutup

Dari pembahasan di atas dapat disimpulkan bahwa baik secara formil maupun materiil terdapat kekacauan antara dasar pembentukan yang termuat di dalam konsideran "demi menjaga ketertiban umum" yang memang merupakan kewenangan atributif dari Gubernur, akan tetapi tidak sesuai dengan *title* "Larangan Kegiatan Ahmadiyah.." yang berifat kongkret individual yang seharusnya menjadi muatan materi

Beschikking atau keputusan. Sementara itu, jika pengaturan “Larangan Kegiatan Ahmadiyah..” ingin dibawa ke ranah keputusan gubernur, hal itu bertentangan secara prinsipil pembagian kewenangan antara Pusat dan Daerah sebagaimana yang diatur dalam UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, yang menyebutkan bahwa persoalan agama bukan merupakan kewenangan daerah melainkan kewenangan Pemerintahan Pusat. Pengaturan agama hanya dimungkinkan dalam ranah undang-undang (Pasal 28J). Kenekatan daerah mengatur persoalan agama ini ditenggarai oleh delegasi kewenangan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 1/PnPs/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama jo. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1969 tentang Pernyataan Berbagai Penetapan Presiden dan Peraturan Presiden sebagai Undang-Undang, yang kemudian menjadi dasar kewenangan Menteri Agama, Jaksa Agung, dan Menteri Dalam Negeri dalam menetapkan SKB 3 Menteri No. 3 Tahun 2008, No. Kep-033/A/JA/6/2008, No. 199 Tahun 2008 tentang Peringatan dan Perintah kepada Penganut, Anggota, dan/atau Anggota Pengurus Jelama’at Ahmadiyah Indonesia (JAI) dan Warga Masyarakat. Dengan demikian terjadi kesemerawutan dalam pengaturan agama atau keyakinan ini di tingkat daerah yang sumbernya lebih banyak pada disharmoni di ranah undang-undang. Tak jarang pula, Kepala Daerah takmampu mendudukkan posisinya secara proporsional selaku pejabat publik di tengah tekanan-tekanan golongan keyakinan mayoritas. Konflik kepentingan berkeyakinan menjadi seolah-olah sulit dihindari oleh kepala daerah. Alhasil, kebijakan-kebijakan publik pun cenderung diskriminatif.

Daftar Pustaka

- Bahar, Saafroedin, dkk. (Tim Penyunting), *Risalah Sidang BPUPKI-PPKI 28 Mei 1945 – 22 Agustus 1945*, Sekretariat Negara RI, Jakarta, 1995.
- Bhenyamin, Hoessein, “Produk Hukum Penyelenggaraan Otonomi Daerah dan Tugas Pembantuan” (*makalah*).
- Farida, Maria, *Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi dan Materi Muatan, Dikembangkan dari Perkuliahan Prof. Dr. A. Hamid S. Attamimi, SH*, Kanisius, Jakarta, 2007.

- Iskandar, Pranoto, *Hukum HAM Internasional: Sebuah Pengantar Kontekstual*, Kata Pengantar oleh: Profesor Abdullahi A. An-Na'im dan Profesor Beth Lyon, Edisi 2, Cianjur: IMR Press, 2012.
- Karl-Josef, Kuschel (et al), dalam *Religion as a Source of Violence?*, Maryknoll, SCM Press Ltd and Orbis Books, New York, 1997.
- Kerangka Acuan Penelitian Studi Hubungan Pusat Dan Daerah Kerjasama DPD RI Dengan Perguruan Tinggi Di Daerah, Dewan Perwakilan Daerah Republik Indonesia, Jakarta 2009, hlm. 6. disadur dari Hasil Penelitian Kerjama antara Pusat Studi Kajian Negaran FH UNPAD dengan DPD RI tentang “Pola Hubungan antara pusat pusat dan daerah”, tahun 2009.
- Lebacqz, Karen, *Six Theories of Justice*, Augsburg Publishing House, Indiana Polis, 1986.
- Mangunsong, Nurainun, *Tolok Ukar Uji Materi UU terhadap UUD 1945 oleh Mahkamah Konstitusi*, Fakultas Syari'ah dan Hukum Press, Yogyakarta, 2008.
- Marty, Martin, “Fundamentalisme as a Social Phenomena”, *Bulletin of the American Academy of Arts and Science* 42 (1988).
- Panduan Pemantauan Kebijakan Daerah dengan Perspektif HAM dan Keadilan Gender, berangkat dari pengalaman Aceh*, Komnas Perempuan: Jakarta, 2007.
- Pedoman Pengujian Kebijakan Konstitusional untuk pemenuhan Hak Konstitusional dan Penghapusan Diskriminasi Terhadap Perempuan*, Komnas Perempuan, Jakarta, 2015.
- Rowls, John, *A theory of Justice*, bleknap Press, Cambridge, 2015.
- Simposium Nasional* bertema “Politik Hukum Pemerintahan Daerah menurut Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah: Desentralisasi atau Re-Sentralisasi?” yang digelar Pusat Studi Kebijakan Negara (PSKN) Fakultas Hukum Unpad, 08 Juni 2015.
- Soemantri, Sri, *UUD 1945: Undang-undang Dasar 1945 Kedudukan dan Aspek-aspek Perubahannya*, Unpad Press, Bandung, 2002.
- Zahroh, Muhammad Abu, *Ushul Fiqih* (terj) cet. ke-13, Pustaka Firdaus, Jakarta, 2010.