

MENGANGKAT HUKUM KEBIASAAN DALAM ISLAM SEBAGAI SALAH SATU SUMBER HUKUM DI DALAM PEMBINAAN HUKUM NASIONAL

Oleh : H. E. Zainal Abidin*

Pendahuluan

Hukum kebiasaan atau yang disebut sebagai hukum yang tidak tertulis telah mempunyai arti yang lebih luas tidak hanya hukum adat tetapi termasuk kebiasaan-kebiasaan yang tumbuh dalam kehidupan masyarakat dan praktek-praktek peradilan seperti yurisprudensi, kebiasaan profesi serta kebiasaan praktek administrasi negara.

Keberadaan hukum kebiasaan dilandasi ketentuan konstitusi dan perundang-undangan yakni pasal II Aturan Peralihan UUD 1945, yo Pasal 131 I.S Undang-undang No. 14 Tahun 1970, Undang-undang No. 5 Tahun 1960 dan lain-lain. Khusus yang berkaitan dengan kebiasaan yang bersumber dari agama dapat dirujuk sila pertama Pancasila dan pasal 29 UUD 1945.

Untuk menjamin kepastian hukum, hukum kebiasaan perlu dituangkan atau diintegrasikan ke dalam sistem hukum positif atau peraturan perundangan yang berlaku di Indonesia. Langkah yang perlu ditempuh *pertama*, mengadakan penelitian serta inventarisasi hukum-hukum kebiasaan yang berlaku dalam masyarakat; *kedua*, menyempurnakan kelemahan atau kekurangan-kekurangan yang terdapat pada hukum kebiasaan dan; *terakhir*, mengusahakan lewat jalur konstitusional mengintegrasikan hukum kebiasaan tersebut ke dalam hukum nasional.

Hukum Kebiasaan

Dalam konsep sosiologis kebiasaan masyarakat dibedakan menjadi beberapa tingkat diantaranya *usage* (tatacara), *custom* (adat istiadat), *folkways* (kebiasaan), dan *mores* (kelakuan). Custom, sebagaimana

* H. E. Zainal Abidin, SH adalah dosen tetap Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta

didefinisikan oleh Surjono Sukanto sebagai kebiasaan umum yang tidak berubah-ubah dan menjadi suatu kewajiban atau memiliki kekuatan hukum.¹

Suatu perbuatan untuk menjadi kebiasaan menempuh proses dan sekaligus persyaratan *pertama*, dilakukan secara berulang-ulang dan terus menerus; *kedua*, diikuti oleh sebagian besar anggota masyarakat berbuat sama; *ketiga*, menimbulkan suatu kesadaran dalam hati sanubari setiap orang sebagai suatu keharusan/kewajiban; dan *keempat*, adanya sanksi bila perbuatan tersebut dilanggar. Kebiasaan-kebiasaan tersebut terjadi serta tumbuh dan berkembang dalam hubungan manusia satu dengan yang lain dalam masyarakat, antara penjual dan pembeli, penyewa dan yang menyewakan, antara buruh dengan majikan, pembagian harta kekayaan suami-istri yang bercerai, pembagian harta warisan, dan lain-lain.

Menurut Ter Haar dan Van Vollen Hoven, suatu kebiasaan belum mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum, dalam hal ini hukum Adat sampai ia menjadi keputusan atau diputuskan oleh kepala adat. Teori tersebut dikenal dalam literatur hukum Adat dengan "*Beschikings Theorie*". Teori tersebut banyak mempengaruhi sarjana-sarjana hukum Indonesia yang menyatakan bahwa suatu aturan hukum Islam tidak secara otomatis berlaku sebagai hukum bagi mereka yang memeluk agama Islam (Muslim) kecuali aturan tersebut telah direseptir atau masuk menjadi hukum kebiasaan atau hukum Adat. Pandangan tersebut dikemukakan oleh Van Vollen

Hoven untuk menolak teori "*Receptio in Complexu*" yang dikemukakan oleh Van Den Berg dan tulisan Raffles dalam karya tulisnya "*History of Java*" yang menyatakan hukum Adat yang berlaku bagi orang Jawa yang beragama Islam adalah *hukum fiqh* (hukum Islam).²

Prof. Mr. Soepomo memandang kekuatan mengikat dari pada hukum kebiasaan itu bersumber dari masyarakat itu sendiri yaitu "kekuasaan-kebiasaan". Adat kebiasaan menurut Soepomo adalah hukum yang tidak tertulis (*unstatutory law*) yang meliputi peraturan-peraturan hidup yang walaupun tidak ditetapkan oleh yang berwajib tetapi ditaati dan dipatuhi oleh rakyat berdasarkan keyakinan peraturan tersebut mempunyai kekuatan hukum.³ Pendapat yang senada dikemukakan oleh Belefroid yang menyatakan bahwa hukum Adat adalah peraturan-peraturan hidup yang walaupun tidak diundangkan oleh penguasa tetapi dihormati dan ditaati oleh rakyat atas dasar keyakinan peraturan-peraturan tersebut sebagai hukum.

Dari dua batasan tentang hukum Adat tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa alat kekuatan mengikat hukum Adat berasal dan dibentuk oleh masyarakat itu sendiri sedang alat pemaksa (sanksi) tidak harus berbentuk badan atau lembaga peradilan melainkan masyarakat itu sendiri berbentuk keputusan rapat desa/belajar, berupa pengucilan, cemoohan, atau permohonan maaf. Hukum negara (undang-undang) memiliki beberapa atribut yaitu : *attributes of authority, attributes of intention of universal application, attributes of*

*obligation dan attributes of sanction.*⁴

Beberapa contoh hukum kebiasaan yang ada di dalam kehidupan masyarakat dan belum tertampung dalam hukum positif:

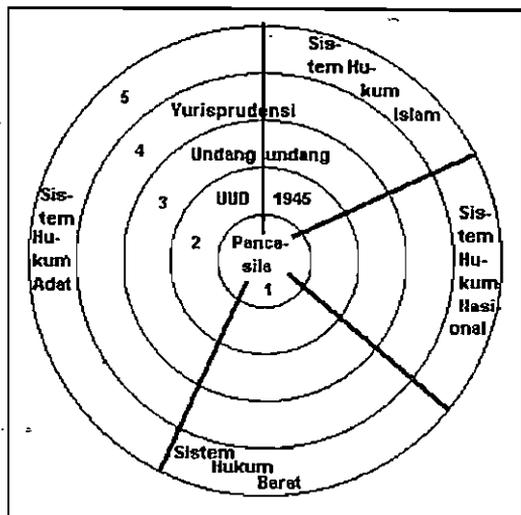
1. Bidang hukum pidana: pidana adat mengenai "siri" (Sulsel), gemia-gamana (Bali, Lombok); bero (Lombok), santet, teluh (Jawa), cablek/penipuan, janji kawin, kumpul kebo, mengemis, pelacuran, judi, mabuk-mabukan, dan lain-lain.
2. Bidang hukum perdata: hak menumpang, ngindung, sewa tanah pertanian, jual-tebas, jual kempitan, percaloan, komisionir, katering, parkir, rumah pondokan, travel, dan lain-lain.
3. Bidang ketenagakerjaan/perburuhan: kerja magang, sektor informal, pekerja proyek/tukang, peraturan perusahaan, pemutusan hubungan kerja, upah minimal, asuransi, pensiun/pesangon, pembantu rumah tangga, pelayan toko/TKW, baby sitter (TPA), buruh pabrik, dan lain-lain.
4. Bidang perhubungan: sopir/kondektur/kernet, tukang becak, ojek, sais andong, tukang perahu, guide, dan lain-lain.⁵

Hukum Nasional

Secara yuridis sejak proklamasi kemerdekaan 17 Agustus 1945 sistem hukum kolonial Belanda dinyatakan tidak berlaku dan berganti dengan sistem hukum nasional Indonesia. Namun peraturan perundangan yang ada masih langsung berlaku selama belum diadakan yang baru

menurut Undang Undang Dasar sebagaimana dinyatakan dalam Aturan Peralihan Pasal II. Dengan demikian selama masa "transisi" untuk mencegah kevacuman hukum, peraturan-peraturan lama peninggalan pemerintah kolonial tetap dipergunakan.

Seperti apa sistem hukum nasional, Prof. Dr. Sunaryati, Kepala BPHN memberikan rumusan sebagai gambar berikut.



Dari gambar tersebut di atas dapat diketahui bentuk kerangka sistem hukum nasional Indonesia adalah :

1. Pancasila sebagai lingkaran pusat yaitu sumber dari segala sumber hukum.
2. Undang-undang Dasar 1945 pada lingkaran kedua sebagai sumber hukum/dasar hukum.
3. Undang-undang pada lingkaran ketiga sebagai penjabaran lebih lanjut dari Undang-undang Dasar.

4. Yurisprudensi pada lingkaran keempaat berujud keputusan hakim/pengadilan yang sudah tetap.
5. Hukum kebiasaan pada lingkaran kelima yaitu kebiasaan-kebiasaan hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat dari masa ke masa.
6. Sistem hukum Adat, sistem hukum Islam, sistem hukum Barat dan sistem hukum nasional sebagai sumber bahan/isi serta bentuk.⁶

Sunaryati Hartono menjelaskan lebih lanjut bahwa pembangunan hukum nasional Indonesia adalah usaha pengisian pada ruang (space) dalam lingkaran dengan pembentukan perbagai peraturan perundangan yang dicita-citakan berlakunya di masa datang (*ius constituendum*) bersumber pada Pancasila dan UUD 1945 dan Undang-undang yang berlaku, dikembangkan dengan berbagai keputusan pengadilan (*yurisprudensi*) serta kebiasaan-kebiasaan hukum yang tumbuh berkembang sejalan dengan pertumbuhan masyarakat yang maju (*modern*).

Pembangunan nasional dalam Rencana Pembangunan Jangka Panjang Kedua, menurut Sunaryati terbagi ke dalam 14 sektor, yaitu : Hukum Tata Negara/HAN, Hukum Tata Ruang, Hukum Bahari/Kelautan, Hukum Dirgantara, Hukum Kependudukan, Hukum Lingkungan, Hukum Kesehatan Sosial, Hukum Teknologi dan Informatika, Hukum Keluarga dan Waris, Hukum Ekonomi, Hukum Pidana, Hukum Militer dan Bela Negara, dan Hukum Transnasional.⁷

Dalam mengisi sektor-sektor hukum nasional tersebut, unsur-unsur hukum Islam, hukum Adat dan hukum Barat yang benar-benar ada dan berlaku di negara kita merupakan bahan yang sangat berguna dan memperkaya khasanah perbendaharaan tertib hukum nasional Indonesia. Mengenai hukum kebiasaan, Hidjazie Kartawidjaja berpendapat bahwa sistem hukum nasional Indonesia memiliki identitas ganda atau berpasangan berbentuk hukum tertulis dan tidak tertulis. Hukum nasional Indonesia yang tidak tertulis ialah hukum yang timbul dan berlaku dalam masyarakat Indonesia, misalnya masyarakat buruh, tani, nelayan, masyarakat terpencil dan sebagainya. Hukum tidak tertulis, berkedudukan sebagai pendamping hukum tertulis (UU) terkait, serta berfungsi sebagai pengisi kekosongan dan pelengkap hukum tertulis (UU) yang bersangkutan dan merupakan satu kesatuan sistem hukum yang tidak bisa dipisahkan satu sama lainnya.⁸

Hukum Kebiasaan Masyarakat Muslim

Betapa ajaran Syari'at Islam telah menyatu di dalam kehidupan masyarakat dapat dicontohkan masyarakat Minangkabau. Adat Minangkabau bak tali berpilin tiga yaitu antara adat, syara' dan undang, tersunting dalam pepatah Minang :
Adat bersendi syara', syara' bersendi Kitabullah, syara' mengata, adat memaki, syara' bertelanjang, adat bersamping, adat menurun, syara' mendaki

Syara' tidak ada lain melainkan Syari'at Islam, dan Islam mengisi adat istiadat

dengan keagamaan, dengan Iman dan Islam sehingga Hamka berkesimpulan "*Minang itu ialah Islam*".⁹ Adapun yang dimaksud dengan undang adalah Undang-Undang Duapuluh. Rapat nagari memutus hukum atas orang yang bersalah melanggar adat istiadat dengan undang-undang meliputi: rebut-rampas, curi-maling, siar-bakar, dago-dagi, sumbang-salah, upas-racun, tikam-bunuh, samun-sakal, hela-hunjun dan tipu-tepok.

Pada masyarakat Jawa terdapat perjanjian bagi hasil mengerjakan tanah pertanian yang dikenal dengan *maro*, *mertelu*, *mrapat* yang berpadanan dengan sistem bagi hasil dalam Islam yang dikenal dengan *Muzara'ah*, *Mukhabarah*, dan lembaga *gade* tanah pertanian yang dalam Islam dikenal dengan *rahan* atau *rungguhan*. Kedua lembaga ini, bagi hasil dan *gade* tanah telah dituangkan dan disempurnakan menjadi UU No. 2 Tahun 1960 serta UU No. 56 Prp. Tahun 1960. Di sisi lain lembaga *wakaf* tanah yang telah melembaga di dalam masyarakat Islam telah dituangkan dalam hukum positif yaitu PP No. 28 Tahun 1977, sementara hukum *perkawinan* telah dituangkan dalam UU No. 1 Tahun 1974 dan PP No. 9 Tahun 1975. Kompilasi Hukum Islam yang dituangkan dalam Inpres No. 1 Tahun 1991 memuat tentang hukum waris Islam, perkawinan Islam dan wakaf Islam sebagaimana berlaku dalam kebiasaan masyarakat Muslim di Indonesia (hukum kebiasaan).

Contoh-contoh di atas merupakan bukti bagaimana proses integrasi hukum

kebiasaan pada masyarakat muslim ke dalam tertib hukum nasional dan bagaimana hukum nasional menginternalisasi hukum kebiasaan ke dalam hukum positif. Namun demikian, masih terdapat hukum-hukum kebiasaan yang hidup dan nyata-nyata ada dalam kehidupan masyarakat yang sampai saat ini masih belum tertampung dalam tertib perundang-undangan di Indonesia.

Di bidang hukum keluarga misalnya *kawin sirri* atau kawin keluarga, *kawin sego* yaitu kebiasaan kawin tidak dihadapan Pejabat Pencatat Perkawinan (KUA) karena alasan kurang umur atau perkawinan isteri yang kedua secara diam-diam; perkawinan campuran antara calon suami isteri berbeda agama atau kewarganegaraan, kawin kontrak, yaitu kawin untuk waktu tertentu di kalangan pekerja dengan batas waktu tertentu khususnya dan orang-orang lain yang keberadaannya dibatasi oleh waktu, hak nafkah untuk bekas isteri dan pemeliharaan anak. Di bidang hukum warisan pembagian harta *gono-gini* yaitu harta bersama yang diperoleh suami isteri selama perkawinan dengan sistem pembagian *sepikul-segendong*, harta pusaka seperti di Minangkabau dikenal *harta pusaka tinggi* dan *harta pusaka rendah*, perwakafan selain tanah, anak angkat atau *anak kukut*, tentang waris isteri (janda), serta lembaga wasiat atau *weling*.¹⁰

Di bidang harta kekayaan dan perdagangan misalnya *baitul mal* dan *BAZIS* yang mengelola harta berasal dari zakat, infaq, sadaqah, hadiah untuk kepentingan sosial keagamaan, lembaga

pondok pesantren, madrasah dan lembaga sejenis yang menyelenggarakan usaha di bidang pendidikan serta organisasi (yayasan), panti-panti asuhan yatim piatu dan orang-orang jompo serta penyandang cacat.¹¹

Di bidang hukum pidana, acara peradilan, Syari'at Islam menggariskan prinsip-prinsip umum yang dapat dijabarkan dan dijadikan pedoman dalam penyelenggaraan peradilan dan pemerintahan, akan tetapi belum sampai pada taraf kebiasaan hukum misalnya tentang *qishas* atau hukuman berimbang dengan tingkat kejahatan, lembaga *diyat* atau *maaf* yaitu sistem denda atau pemberian ganti rugi serta memaafkan kesalahan si pelaku kejahatan untuk meringankan hukuman atau menghapuskan tuntutan sama sekali. Lembaga *ta'zir* sangat memudahkan hakim dalam menetapkan hukuman sesuai dengan pertimbangan rasa keadilan hakim.¹²

Di bidang pemerintahan prinsip-prinsip Islam tentang *musyawarah* adalah merupakan landasan pemerintahan yang demokratis, prinsip *al 'adalah* dan *mashlahat* yaitu keadilan dan kemashlahatan umum perlu ditegakkan di dalam melaksanakan pemerintahan. Lebih dari pada itu tegaknya kebenaran dan agama adalah tugas utama pemimpin negara.¹³

Dasar Pemikiran tentang perlunya masalah-masalah tersebut ke dalam sistem hukum nasional bukan semata-mata karena belum menjadi hukum kebiasaan akan

tetapi mempunyai dasar landasan hukum yang lebih kuat yaitu Pancasila khususnya sila pertama *Ketuhanan Yang Maha Esa*, pasal 29 UUD 1945. Memang pelaksanaan Syari'at Islam dapat dilakukan melalui berbagai jalur yaitu perundang-undangan, keputusan pengadilan (yurisprudensi), pendidikan, penerangan/penyuluhan masyarakat, keluarga dan mass media. Anggota badan legislatif dan para hakim mempunyai peluang yang strategis dalam memperjuangkan masuknya prinsip-prinsip hukum syari'at tersebut ke dalam tertib hukum nasional.

Catatan Kaki

¹ Soerjono Soekanto, SH, MA, Sosiologi, Suatu Pengantar, UI Press, Jakarta, 198, hal. 75

² Zainal Abidin, SH, *Pengantar Hukum Adat*, Pendidikan Hakim Islam Negeri, Yogyakarta, 1977, hal. 3

³ Soepomo, *Penjelasan Pasal 32 UUD Sementara*, RI, Noordhoff-Kolff, NV, Djakarta, 1954, hal. 47

⁴ Susanto Ismadai, SH, *Hukum Kebiasaan di Bidang Perburuhan*, Makalah Seminar BPHN, Jakarta, Oktober, 1991, hal. 7

⁵ *Ibid.*, hal. 24

⁶ Prof. Dr. C. P. G. Sunaryati Hartono Sunario, SH, *Pembinaan Hukum Nasional dalam Suasana Globalisasi Masyarakat Dunia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Ilmu Hukum, Unpad, 1 April 1991, hal. 25

⁷ Prof. Dr. C. F. G. Sunaryati Hartono Sunario, SH, *Pengaruh Teknologi Terhadap Hukum*, Seminar IPTEK dan Hukum, Tantangan dan Respons, UMJ,

Jakarta, Nopember 1992

⁸Hidjazie Kartawidjaja,SH, *Hukum Nasional Indonesia Berdasar UUD 1945*, Simposium Dies 37 Univ. Janabadra, Oktober 1995, hal. 12

⁹HAMKA, *Islam dan Adat Minangkabau*, Panjimas, Jakarta, 1984, hal. 106

¹⁰al Qur'an Surat al Baqarah 221, 231, 240 an Nisa 3, 10, 175, al Ahzab 5

¹¹al Qur'an Surat al Taubah 61 al Baqarah 177 al Maidah 2

¹²al Qur'an Surat al Baqarah 178, 179, 219 an Nisa 91 as Syura 25,40

¹³al Qur'an Surat ali Imron 104, 159 asy Syuro 38 al Maidah 9, 98 an Nahl 90