

**TEOLOGI KONSTITUSI**  
**Hukum Hak Asasi Manusia atas Kebebasan Beragama di Indonesia**

Buku ini kupersembahkan kepada kedua orang tuaku tercinta, Alm. Drs. Alimuddin (Acung Icing) dan Zahratun; Isteri dan anakku, Hudhia Rosydiani, S.Pd.I, dan Caesar Arkananta Ilham; Saudara-saudaraku yang telah dibesarkan, berjuang dan menghabiskan masa kecil bersama di Desa Plakpak Pegantenan Pamekasan; serta semua guru dalam kehidupanku.

## KATA PENGANTAR

Alhamdulillah, segala puja dan puji yang tak terhingga saya panjatkan kehadirat Allah SWT karena hanya berkat rahmat, kehendak, dan ijin-Nya lah saya dapat menyelesaikan penulisan buku ini. Kemudian tidak lupa pula, sholawat dan salam saya haturkan kepada Nabi Besar Muhammad SAW karena berkat perjuangan dan syafaat Beliau lah saya dapat mengenal dan menikmati betapa indahnya Islam rahmatan lil ‘alamin.

Saya sangat bersyukur telah ditakdirkan lahir dari sosok Ibunda Zahratun yang selalu menyirami anaknya dengan air mata doa, untuk itulah ucapan terima kasih saya haturkan kepada beliau. Ucapan yang sama saya haturkan pula kepada Almarhum Ayahanda Drs. Alimuddin, dengan kebersahajaannya beliau rela bermandikan keringat demi mengantarkan semua anaknya ke bangku-bangku pendidikan. Beliau lah yang telah “merekomendasikan” saya kepada salah satu donatur agar saya bisa melanjutkan pendidikan magister hukum. Penghargaan dan penghormatan layak saya sandangkan kepada beliau berdua yang telah mendidik dan membesarkan saya dengan penuh cinta dan kasih sayang serta selalu berkontribusi dalam tiap babak-babak kehidupan saya.

Saya bersyukur pula karena telah dipertemukan dengan K.H. Masyhudunnury, S.H., M.M., yang telah banyak mengajarkan ilmu tentang kehidupan kepada saya, yaitu ilmu yang tak pernah saya temui dan dapatkan baik dari bangku-bangku sekolah maupun dari literatur-literatur. Beliau yang telah menstranformasi konsep rahmatan lil ‘alamin dalam Islam yang begitu indah dan memukau kepada saya. Tak dapat dipungkiri melalui beliau lah paradigma keberagamaan saya yang kaku telah bergeser secara evolutif kepada paradigma Islam yang rahmatan lil ‘alamin.

Ruh utama dari Buku ini berasal dari tesis saya dengan judul “*Perlindungan Hukum terhadap Pemeluk Agama pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009*” yang menemukan bentuknya berkat bimbingan dan arahan dari Bapak Dr. Sukardi, S.H., M.H.. Kepada Beliau saya haturkan terima kasih atas transformasi-transformasi ilmunya yang saya terima sejak pertama studi di Program

Magister Hukum Pemerintahan di Universitas Airlangga dan kemudian berlanjut dalam bentuk bimbingan dan dorongan kepada saya dalam menyelesaikan penulisan tesis tersebut. Semoga Allah mencatat budi baik Beliau sebagai amal dan ilmu yang bermanfaat.

Namun, judul buku ini berasal dari isi dan judul artikel saya "*Teologi Konstitusi; Hak Warga Negara atas Kebebasan Beragama berdasarkan UUD NRI 1945*" yang dimuat di JURNAL KONSTITUSI; Pusat Kajian Konstitusi Universitas dr. Soetomo Surabaya Kerjasama dengan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, volume II Nomor 1, September 2013. Selain itu, bab tentang karakteristik hak atas kebebasan beragama juga berasal dari artikel tersebut yang kemudian saya edit seperlunya. Sebenarnya bab mengenai karakteristik hak atas kebebasan beragama tersebut merupakan sebuah analisis lanjutan dari hasil kajian tesis saya diatas untuk keperluan yang berbeda, sehingga tak dapat dihindari pembahasannya seolah-olah hanya bersifat pengulangan terhadap ulasan bab atau subbab lainnya.

Teologi konstitusi merupakan konsep baru yang saya buat dan saya coba kenalkan ke tengah-tengah belantara ilmu hukum khususnya hukum tata negara. Teologi konstitusi berarti sebagai sebuah kesepakatan dan hukum tertinggi bangsa yang religius, yaitu bangsa Indonesia. Teologi konstitusi yang saya maksud tersebut adalah UUD NRI 1945 sebagai konstitusi negara Indonesia yang telah dirumuskan dan dibentuk berdasarkan kesadaran kolektif bangsa Indonesia atas kemahakuasaan Tuhan Yang Maha Esa. Hal ini terkait dengan Pembukaan UUD NRI 1945 yang menyatakan bahwa: "Atas berkat rahmat Allah yang Maha Kuasa dan dengan didorong oleh keinginan luhur, supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas, maka rakyat Indonesia menyatakan dengan ini kemerdekaannya".

Kesadaran kolektif atas kemahakuasaan Tuhan tersebut kemudian dimanifestasikan ke dalam sila pertama Pancasila, Ketuhanan Yang Maha Esa, sebagai salah satu dasar Negara Indonesia yang tertuang dalam alinea keempat Pembukaan UUD NRI 1945. Lebih lanjut, Sila Ketuhanan Yang Maha Esa tersebut diderivasi ke dalam Pasal 29 ayat (1) UUD NRI 1945 yang menentukan bahwa: "Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa". Dengan demikian, prinsip ketuhanan tersebut merupakan dasar paling utama dari dasar negara hukum Indonesia. Konsekuensinya, secara

sistematis semua ketentuan dalam UUD NRI 1945 harus merujuk pada prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa sebagaimana diatur dalam Pasal 29 ayat (1) UUD NRI 1945. Tentu saja hal itu berlaku juga terhadap jaminan atas hak kebebasan beragama sebagaimana diatur oleh Pasal 29 ayat (2), Pasal 28E ayat (1) dan (2), serta Pasal 28I UUD NRI 1945. Jaminan konstitusional terhadap hak atas kebebasan beragama sebagaimana diatur oleh Pasal 29 ayat (2), Pasal 28E ayat (1) dan (2), serta Pasal 28I tersebut secara sistematis harus merujuk pada prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa sebagaimana diatur dalam Pasal 29 ayat (1) UUD NRI 1945.

Sehingga tidak berlebihan jika saya kemudian menyebut UUD NRI 1945 sebagai sebuah teologi konstitusi, yaitu sebuah konstitusi di mana semua ketentuannya secara sistematis harus merujuk dan berdasar pada prinsip ketuhanan. Artinya bahwa semua ketentuan dalam UUD NRI 1945 harus dimaknai sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari dan tidak boleh dipertentangkan dengan ketentuan Pasal 29 ayat (1) UUD NRI 1945. Lebih jauh, sebagai konsekuensi dari konstruksi tersebut, maka semua peraturan perundang-undangan dan/atau semua kebijakan dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan tanpa kecuali tidak boleh bertentangan dengan prinsip ketuhanan yang merupakan ruh dari pembentukan UUD NRI 1945 dan berdirinya negara hukum Indonesia.

Buku ini secara khusus berisi kajian tentang perlindungan hukum terhadap hak atas kebebasan beragama berdasarkan UUD NRI 1945. Namun secara filosofis historis, pembahasannya dimulai dari teori terbentuknya negara yang kemudian menimbulkan relasi antara negara dan rakyatnya. Adanya relasi antara negara dengan rakyatnya tersebut menyebabkan timbulnya kewajiban negara untuk melindungi hak asasi dari warga negaranya. Dalam kewajiban negara untuk melindungi hak asasi warga negaranya tersebut, *include* di dalamnya kewenangan negara berdasarkan hukum (undang-undang) untuk melakukan pembatasan terhadap pelaksanaan hak asasi manusia itu sendiri. Pembatasan tersebut penting dilakukan agar tidak terjadi benturan antara pelaksanaan hak individu yang satu dengan hak individu yang lainnya. Artinya bahwa negara berwenang membatasi kebebasan individu yang satu untuk menghindari terjadinya benturan antara kebebasan individu yang satu dengan individu yang lainnya. Dalam hal ini, tampak peran negara sebagai penengah agar tercipta suatu kehidupan yang damai dan tenteram dalam

masyarakatnya. Pembahasan umum terkait hak asasi manusia tersebut kemudian dikerucutkan dan menjadi dasar untuk mengkaji perlindungan hukum terhadap hak atas kebebasan beragama di Indonesia.

Dengan demikian, buku ini tidak hanya membahas secara khusus tentang hak atas kebebasan beragama, akan tetapi juga membahas hak asasi manusia secara umum. Hal yang demikian menjadi suatu keharusan karena hak atas kebebasan beragama itu sendiri merupakan bagian atau salah satu jenis dari hak asasi manusia yang harus dihormati dan dilindungi pemenuhannya. Konsekuensinya bahwa ketika membahas perlindungan hukum terhadap hak atas kebebasan beragama, maka pembahasannya harus dimulai dan berakar pada perlindungan hukum terhadap hak asasi manusia secara umum. Oleh sebab itu, kajian filosofis, historis, sosiologis dan nalar yuridis yang dibangun untuk membahas perlindungan hukum terhadap hak atas kebebasan beragama dapat digunakan atau berlaku secara mutatis mutandis untuk membahas perlindungan hukum terhadap hak asasi manusia secara umum. Untuk itulah, secara khusus buku ini dapat juga dijadikan sebagai salah satu referensi mata kuliah hukum hak asasi manusia pada fakultas hukum di Indonesia dan secara umum jadi referensi bacaan bagi para pejabat negara sebagai penentu kebijakan, akademisi, pemerhati, para aktivis, serta mahasiswa dan masyarakat umum.

Saya merasa wajib menyampaikan terima kasih pada semua pihak yang telah memberikan dorongan dan bantuan atas terbitnya buku ini. Namun secara khusus saya ingin menyebut beberapa dosen Fakultas Hukum Unair yang secara langsung telah mentransformasi ilmunya dengan ikhlas, yaitu Prof. Dr. Tatiek Sri Djatmiati, S.H., M.S., Prof. Dr. Peter Mahmud Marzuki, S.H., M.S., LL.M., Prof. Dr. Nur Basuki Minarno, S.H., M.Hum., Prof. Dr. Yohanes Sogar Simamora., S.H., M.Hum., Dr. Sukardi, S.H., M.H., Dr. Suparto Wijoyo, S.H., M.H., Dr. Lilik Pudjiastuti, S.H., M.H., Dr. Emanuel Sujatmoko, S.H., M.H., Dr. Lanny Ramli, S.H., M.Hum., Radian Salman, S.H., M.H., Moh. Sumedi, S.H., M.H., Dr. Sri Winarsi, S.H., M.H., dan Dr. Dina Sunyowati, S.H., M.Hum. Ucapan terima kasih saya sampaikan pula kepada Prof. Dr. Abdus Shomad., S.H., M.H. yang sejak awal telah memotivasi saya untuk “menaklukkan” beban studi di Program Studi Magister Hukum Universitas Airlangga dan kepada Prof. Dr. Muchammad

Zaidun, S.H., M.Si. yang telah memberi semangat kepada saya untuk terus berkarya dan berdedikasi khususnya dalam ilmu hukum.

Terima kasih saya sampaikan juga kepada Bapak Mertua H. Khamdani dan Ibu Mertua Hj. Hudoifatun Nasamah atas doanya yang selalu teriring bagi saya. Serta kepada isteriku, Hudhia Rosydiani, S.Pd.I., dan anakku, Caesar Arkananta Ilham, kuucapkan terima kasih atas pengertian dan pengorbanannya selama ini. Tak dapat dipungkiri bahwa hak keduanya untuk mendapat perhatian dan kasih sayang banyak terabaikan selama proses penyelesaian tesis yang kemudian jadi buku ini. Ucapan yang sama kupersembahkan kepada kakakku, Firman Syah Ali, S.H. dan Inni Fathimiyah, S.Pd., adik-adikku, Sinnun Nasuti Iklima, Amd. Keb., Mihwar Anshari, S.H., dan Sri Sukmana Damayanti yang telah menikmati suka dan duka bersama denganku. Terima kasih atas dukungan dan fasilitas yang tak hentinya-hentinya kalian berikan kepadaku selama ini, terutama dukungan dan fasilitas yang diberikan kepadaku selama menempuh Pendidikan Magister Hukum di Fakultas Hukum Unair. Kepada keponakan-keponakanku, Nur Azizah Ayu Darnadellia, Dagna Adelia, Brisca Ayu Dyah Kartika, Daris Aufa, Ratu Ayu Alina Mirza, dan Rajendra Akbar Ali Mirza, terima kasih kalian telah menjadi penyejuk tersendiri bagiku selama ini.

Terima kasih saya sampaikan juga kepada segenap keluarga bani MD (alm. kakek Mahmodin / Emmo Prawiro Truno) yang kompak selalu. Kecintaan mereka pada keilmuan dan kejujuran telah menjadi motivator dan inspirasi tersendiri bagi saya. Dalam keluarga besar inilah, saya mengenal, melihat, dan merasakan suasana demokrasi akademis sejak kecil. Hal itulah yang secara evolutif telah membentuk sebuah *mind set* tersendiri bagi saya: “murni memburu keilmuan agar bisa menjalani hidup dengan benar”. Begitu juga kepada segenap keluarga besar bani Nawawi (Alm. Kakek Serma Nawawi) yang telah mengakrabkan saya dengan tatakrama kehidupan pedesaan.

Kemudian secara istimewa, ucapan terima kasih saya sampaikan kepada Acung Icing / Icing Acung (Acung dan Icing) yang telah menemani hari-hari saya selama menempuh pendidikan Magister Hukum, tak dapat dipungkiri mereka berdua telah menjadi pereda “ketegangan” otak yang dialami saya terutama selama proses penyelesaian tesis yang akhirnya menjadi buku ini. Sudah hampir bisa dipastikan dalam rentang waktu satu setengah tahun (Awal 2012 sampai dengan pertengahan 2013), tiap

hari Jum'at mereka berdua menemani saya jalan-jalan ke kota buat “refreshing”. Saya sangat bersyukur atas kesempatan yang telah diberikan Tuhan kepada Acung untuk mengikuti prosesi wisuda saya dan meneteskan air matanya ketika ia bersama ibunda Zahratun diminta berdiri saat nama saya dipanggil sebagai wisudawan terbaik pada wisuda Universitas Airlangga periode 20 Agustus 2013. Acung ..., meski kau sudah tiada, tetapi *soulmate*-mu, Icing, masih bisa melihat terbitnya buku ini sebagai salah satu karya yang tak dapat dipungkiri adanya kontribusi besarmu dalam proses penyelesaian penulisannya.

Rekan-rekan seangkatan dan seperjuangan di Program Magister Hukum Pemerintahan, Bapak Basuki Effendhi, S.H., Tahegga Primandana Alfath, S.H., M.H., Sri Wahyuni, S.H., M.H., Mashudi, S.H., Istana Wapresina, S.H., dan Ery Surya Buana, S.H. semoga Allah SWT senantiasa mengikat tali persahabatan yang terjalin selama ini. Serta Sahabatku, Syofyan Hadi, S.H., M.H., yang selalu meluangkan waktunya untuk diskusi serta memberikan dukungan dan motivasi kepadaku, dan bahkan masih sempat meluangkan waktu di tengah kesibukannya untuk mengoreksi draft buku ini sehingga penyusunannya menjadi lebih baik. Tak lupa pula kepada sahabat-sahabatku Moh. Sahlan, S.H., Teguh Wicaksono, S.H., M.Kn., Amaliyah Kholili, S.H., M.Kn., dan Wildan Prayoga, S.H., yang telah melalui waktu dan berjuang bersama untuk mengenal ilmu hukum di Fakultas Hukum Universitas Jember. Saya juga mengucapkan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada penerbit PT. LKiS Pelangi Aksara yang telah berkenan mempertimbangkan dan kemudian menerbitkan buku ini.

Saya akan sangat bahagia apabila ada tanggapan dan saran kritis dari para pembaca atas buku ini sehingga akan berguna untuk penyempurnaan baik untuk cetakan-cetakan berikutnya maupun untuk karya-karya saya yang lain. Akhirnya, dengan mengucap *bismillaahirrohmaanirrohiim*, saya persembahkan dan berharap semoga buku ini dapat bermanfaat dalam memperkaya khazanah pengetahuan ilmu hukum, terutama Hukum Tata Negara khususnya konsentrasi Hukum Hak Asasi Manusia.

Plakpak - Pamekasan, Januari 2015

Adam Muhshi, S.H., S.AP., M.H.



## DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR .....	i
DAFTAR ISI .....	ii
<b>BAB I : PENDAHULUAN .....</b>	<b>1</b>
<b>BAB II: BEBERAPA TEORI DAN KONSEP DALAM ILMU HUKUM ...</b>	<b>8</b>
A. Teori Negara Hukum .....	8
B. Konstitusi dan Konstitusionalisme .....	14
C. HAM, Hak Konstitusional Warga Negara, dan Hak atas Kebebasan Beragama .....	15
1. HAM dan Hak Konstitusional Warga Negara .....	15
2. Konsep Hak atas kebebasan Beragama .....	17
D. Konsep Perlindungan Hukum .....	21
<b>BAB III : DASAR KEWENANGAN NEGARA DALAM MENGATUR DAN MEMBATASI HAK ATAS KEBEBASAN BERAGAMA ....</b>	<b>24</b>
A. Dasar Filosofis .....	24
1. Proses Terbentuknya Negara .....	24
2. Relasi antara Negara dengan Rakyatnya serta Fungsi Negara .....	27
3. Perlindungan Hukum terhadap Hak atas Kebebasan Beragama .....	29
4. Pembatasan terhadap Hak atas Kebebasan Beragama berdasarkan <i>Harm Principle</i> John Stuart Mill .....	39
5. Pembatasan terhadap Hak atas Kebebasan Beragama menurut Prinsip Imperatif Kategoris Immanuel Kant .....	42
6. Pembatasan terhadap Hak atas Kebebasan Beragama menurut Teori Keadilan John Rawls .....	44
7. Pembatasan terhadap Hak atas Kebebasan Beragama menurut Konsep <i>Forum Internum</i> dan <i>Forum Externum</i> .....	45
B. Dasar Yuridis .....	47
1. Sejarah Lahirnya Pasal 29 UUD NRI 1945 .....	49
2. Kebebasan Beragama dalam Konstitusi RIS .....	67
3. Kebebasan Beragama dalam UUDS 1950 .....	71
4. Kebebasan Beragama dalam UUD NRI 1945 Pasca Amandemen .....	75
<b>BAB IV : EKSISTENSI UNDANG-UNDANG NOMOR 1/PnPs/1965 .....</b>	<b>84</b>
A. <i>Ratio Legis</i> Undang-Undang Nomor 1/PnPs/1965 .....	84
1. Latar Belakang Historis Undang-Undang Nomor 1/PnPs/1965 ..	84
2. Materi Muatan Undang-Undang Nomor 1/PnPs/1965 .....	90
B. Konstitusionalitas UU Nomor 1/PnPs/1965 .....	132
1. Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang terhadap	

UUD NRI 1945 .....	132
2. <i>Ratio Decidendi</i> Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009 ..	136
a. <i>Ratio Decidendi</i> Mahkamah Konstitusi terhadap Pengujian UU Nomor 1/PnPs/1965 secara Formal .....	138
b. <i>Ratio Decidendi</i> Mahkamah Konstitusi terhadap Pengujian UU Nomor 1/PnPs/1965 secara Materil .....	145
1. Dasar Pertimbangan terhadap Pasal 1 .....	145
2. Dasar Pertimbangan terhadap pasal 2 .....	160
3. Dasar Pertimbangan terhadap Pasal 3 .....	168
4. Dasar Pertimbangan terhadap Pasal 4 .....	174
C. Kelemahan-Kelemahan UU Nomor 1/PnPs/1965 .....	178
<b>BAB V: KARAKTER YURIDIS HAK ATAS KEBEBASAN BERAGAMA</b>	189
A. Hak atas Kebebasan Beragama merupakan Hak Konstitusional Warga Negara .....	189
B. Hak atas Kebebasan Beragama berdasarkan pada Prinsip Ketuhanan .....	194
C. Hak atas Kebebasan Beragama berdasarkan pada Asas Toleransi .....	198
D. Hak atas Kebebasan Beragama terdiri dari Aspek <i>Forum</i> <i>Internum</i> dan Aspek <i>Forum Externum</i> .....	199
E. Hak atas Kebebasan Beragama berdimensi Perlindungan Hukum terhadap Agama .....	201
<b>BAB VI: PENUTUP</b> .....	204
A. Kesimpulan .....	204
B. Saran .....	211

## DAFTAR BACAAN