BAB II

LANDASAN TEORI

A. Perlindungan Hukum

Satjipto Rahardjo mengatakan bahwa hukum hadir dalam masyarakat adalah untuk mengintegrasikan dan mengkoordinasikan kepentingan-kepentingan yang bisa bertubrukan satu sama lain. Pengkoordinasian kepentingan-kepentingan tersebut dilakukan dengan cara membatasi dan melindungi kepentingan-kepentingan tersebut.[1]

Hukum melindungi kepentingan seseorang dengan cara memberikan kekuasaan kepadanya untuk bertindak dalam memenuhi kepentingannya tersebut. Pemberian kekuasaan, atau yang sering disebut dengan hak ini, dilakukan secara terukur, keluasan dan kedalamannya.

Menurut Paton, suatu kepentingan merupakan sasaran hak, bukan hanya karena ia dilindungi oleh hukum, melainkan juga karena ada pengakuan terhadap itu. Hak tidak hanya mengandung unsur perlindungan dan kepentingan, tapi juga kehendak.[2] Terkait fungsi hukum untuk memberikan perlindungan, Lili Rasjidi dan B. Arief Sidharta mengatakan bahwa hukum itu ditumbuhkan dan dibutuhkan manusia justru berdasarkan produk penilaian manusia untuk menciptakan kondisi

[1] Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), 53.
[2] Ibid., 54.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby ilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

yang melindungi dan memajukan martabat manusia serta untuk memungkinkan manusia menjalani kehidupan yang wajar sesuai dengan martabatnya.[3]

Philipus M. Hadjon berpendapat bahwa "Prinsip perlindungan hukum bagi rakyat terhadap tindak pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia karena menurut sejarahnya di Barat, lahirnya konsep-konsep tentang pengakuan dan perlindugan terhadap hak-hak asasi manusia diarahkan ekpada pembatasan-pembatasan dan peletakan kewajiban pada masyarakat dan pemerintah."[4]

Perlindungan hukum bagi setiap warga negara Indonesia tanpa terkecuali, dapat ditemukan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUDNRI 1945), untuk itu setiap produk yang dihasilkan oleh legislatif harus senantiasa mampu memberikan jaminan perlindungan hukum bagi semua orang, bahkan harus mampu menangkap aspirasi-aspirasi hukum dan keadilan yang berkembang di masyarakat. Hal tersebut dapat dilihat dari ketentuan yang mengatur tentang adanya persamaan kedudukan hukum bagi setiap warga Negara.

Perlindugan hukum juga dapat diartikan sebagai tindakan atau upaya untuk melindungi masyarakat dari perbuatan sewenang-wenang oleh penguasa yang tidak sesuai dengan aturan hukum, untuk mewujudkan ketertiban dan

---

[3] Lili Rasjidi dan B. Arief Sidharta, *Filsafat Hukum Madzab dan Refleksi* (Bandung: PT. Remaja Rosda Karya, 1994), 64.

[4] Philipus M. Hadjon, 1987, *Perlindungan Rakyat Bagi Rakyat di Indonesia* (sebuah Studi tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara), (Surabaya: PT. Bina Ilmu, 1987), 38.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ketentraman sehingga memungkinkan manusia untuk menikmati martabatnya sebagai manusia.[5]

Dalam Negara kesatuan Republik Indonesia (NKRI), konsep perlindungan hukum, yang tidak lepas dari perlindungan hak asasi manusia, merupkan konsep Negara hukum yang merupkan istilah sebagai terjemahan dari dua istilah rechstaat dan rule of law. Sehingga, dalam penjelasan UUD RI 1945 sebelum amandemen disebutkan, "Negara Indonesia berdasar atas hukum, (rechtsstaat), tidak berdasarkan kekuasaan belaka (Machtsstaat)".

Teori Negara hukum secara essensial bermakna bahwa hukum adalah supreme dan kewajiban bagi setiap penyelenggara negara atau pemerintahan untuk tunduk pada hukum (subject to the law), tidak ada kekuasaan diatas hukum (above the law), semuanya ada dibawah hukum (under the rule of law), dengan kedudukan ini, tidak boleh ada kekuasaan yang sewenang-wenang (arbitrary power) atau penyalahgunaan kekuasaan (misuse of power).[6]

Dalam konteks tegaknya suatu negara modern, Jimly Assiddiqie menambhakan, diperlukan pilar-pilar utama, sehingga dapat disebut sebagai Negara Hukum (The Rule of Law, ataupun Rechtsstaat) dalam arti yang sebenarnya, antara lain:

---

[5] Setiono, *Rule of Law (Supremasi Hukum)*, 2004, Tesis Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Sebelas Maret, Surakarta, 3.

[6] Muh. Hasrul, 2013, Eksistensi Gubernur Sebagai Wakil Pemerintah Pusat di Daerah Dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Efektif, Disertasi, Program Doktor Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Makasar, 15.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

1. Supremasi Hukum (Supremacy of Law):

Adanya pengakuan normatif dan empirik akan prinsip supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Dalam perspektif supremasi hukum (supremacy of law), pada hakikatnya pemimpin tertinggi negara yang sesungguhnya, bukanlah manusia, tetapi konstitusi yang mencerminkan hukum yang tertinggi. Pengakuan normative mengenai supremasi hukum adalah pengakuan yang tercermin dalam perumusan hukum dan/atau konstitusi, sedangkan pengakuan empirik adalah pengakuan yang tercermin dalam perilaku sebagian terbesar masyarakatnya bahwa hukum itu memang 'supreme'. Bahkan, dalam republik yang menganut sistem presidential yang bersifat murni, konstitusi itulah yang sebenarnya lebih tepat untuk disebut sebagai 'kepala negara'. Itu sebabnya, dalam sistem pemerintahan presidential, tidak dikenal adanya pembedaan antara kepala Negara dan kepala pemerintahan seperti dalam sistem pemerintahan parlementer.

2. Persamaan dalam Hukum (Equality before the Law):

Adanya persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan, yang diakui secara normative dan dilaksanakan secara empirik. Dalam rangka prinsip persamaan ini, segala sikap dan tindakan diskriminatif dalam segala bentuk dan manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang dinamakan

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

‘affirmative actions’ guna mendorong dan mempercepat kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu untuk mengejar kemajuan sehingga mencapai tingkat perkembangan yang sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan yang sudah jauh lebih maju. Kelompok masyarakat tertentu yang dapat diberikan perlakuan khusus melalui ‘affirmative actions’ yang tidak termasuk pengertian diskriminasi itu misalnya adalah kelompok masyarakat suku terasing atau kelompok masyarakat hukum adapt tertentu yang kondisinya terbelakang. Sedangkan kelompok warga masyarakat tertentu yang dapat diberi perlakuan khusus yang bukan bersifat diskriminatif, misalnya, adalah kaum wanita ataupun anak-anak terlantar.

3. Asas Legalitas (Due Process of Law):

Dalam setiap Negara Hukum, dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya (due process of law), yaitu bahwa segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Peraturan perundang-undangan tertulis tersebut harus ada dan berlaku lebih dulu atau mendahului tindakan atau perbuatan administrasi yang dilakukan. Dengan demikian, setiap perbuatan atau tindakan administrasi harus didasarkan atas aturan atau ‘rules and procedures’ (regels). Prinsip normative demikian nampaknya seperti sangat kaku dan dapat menyebabkan birokrasi menjadi lamban. Oleh karena itu, untuk menjamin ruang gerak bagi para pejabat administrasi negara dalam menjalankan tugasnya, maka sebagai pengimbang, diakui

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

pula adanya prinsip ‘frijs ermessen’ yang memungkinkan para pejabat tata usaha negara atau administrasi negara mengembangkan dan menetapkan sendiri ‘beleid-regels’ (‘policy rules’) ataupun peraturan-peraturan yang dibuat untuk kebutuhan internal (internal regulation) secara bebas dan mandiri dalam rangka menjalankan tugas jabatan yang dibebankan oleh peraturan yang sah.

B. Peraturan Gubernur Jawa Timur No 188/94/KPTS/013/2011

1. Latar Belakang Peraturan Gubernur Jawa Timur

Sebelum dikeluarkannya Peraturan Gubernur Jawa Timur tentang Ahmadiyah, terlebih dahulu sudah ada beberapa kepala daerah yang terlebih dahulu sudah memberikan larangan terhadap aktifitas Jemaat Ahmadiyah dengan mengeluarkan perda, diantaranya adalah yang terjadi pada tahun 1983 di Lombok Timur melalui surat keputusan bersama Kep.11/IPK.32.2/L-2.III.3/11/83 tentang pelarangan terhadap kegiatan jemaah Ahmadiyah Cabang Pancor Lombok Timur yang dikeluarkan pada tanggal 21 November 1983, setelah itu di Sumatra Selatan pada tahun 2008 dikeluarkan surat keputusan Gubernur No.563/KPT/BAN. KESBANGPOL&LINMAS/2008 yang dikeluarkan oleh Gubernur Sumatra Selatan pada 1 September 2008.

Di Sulawesi Selatan juga melakukan hal yang sama, melalui Surat edaran Gubernur Sulawesi Selatan No. 223.2/803/Kesbang yang

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

dikeluarkan pada 10 februari 2011.[7] Pada bulan yang sama tanggal 28 Februari 2011 Gubernur Jawa Timur H. Soekarwo juga mengeluarkan Peraturan Gubernur Jawa Timur No 188/94/KPTS/013/2011 tentang pelarangan aktifitas Jemaat Ahmadiyah di wilayah Jawa Timur, Peraturan Gubernur Jawa Timur ini melarang aktifitas Jemaat Ahmadiyah Indonesia Jawa Timur dan merupakan langkah yang dhiambil oleh pemerintah provinsi Jawa Timur dalam rangka menjaga kondusifitas masyarakat Jawa Timur, seperti diketahui bersama bahwa sebelum dikeluarkannya Peraturan Gubernur Jawa Timur, dibeberapa daerah diluar Jawa Timur sudah terjadi konflik yang disebabkan oleh perdebatan tentang ideologi Jemaat Ahmadiyah Indonesia.

Oleh karenanya pemerintah provinsi Jawa Timur mengambil langkah cepat dengan mengeluarkan Peraturan Gubernur Jawa Timur No 188/94/KPTS/013/2011 tentang larangan aktifitas Jemaat Ahmadiyah Indonesia di Jawa Timur.

2. Isi Peraturan Gubernur Jawa Timur No 188/94/KPTS/013/2011 tentang larangan aktifitas Jemaat Ahmadiyah Indonesia di Jawa Timur

Peraturan Gubernur Jawa Timur No 188/94/KPTS/013/2011 tentang larangan aktifitas Jemaat Ahmadiyah Indonesia di Jawa Timur, yang isinya melarang aktifitas keagamaan Jemaat Ahmadiyah Indonesia Jawa

[7] Pemantauan dan Dokumentasi- Kontras 23 Oktober 2011.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Timur, serta adanya larangan memasang atribut Jemaat Ahmadiyah Indonesia di berbagai tempat ibadah.

Sebagai bahan pertimbangan dari dikeluarkannya peraturan Gubernur jawa Timur tersebut adalah agar masyarakat wajib menjaga dan memelihara kerukunan antar umat beragama di Jawa Timur untuk menciptakan ketentraman dan ketertiban kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara demi terwujunya persatuan dan kesatuan nasional, selain itu juga dalam rangka menjaga stabilitas keamanaan daerah Jawa Timur, hal ini tidak lepas dari berbagai kasus yang terjadi berkaitan dengan Jemaat Ahmadiyah diberbagai wilayah di Indonesia.

Selain itu beberapa pertimbangan lain yang menjadi landasan dikeluarkannya peraturan Gubernur jawa Timur tersebut adalah Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalagunahan dan/atau Penodaan Agama, Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri Nomor 9 Tahun 2006 dan nomor 8 tahun 2006 tentang pedoman Pelaksana Tugas Kepada Daerah/Wakil Kepala Daerah dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Beragama Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Beragama, dan Pendirian Rumah Ibadat, Keputusan Bersama Menteri Agama, Jaksa Agung, dan Menteri Dalam Negeri Nomor 3 Tahun 2008, Nomor Kep-033/A/JA/6/2008 dan Nomor 199 Tahun 2008 tentang Peringatan dan perintah kepada Penganut, Anggota,

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

dan/atau Anggota Pengurus Jemaat Ahmadiyah Indonesia (JAI) dan warga Masyarakat.

Sehingga dari berbagai pertimbangan sosial dan yuridis tersebut Gubernur jawa Timur selaku pemimpin tertinggi di wilayah jawa Timur memutuskan untuk "Melarang Aktifitas Jemaat Ahmadiyah Indonesia (JAI) yang dapat memicu dan/atau menyebabkan terganggunya keamanan dan ketertiban masyarakat di Jawa Timur".

Larangan yang dimaksud dalam peraturan Gubernur tersebut adalah larangan Menyebarkan ajaran Ahmadiyah secara Lisan, tulisan maupun melalui media elektronik, larangan Memasang papan nama organisasi Jemaat Ahmadiyah Indonesia (JAI) di tempat umum, dan larangan Menggunakan atribut Jemaat Ahmadiyah Indonesia (JAI) dalam segala Bentuknya.

Dari keputusan Gubernur Jawa Timur tersebut dapat diketahui dengan jelas bahwa dengan berbagai pertimbangan di tetapkan bahwa melarang aktiifitas Jemaat Ahmadiyah Indonesia di wilayah Jawa Timur untuk menyebarkan ideologi keagamaannya serta menggunakan dan memasang atribut Ahmadiyah di wilayah Jawa Timur.[8]

C. Peraturan Kewenangan Pemerintah Daerah dalam Mengeluarkan Regulasi

[8] Peraturan Gubernur Jawa Timur No. 188/94/KPTS/013/2011 tentang Larangan Aktifitas Jemaat Ahmadiyah Indonesia di Jawa Timur

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Pasal 18 Undang-Undang Dasar 1945 merupakan dasar hukum pembentukan Pemerintahan Daerah dan penyelenggaraan otonomi daerah dengan memberikan kewenangan yang luas, nyata dan bertanggungjawab kepada daerah. Dalam menentukan kewenangan yang dimiliki oleh daerah, berlaku teori residu, kewenangan daerah merupakan sisa dari semua kewenangan setelah dikurangi lima kewenangan yang dimiliki oleh pemerintah pusat. Dengan demikian berarti kewenangan yang dimiliki daerah tidak terhingga, sehingga setiap daerah dapat menyelenggarakan kewenangan sebanyak-banyaknya tergantung kebutuhan dan kemampuan daerah yang bersangkutan.

Akan tetapi dalam menjalankan tugasnya, badan atau aparatur pemerintah harus dilandasi wewenang yang sah yang diberikan oleh peraturan perundang – undangan. Oleh karena itu setiap badan atau aparatur pemerintah sebelum menjalankan tugasnya harus terlebih dahulu dilekatkan dengan suatu kewenangan yang sah berdasarkan peraturan perundang – undangan. Dengan adanya kewenangan yang sah yang diberikan oleh peraturan perundang – undangan, maka kewenangan tersebut dibatasi dan diatur oleh peraturan perundang – undangan sehingga tidak melebihi kewenangan yang dimilikinya.[9]

Berdasarkan undang – undang pemerintahan daerah, gubernur adalah kepala daerah yang memimpin suatu wilayah/provinsi.[10] Gubernur disini sebagai kepala

---

[9] Safri Nugraha, *Hukum Administrasi Negara* (Depok: CLGS-FHUI, 2007) 29.
[10] Indonesia, *Pasal 24 ayat 2 Undang – Undang Tentang Pemerintahan Daerah* UU Tahun 2004, TLN No. 4437

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

pemerintah daerah yang menyelenggarakan urusan pemerintahan bersama DPRD berdasar asas otonomi dan tugas pembantuan dengan prinsip otonomi seluas – luasnya dalam sistem dan prinsip negara kesatuan republik Indonesia. Selain sebagai keala daerah provinsi, gubernur juga berfungsi pula selaku wakil pemerintah di wilayah provinsi tersebut. [11] Gubernur disini mempunyai pengertian untuk menjembatani dan memperpendek rentang kendali pelaksanaan tugas dan fungsi pemerintah termasuk dalam pembinaan dan pengawasan terhadap penyelenggaraan pemerintahan pada strata pemerintahan kabupaten/kota. Jadi terdapat dua kedudukan gubernur yakni sebagai kepala daerha suatu wilayah provinsi dan sebagai wakil pemerintah di wilayah provinsi.

Sebagai kepala daerah, Gubernur melaksanakan urusan pemerintahan menurut prinsip otonomi daerah berdasarkan asas desentralisasi dan tugas pembantuan. Dalam melaksanakan urusan pemerintahannya menurut otonomi daerah itu, Gubernur mempunyai wewenang untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahannya ini berdasarkan asa desentralisasi yang berarti hanya urusan pemerintahan yang telah diserahkan kepada daerah otonom tersebut yang dapat dilakukan yaitu urusan diluar pemerintah pusat yakni politik luar negeri, pertahanan, keamanan, yustisi, moneter fiskal nasional, dan agama. Kewenangan pemerintah pusat adalah semua kewenangan pemerintahan sebagai akibat pelimpahan dari rakyat.[12] Namun pemerintahan harus

---

[11] Ibid.,37.
[12] Hanif Nur Cholis, *Teori dan Praktek Pemerintahan dan Otonomi Daerah* (Jakarta: Grasindo, 2005), 160-161.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

diselenggarakan secara desentralisasi maka sebagian kewenangn tersebut harus diserahkan kepada daerah.Dengan demikian pemerintah pusat hanya memiliki kewenangan 6 (enam) bidang urusan pemerintahan. Sedaangkan kewenangan selain 6 (enam) bidang itu menjadi kewenangan daerah provinsi dan kabupaten/kota. Kewenangan yang dipegang pusat adalah kewenangan yang bersifat nasional.Sedngkan kewenangan yang diserahkan kepada daerah adalah kewenangan yang bersifat lokalitas (merupakan kepentingan dan kebutuhan masyarakat setempat). Daerah diberi kebebasan untuk menemukan kewenangan yang bersifat lokalitas tersebut menurut prakarsanya sendiri.

Dalam kaitannya untuk menciptakan produk hukum dalam melaksanakan otonomi daerah, Gubernur mempunyai wewenang mengatur dan mengurus dimana wewenang mengatur tersebut perbuatan untuk menciptakan norma hukum yang berlaku umum dan abstrak, dimana dalam undang – undang pemerintahan daerah produk hukum hasil mengatur tersebut antara lain:[13]

1. Peraturan daerah atau Perda, yakni keputusan kepala daerah berdasarkan persetujuan DPRD.

   Perda merupakan hasil kerja bersama antara Gubernur/Bupati/Walikota dengan DPRD, karena itu tata cara membentuk Perda harus ditinjau dari beberapa unsur pemerintahan tersebut, yaitu unsur DPRD adalah Peraturan

[13] Behnyamin Hoessein, *Perubahan, Pola dan Bentuk Pemerintahan Daerah; dari Era Orde Baru ke Era Reformasi* (Jakarta: DIA FISIP UI, 2009), hal 154.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Daerah merupakan sutu bentuk produk legislatif tingkat daerah, karena itu tidak dapat terlepas dari DPRD. Keikutsertaan DPRD membentuk Perda bertalian dengan wewenang DPRD dibidang legislatif atau yang secara tidak langsung dapat dipergunakan sebagai penunjang fungsi legislatif, yaitu hak penyelidikan, hak inisiatif, hak amandemen, persetujuan atas Rancangan Peraturan Daerah (Ranperda).Unsur Partisipasi adalah partisipasi dimaksudkan sebagai keikutsertaan pihak-pihak luar DPRD dan Pemerintah Daerah dalam menyusun dan membentuk Ranperda atau Perda.[14]

2. Peraturran Kepala Daerah yakni keputusan kepala daerah tanpa persetujuan DPRD.

Sedangkan dengan wewenang mengurus, Gubernur selaku kepala daerah provinsi dapat menciptakan norma hukum yang berlaku kongkrit dan individual dalam undang – undang pemerintah daerah terdapat hasil produk pengurusan yaitu keputusan kepala daerah. Keputuusan kepala daerah merupakan produk hukum hasil pengurusan yang bersifat penetapan dan istilah yang dipakai oleh peradilan adalah keputusan tata usaha negara. Berdasarkan kewenangan yang dimiliki oleh gubernur baik mengatur dan mnegurus tersbeut membentuk tiga produk hukum. Produk hukum tersebut hanya untuk melaksanakan urusan – urusan pemerintahan yang telah diserahkan pemerintah pusat kepada pemerintahan daerah berdasarkan asas

[14] Rosjidi Ranggawidjadja, *Pengantar Ilmu Perundang – Undangan Indonesia* (Bandung: Mandar Maju, 1998), 77.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

desentralisasi. Sedangkan untuk urusan pemerintahan yang tidak diserahkan kepada daerah otonom hanya bisa dilaksanakan berdasarkan asas dekonsentrasi, Asas dekonsentrasi adalah pelimpahan sebagian urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan pemerintah pusat kepada gubernur sebagai wakil pemerintah pusat, kepada instansi vertikal di wilayah tertentu, dan/atau kepada gubernur dan bupati/wali kota sebagai penanggung jawab urusan pemerintahan umum. Maksudnya adalah pelimpahan wewenang pemerintahan yang sebenarnya kewenangan itu ada ditangan pemerintah pusat, yakni menyangkut penetapan strategi kebijakan dan pencapaian program kegiatannya, diberikan kepada gubernur atau instansi vertical didaerah berdasarkan arahan kebijaksanaan umum dari pemerintah pusat, sedangkan sektor pembiayaannya tetap dilaksanakan oleh pemerintah pusat.[15] yaitu dengan adanya pelimpahan kewenangan pemerintahan pusat kepada Gubernur.

Kedudukan Gubernur selaku wakil pemerintah mempunyai tugas dan wewenang untuk melaksanakan:[16]

1. Pembinaan dan pengawasan penyelenggaraan pemerintahan daerah provinsi dan kabupaten/kota

[15] Sunarto Siswanto, *Hukum Pemerintahan Indonesia* (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), 7-8.
[16] Indonesia, *Pasal 37 Undang – Undang Tentang Pemerintahan Daerah. . ..*

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2. Kordinasi penyelenggaraan urusan pemerintah daerah provinsi dan kabupaten/kota
3. Kordinasi pembinaan dan pengawasan penyelenggaraan tugas pembantuan di daerah provinsi dan kabupaten/kota.

Gubernur sebagai wakil pemerintah juga melaksanakan urusan pememrintahan di wilayah provinsi yang menjadi kewenangan pemerintah pusat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang – undangan.[17] Dalam hal ini Gubernur sebagai wakil pemerintah dapat menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi urusan pemerintah, yakni Politik Luar negeri, pertahanan, keamanan, yustisi, moneter fiskal dan agama. Setelah mendapat limpahan sebagian urusan pemerintahan kepadanya berdasarkan asas dekonsentrasi atau dapat menugaskan kepeda pemerintahan daerah dengan asas tugas pembantuan.

Dalam hal kaitannya dengan dikeluarkannya sebuah keputusan Gubernur yang berisi tentang urusan agama, yaitu surat keputusan Gubernur No. 188/94/KPTS/013/2011 tentang larangan aktifitas Jemaat Ahmadiyah Indonesia di Jawa Timur. Keputusan tersebut adalah keputusan kepala daerah yang merupakan produk hukum hasil pengurusan yang bersifat penetapan.

Dapat diuraikan menurut sifatnya, bahwa individual disini adalah keputusan itu tidak ditujukan untuk umum, tetapi tertentu, baik alamat maupun hal yang dituju yaitu ditujukan dan dialamatkan kepada seseorang, beberapa orang atau banyak orang

[17] Indonesia, *Pasal 3 Ayat 2 Undang – Undang Tentang Pemerintahan Daerah. . ...*

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

tertentu. Dalam keputusan tersebut yang dituju adalah Jemaatn Ahmadiyah Indonesia Jawa Timur. Selanjutnay keputusan tersbeut bersifat kongkret yang berarti keputusan tersebut di dalamnya diatur perbuatan yang sudah nyata, yaitu tidak hanya melarang melakukan kegiatan yang dapat memicu atau menyebabkan terganggunya keamanan dan ketertiban masyarakat Jawa Timur, tetapi sudah dikongkretkan menjadi menyebarkan ajaran Ahmadiyah secara lisan, tulisan maupun media elektronik, memasang papan nama organisasi Jemaat Ahmadiyah Indonesia di tempat umum, memasang papan nama pada masjid, musholla, lembaga pendidikan dan lain – lain dengan identirtas Jemaat Ahmadiyah, dan menggunakan atribut Jemaat Ahmadiyah Indonesia dalam segala bentuk. Selanjutnya keputusan tersbeut final atau sekali selesai yang berarti tanpa meminta persetujuan pihak atasan, keputusan tersbeut sudah langsung dapat berlaku.

Dengan demikian surat keputusan Gubernur Jawa Timur tersebut merupakan produk hukum kepala daerah yang berasal dari wewenang kepala daerah yang berupa hasil pengurusan yang bersifat penetapan atau keputusan tata usaha negara. Surat keputusan tersebut adalah surat keputusan yang berisi tentang urusan agam yang dilihat dari isinya yakni berisi tentang larangan melakukan aktifitas suatu kelompok keagamaan tertentu yaitu Jemaat Ahmadiyah Indonesia.

Mengingat urusan agama merupaka urusan pemerintah pusat, maka pemerintah daerah tidak berwenang mengeluarkan produk hukum baik itu melalui perbuatan mengatur maupun mengurus yang berisi tentang urusan agama kecuali

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

telah mendapatkan pelimpahan dari pemerintah pusat kepada pemerintah daerah sesuai dengan kedudukannya sebagai wakil pemerintah pusat di wilayah provinsi berdasarkan asas dekonsentrasi atau mendapatkan tugas dari pemerintah berdasarkan asas pembantuan. Jadi dapat dikatakan bahwa kewenangan Gubernur Jawa Timur dalam mengeluarkan surat keputusan tersebut melebihi kewenangan yang dimilikinya.

D. Hubungan UUD 1945 Tentang Kebebasan Beragama

Wacana kebebasan beragama sesungguhnya sudah berkembang sejak bangsa ini akan diproklamirkan tahun 1945 silam, bahkan jauh sebelum itu. Melalui Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), wacana ini hangat diperdebatkan founding father, khususnya dalam perumusan pasal 29 UUD 1945. Dengan arti kata, masalah kebebasan beragama memang tidak pernah tuntas diperdebatkan hingga sekarang.

Pasal 28 yang berbunyi "Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang-undang".

Pasal 28E menjelaskan bahwa :

1. Setiap orang berhak memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.

2. Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.
3. Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat.

Pasal 28J menerangkan bahwa :

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 kepada 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.

Dan Pasal 29 yang menegaskan bahwa :

1. Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa.
2. Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

Semula, rancangan awal pasal 29 dalam UUD 1945 BPUPK berbunyi: "Negara berdasar atas ketuhanan dengan kewajiban menjalankan syari'at Islam

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

bagi pemeluk-pemeluknya". Kemudian diubah lewakeputusan rapat PPKI, 18 Agustus 1945 menjadi: "Negara berdasar ataKetuhanan Yang Maha Esa". Rumusan ini menghilangkan tujuh kata (dengan kewajiban menjalankan syari'at Islam bagi pemeluk-pemeluknya) yang justru dipandang prinsipil bagi kalangan nasionalis-Islam. Rumusaninilah yang dipakai dalam konstitusi Indonesia hingga sekarang dan tidak mengalami perubahan meski telah empat kali mengalami amandemen: 1999, 2000, 2001, dan 2002.

UUD 1945 dalam sistem hukum di Indonesia dikenal sebagai sumber dari segala sumber hukum yang menjadi turunannya. Adapun tingkatan hukum di Indonesia setelah UUD 1945 adalah: Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang- Undang, dan Peraturan Daerah. Dalam sistim hukum global Indonesia banyak juga meratifikasi berbagi konvenan Internasional seperti Konvenan Internasional Hak Sipil dan Politik lewat UU Nomor 12 Tahun 2005. Dalam masa reformasi UUD 1945 paling tidak telah mengalami empat kali amandemen, sungguh sebuah masa perubahan yang sangat cepat dalam hukum di Indonesia.

Di era reformasi sekarang, banyak sekali produk hukum yang lahir dalam masa reformasi dihasilkan sebagai produk kontestasi etno politik dari berbagai kelompok masyarakat baik ditingkat pusat maupun daerah. Reformasi berjalan dengan berbagai upaya legislatif mengisi ruang hukum Negara Indonesia dengan berbagai produk hukum. Bercampur dengan situasi politik dan ekonomi Negara

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

dan berbagai agenda kepentingan lainnya, reformasi telah menghasilkan sejumlah produk hukum, mulai dari UU sampai dengan Peraturan Daerah. Sangat disayangkan, sejumlah produk hukum atau peraturan yang ada menimbulkan ketegangan di masyarakat dan tumpang tindih bahkan ada juga yang melihat sebagai produk-produk multitafsir.

Namun demikian, di sisi lain Negara Indonesia adalah negara yang berpenduduk majemuk dari segi suku bangsa, budaya, dan agama. Penduduk Indonesia terdiri dari ratusan suku bangsa yang tersebar di berbagai wilayah Penduduk ini menganut agama dan kepercayaan yang berbeda-beda. Bagian terbesar dari penduduk menganut agama Islam, Kristen, Katolik, Hindu Buddha dan Khonghucu, bahkan juga ratusan aliran keagamaan. Karena itu diperlukan kearifan dan kedewasaan di kalangan umat beragama untuk memelihara keseimbangan antara kepentingan kelompok dan kepentingan nasional. Dari sisi Pemerintah, diperlukan kebijaksanaan dan strategi untuk menciptakan dan memelihara suasana kebebasan beragama dan kerukunan umat beragama guna mewujudkan masyarakat Indonesia yang aman, damai sejahtera dan bersatu.

Dimana yang dimaksud kerukunan umat beragama disini adalah keadaan hubungan sesama umat beragama yang dilandasi toleransi, saling pengertian, saling menghormati, menghargai kesetaraan dalam pengamalan ajaran agamanya dan kerjasama dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara di dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sedangkan, pemeliharaan kerukunan umat beragama adalah upaya bersama umat beragama dan pemerintah di bidang pelayanan, pengaturan dan pemberdayaan umat beragama.

Dilain pihak kita ketahui, bahwa Indonesia merupakan negara Pancasila, artinya bukan sebagai negara agama karena negara agama hanya mendasarkan diri pada satu agama tertentu, tetapi negara Pancasila juga tidak dapat dikatakan sebagai negara sekuler karena negara sekuler sama sekali tidak mau terlibat dalam urusan agama. Menurut Mahfud M.D, negara Pancasila adalah sebuah religious nation state yakni sebuah negara kebangsaan yang religius yang melindungi dan memfasilitasi berkembangnya semua agama yang dipeluk oleh rakyatnya tanpa membedakan besarnya jumlah pemeluk masing-masing. Berangkat dari konsepsi tersebut, maka adalah suatu keniscayaan bahwa negara mempunyai kewajiban konstitusional (constitutional obligation/judicial review) untuk melindungi kebebasan beragama bagi setiap warga negaranya.[18]

Dengan demikian, kebebasan beragama di Indonesia dijamin oleh UUD 1945 terutama pasal 28E, 28I, dan 29. Pembatasan terhadap kebebasan itu hanya dapat dilakukan melalui UU sebagaimana ditur dalam Pasal 28J UUD 1945 tersebut. Dalam UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia juga diatur adanya hak-hak asasi manusia dan kewajiban dasar manusia. Pasal 22 UU Nomor 39 Tahun 1999 menegaskan bahwa:

---

[18] Mahfud, *Politik Hukum di Indonesia* (Jakarta: Pustaka LP3ES Indonesia, 1998).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

"(1) Setiap orang bebas memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu; dan (2) Negara menjamin kemerdekaan setiap orang memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu."[19]

Tetapi Undang-Undang yang sama juga mengatur adanya kewajiban dasar manusia, yaitu seperangkat kewajiban yang apabila tidak dilaksanakan tidak memungkinkan terlaksananya dan tegaknya HAM, sebagaimana diatur dalam Pasal-pasal 1, 67, 68, 69 dan 70 UU tersebut. Tentang pembatasan hak dan kebebasan hanya dapat dilakukan oleh UU sebagaimana diatur Pasal 73 UU tersebut. Demikian pula kebebasan beragama dijamin oleh Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang telah diratifikasi menjadi UU Nomor 12 Tahun 2005. Dalam Pasal 18 ayat (1), (2) dan (3) UU ini, disebutkan sebagai berikut:

1. Setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama. Hak ini mencakup kebebasan untuk menganut atau menerima suatu agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan baik secara individu maupun bersama-sama dengan orang lain, dan baik di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama atau kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, ketaatan, pengamalan dan pengajaran.

[19] Undang – Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2. Tidak seorang pun boleh dipaksa sehingga mengganggu kebebasannya untuk menganut atau menerima suatu agama atau kepercayaannya sesuai dengan pilihannya.
3. Kebebasan untuk menjalankan agama atau kepercayaannya seseorang hanya dapat dibatasi oleh ketentuan hukum, yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan atau moral masyarakat atau hak dan kebebasan mendasar orang lain.

Prinsip dan pasal-pasal mengenai kebebasan beragama diatas masih sangat umum dan perlu penjabaran lebih lanjut. Jika dikaitkan dengan isu kebebasan beragama di Indonesia dewasa masalahnya dapat dibagi menjadi sekurang-kurangnya 4 masalah11: 1) Hubungan kebebasan beragama dengan agama lain. Ini menjadi masalah karena adanya pluralitas agama yang mengakibatkan adanya benturan program antara satu agama dengan agama lain. 2) Hubungan kebebasan beragama pada pemeluk agama masing- masing. Ini menyangkut masalah-masalah pemikiran dan pengamalan ajaran agama yang oleh umat penganut agama tersebut dianggap menyimpang. 3) Hubungan kebebasan beragama dan pemerintah. Khusus ketika terjadi konflik peran pemerintah mutlak diperlukan sebagai penengah dan fasilitator antar agama atau antar pemeluk agama. 4) Hubungan kebebasan beragama dengan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM). Ini bermasalah ketika HAM yang dianggap universal itu ternyata secara konseptual dan praktis berbenturan dengan prinsip-prinsip dalam

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

agama. UUD 1945 tidak secara tegas mengatur agama-agama apa saja yang harus dipeluk oleh seseorang sebagai warga negera Indonesia. Dengan demikian menurut ketentuan UUD 1945 tersebut, warga negara diberi kebebasan untuk memeluk dan memilih salah satu agama atau keyakinan serta menjalankan ibadat sesuai syariatnya. Agama dan kepercayaan seseorang tidak dapat dipaksaan, Negara sekalipun tidak dapat memaksakan dan menentukan seseorang harus memilih salah satu agama tertentu.

Di dalam Penetapan Presiden (PnPs) No. 1 Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama, yang kemudian ditetapkan menjadi Undang-undang Nomor 5 Tahun 1969 tentang Pernyataan Berbagai Penetapan Presiden dan Peraturan Presiden menjadi Undang-undang, khususnya dalam Penjelasan pasal 1, agama-agama yang dipeluk oleh penduduk Indonesia ialah: Islam, Kristen, Katholik, Hindu, Budha, dan Khong Cu (Confusius). Agama-agama inilah yang dipeluk hampir seluruh penduduk Indonesia. Oleh karena itu agama-agama dimaksud mendapatkan jaminan dari negara sebagaimana yang dimaksud dalam pasal 29 ayat (2) UUD 1945, yakni "Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu". Selain mendapatkan jaminan dari negara juga mendapatkan bantuan-bantuan dan perlindungan.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Jadi ke 6 (enam) agama tersebutlah yang mendapat fasilitas dari negara atau bantuan dari negara. Akan tetapi tidak berarti agama-agama lain, misalnya: Yahudi, Zarazustrian, Shinto, Teosism, di larang di Indonesia. Mereka juga mendapat jaminan penuh seperti yang diberikan oleh pasal 29 ayat (2) UUD 1945 dan mereka dibiarkan adanya asal tidak melanggar peraturan perundang-undangan.

Kemudian, masalah kebebasan beragama mempunyai jalinan yang erat dengan kerukunan umat beragama. Dalam hal ini, ketika kebebasan beragama merupakan HAM, maka menjadi tanggung jawab negara untuk menjadi fasilitator agar dapat dilindungi dan ditegakkan sebagaimana mestinya. Hal ini penting karena kerukunan umat beragama merupakan benih terciptanya harmoni sosial yang penting untuk pelaksanaan pembangunan guna mencapai tujuan negara. Harmoni sosial juga penting untuk menjadi jalan agar HAM dapat berjalan sebagaimana mestinya.

Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada 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.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id