

BAB II

LANDASAN TEORI

A. Hukum Adat

1. Pengertian Hukum Adat

Menurut Soekanto, hukum adat (*common law*) adalah kebiasaan yang kebanyakan bukan tertulis, bukan kode dan tidak wajib adalah sanksi (hukum ini) sehingga mempunyai akibat hukum (*rechtsgewolf*).¹ Sejalan dengan pendapat Soekanto, Bushar Muhammad menegaskan bahwa hukum adat itu merupakan satu kesatuan sopan santun (yang tidak tertulis) untuk hidup dalam masyarakat berupa kesopanan, sopan santun, kesusilaan dan berkonsekuensi hukum.²

Hukum adat (*common law*) sebagai *non statutair* sebagian besar adalah hukum umum dan sebagian kecil adalah hukum Islam. *Common law* termasuk hukum berdasarkan keputusan putusan hakim memuat asas-asas hukum lingkungan hidup, di mana dia memutuskan kasus hukum bawaan berakar pada budaya tradisional. Hukum umum adalah hukum yang hidup karena itu mewujudkan kebenaran sejati manusia.³ Menurut R Soepomo, istilah *common law* digunakan sebagai sinonim untuk hukum yang tidak tertulis dalam peraturan legislasi, hukum yang ada sebagai kontrak dalam hal badan hukum negara, undang-undang yang dihasilkan

¹ Soekanto. *Meninjau Hukum Adat Indonesia, Hukum Adat di Indonesia: Suatu Pengantar untuk mempelajari Hukum Adat*. (Jakarta: Rajawali Press, 2017) h. 2.

² Busar Muhammad. *Asas-asas Hukum Adat* (Jakarta: Pradnya Paramita, 2017) h. 11.

³ I. G . AB Wiranata. *Antropologi Budaya*. (Bandung : Citra Aditya Bakti, 2017) h .62

putusan hakim (*judicial law*), hukum yang hidup biasanya disimpan secara internal kehidupan sosial di kota dan desa (hukum adat).⁴

Istilah hukum adat merupakan terjemahan dari istilah *adat recht* dibawakan oleh Snouck Hurgronje mengatakan hukum adat adalah kebiasaan yang memiliki sanksi dan ada juga karena kebiasaan yang tidak ada sanksinya karena menjadi kebiasaan normatif, yaitu perilaku tingkah laku dan berlaku di dalam masyarakat. Pada kenyataan antara hukum adat dengan adat kebiasaan itu batasnya tidak jelas.⁵ Vollenhoven mengatakan bahwa hukum adat adalah aturan perilaku tentang masyarakat adat dan orang asing yang memiliki sanksi (disebut hukum) dan dipihak lain tidak diberi kode (maka dikatakan adat).⁶

R. Soepomo, memisahkan sistem hukum umum dan sistem hukum Barat di dalamnya terkandung ciri-ciri hukum umum antara lain hukum Barat mengenal *zakelijke rechtan* (yakni hak atas suatu benda yang berlaku bagi setiap orang orang) dan hak personel. Hukum barat memisahkan hukum publik dan privat. Sebaliknya perbedaan seperti itu tidak diakui dalam hukum adat.⁷ Pelanggaran hukum dalam sistem hukum Barat bervariasi dari bersifat pidana dan kejahatan yang hanya kejahatan perdata.

⁴ Apprianti. *Adat di Indonesia*. (Bandar Lampung : Pusaka Media, 2022) h. 8

⁵ Deedy Sumanto. Hukum Adat di Indonesia Perspektif Sosiologi dan Antropologi Hukum Islam. *Jurnal Ilmiah Syari'ah Volume 17, Nomor 2, Juli-Desember 2018*

⁶ Deedy Sumanto. Hukum Adat di Indonesia Perspektif Sosiologi dan Antropologi Hukum Islam. *Jurnal Ilmiah Syari'ah Volume 17, Nomor 2, Juli-Desember 2018*

⁷ Apprianti. *Adat di Indonesia...* h. 8

Pelanggaran apapun dalam hukum adat membutuhkan pembenaran hukum dengan reaksi hukum umum ditentukan oleh kepala adat.⁸

Manusia sejak lahir memiliki naluri untuk hidup dengan orang lain, maka ia memulai hidupnya di lingkungan keluarga, kemudian di masyarakat dan negara. Dalam keluarga dia mengurus dirinya sendiri dan anggotanya keluarganya berperilaku sesuai dengan kebiasaan mereka, misalnya ayah bekerja, ibu memasak di dapur dan mengasuh anak. Jika perilakunya dianggap baik, maka diulangi dalam bentuk yang sama ada pembagian kerja yang tetap (salah satu cirinya kehidupan kolektif).⁹ Ciri dari kehidupan kolektif ini adalah eksistensi pembagian kerja tetap, saling ketergantungan, keberadaan kerjasama, interaksi timbal balik dan adanya diskriminasi. Kehidupan kolektif orang (hidup bersama) menciptakan satu entitas sosial yang dimulai dengan keinginan untuk membentuk pola untuk hidup dalam keluarga, untuk membentuk komunitas dalam suatu struktur dalam masyarakat dan akhirnya sampai pada pola kehidupan modern.¹⁰

Hukum adat adalah hukum masyarakat tradisional adalah penggabungan juga kebutuhan hidup yang nyata adalah cara memandang kehidupan secara keseluruhan merupakan budaya masyarakat di mana hukum umum berlaku. Hak ulayat juga merupakan nilai yang hidup dan berkembang di dalamnya orang-orang di daerah tersebut.¹¹ Meskipun kebanyakan hukum biasa tidak tertulis, tetapi memiliki kekuatan ikatan

⁸ Apprianti. *Adat di Indonesia*. (Bandar Lampung : Pusaka Media, 2022) h. 8

⁹ Apprianti. *Adat di Indonesia*...h. 8

¹⁰ I. G . AB Wiranata. *Antropologi Budaya*. (Bandung : Citra Aditya Bakti, 2017) h .62

¹¹ Tolib Setiady. *Intisari Hukum Adat Indonesia*. (Bandung: Alfabeta, 2018) h. 67

yang kuat dalam masyarakat mempunyai sanksi tertentu dari masyarakat jika melanggar hukum adat. Hukum Adat dapat dikatakan sebagai hukum masyarakat sipil Indonesia.¹²

Selain itu, sisi terminologi hukum adat beserta masyarakat adatnya mempunyai hubungan erat, integral dan bahkan tidak terpisahkan. Keharusan mengikuti aturan adat sama dengan keharusan ketika mati harus masuk ke perut bumi. Kriteria lain yang dapat digunakan sebagai patokan untuk memberi arti pada masyarakat dalam hukum adat menyangkut norma yang dianut oleh masyarakat tersebut.¹³ Norma yang dimaksud hendaknya telah melalui proses pelembagaan sehingga bersifat mengikat perilaku warga masyarakat. Dengan demikian norma tersebut memenuhi kebutuhan masyarakat akan keteraturan. Patokan lain yang dapat dipergunakan adalah melihat masyarakat secara deskriptif, yaitu menyangkut tentang masyarakat dan kebudayaannya. Dengan melihat masyarakat secara deskriptif berarti segala penjelasan terkait dengan batasan mengenai masyarakat hukum adat, harus menghubungkan masyarakat dengan kaedah atau nilai yang dianut masyarakat tersebut dan juga tentang bagaimana kehidupan budayanya dalam pengertian sehari-hari. Patokan ini dapat dipandang sebagai pendekatan Antropologi suku adat dan karenanya ia diidentifikasi sebagai satuan sosial. Sistem hukum

¹² Apprianti. *Adat di Indonesia*. (Bandar Lampung : Pusaka Media, 2022) h. 8

¹³ Ellyne Dwi Poespasari, *Hukum Adat di Indonesia, Suatu Kajian Kepustakaan dan Perkembangannya*. (Jakarta : Kencana, 2016) h. 176

adat pada dasarnya berdasarkan pada alam pikiran bangsa Indonesia yang tidak sama dengan alam pikiran masyarakat Barat.

Hukum adat dapat dikatakan sebagai salah satu bentuk budaya hukum yang oleh masyarakatnya secara turun-temurun digunakan untuk mengatur pedoman hidup dalam suatu masyarakat hukum adat yang terikat oleh solidaritas, persamaan kepentingan dan kesadaran. Hukum adat merupakan budaya hukum, pembentukannya tanpa melalui aturan yang pembentukannya tanpa legislatif, melainkan lahir dari opini-opini populer dan diperkuat oleh sanksi yang bersifat kebiasaan.

Hukum adat adalah aturan kebiasaan manusia dalam hidup bermasyarakat. Terjadinya hukum di mulai dari kebiasaan pribadi manusia yang diberi akal, pikiran dan perilaku. Perilaku terus menerus dilakukan perorangan sehingga disebut kebiasaan pribadi. Apabila kebiasaan pribadi itu ditiru orang lain, maka ia akan juga menjadi kebiasaan orang itu. Lama kelamaan diantara orang yang satu dengan orang yang lain didalam kesatuan masyarakat ikut pula melaksanakan kebiasaan itu kemudian kebiasaan itu menjadi adat. Jadi adat adalah kebiasaan masyarakat yang lama kelamaan menjadikan adat itu sebagai adat yang seharusnya berlaku dan menjadi hukum adat. Jadi hukum adat adalah adat yang diterima dan harus dilaksanakan oleh masyarakat yang bersangkutan. Apabila terjadi penyimpangan atas hukum adat itu maka akan dikenakan sanksi.

Dapat disimpulkan bahwa hukum adat adalah keseluruhan merupakan budaya masyarakat di mana hukum umum berlaku, hidup dan

berkembang di dalamnya orang-orang di daerah tersebut. Meskipun kebanyakan hukum biasa tidak tertulis, tetapi memiliki kekuatan ikatan yang kuat dalam masyarakat mempunyai sanksi tertentu dari masyarakat jika melanggar hukum adat. Hukum Adat dapat dikatakan sebagai hukum masyarakat sipil Indonesia. Hukum adat itu adalah rangkaian (norma) yang mengatur perhubungan kemasyarakatan. Hukum itu adalah rangkaian ugeran yang mengatur hubungan pamrih (kepentingan). Hukum itu sesungguhnya bukanlah suatu fenomena yang tegar (statis) seperti halnya rangkaian ugeran melainkan karya manusia, suatu hal yang dapat berkembang dan bervariasi. Dengan demikian hukum itu dapat menyelesaikan hal yang berbeda di antara hak dan kewajiban dalam peristiwa yang serupa. Hukum adat adalah hukum yang tidak bersumber pada peraturan. Namun tidak meliputi peraturan-peraturan desa dan peraturan raja-raja karena peraturan tersebut bukan hukum adat.

2. Corak Hukum Adat

Sifat dan corak hukum adat tersebut timbul dan menyatu dalam kehidupan masyarakatnya, karena hukum hanya akan efektif dengan kultur dan corak masyarakatnya. Oleh karena itu pola pikir dan paradigma berfikir adat sering masih mengakar dalam kehidupan masyarakat sehari-hari sekalipun ia sudah memasuki kehidupan dan aktifitas yang disebut modern.¹⁴

¹⁴ Ellyne Dwi Poespasari, *Hukum Adat di Indonesia, Suatu Kajian Kepustakaan dan Perkembangannya*....h. 176

Corak dari hukum adat hanya dapat diketahui dengan secara sungguh-sungguh bilamana tentang ajaran-ajaran Hukum adat yang menjadi jiwanya. Ajaran-ajaran itu dapat disimpulkan dari pepatah-pepatah, kata-kata berkias yang mendalam serta yang hikayat atau riwayat-riwayat yang hidup dan diceritakan dari mulut kemulut sepanjang generasi yang terus berganti-ganti.¹⁵ Selain itu juga dapat diperiksa praktek ajaran itu yang dituangkan kedalam keputusan dan pelaksanaan dari lembaga dan prinsip-prinsip hukum adat dalam kehidupan sehari-hari dalam masyarakat.

a. Keagamaan¹⁶

Corak ini memperlihatkan bahwa masyarakat hukum adat sebagai suatu keseluruhan percaya pada adanya dunia gaib yang bersifat keagamaan (magis religius), artinya perilaku hukum atau kaidah-kaidah hukumnya berdasarkan pada ajaran Ketuhanan Yang Maha Esa. Sifat ini diartikan sebagai pola pikir yang didasarkan keyakinan masyarakat tentang adanya suatu yang bersifat sakral.¹⁷ Sebelum masyarakat adat mengenal agama, sifat religius ini diwujudkan dalam cara berfikir yang tidak logis.

Menurut kepercayaan bangsa Indonesia bahwa di alam semesta ini benda-benda itu serba berjiwa (animisme) dan disekitar kehidupan

¹⁵ Apprianti. *Adat di Indonesia*...h. 8

¹⁶ Tolib Setiady. *Intisari Hukum Adat Indonesia*...h. 67

¹⁷ Tolib Setiady. *Intisari Hukum Adat Indonesia*...h. 67

manusia itu ada roh-roh halus (dinamisme).¹⁸ Dengan demikian apabila manusia akan memutuskan, menetapkan dan mengatur sesuatu karya atau menyelesaikan sesuatu karya biasanya berdoa, memohon keridhaan yang Maha Pencipta, dengan harapan karya itu akan berjalan sesuai dengan yang dikehendaki dan tidak melanggar pantangan yang dapat berakibat timbulnya kutukan dari Yang Maha Kuasa.¹⁹ Misalnya untuk orang yang beragama Islam, jika akan memulai sesuatu dianjurkan mengucapkan lafaz *bismillahirrohmanirrohim* atau memulai pembicaraan mengucapkan salam "Assalamu 'alaikum wa rohmatullahi wa barakatuh".

Corak keagamaan ini juga terangkat dalam Pembukaan UUD 1945 alinea ke tiga yang berbunyi atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa dan didorongkan oleh keinginan luhur, supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas maka rakyat Indonesia menyatakan dengan ini kemerdekaannya.²⁰

b. Tradisional²¹

Corak ini menggambarkan bahwa hukum adat di Indonesia bersifat turun temurun dari zaman nenek moyang sampai sekarang tetap berlaku dan dipertahankan oleh masyarakat yang bersangkutan. Peraturan yang bersifat turun temurun ini mempunyai keistimewaan

¹⁸ Nunung Nugroho. Hukum Adat dalam Pembangunan Hukum Nasional Berbasis Pancasila. *Jurnal Spektrum Hukum*, Vol. 15/No. 2/Oktober 2018. H.337

¹⁹ Apprianti. *Adat di Indonesia*...h. 9

²⁰ Abdulkadir Muhammad. *Hukum Perdata Indonesia*. (Bandung : Citra Aditya Bakti, 2019)h. 67

²¹ Nunung Nugroho. Hukum Adat dalam Pembangunan Hukum Nasional Berbasis Pancasila. *Jurnal Spektrum Hukum*, Vol. 15/No. 2/Oktober 2018. H.337

yang luhur sebagai pusaka yang dihormati, karena itu harus dijaga terus menerus. Pelanggaran terhadap sesuatu yang diterima dari nenek moyang diyakini dapat mendatangkan malapetaka terhadap masyarakat.²²

Contoh corak tradisional, pada masyarakat Batak, tidak diperkenankan menikah dalam satu marga. Masyarakat adat Lampung dalam hukum kewarisan berlaku sistem mayorat laki-laki, artinya anak tertua laki-laki menguasai seluruh harta peninggalan dengan kewajiban mengurus adik-adiknya sampai dewasa dan dapat berdiri sendiri. Harta peninggalan itu tetap tidak terbagi-bagi, merupakan milik keluarga bersama, yang kegunaannya untuk kepentingan anggota-anggota keluarga. Anak tertua laki-laki itu sebagai pengganti kedudukan ayahnya. Yang masih nampak sampai sekarang berupa “*nuwow balak*” atau “*lamban gedung*” yaitu tempat keluarga bermusyawarah yang biasa di tempati oleh anak laki-laki tertua.²³

c. Kebersamaan

Hukum adat mempunyai corak yang bersifat kebersamaan (*communal*) artinya corak ini lebih mengutamakan kepentingan bersama, dimana kepentingan pribadi itu diliputi oleh kepentingan bersama. Satu untuk semua dan semua untuk satu. Setiap individu merupakan bagian integral dari masyarakat secara keseluruhan.²⁴

²² I. G . AB Wiranata. *Antropologi Budaya*...h .62

²³ Tolib Setiady. *Intisari Hukum Adat Indonesia*...h. 69

²⁴ Ellyne Dwi Poespasari, *Hukum Adat di Indonesia, Suatu Kajian Kepustakaan dan Perkembangannya*...h. 189

Masyarakat hukum adat meyakini bahwa setiap kepentingan individu sewajarnya disesuaikan dengan kepentingan masyarakat, karena tidak ada individu yang terlepas dari kehidupan masyarakatnya. Hubungan hukum antara anggota masyarakat yang satu dan yang lainnya didasarkan oleh rasa kebersamaan, kekeluargaan, tolong menolong dan gotong royong. Dalam UUD 1945 Pasal 33 ayat (1) menyatakan bahwa perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasarkan asas kekeluargaan.²⁵

d. Kongkret dan Visual

Corak kongkret artinya hubungan hukum yang dilakukan jelas, nyata, berwujud antara kata dan perbuatan berjalan serasi. Corak visual artinya hubungan hukum itu dianggap ada jika sudah ada tanda ikatan yang dapat terlihat, tampak, terbuka, tidak tersembunyi. Jadi corak ini menyatakan hubungan hukum yang berlaku dalam hukum adat itu terang dan tunai, tidak samar-samar, terang disaksikan, diketahui, dilihat dan didengar orang lain.²⁶ Sebagai contoh dalam perjanjian jual beli dimana pihak penjual dan pembeli telah sepakat dalam perjanjian itu.

Ada istilah pembayaran *panjer* (*voorshot*) yaitu pemberian tanda jadi (pembayaran di muka). Dengan diterimanya tanda jadi tersebut maka si penjual tidak boleh lagi menjual kepada orang lain

²⁵ I. G . AB Wiranata. *Antropologi Budaya*....h .62

²⁶ I. G . AB Wiranata. *Antropologi Budaya*....h .62

artinya perjanjian tersebut telah terlaksana dan para pihak mempunyai kewajiban moral untuk mengikuti aturan dalam suatu perjanjian.²⁷

Dalam hukum perkawinan “tanda jadi” diistilahkan “*peningset, panyancang, pangjadi*” atau istilah asingnya *vervoligingsgeschhenk*.

Konsekuensinya dari istilah-istilah tersebut adalah para pihak harus menjaga kesepakatan untuk mewujudkan pelaksanaan perkawinan.²⁸

e. Terbuka dan Sederhana

Hukum adat sangat terbuka dalam menerima perubahan yang timbul dalam struktur tatanan perilaku dalam masyarakat. Sebagai akibat dari corak terbuka dan dapat menerima masuknya unsur dari luar, hukum adat senantiasa dapat berubah, menurut keadaan, waktu dan tempat.²⁹ Setiap perkembangan masyarakat hukum adat akan selalu menyesuaikan diri seiring dengan perkembangan yang terjadi. Hal tersebut dapat saja berjalan asal saja tidak bertentangan dengan jiwa hukum adat itu sendiri.³⁰

Sederhana artinya bersahaja, tidak rumit, tidak banyak administrasinya, mudah dimengerti, bahkan pelaksanaannya berdasarkan saling percaya mempercayai.³¹ Corak terbuka dan sederhana ini mengakibatkan hukum adat mengalami perkembangan disesuaikan dengan keadaan sekarang.

²⁷ Tolib Setiady. *Intisari Hukum Adat Indonesia...*.h. 69

²⁸ Tolib Setiady. *Intisari Hukum Adat Indonesia...*.h. 70

²⁹ Deedy Sumanto. Hukum Adat di Indonesia Perspektif Sosiologi dan Antropologi Hukum Islam. *Jurnal Ilmiah Syari'ah Volume 17, Nomor 2, Juli-Desember 2018*

³⁰ Abdulkadir Muhammad. *Hukum Perdata Indonesia...*.h. 67

³¹ Deedy Sumanto. Hukum Adat di Indonesia Perspektif Sosiologi dan Antropologi Hukum Islam. *Jurnal Ilmiah Syari'ah Volume 17, Nomor 2, Juli-Desember 2018*

f. Dapat Berubah dan Menyesuaikan

Sejalan dengan corak terbuka dan sederhana, maka corak ini membuat hukum adat mengalami perubahan. Namun perubahan tersebut tidak selalu menghilangkan ketentuan adat yang lama dan menggantinya dengan ketentuan adat yang baru. Hukum adat itu dapat berubah, menurut keadaan, waktu dan tempat.³²

g. Tidak Dikodifikasi

Hukum adat kebanyakan tidak tertulis, walaupun ada juga yang dicatat sebagai peraturan daerah, bahkan ada yang dibukukan walaupun belum sistematis. Artinya bahwa hukum adat itu bercorak tidak dikodifikasikan atau tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan RI.³³ Sehingga ketentuan tersebut hanya berlaku pada suatu daerah tertentu dimana peraturan itu dibuat (bersifat lokal). Contohnya pada masyarakat Lampung ada Kitab Kuntara Raja Niti, Simbur Cahaya (Palembang), Papakem Cirebon (Cirebon), Awig-Awig (Bali) dan lain sebagainya.

h. Musyawarah dan Mufakat

Masyarakat hukum adat mengutamakan adanya musyawarah dan mufakat dalam memulai suatu pekerjaan maupun dalam mengakhirinya.³⁴ Jika dalam suatu waktu terjadi perselisihan atau persengketaan dalam masyarakat adat, maka penyelesaiannya selalu diutamakan jalan penyelesaian secara rukun dan damai dengan

³² Tolib Setiady. *Intisari Hukum Adat Indonesia*...h. 79

³³ Tolib Setiady. *Intisari Hukum Adat Indonesia*...h. 69

³⁴ Tolib Setiady. *Intisari Hukum Adat Indonesia*...h. 90

musyawarah dan mufakat. Jalan penyelesaian damai itu membutuhkan adanya i'tikad baik dari para pihak dan adanya sifat yang adil dan bijaksana dari orang yang dipercaya untuk menyelesaikan perselisihan itu.³⁵

Menurut M. Kosnoe, antara konsep hukum Barat dan hukum adat mempunyai perbedaan. Dalam hukum Barat, individu dipandang sebagai makhluk yang merdeka dan bebas serta mempunyai kepentingan, dan tiap individu tersebut akan berupa keras keinginannya dapat dipenuhi secara maksimal. Untuk itu perlu adanya sanksi sebagai syarat jaminan agar tidak terjadi pelanggaran terhadap hak orang lain. Hal ini berbeda dengan konsep hukum adat, yang memandang individu sebagai bagian dari masyarakat dan mempunyai sifat kebersamaan dan komunal yang kuat.³⁶

Dalam hukum adat, sanksi (dalam hukum adat sering disebut sebagai hukuman) bukanlah hal yang sangat urgen, karena dalam hukum adat, hukuman adalah upaya memulihkan kembali keseimbangan yang terganggu karena adanya pelanggaran yang dilakukan oleh seseorang di masyarakat. Pembetulan hukum yang

³⁵ Deedy Sumanto. Hukum Adat di Indonesia Perspektif Sosiologi dan Antropologi Hukum Islam. *Jurnal Ilmiah Syari'ah Volume 17, Nomor 2, Juli-Desember 2018*

³⁶ Sifat kebersamaan dan komunal, nampak dalam nilai-nilai universal dari hukum adat, yakni antara lain asas gotong royong, fungsi sosial manusia dan milik dalam masyarakat, asas persetujuan sebagai dasar kekuasaan umum dan asas perwakilan dan permusyawaratan dalam sistem pemerintahan. Lihat M. Koesnoe. *Catatan-Catatan*, h.. 6. dan Supomo, Bab-Bab tentang Hukum Adat.. h.20.

dilanggar sudah dipulihkan kembali kepada keseimbangan yang semula, maka berarti sudah tidak ada permasalahan lagi.³⁷

Tindakan koreksi terhadap pelanggar hukum tidak selalu diberikan oleh petugas hukum, karena koreksi tersebut juga dapat dilakukan sendiri, misalnya melarikan gadis di suku Dayak. Perbuatan itu mencemarkan kesucian masyarakat yang bersangkutan serta melanggar kehormatan keluarga. Maka untuk memulihkan keseimbangan hukum diperlukan dua macam upaya, yaitu pembayaran denda kepada keluarga dan penyerahan seekor binatang korban kepada kepala persekutuan untuk dijadikan jamuan adat agar masyarakat menjadi bersih dan suci kembali.

38

Pandangan dari Ter Haar, yang menyatakan bahwa hukum adat adalah seluruh peraturan yang diterapkan dalam keputusan-keputusan yang penuh wibawa dan dalam kelahirannya dinyatakan mengikat. Pendapat ini terkenal dengan teori keputusan (*beslissingenleer*). Dengan demikian hukum adat lahir dari dan dipelihara oleh keputusan-keputusan para warga masyarakat hukum.³⁹ Lebih dari itu, keputusan-keputusan fungsionaris hukum, bukan hanya yang dihasilkan oleh hakim, tetapi juga termasuk keputusan ketua adat, rapat desa, wali tanah dan petugas-petugas desa lainnya. Keputusan tersebut juga tidak hanya yang merupakan keputusan mengenai sengketa resmi, tetapi juga meliputi

³⁷ Surojo Wignjodipuro. *Pengantar Dan Asas-Asas Hukum Adat*. (Jakarta : Gramedia, 2019) h.90

³⁸ Surojo Wignjodipuro. *Pengantar Dan Asas-Asas Hukum Adat...*h.90

³⁹ Deedy Sumanto. Hukum Adat di Indonesia Perspektif Sosiologi dan Antropologi Hukum Islam. *Jurnal Ilmiah Syari'ah Volume 17, Nomor 2, Juli-Desember 2018*

keputusan yang berdasarkan nilai-nilai hidup yang berlaku dalam alam kemasyarakatan anggota-anggota persekutuan.⁴⁰

3. Sistem Hukum Adat

Dalam pemberlakuan hukum adat sebagai hukum positif kiranya perlu diketengahkan dua konsep pemikiran tentang hukum yang sangat tajam mempertentangkan kedudukan hukum adat dalam sistem hukum yaitu konsep pemikiran legisme (termasuk aliran positivisme) dan aliran mazhab sejarah.⁴¹ Aliran legisme menghendaki bahwa pembuatan hukum dapat begitu saja dilakukan dengan undang-undang, sedangkan aliran sejarah menentang penyamaan hukum dengan undang-undang sebab hukum itu tidak mungkin dibuat melainkan harus tumbuh dari kesadaran hukum masyarakat.⁴²

Aliran mazhab sejarah yang dipelopori Von Savigny cukup besar pengaruhnya dalam membentuk aliran tentang pembangunan hukum di Indonesia yang pada awalnya juga terbelah atas aliran yang menghendaki kodifikasi dan unifikasi serta aliran yang menghendaki dipertahankannya hukum adat yang tidak dikodifikasi dan tidak diunifikasikan.⁴³ Aliran mazhab sejarah menghendaki agar hukum adat yang merupakan pencerminan nilai-nilai kebudayaan asli Indonesia dipertahankan untuk mencegah terjadinya pembaratan dalam hukum. Pada sisi lain

⁴⁰ Surojo Wignjodipuro, *Pengantar dan Azas-Azas Hukum Adat*, (Jakarta: Gunung Agung, 1982), hlm. 1

⁴¹ Surojo Wignjodipuro. *Pengantar Dan Asas-Asas Hukum Adat...h.97*

⁴² Moh. Mahfud MD. *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, (Jakarta :P3ES, 2017) h. 28.

⁴³ Surojo Wignjodipuro. *Pengantar Dan Asas-Asas Hukum Adat...h.97*

mempertahankan hukum adat juga berimplikasi negatif yaitu terisolasinya bangsa Indonesia dalam perkembangan hukum modern sehingga mengakibatkan keterbelakangan dan menimbulkan problem terutama dalam bersaing dengan bangsa lain.⁴⁴

Pertentangan di atas tidak perlu dipertahankan melainkan harus dipertemukan dalam keseimbangan antara hukum sebagai alat dan hukum sebagai cermin budaya masyarakat. Juga antara hukum sebagai alat untuk menegakkan ketertiban yang sifatnya konserfatif (memelihara) dan hukum sebagai alat untuk membangun (mengarahkan) masyarakat agar lebih maju.⁴⁵

Menurut Djodjodigono, hukum adat lebih mendekati sistem hukum Inggris (*anglo saxon*) yang disebut *common law*. Perbedaannya, kalau hukum adat bersumber dari hukum Indonesia asli sedangkan *common law* bersumber dari Hukum Romawi Kuno yang telah mengalami *Receptio in Complexu*. *Common Law* di Inggris berkembang sejak permulaan abad XI dibawah kekuasaan Raja William the Conqueror, yang meletakkan dasar-dasar pemerintahan pusat dan peradilan raja yang disebut *Curia Regis* yaitu peradilan yang menyelesaikan perkara perselisihan secara damai.⁴⁶ Jadi di Inggris di kenal adanya juru damai yang disebut "*justice of the peace*". Hal ini mirip dengan sistem peradilan

⁴⁴ Mahdi Syahbandir. Kedudukan Hukum Adat dalam Sistem Hukum. *Jurnal Kanun/50/2019*. h. 7

⁴⁵ Moh. Mahfud MD. *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, (Jakarta :P3ES, 2017) h. 28.

⁴⁶ Mahdi Syahbandir. Kedudukan Hukum Adat dalam Sistem Hukum. *Jurnal Kanun/50/2019*. h. 7

adat (peradilan desa) di Indonesia yang menyelesaikan perkara perselisihan secara damai.⁴⁷

Hukum adat tidak membedakan hukum publik dan hukum privat. Hukum publik yang menyangkut kepentingan umum, seperti hukum ketatanegaraan, yang mengatur tugas-tugas kenegaraan dalam hubungan antara badan-badan negara dan tugas-tugas pemerintahan dan anggota-anggota masyarakat.⁴⁸ Hukum perdata yang mengatur hubungan antara anggota masyarakat yang satu dengan yang lain dan anggota masyarakat terhadap badan negara sebagai badan hukum. Hukum publik dipertahankan oleh pemerintah sedangkan hukum perdata dipertahankan oleh pribadi-pribadi. Hukum adat tidak membedakan berdasarkan kepentingan dan siapa yang mempertahankan kepentingan itu.

Hukum adat tidak membedakan hak kebendaan dan hak perseorangan. Hak kebendaan (*Zakelijke rechten*) yaitu hak-hak atas benda yang berlaku bagi setiap orang. Hak Perseorangan (*persoonlijke rechten*) yaitu hak seseorang untuk menuntut orang lain agar berbuat atau tidak berbuat terhadap hak-haknya.⁴⁹ Menurut hukum adat hak kebendaan dan hak perseorangan, baik berwujud benda ataupun tidak berwujud benda (hak atas nyawa, kehormatan, hak cipta dan lain-lain) tidak bersifat mutlak sebagai hak pribadinya sendiri, oleh karena pribadinya tidak terlepas hubungannya dengan kekeluargaan dan kekerabatannya.

⁴⁷ Moh. Mahfud MD. *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*...h. 28.

⁴⁸ Moh. Mahfud MD. *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*...h. 28.

⁴⁹ Moh. Mahfud MD. *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*...h. 28.

Hukum adat tidak membedakan pelanggaran perdata dan pidana. Hukum adat juga tidak membedakan antara perbuatan yang sifatnya pelanggaran hukum perdata dan pelanggaran hukum pidana, sehingga perkara perdata diperiksa Hakim Perdata dan hakim Pidana diperiksa Hakim Pidana. Menurut peradilan adat kedua pelanggaran yang dilakukan oleh seseorang, diperiksa, dipertimbangkan dan diputuskan sekaligus dalam suatu persidangan yang tidak terpisah.⁵⁰

Dapat disimpulkan bahwa hukum adat adalah aturan kebiasaan manusia dalam hidup bermasyarakat. Terjadinya hukum di mulai dari kebiasaan pribadi manusia yang diberi akal, pikiran dan perilaku. Perilaku terus menerus dilakukan perorangan sehingga disebut kebiasaan pribadi. Apabila kebiasaan pribadi itu ditiru orang lain, maka ia akan juga menjadi kebiasaan orang itu. Lambat laun diantara orang yang satu dengan orang yang lain didalam kesatuan masyarakat ikut pula melaksanakan kebiasaan itu kemudian kebiasaan itu menjadi adat.

Prinsip dan nilai yang memandu pengelolaan kehidupan masyarakat memiliki banyak segi. standar hukum merupakan norma yang penting disamping norma agama, kerapihan dan ketertiban. Norma hukum dalam masyarakat beragam, termasuk hukum tertulis dan hukum tidak tertulis. Setiap masyarakat di seluruh dunia memiliki sistem hukumnya sendiri di wilayah negara. Tidak ada bangsa yang tidak memiliki undang-undang nasionalnya sendiri. Hukum nasional bangsa

⁵⁰ Busar Muhammad. *Asas-asas Hukum Adat ...* h. 11.

merupakan cerminan dari budaya para pemangku kepentingan. Karena hukum adalah pikiran manusia dan tumbuh darinya kesadaran hukum bangsa, sehingga hukum tercermin dalam refleksi budaya bangsa.⁵¹

Di Indonesia, salah satu hukumnya adalah musyawarah identitas nasional adalah kebiasaan atau adat yang menjadi jiwa bangsa dari abad ke abad III. Karena itulah cara orang Indonesia dikatakan Bhinneka Tunggal Ika yang artinya berbeda-beda, tapi tetap satu.⁵² Tradisi ini terus berkembang dan untuk selalu dan tepat mengontrol perkembangan masyarakat kaitannya dengan cerita rakyat. Artinya, disesuaikan merupakan lapisan (cerminan) kesusilaan dalam masyarakat, yang kebenarannya mendapat pengakuan umum di masyarakat.⁵³ Dalam hukum adat, sanksi bukanlah hal yang sangat mendesak karena di hukum umum, hukuman adalah upaya untuk memulihkan karena pelanggaran yang keseimbangannya terganggu dari beberapa masyarakat. Dan sebagai sarana penegakan hukum apa yang rusak dikembalikan ke keseimbangan asli, itu berarti tidak ada lagi masalah.⁵⁴ Koreksi tidak selalu dilakukan terhadap pelanggar oleh pengacara, karena koreksi semacam itu juga dapat dilakukan dirinya sendiri, misalnya untuk melarikan diri dari seorang gadis dari suku Dayak. Aksi ini juga memfitnah kesucian masyarakat yang bersangkutan menyinggung kehormatan keluarga.

⁵¹ Anto Sumarman. *Hukum Adat Perspektif Sekarang dan Mendatang*, (Yogyakarta: Adi Cita Karya Nusa, 2017), h. 9

⁵² Eka Susilawati. Eksistensi Hukum Adat dalam Sistem Hukum di Indonesia. *Jurnal Al-Ihkam IV/1, Juni 2019*. h. 126

⁵³ Bushar Muhammad. *Azas-Azas Hukum Adat: Suatu Pengantar*. (Jakarta: Pradya Paramita, 2017). h. 1

⁵⁴ Anto Sumarman. *Hukum Adat Perspektif Sekarang dan Mendatang*...h. 9

Artinya menyembuhkan Keseimbangan hukum memerlukan dua jenis upaya yaitu membayar denda kepada keluarga dan menyerahkan hewan tersebut persembahkan kepada ketua paguyuban untuk digunakan pada pesta adat masyarakat menjadi murni dan suci kembali.

Ada sebagian para sarjana yang meragukan tentang kemampuan hukum adat untuk dijadikan dasar atau landasan hukum nasional. Pendapat ini didasarkan pada pendapat dan argumentasi bahwa hukum adat adalah hukum kuno, dan sering disebut hukum primitif, yang hanya cocok untuk digunakan pada masyarakat yang terbelakang.⁵⁵ Pendapat ini menimbulkan konsekuensi bahwa hukum adat tidak sesuai lagi jika digunakan sebagai hukum bagi masyarakat peradaban modern. Apalagi jika diberlakukan pada era globalisasi saat ini, dimana hubungan masyarakat antar negara tidak lagi ada pembatasan.

4. Kedudukan Hukum Adat dalam Sistem Hukum Nasional

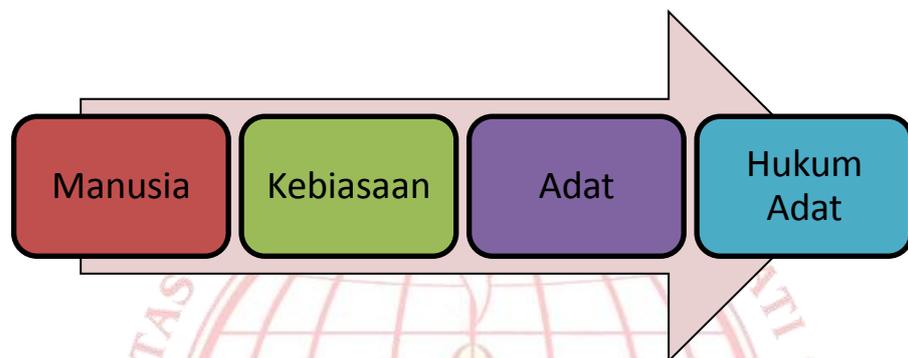
Pembentukan hukum adat dimulai dari perilaku pribadi anggota masyarakat. Ada aksi dan reaksi yang terpolarisasi dalam hubungan individu satu dengan orang lain merupakan interaksi sosial. Interaksi antara lain, apa yang dilakukan beberapa kali juga berpengaruh berperilaku terhadap orang lain sehingga tercipta hubungan dalam proses tersebut sosial. Jika hubungan sosial dilakukan secara sistematis, hubungan sosial tersebut menjadi sistem sosial.⁵⁶ Jika ada interaksi sosial, menjadi tradisi yang mewujudkan perasaan masyarakat diri kemudian

⁵⁵ Bushar Muhammad. *Azas-Azas Hukum Adat: Suatu Pengantar...* h. 9

⁵⁶ Soerjono Soekanto. *Hukum Adat Indonesia*. (Jakarta : Rajawali, 2017) h. 66

kelompok masyarakat membuat adat tersebut menjadi kebiasaan dan semua anggota masyarakat harus menerapkan dan mengikuti dan melakukan hukum adat. Jadi hukum adat adalah kebiasaan yang diterima dan harus dilaksanakan/diamati oleh masyarakat yang bersangkutan.⁵⁷

Skema proses lahirnya hukum adat adalah sebagai berikut :



Gambar 1. Skema lahirnya hukum adat menurut Surjono Soekanto⁵⁸

Pada sisi yang lain literatur hukum juga mencatat bahwa hukum dalam pengertian luas dapat dikelompokkan dalam dua bagian yaitu hukum tertulis dan hukum tidak tertulis. Hukum adat termasuk dalam kelompok kedua. Akan tetapi yang menjadi permasalahan adalah tidak ada satu pasalpun dalam batang tubuh Undang-Undang Dasar UUD) 1945 yang mengatur tentang kedudukan hukum tidak tertulis. Bahkan pasal-pasal dalam batang tubuh UUD 1945 banyak yang memerintahkan ketentuan pasalnya untuk diatur lebih lanjut dengan Undang-undang (undang-undang organik). Perintah pengaturan lebih lanjut ketentuan Pasal dalam UUD 1945 ke dalam undang-undang mengandung makna bahwa

⁵⁷ Winardi. Eksistensi dan Kedudukan Hukum Adat dalam Pergumulan Politik Hukum Nasional. *Jurnal Widya Yurika*, No.1/3/2020. h. 95

⁵⁸ Soerjono Soekanto.. *Hukum Adat Indonesia*. ...h. 66

Negara Indonesia lebih mengutamakan hukum yang tertulis. Pengakuan terhadap hukum tidak tertulis dahulu hanya dijelaskan atau dicantumkan dalam Penjelasan Umum UUD 1945 angka I yang menyebutkan Undang-Undang Dasar ialah hukum dasar yang tertulis, sedang di sampingnya Undang-undang Dasar itu berlakunya juga hukum dasar yang tidak tertulis, ialah aturan-aturan dasar yang timbul dan terpelihara dalam praktik penyelenggaraan negara meskipun tidak tertulis.

Dalam Pasal 18B ayat (2) Amandemen UUD 1945 menyebutkan "Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang". Menurut pasal ini hukum adat yang diakui adalah hukum adat yang masih nyata-nyata hidup, jelas materi dan lingkup masyarakat adatnya. Ketentuan Pasal 18b ayat (2) di atas dapat dipahami bahwa UUD 1945 lebih mengutamakan hukum yang tertulis dari pada tidak tertulis. Ini maknanya bahwa pengakuan terhadap hukum adat yang masih hidup dalam masyarakat di suatu daerah harus dilakukan dengan pengaturan dalam peraturan perundang-undangan (tertulis).

Untuk menganalisis kedudukan hukum adat dalam sistem hukum perlu kiranya diperhatikan salah satu aliran, Kedudukan Hukum Adat dalam Sistem Hukum dalam ilmu hukum yaitu, *sociological jurisprudence* yang disampaikan oleh Eugen Ehrlich. Konsepsi dasar dari pemikiran

Ehrlich tentang hukum adalah apa yang dinamakan dengan *living law*. Hukum positif yang baik dan efektif adalah hukum yang sesuai dengan *living law* dari masyarakat yang mencerminkan nilai-nilai yang hidup di dalamnya.

Dengan adanya pluralitas hukum yang berlaku di Indonesia ini, Koesnoe melihat bahwa hukum adatlah yang harus menjadi landasan hukum nasional. Dijelaskan bahwa hukum adat yang dimaksud bukanlah hukum adat yang terlahir dari keputusan keputusan para petugas hukum, bukan pula yang telah menjelma dalam tingkah laku nyata, yang biasa disebut dengan kebiasaan, melainkan bagian dari hukum adat yang merupakan tempat segala ketentuan konkret dari hukum adat memperoleh dasar pbenarannya yang asasi.⁵⁹ Jadi, dasar-dasar pikiran, cita-cita dan prinsip-prinsip yang membimbing hukum adat untuk melahirkan ketentuan-ketentuan hukum adat yang lebih konkret, sampai pada kenyataan-kenyataan dalam masyarakat.

Studi tentang hukum sebagai sistem pengendalian sosial (*social control*) dalam kehidupan masyarakat telah banyak dilakukan oleh para ahli antropologi. Karena itu, dikatakan bahwa para antropolog memberi kontribusi yang sangat bermakna dalam pengembangan konsep hukum yang dioperasikan dalam masyarakat. Para ahli antropologi mempelajari hukum bukan hanya sebagai produk dari hasil abstraksi logika sekelompok orang yang memiliki otoritas yang diformulasikan dalam bentuk peraturan,

⁵⁹ M. Koesnoe. *Hukum. Adat Sebagai Suatu Model Hukum*. (Bandung : Mandar Maju, 2015) h. 78

tetapi lebih mempelajari hukum sebagai perilaku sosial.⁶⁰ Hukum dipelajari sebagai bagian integral dari kebudayaan secara keseluruhan, dan hukum dipelajari sebagai produk dari interaksi sosial yang dipengaruhi oleh aspek kebudayaan yang lain, seperti politik, ekonomi, religi, dan lain-lain atau hukum dipelajari sebagai proses sosial yang berlangsung dalam kehidupan masyarakat.⁶¹

UUD 1945 secara tegas mengakui dan memberikan tempat dan dasar bagi keberlakuan norma hukum dan pranata hukum yang berasal dari hukum yang hidup dan berlaku dalam masyarakat (*living live*), yaitu hukum adat dan hukum Islam sebagai bagian dari hukum nasional.

Penegasan ini berkenaan dengan dicantumkannya dua pasal baru dalam perubahan kedua (2000) UUD 1945 yaitu Pasal 18 B Ayat (2) yang menyatakan bahwa negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang. Berikutnya, Pasal 28 1 Ayat (3) yang menyatakan identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.⁶²

Dalam era Indonesia yang Modern, hukum adat adalah bagian organik dari hukum negara. Hukum negara sangat berkepentingan untuk

⁶⁰ Darji Darmodiharjo dan Shidarta. *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*. (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2015) h.78

⁶¹ Mc. Wija. *Hukum Adat dalam Hukum Nasional*. (Jakarta : Binangkit, 2019) h. 119

⁶² Bushar Muhammad. *Azas-Azas Hukum Adat: Suatu Pengantar...*h. 72

menjaga dan memelihara hukum adat sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 18B ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945 yang berbunyi : “Negara mengakui dan menghormati kesatuan kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak hak tradisionalnya sepanjang masih hidup. Pembukaan UUD 1945 yang menyatakan bahwa “Pemerintah Negara Indonesia melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia”.

Reformasi hukum telah dilakukan di Indonesia, terlepas dari penilaian yang bernada sinis tentang hasil reformasi yang dihasilkan. Pada tanggal 4 Mei 1999 telah diundangkan UU No. 4 Tahun 1999 tentang Otonomi Daerah. Dengan berlakunya Undang-undang ini dinyatakan tidak berlaku lagi dua buah Undang-undang yang menjadi sendi kebijakan Pemerintah Orde Baru antara lain UU No.5 Tahun 1974 Tentang Pokok-pokok Pemerintahan di Daerah. UU No.5 Tahun 1979 Tentang Pemerintahan Desa.⁶³ Sesuai dengan tuntutan reformasi maka dengan penggantian Undang-undang yang baru ini seharusnya memberikan peluang untuk otonomi yang lebih luas dari masa sebelumnya dan lebih memperdayakan masyarakat adat dan lembaga-lembaga adat yang ada di negara kita, misalnya: *runggun* (lembaga kekerabatan Adat Karo), lembaga *Kerapatan Adat Nagari* (Minangkabau), *dalihan natolu* (Taput) dan lain-lain. Secara konsepsional, dibanding dengan peraturan sebelumnya memang terdapat kemajuan mengenai hal ini, namun kalau

⁶³ Mc. Wija. *Hukum Adat dalam Hukum Nasional*. (Jakarta : Binangkit, 2019) h. 119

dibandingkan dengan misalnya apa yang dituntut oleh Kongres Masyarakat Adat, hasilnya belum serupa.⁶⁴

Dalam pandangan Dasar Kongres Masyarakat Adat Nusantara 1999 tentang posisi masyarakat adat terhadap negara dicantumkan satu penegasan yang sangat mendasar yang menyatakan bahwa masyarakat adat adalah komunitas-komunitas yang hidup berdasarkan asal-usul leluhur secara terum-temurun di atas suatu wilayah adat, yang memiliki kedaulatan atas tanah dan kekayaan alam, kehidupan sosial budaya yang diatur oleh hukum adat, dan lembaga adat yang mengelola keberlangsungan kehidupan masyarakat.⁶⁵

Tanggal 24 Juni 1999 telah diterbitkan Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional No.5 Tahun 1999 Tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat. Peraturan ini memuat kebijaksanaan yang memperjelas prinsip pengakuan terhadap hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat hukum adat sebagaimana dimaksudkan dalam Pasal 3 UUPA. Pengaturan lebih lanjut mengenai hal-hal di atas diwenangkan kepada Daerah menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku (Pasal 6) sesuai dengan maksud UU No. 22 Tahun 1999 Tentang Pemerintahan Daerah dan dengan demikian akan lebih mampu menyerap aspirasi masyarakat setempat.⁶⁶

Menyimak jiwa dan makna yang terkandung dalam UU No. 22 Tahun 1999 ini khususnya tentang pengertian desa secara utuh, maka

⁶⁴ Bushar Muhammad. *Azas-Azas Hukum Adat: Suatu Pengantar...* h. 72

⁶⁵ Mc. Wija. *Hukum Adat dalam Hukum Nasional*. (Jakarta : Binangkit, 2019) h. 119

⁶⁶ Mc. Wija. *Hukum Adat dalam Hukum Nasional...* h. 122

merupakan suatu beban dalam mengkaji secara cermat tentang hak asal-usul dan susunan asli suatu desa, kesatuan masyarakat hukum pendatangnya serta sejauh mana organisasi masyarakat hukum ini masih etis serta kewenangannya.

B. Pemikiran Hukum Islam Mengenai Adat

1. *Al-Urf*

a. Pengertian

Dalam Islam, secara literal kata adat (*adah*) berarti kebiasaan, adat atau praktik. Dalam bahasa Arab, kata tersebut sinonim dengan kata '*urf*', yaitu sesuatu yang diketahui.⁶⁷ Abu Sinnah dan Muhammad Mustafa Syalaby misalnya mengemukakan definisi secara literal tersebut untuk membedakan antara kedua arti kata tersebut. Keduanya berpendapat bahwa kata adat mengandung arti "pengulangan" atau "praktik" yang sudah menjadi kebiasaan, dan dapat dipergunakan, baik untuk kebiasaan individual (*adah fardhiyah*) maupun kelompok (*adah jama'iyah*).⁶⁸

Dalam bahasa yang lain, secara bahasa kata '*urf*' merupakan bentukan dari kata '*arafa-ya'rifu-urfan*', yang berarti mengetahui. Secara terminologis, '*urf*' dan adat memiliki arti yang sama, meski sebagian ahli hukum Islam ada yang membedakannya.⁶⁹

⁶⁷ Dahlan Idhami. *Karakteristik Hukum Islam*. Cet. I. (Surabaya: Al-Ikhlash, 2020) h. 43

⁶⁸ Nor Haritsudin. 'Urf Sebagai Sumber Hukum Islam (Fiqh) Nsantara. *Jurnal Al-Fikr No. 1.20/2017*. h. 66

⁶⁹ Wahab Khalaf, *Mashadir al-Tashri' al-Islami fi Ma Laysa Nashsh fih* (Kuwait: Dar al-Qalam, 1972 M/1392 H), 145

Sementara kata *'urf* didefinisikan sebagai praktik berulang-ulang yang dapat diterima oleh seseorang yang mempunyai akal sehat. Oleh karena itu, menurut arti tersebut, *'urf* lebih merujuk kepada suatu kebiasaan dari sekian banyak orang dalam suatu masyarakat, sementara adat lebih berhubungan dengan kebiasaan kelompok kecil orang tertentu.⁷⁰

Dari beberapa pengertian dan uraian di atas dapat disimpulkan bahwa hukum adat atau dengan istilah lain *'urf* adalah kebiasaan dari sekian banyak orang dalam suatu masyarakat, sementara adat lebih berhubungan dengan kebiasaan kelompok kecil orang tertentu. Dari kedua defenisi tersebut dapat dipahami bahwa *'urf* merupakan bagian dari adat, karena adat lebih umum dari *'urf*. Suatu *'urf* harus berlaku pada kebanyakan orang di daerah tertentu, bukan pada individu atau kelompok tertentu. *'urf* bukanlah kebiasaan alami sebagaimana yang berlaku dalam kebanyakan adat, melainkan muncul dari suatu pemikiran dan pengalaman, namun demikian, beberapa pakar memahami kata adat dan *'urf* sebagai dua kata yang tidak berlainan. Subhi Mahmasani misalnya, mengatakan bahwa *'urf* dan adat mempunyai pengertian yang sama, yaitu sesuatu yang dibiasakan oleh rakyat umum dan golongan masyarakat. Pengertian tersebut

⁷⁰ Roibin. *Sosiologi Hukum Islam*. (Malang: UIN Malang Press, 2018) h. 89

digunakan untuk memahami terma ini. Oleh karena itu, kedua kata tersebut (adat dan 'urf) diartikan sebagai adat atau kebiasaan.⁷¹

Sejatinya, syarat minimal sahnya 'urf hanyalah dua syarat (*al-istiqrar*) dan kesinambungan (*al-istimrar*). Istiqrar menekankan bahwa 'urf harus menjadi sesuatu yang membawa rekonsiliasi antar pelaku. Di sisi lain, keberadaan *al-istimrar* dimaksudkan agar 'urf dapat dijadikan pedoman hukum yang cukup dan tetap serta tidak berubah. Karena apa yang terjadi ketika hukum Islam, yang harus didasarkan pada prinsip hukum. stabilitas (*istiqamat al-hukm*), tiba-tiba berubah dan sangat cepat bersifat sementara.⁷²

b. Dasar Hukum

Islam hadir bukan untuk mencegah tumbuh dan berkembangnya 'urf di masyarakat. Sebaliknya, Islam datang dengan menyeleksi 'urf. Jika tidak bertentangan dengan Islam, 'urf terus berlanjut dan dipertahankan. Sebaliknya, Islam akan memodifikasi 'urf agar sesuai dengan nilai-nilai ajaran Islam.⁷³

Setidaknya ada tiga alasan sah di balik 'urf sebagai sumber hukum Islam.

- 1) Praktik berhaji pada masa Nabi, proses, tempat haji dan umrah kaum Muslim melanjutkan apa yang dipraktikkan oleh Rasulullah SAW sejak lama.. Ritual seperti talbiyah, ihram, wuquf dan lain-

⁷¹ Dahlan Idhami. *Karakteristik Hukum Islam*. ... h. 48

⁷² Roibin. *Sosiologi Hukum Islam* ...h. 89

⁷³ Nor Haritsudin. 'Urf Sebagai Sumber Hukum Islam (Fiqh) Nsantara. *Jurnal Al-Fikr* No. 1.20/2017. h. 66

lain terus dilaksanakan oleh umat Islam. Sama halnya dengan hukum *qishahi* dan *diyot* dimana keduanya adalah budaya masyarakat pra-Islam. Kedua budaya tersebut kemudian dikonfirmasi menjadi bagian dari ajaran Islam.⁷⁴ Abdul Karim menyebutkan model rekrutmen adat atau tradisi Arab ke menjadi bagian dari hukum Islam mengadopsi tiga model legislasi Islam. Pertama, mengambil sebagian dari tradisi dan membuang yang lainnya. Kedua, Islam menerima sebagian dan menolak yang lain dengan dan menambah dan mengurangi di sana-sini. Ketiga, menerimanya secara utuh tanpa mengubah bentuk dan identitasnya.⁷⁵

- 2) Setelah wafatnya Nabi SAW, para sahabat pun mendasarkan Hukum Islam yang ada di atas urf masyarakat sekitar. Saat berkembang secara masif, Islam sangat memperhatikan setiap budaya lokal. Khalifah Umar misalnya mengadopsi tradisi sistem dewan dan tradisi masyarakat Persia. Selain itu, Khalifah Umar memperkenalkan sistem layanan pos yang sama dengan tradisi Sassanid dan Kekaisaran Bizantium.⁷⁶ Semua ini menegaskan bahwa para sahabat melanjutkan jejak Nabi yang akomodatif terhadap kearifan lokal.

⁷⁴ Khalil Abdul Karim. *Syari'ah Sejarah Perkelahian Pemaknaan*, Terj. Kamran As'ad. (Yogyakarta: LKiS, 2017)h. 7

⁷⁵ Khamil Abd Karim. *al-Judhur al-Tarikhiyah li As-Shari'ah al-Islamiyah*. Terj Kamran Asad, (Yogyakarta: LKiS, 2018)h. xi-xii

⁷⁶ Ratno Lukito. *Islamic Law and Adat Encounter: The Experience of Indonesia*. (Jakarta: Logos, 2017) h. 11.

3) Generasi *tabi'in* yang hidup setelah sahabat juga memasukkan klausul '*urf*' dalam sumber hukum Islam. Madzhab Hanafi misalnya membangun fiqhnya atas dasar *urf*. Al-Nu'man ibn Thabit Ibn Zuti yang dikenal dengan Abu Hanifah (80-150 H/699-767 M) menggunakan tradisi Kufah sebagai dasar penetapan hukumnya yang diakomodir dalam konsep istihsan. Bahkan, Abu Hanifah menolak *qiyas* demi mengunggulkan *urf*.⁷⁷

Kehujjahan *urf* sebagai sumber hukum Islam adalah sebagaimana firman Allah dalam Al-Qur'an surat Al-A'raf ayat 199 berbunyi :

خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴿١٩٩﴾

Artinya : Jadilah engkau Pema'af dan suruhlah orang mengerjakan yang ma'ruf, serta berpalinglah dari pada orang-orang yang bodoh.

Al-Qur'an surat Al-Baqarah ayat 180 berbunyi :

كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ

وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾

Artinya : Diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan (tanda-tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, Berwasiat untuk ibu-bapak dan karib kerabatnya secara ma'ruf, ini adalah kewajiban atas orang-orang yang bertakwa.

Mengerjakan yang *ma'ruf* pada ayat-ayat di atas maksudnya adalah mengerjakan kebiasaan yang baik yang tidak bertentangan dengan

⁷⁷ Khamil Abd Karim. *al-Judhur al-Tarikhiyah li As-Shari'ah al-Islamiyah*. Terj Kamran Asad...h. xi-xii

norma agama Islam serta dengan cara baik yang diterima oleh akal sehat dan kebiasaan manusia yang berlaku.⁷⁸ Berdasarkan itu maka ayat tersebut dipahami sebagai perintah untuk mengerjakan sesuatu yang telah dianggap baik sehingga telah menjadi tradisi dalam suatu masyarakat.

Para ulama membuat beberapa kaidah yang berkaitan dengan hukum adat untuk memperjelas kedudukan adat dan peranannya dalam pengambilan hukum (*al-Istinbaath*). Di antara kaidah-kaidah tersebut adalah⁷⁹:

- 1) Ketetapan hukum yang diderivasikan dari hukum adat sama dengan 1) ketetapan dari konteks-konteks *nash*. (*al-tsaabit bi al-`urf ka al-tsaabit bi al-nash*).
- 2) Adat istiadat dapat dijadikan sebagai sumber hukum (*al-`aadah muhakkamah*)
- 3) Hukum adat harus dipertimbangkan dalam syari'ah (*al-`urf fi al-syar`i mu`tabar*).
- 4) Tidak dapat dipungkiri adanya perubahan hukum karena perubahan masa (*la yunkar taghayyur al-ahkaam bi taghayyur al-zamaan*).
- 5) Perkara yang dapat diketahui dengan adat adalah sama seperti persyaratan yang dikemukakan dengan syarat (*al-ma`ruf `urfan ka al-masyrut syarthan*).
- 6) Perilaku umat manusia dapat menjadi hujjah yang diamalkan (*isti`mal al-nash hujjat yu`mal biha*)
- 7) Adat menjadi hukum jika tidak ditemukan ketentuan yang sharih yang bertolak belakang (*al-`adah taj`al hukm idza lam yuujad al-tashrih bi khilafih*)
- 8) Teori yang umum dapat dispesifikkan oleh ketetapan adat (*al-muthlaq min al-kalâm yutaqayyad bi dalâlah al-`urf*).
- 9) Adat diperhitungkan untuk membatasi ketentuan yang bersifat umum (*al-`aadah mu`tabarah fi taqyid mutlâq al-kalaam*)
- 10) Prinsip kembali kepada hukum adat dimaksudkan untuk menjaga kesejahteraan masyarakat dan menghapus kesulitan mereka (asas *i`tibar al`urf yurja` ila ri`ayah masalih al-nass wa raf`i al-haraj `anhum*).

⁷⁸ <http://www.ibnukatsironline.com/2015/05/tafsir-surat-al-araf-ayat-199-200.html> diakses tanggal 25 Juli 2023

⁷⁹ Dahlan Idhami. *Karakteristik Hukum Islam*. Cet. I. (Surabaya: Al-Ikhlâs, 2020) h. 43

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ قَالَ إِنَّ اللَّهَ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ فَوَجَدَ قَلْبَ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ فَاصْطَفَاهُ لِنَفْسِهِ فَابْتَعَنَهُ بِرِسَالَتِهِ ثُمَّ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ بَعْدَ قَلْبِ مُحَمَّدٍ فَوَجَدَ قُلُوبَ أَصْحَابِهِ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ فَجَعَلَهُمْ وَرِزَاءَ نَبِيِّهِ يُقَاتِلُونَ عَلَى دِينِهِ فَمَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ وَمَا رَأَوْا سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ

Dari Abdullah bin Mas'ud ia berkata, sesungguhnya Allah melihat ke dalam diri para hamba, maka dijumpai hati Muhammad SAW. Sebaik-baik hati para hamba, karena Allah telah mensucikan jiwanya, mengutus beliau membawa risalahnya, kemudian Allah melihat ke dalam hati para hamba setelah hati Muhammad SAW., maka dijumpai hati sahabat-sahabatnya, sebaik-baik hati para hamba, lalu Allah menjadikan mereka sebagai pembantu Nabinya yang mereka berperang membela agamanya, maka apa yang dipandang oleh orang-orang Islam baik, maka baik pula di sisi Allah SWT, dan apa yang dianggap orang-orang Islam jelek maka jelek pulalah di sisi Allah SWT.” (HR. Ahmad)⁸⁰

c. Macam-macam *‘urf*

Dari segi objeknya *‘urf* dibagi menjadi⁸¹ :

- 1) *‘Urf qauli* adalah kebiasaan masyarakat dalam penggunaan kata-kata atau ucapan, sehingga makna ungkapan itulah yang dipahami dan terlintas dalam pikiran masyarakat.
- 2) *‘Urf ‘amali* adalah kebiasaan masyarakat yang berkaitan dengan perbuatan. Adapun yang dimaksud perbuatan biasa adalah perbuatan masyarakat dalam masalah kehidupan mereka yang tidak terkait dengan kepentingan orang lain.

Dari segi cakupannya⁸²:

- 1) *‘Urf ‘amm* adalah kebiasaan yang bersifat umum dan berlaku bagi sebagian besar masyarakat dalam berbagai wilayah yang luas.
- 2) *‘Urf khash* adalah kebiasaan yang berlaku secara khusus pada suatu masyarakat tertentu atau wilayah tertentu saja.

⁸⁰ Imam Ahmad bin Muhammad bin Hambal. *Musnad Imam Ahmad*. (Jakarta: Pustaka Azzam, 2008), Jilid 3, No.3418

⁸¹ Noor Harisuddin. *Ilmu Ushul Fiqh*. (Malang : Setara Press, 2021) h. 112

⁸² Noor Harisuddin. *Ilmu Ushul Fiqh...*h. 113

Dari segi keabsahannya dari pandangan syara':⁸³

- 1) '*Urf shahih* adalah kebiasaan masyarakat yang tidak bertentangan dengan dalil syara', tidak menghalalkan sesuatu yang telah dianggap haram oleh syara' dan tidak membatalkan yang wajib.
- 2) '*Urf fasid* adalah sesuatu yang sudah menjadi tradisi manusia, akan tetapi tradisi itu bertentangan dengan syara', menghalalkan yang haram atau membatalkan yang wajib.

Ulama sepakat mengatakan hukum '*urf shahih* yang menyangkut '*urf 'amm* dan '*urf khass* serta '*urf amali* dapat dijadikan hujjah dalam menetapkan hukum syara'.⁸⁴ '*Urf* juga dapat berubah sesuai dengan perubahan masyarakat pada zaman dan tempat tertentu. Segala yang ditetapkan oleh adat kebiasaan adalah sama dengan yang ditetapkan oleh dalil yang berupa nass untuk penyelesaiannya. Adat kebiasaan manusia baik berupa perbuatan maupun perkataan berjalan sesuai dengan aturan hidup manusia dan keperluannya, apabila dia berkata atau berbuat sesuai dengan pengertian ada apa yang bisa berlaku pada masyarakat.⁸⁵

2. Kedudukan Hukum adat Dalam Islam

'*Urf* mempunyai posisi yang sangat tinggi dalam hukum Islam sehingga ruh Islam *salih li kulli zaman wa makan*.⁸⁶ Demikian juga hal ini menegaskan Islam sebagai agama yang toleran bukan sebagai agama pembasmi budaya masyarakat yang sesuai dengan pokok ajaran Islam. Selanjutnya setelah kita melihat '*urf* dalam sumber pokok ajaran Islam al-Quran, posisi '*urf* dalam tradisi Hadis Nabi sebagai sumber kedua ajaran

⁸³ Noor Harisuddin. *Ilmu Ushul Fiqh*...h. 113

⁸⁴ Amir Mu'allim dan Yusdani. *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*. ...h. 132

⁸⁵ Noor Harisuddin. *Ilmu Ushul Fiqh*. ...h. 115

⁸⁶ Amir Mu'allim dan Yusdani. *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*. ...h. 132

Islam. Sikap kompromistis yang diambil oleh para eksponen hukum Islam ini terhadap hukum adat didorong oleh fakta bahwa, dalam kenyataan kehidupan sehari-hari, orang-orang Indonesia tidak berhenti untuk mengamalkan aturan-aturan yang berasal dari adat.⁸⁷ Sekadar menghapuskan lembaga harta bersama dalam perkawinan ini, oleh karenanya jelas tidak mungkin, dan sesungguhnya tidak akan sesuai dengan jiwa hukum Islam yang mengizinkan hukum adat untuk dipraktikkan sepanjang tidak bertentangan dengan sumber utama hukum Islam.⁸⁸

Pemberlakuan hukum adat tidak harus dalam bentuk kesepakatan bersama, tetapi dapat terjadi melalui kontak sosial. Oleh karena itu, hukum adat bersifat netral dan muncul akibat proses sosial. Berbeda dengan *ijma`* yang merupakan produk dari kesepakatan para mujtahid.⁸⁹ Ulama membagi hukum adat menjadi dua macam, yaitu adat yang benar (*shahih*) dan adat yang salah (*fâsid*). Nash al-Qur'an maupun al-Hadits ada yang memberi petunjuk secara aksiomatik (*qath`iy al-dilalah*) dan ada pula yang memberi petunjuk secara hipotetik (*dzannîy aldilâlâh*).⁹⁰ Konsekuensinya adalah adat yang tidak sesuai dengan nash yang *dzannîy* dapat dibenarkan asal tidak berlawanan dengan tujuan syari'ah (*maqâsid*

⁸⁷ Amir Mu'allim dan Yusdani. *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*. ...h. 133

⁸⁸ Ratno Lukito. *Pergumulan Antara Hukum Islam dan Hukum Adat di Indonesia*. (Jakarta: INIS, 2017) h. 82.

⁸⁹ Abd al-Wahhab Khallâf. *Ilmu Ushûl Fiqh*. (Kairo: Maktabah al-Dakwah al-Islâmîyah. 1990) h. 89

⁹⁰ Ratno Lukito. *Pergumulan Antara Hukum Islam dan Hukum Adat di Indonesia*. (Jakarta: INIS, 2017) h. 82.

al-syarî`ah) dan dalil yang *qath`iy*.⁹¹ Demikian pula batasan halal dan haram yang belum jelas kewenangannya. Perkara yang dihalalkan oleh para ulama dapat dianggap haram oleh ulama lain karena adanya *`illah* yang berbeda. Dilihat dari cakupannya, adat terdiri dari dua macam. Pertama, adat yang bersifat umum (*al-`urf al-`amm*), yaitu kebiasaan yang berlaku pada semua daerah pada waktu tertentu. Kedua adat yang bersifat khusus (*al-`urf al-khas*), yakni kebiasaan yang berlaku pada daerah tertentu.⁹²

Pada dasarnya semua ulama sepakat bahwa kedudukan *`urf shahih* sebagai salah satu dalil syara'. Akan tetapi diantara mereka terdapat perbedaan pendapat dari segi identitas penggunaannya sebagai dalil. Dalam hal ini ulama Hanafiyyah dan Malikiyyah adalah yang paling banyak menggunakan *`urf* sebagai dalil dibandingkan dengan ulama Syafi'iyah dan Hanabilah.⁹³

`urf shahih harus dipelihara oleh seorang mujtahid di dalam menciptakan hukum-hukum dan oleh seorang hakim dalam memutuskan perkara. Karena apa yang telah menjadi kebiasaan dan dijalankan oleh orang banyak adalah menjadi kebutuhan dan menjadi maslahat yang diperlukannya. Oleh karena itu, selama kebiasaan tersebut tidak berlawanan dengan syara', maka wajib diperhatikan.⁹⁴

⁹¹ Ratno Lukito. *Pergumulan Antara Hukum Islam dan Hukum Adat di Indonesia...* h. 89

⁹² Ratno Lukito. *Pergumulan Antara Hukum Islam dan Hukum Adat di Indonesia*. (Jakarta: INIS, 2017) h. 82.

⁹³ Amir Mu'allim dan Yusdani. *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*. ...h. 132

⁹⁴ Noor Harisuddin. *Ilmu Ushul Fiqh*. (Malang : Setara Press, 2021) h. 112

Para ulama mengamalkan ‘urf itu dalam memahami dan menisbatkan hukum. Beberapa persyaratan dalam menerima ‘urf yaitu⁹⁵:

- a. Adat atau ‘urf itu bernilai masalah dan dapat diterima oleh akal. Syarat ini merupakan kelaziman bagi adat atau ‘urf yang shahih sebagai persyaratan untuk diterima secara umum dalam hal ini tidak bertentangan dengan al-Qur’an dan Sunnah. ‘Urf apabila mendatangkan kemadharatan maka ‘urf yang demikian tidak dibenarkan dalam Islam. Seperti halnya istri membakar dirinya hidup-hidup bersamaan dengan pembakaran jenazah suaminya.
- b. Adat atau ‘urf itu berlaku umum dan merata dikalangan orang-orang yang berada dilingkungan adat itu. ‘Urf ini juga berlaku pada mayoritas kasus yang terjadi ditengah-tengah masyarakat dan berlakunya dianut oleh masyarakat setempat. Misalkan hukum masyarakat Indonesia berlaku menggunakan alat transaksi tukar menukar menggunakan mata uang rupiah.
- c. ‘Urf yang dijadikan sandaran dalam menetapkan hukum itu telah ada pada saat ini, bukan ‘urf yang datang dikemudian hari. Menurut syarat ini misalkan larangan menerima upah dari pengajian al-Qur’an, sebab mereka menerima upah dari baitul mal, tapi jika mereka tidak menerima upah dari baitul mal, para ulama mentakhirin memperbolehkan pengajar al-Qur’an menerima upah.
- d. *Urf* tidak bertentangan dan melalaikan dalil syara’ yang ada atau yang bertentangan dengan prinsip pasti. Syarat ini sebelumnya memperkuat terwujudnya ‘urf yang shahih karena apabila ‘urf itu bertentangan dengan nass atau bertentangan dengan shara’ yang pasti itu termasuk ‘urf yang fasid dan tidak dapat diterima sebagai dalil penetapan hukum. Misalnya kebiasaan disuatu negara bahwa sah mengembalikan harta amanah istri atau pihak-pihak pemberi amanah. Dari kebiasaan tersebut dapat dijadikan pegangan jika terjadi tuntutan dari pemilik harta itu sendiri.⁹⁶

Berdasarkan dalil-dalil kehujjahan ‘urf diatas sebagai dalil hukum, maka ulama, terutama ulama Hanafiyah dan Malikiyah merumuskan kaidah hukum yang berkaitan dengan *al-‘urf*, yaitu :

⁹⁵ Abd. Rahman Dahlan. *Ushul Fiqh* (jakarta : Amzah, 2018) h. 213

⁹⁶ A. Djazuli dan Nurul Aen. *Ushul Fiqh (Metodologi Hukum Islam)* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2018) h. 187

الْعَادَةُ مُحْكَمَةٌ

Adat kebiasaan dapat dijadikan dasar (pertimbangan) hukum:

97

Segala sesuatu yang biasa dikerjakan oleh masyarakat bisa menjadi patokan. Maka setiap anggota masyarakat dalam melakukan sesuatu yang telah terbiasakan itu selalu akan menyesuaikan dengan patokan tersebut atau tegasnya tidak menyalahinya. *التَّعْيِينُ بِالْعُرْفِ كَالْتَّعْيِينِ بِالنَّصِّ* (Menetapkan (suatu hukum) dengan dasar, seperti menetapkan (hukum) dengan dasar nash). Suatu penetapan hukum berdasarkan urf yang telah memenuhi syarat-syarat sebagai dasar hukum, sama kedudukannya dengan penetapan hukum yang didasarkan nash. Kaidah ini banyak berlaku pada *urf-urf khusus*, seperti *urf* yang berlaku diantara para pedagang dan berlaku didaerah tertentu, dan lain-lain.⁹⁸

3. Ketentuan Mengimplementasikan Adat Pada Masyarakat

Dilihat secara menyeluruh, di Indonesia hubungan hukum Islam dengan adat telah melahirkan beberapa teori, yaitu:

a. *Teori Receptio in Complexu*⁹⁹

Secara literal, *receptio in complexu* berarti penerimaan secara utuh atau meresepsi secara sempurna. Pencetus teori tersebut adalah Lodewijk Williem Christian Van den Berg. Ia menyatakan bahwa bagi pemeluk agama tertentu berlaku hukum agamanya.

⁹⁷ Abd. Rahman Dahlan. *Ushul Fiqh* (Jakarta : Amzah, 2018) h. 213

⁹⁸ Abd. Rahman Dahlan. *Ushul Fiqh* ...h. 213

⁹⁹ Soepomo. *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*. (Jakarta : Paramita, 2018) h.2

Untuk kaum Hindu berlaku hukum Hindu, untuk kaum Kristen berlaku hukum Kristen dan untuk kaum Muslim berlaku hukum Islam dengan berbagai penyimpangan.

b. Teori Resepsi¹⁰⁰

Secara literal, kata resepsi berarti penerimaan atau pertemuan. Teori tersebut membicarakan tentang kedudukan hukum adat dan hukum Islam di Indonesia. Hukum adat sebagai penerima, sementara hukum Islam sebagai yang diterima. Dalam artian hukum Islam masuk (diterima kedalam hukum adat. Jadi, hukum Islam baru bisa berlaku jika telah diterima atau masuk ke dalam hukum adat. Dengan demikian, secara lahiriah ia bukan lagi hukum Islam melainkan sudah menjadi hukum adat.

Teori ini didukung oleh Bertrand ter Haar. Menurut Ter Haar, hukum adat dan hukum Islam tidak mungkin bersatu apalagi bekerja sama, karena titik tolaknya berbeda hukum adat bertolak dari kenyataan hukum dalam masyarakat, sedang hukum Islam bertolak dari kitab fikih hasil penalaran manusia. Sebagai contoh, kasus waris di Jawa yang membagi harta warisan di desa-desa menurut hukum adat dan bukan di Pengadilan Agama. Hukum kewarisan Islam belum bisa diterima oleh hukum adat Jawa. Hal itu disebabkan karena hukum Islam belum memenuhi rasa keadilan mereka.¹⁰¹

¹⁰⁰ Soepomo. *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*. ...h.8

¹⁰¹ Hilman Hadikusuma. *Hukum Perkawinan Adat*. (Bandung: Citra Aditya Bakti(Bandung: Citra Aditya Bakti, 2018).9

Teori tersebut kemudian dikembangkan oleh van Vollenhoven dengan membangun teori yang disebut “area hukum” dan “komunitas otonomi”. Vollenhoven berusaha menerapkan dualisme hukum, yakni hukum Eropa dan hukum adat. Namun kedua teori tersebut ditolak oleh Hazairin, bahkan menuduh teori itu sebagai teori iblis. Dan mengatakan bahwa teori itu harus keluar dari bumi Indonesia (*receptie exit*). Lebih lanjut Hazairin mengemukakan bahwa teori resepsi tersebut sama sekali tidak sesuai dengan kondisi sosial masyarakat Indonesia yang mayoritas pemeluk agama Islam.

102

c. *Teori Receptio in Contrario*¹⁰³

Secara literal, *receptio in contrario* berarti penerimaan yang tidak bertentangan. Artinya, hukum yang berlaku bagi umat Islam di Indonesia adalah hukum Islam. Hukum Adat bisa berlaku jika tidak bertentangan dengan hukum Islam. Pencetus teori ini adalah Hazairin dan dikembangkan lebih lanjut oleh Suyuti Thalib. Jika dilihat lebih cermat, teori Hazairin pada dasarnya identik dengan pendapat van den Berg, dan kebalikan dari teori resepsi dari Snouck. Suatu hal yang nyata bahwa agama dan adat dapat saling mempengaruhi, sebab keduanya merupakan nilai dan simbol. Agama adalah simbol yang melambangkan nilai ketaatan yang dikodrati, sementara adat adalah nilai dan simbol yang mengarahkan manusia

¹⁰² Soepomo. *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*...h.22

¹⁰³ Soepomo. *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*...h.25

agar bisa hidup di lingkungannya.¹⁰⁴ Antara hukum Islam dan hukum Adat dapat berjalan seirama. Dengan demikian, istilah konflik atau revolusi hukum yang secara langsung ditujukan untuk melawan hukum adat tidak dikenal dalam hukum Islam. Al-Qur'an, Nabi Muhammad, para sahabat Nabi, dan para mujtahidin dalam sejarahnya, seperti telah dikemukakan, tidak melakukan reformasi hukum sepanjang hukum yang ada sesuai dengan prinsip-prinsip ajaran Islam yang fundamental. Konsep *sunnah taqririyah* merupakan bukti kuat bahwa Nabi tetap membiarkan berlakunya beberapa adat setempat yang dapat diterima. Oleh karena itu konflik antara hukum Islam dengan hukum adat bukan timbul secara wajar atau alamiah, melainkan ditimbulkan sesuai dengan politik hukum kolonial, sehingga sulit menghapuskannya secara memuaskan.

Menerapkan Hukum Islam dalam konteks Negara Kesatuan Republik Indonesia, pada awal kemerdekaan dan sampai saat ini memang terdapat beberapa kendala sosial yang cukup berarti. Setidaknya ada dua persoalan yaitu :

- a. Hukum Islam menjadi penengah antara Paradigma Agama dengan Paradigma Negara. Paradigma Agama memandang penerapan Hukum Islam menjadi bagian terpenting dalam melaksanakan totalitas keagamaan, sebab keberadaannya diyakini sebagai wahyu yang wajib untuk dilaksanakan. Pada sisi lain, penerapan Hukum Islam menjadi

¹⁰⁴ Adur Rauf. Kedudukan Hukum Adat dalam Hukum Islam. *Jurnal Tahkim Volume 9/1/Juni 2015*. H. 20

bagian dari paradigma Negara yang mempunyai sistemnya sendiri, yaitu sebagai bagian dari pluralitas agama di Indonesia. Akibatnya untuk mempertahankan pluralitas itu, Negara terpaksa mereduksi tidak hanya Hukum Islam, tetapi juga berbagai perangkat keIslaman lainnya. Hal ini dilakukan, untuk membuat kelompok non-Islam tetap mengidentifikasi dirinya dengan negara. Dalam rangka menghindari kecemburuan sosial dari Agama lain, Negara harus bersikap netral, tidak berpihak kepada salah satu agama.

Berdasarkan tinjauan sosiologi di atas, terjadilah tarik menarik antara prinsip agama dengan prinsip Negara. Solusi dari tarik menarik ini wilayah publik menjadi tanggungjawab negara, sedangkan wilayah individu diberikan kepada agama.

- b. Masyarakat Indonesia memiliki agama plural, jika negara mengkhususkan salah satu agama dari yang lain akan menimbulkan kecemburuan dan keterasingan dari agama lain. Dalam rangka menjaga komitmen pluralitas agama, negara berkewajiban mereduksi Hukum Islam tujuannya agar meminimalisir kecemburuan dari agama yang lainnya. Berdasarkan pluralitas agama, penerapan Hukum Islam di Indonesia menjadi ancaman bagi agama lain sehingga kembali kepada UU 45 dan Pancasila adalah solusi sosiologis dalam memberikan payung hukum terhadap keragaman Agama tersebut.

Salah satu bagian yang mewarnai identitas masyarakat adalah kearifan lokal. Secara historis kearifan lokal meskipun berlaku sebelum

hadirnya agama di masyarakat lokal setempat, akan tetapi kearifan lokal sarat dengan nilai-nilai agama, karena dari segi asal-usulnya, budaya kearifan lokal merupakan proses cipta rasa manusia yang berpusat dari hati nurani yang jujur, ikhlas, amanah dan cerdas yang memancar di akal pikiran manusia, dan dilaksanakan dengan tindakan dan perbuatan.¹⁰⁵ Nilai-nilai kemanusiaan bersifat universal. Budaya kearifan lokal yang bertentangan dengan nilai kemanusiaan tidak akan diterima oleh masyarakat. Salah satu yang menjadi inspirasi dan energi dalam kearifan lokal adalah hukum Islam. Hubungan sinergi antara hukum Islam dan kearifan lokal adalah menjadi suatu kenyataan historis, namun demikian dalam implementasinya terjadi distorsi. Untuk menilai, ada tidaknya syariat Islam dalam kearifan lokal dapat diidentifikasi dari ada tidaknya nilai-nilai-nilai universal dalam kearifan lokal tersebut. Di sisi lain terdapat beberapa adat yang justru mendapat penguatan hukum Islam dalam artian bahwa sesuai dengan ajaran Islam maka hukum adat dapat diangkat derajatnya menjadi suatu hukum. sehingga berimplikasi kepada hukum adat yang baik yang kategori adat kebiasaan yang bagus dapat diangkat derajatnya menjadi hukum sehingga terdapat hukum adat yang harus tetap dijalankan oleh masyarakat karena telah terdapat legitimasi hukum Islam di dalamnya.¹⁰⁶

Dalam penelitian ini, teori yang digunakan untuk menganalisis data penelitian adalah :

¹⁰⁵ Norcahyono. Problematika Sosial Penerapan Hukum Islam di Indonesia. *Jurnal Syar'iyah No. 1/18/Juni 2019*. h. 23

¹⁰⁶ Kasim Salenda dan Sudirman Lukman. *Hukum Adat dan Hukum Islam di Indonesia*. (Depok : Rajawali, 2023) h. 24

- a. Hukum Adat ialah *Hukum Non Statuir* yang berarti Hukum Adat pada umumnya memang belum/ tidak tertulis.¹⁰⁷ Oleh karena itu, seorang ahli hukum memperdalam pengetahuan hukum adatnya dengan pikiran dan juga dengan perasaan. Jika ditelaah dan dikaji lebih lanjut maka akan ditemukan berbagai peraturan dalam hukum adat yang mempunyai sanksi, dimana ada kaidah yang tidak boleh dilanggar dan apabila dilanggar maka akan dapat dituntut dan kemudian dihukum¹⁰⁸

Reaksi adat merupakan usaha dalam memulihkan kembali keseimbangan dalam masyarakat adat. Jenis dan besarnya reaksi adat ditentukan oleh hukum adat yang ada dalam masyarakat. Pada umumnya, wujud reaksi tertentu adalah suatu pembayaran delik dalam uang atau barang.¹⁰⁹ Ter Haar juga mengatakan untuk dapat disebut delik adat, perbuatan tersebut mengakibatkan kegoncangan dalam keseimbangan masyarakat. Kegoncangan tersebut, tidak hanya terdapat apabila peraturan-peraturan hukum dalam suatu masyarakat dilanggar, tetapi juga apabila norma-norma kesusilaan, keagamaan dan sopan santun dalam masyarakat dilanggar. Delik adat merupakan tindakan melanggar hukum, tetapi tidak semua pelanggaran hukum merupakan perbuatan pidana delik. Perbuatan yang dapat dipidana hanyalah pelanggaran hukum yang diancam dengan suatu pidana oleh undang-undang.

¹⁰⁷ Iman Sudiyat. *Asas-asas Hukum Adat Bekal Pengantar*. (Yogyakarta: Liberty. 2019) h.

¹⁰⁸ Soepomo. *Hukum Adat*. Jakarta: Pradnya Paramita. 2018) H. 3.

¹⁰⁹ Yulia. *Hukum Adat*. (Malang, Unimal Press, 2019) h. 61

Fungsi hukum adat dalam masyarakat dapat dikembalikan pada tujuan dasar hukum itu. Apabila hendak direduksi pada satu hal saja maka tujuan pokok dari hukum adalah ketertiban (order). Ketertiban merupakan tujuan pokok dari segala hukum. Manusia selalu hidup bermasyarakat, agar kehidupan manusia dalam masyarakat teratur dan tertib maka diperlukan hukum.¹¹⁰ Dalam pergaulan antar manusia dalam masyarakat tidak hanya diatur oleh hukum akan tetapi juga dipedomani oleh agama, moral, susila, kesopanan dan kaidah-kaidah sosial lainnya. Antara hukum dan kaidah-kaidah sosial lainnya terdapat suatu hubungan yang erat, yang satu memperkuat yang lainnya. Satu hal yang membedakan hukum dengan kaidah-kaidah sosial lainnya adalah pentaatan terhadap ketentuan hukum dapat dipaksakan dengan suatu cara yang teratur. Hukum sebagai kaidah sosial tidak lepas dari nilai yang berlaku dalam suatu masyarakat, bahkan dapat dikatakan bahwa hukum merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.

Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat, tentunya merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat (tingkah laku) mungkin saja pada awalnya merupakan suatu kebiasaan yang kemudian timbul menjadi suatu perasaan pada suatu masyarakat yang menganut kebiasaan itu

¹¹⁰ Hilman Hadikusuma, *Hukum Adat Indonesi, Bandung; Mandar Manju, 2017*) H. 3

menjadi sesuatu yang patut.¹¹¹ Sesuatu yang patut kemudian meningkat menjadi adat. Unsur patut itulah yang menjadikan itu adat, bukan unsur kebiasaan atau kelaziman.

b. Teori Receptio in Contrario

*Receptio in contrario*¹¹² berarti penerimaan yang tidak bertentangan. Artinya, hukum yang berlaku bagi umat Islam di Indonesia adalah hukum Islam. Hukum Adat bisa berlaku jika tidak bertentangan dengan hukum Islam. Agama adalah simbol yang melambangkan nilai ketaatan yang adikodrati, sementara adat adalah nilai dan simbol yang mengarahkan manusia agar bisa hidup di lingkungannya.¹¹³ Antara hukum Islam dan hukum adat dapat berjalan seirama.

Teori ini digunakan untuk menganalisa aspek upaya pemberlakuan hukum Islam dan hukum adat berkaitan dengan permasalahan hamil di luar nikah di desa Lubuk Bento Kabupaten Mukomuko.

C. Sanksi Terhadap Pelaku Hamil di Luar Nikah Menurut Hukum Islam dan Hukum Adat

1. Hamil di Luar Nikah Menurut Islam

Salah satu perbuatan hukum yang berkenaan dengan perilaku *mukallaf* adalah aturan tentang hamil diluar nikah. Banyak pendapat

¹¹¹ Soepomo. *Hukum Adat*. ... H. 3.

¹¹² Dikembangkan oleh Hazairin.

¹¹³ Adur Rauf. Kedudukan Hukum Adat dalam Hukum Islam. *Jurnal Tahkim Volume 9/1/Juni 2015*. H. 20

mengatakan bahwa perbuatan zina berdampak kepada kerusakan dan kehancuran moralitas bangsa, penyebaran penyakit-penyakit berbahaya secara massif dan memunculkan prinsip hidup membujang.¹¹⁴ Tidak dapat dipungkiri bahwa perbuatan zina telah berdampak kepada terjadinya kehamilan di luar nikah yang diikuti pula oleh dampak sosial lainnya seperti kasus aborsi secara ilegal bahkan aborsi tersebut menelan korban jiwa. Selain itu, hamil di luar nikah menyebabkan beratnya beban psikologis keluarga karena harus menanggung malu. Karena inilah, Allah SWT telah memerintahkan kepada manusia untuk tidak mendekati zina, sebagaimana firmanNya dalam Al-Qur'an surat Al-Isra' ayat 32 berbunyi :

وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾

Dan janganlah kamu mendekati zina; Sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji. dan suatu jalan yang buruk.

Allah SWT melarang manusia mendekati perbuatan zina, yaitu melakukan perbuatan yang membawa pada perzinaan, seperti pergaulan bebas tanpa kontrol antara laki-laki dan perempuan, membaca bacaan yang merangsang, menonton tayangan sinetron dan film yang mengumbar sensualitas perempuan, dan merebaknya pornografi dan pornoaksi. Semua itu benar-benar merupakan situasi yang kondusif bagi terjadinya perzinaan. Larangan melakukan zina diungkapkan dengan larangan mendekati zina untuk memberikan kesan yang tegas, bahwa jika

¹¹⁴ Dahlan Idhami. *Karakteristik Hukum Islam*. Cet. I...h. 49

mendekati perbuatan zina saja sudah dilarang, apa lagi melakukannya. Dengan pengungkapan seperti ini, seseorang akan dapat memahami bahwa larangan melakukan zina adalah larangan yang keras, sehingga benar-benar harus dijauhi.¹¹⁵

Jika seorang anak dihukumkan sebagai anak yang terlahir di luar perkawinan atau di luar nikah maka terdapat status hukum menyangkut hak dan kewajiban antara anak, ibu atau bapak alaminya (genetiknya) di antaranya adalah hak nasab. Adapun nasab anak terhadap ayah bisa terjadi karena tiga hal¹¹⁶ :

- 1) Nasab melalui perkawinan yang sah. Ulama fikih menyatakan sepakat dalam menyatakan bahwa anak yang lahir dari seseorang wanita dalam suatu sebuah perkawinan yang sah disebabkan kepada suami wanita tersebut. Untuk itu disyaratkan tiga hal sebagai berikut :
- 2) Suami tersebut seorang yang memungkinkan dapat memberi keturunan, sehingga menurut kesepakatan ulama fikih adalah seorang laki-laki yang telah baliqh. Oleh sebab itu, nasab tidak bisa terjadi dari lelaki yang tidak mampu atau tidak sanggup melakukan senggama atau lelaki yang tidak mempunyai kelamin, kecuali bisa diobati.
- 3) Menurut ulama Mazhab Hanafi, anak itu lahir enam bulan setelah perkawinan. Jumruh ulama menambahkannya dengan syarat suami istri telah melakukan hubungan intim atau senggama. Jika kelahiran anak itu kurang dari enam bulan menurut kesepakatan ulama fikih maka anak yang lahir itu tidak bisa disebabkan kepada suami wanita itu. Hal ini menunjukkan bahwa kehamilan terjadi sebelum akad nikah, kecuali apabila suami tersebut bisa mengakuinya. Pengakuan tersebut harus diartikan sebagai pernyataan bahwa wanita itu hamil sebelum akad nikah. Bisa juga kehamilan itu terjadi dalam perkawinan yang akadnya fasid atau karena terjadinya hubungan senggama syubhat. Jika demikian halnya, menurut Wahbah az-Zuhaili maka anak tersebut dapat disebabkan kepada suami wanita tersebut demi kemaslahatan anak tersebut.

¹¹⁵ Kementerian Agama RI. *Al-Qur'an dan Terjemahnya. Edisi Penyempurnaan ...*h. 369

¹¹⁶ Muhammad Jawad Mughniyah. *Kitab al-Fiqh al-Mahzahib al-Kamzah*. Terj. Afif Muhammad. (Jakarta, Bisrie Press, 2017) 551

- 4) Suami istri bertemu minimal satu kali setelah akad nikah. Hal ini disepakati ulama fikih. Namun mereka berbeda pendapat dalam mengartikan kemungkinan bertemu tersebut, apakah pertemuan itu bersifat aktual atau menurut perkiraan. Ulama Mazhab Hanafi berpendapat bahwa pertemuan berdasarkan kekiraan logika bisa terjadi. Oleh sebab itu, apabila wanita tersebut hamil selama enam bulan sejak ia diperkirakan bertemu dengan suaminya, maka anak yang telah lahir dari kandunganya itu dinasabkan kepada suaminya.

Menurut Quraish Shihab bahwa Abu Bakar al-Shiddiq juga pernah menikahkan wanita yang dihamili oleh lelaki, setelah keduanya dijatuhi sanksi hukum. Karenanya M. Quraish Shihab membolehkan pernikahan wanita hamil. Menurutnya, kebolehan ini diibaratkan (dianalogikan) seperti seorang yang mencuri buah dari satu pohon yang bukan miliknya. Kemudian ia membeli pohon itu. Di sini, buah yang diambilnya pertama kali adalah haram. Sedangkan buah sebanyak apapun yang diambilnya setelah membeli pohon itu adalah halal.¹¹⁷ M. Quraish Shihab menegaskan bahwa pada dasarnya, pria yang menikah dengan wanita yang pernah dizinai hukumnya sah-sah saja. Demikian juga anak yang dikandungnya dinilai anaknya bila dia lahir setelah enam bulan dari masa akad nikahnya. Bila kurang dari enam bulan, si suami wanita itu mengakui anak yang dikandungnya sebagai anaknya tanpa berkata bahwa anak itu anak zina, pengakuannya pun dibenarkan sehingga anak itu dinisbahkan namanya kepada yang bersangkutan. Ini karena boleh jadi

¹¹⁷ M. Quraish Shihab. *M. Quraish Shihab Menjawab 101 Soal Perempuan Yang Patut Anda Ketahui* (Jakarta: Lentera Hati, 2018) h.174.

telah terlaksana perkawinan sah tanpa diketahui sebelum kehamilan dan juga agar nama baik seseorang dapat terpelihara.¹¹⁸

Permasalahan lain adalah tentang siapakah yang berhak untuk menjadi wali jika anak yang lahir itu adalah perempuan. Menurut imam Hambali apabila salah seorang laki-laki mengawini seorang perempuan yang belum pernah dikumpulinya atau sudah pernah, maka bila waktu kurang dari enam bulan dari akad perkawinannya perempuan tersebut melahirkan anak (bukan dari masa berkumpulnya), anak yang dilahirkannya itu tidak dapat dipertalikannya nasabnya kepada seorang laki-laki yang menyebabkan perempuan itu mengandung. Perhitungan enam bulan ini dihitung dari waktu berkumpul. Ketika ayah biologis tidak punya hak wali, lalu siapakah yang berhak menjadi wali dari anak zina? Jika wali pada bagian ini tidak ada, baik secara nyata maupun tidak ada (*hissi*) menurut pandangan agama, maka hak wali berpindah kepada wali *wila`*. Jika wali perempuan tersebut bukanlah mantan budak sehingga wali dari pihak *wila`* tidak berlaku baginya, maka wali langsung berpindah kepada *sulthan* dan penggantinya.¹¹⁹

Pada dasarnya empat mazhab fiqih memiliki pedoman yang sama dalam menentukan suatu hukum yaitu Al-Qur'an dan hadits, tetapi empat mazhab fiqih itu berbeda dalam hal menafsirkan al-Quran dan *mentakhrij* hadits, sehingga ada perbedaan dalam menentukan hukum tentang wali. Di mana yang menjadi wali terhadap anak zina adalah wali hakim sesuai

¹¹⁸ M. Quraish Shihab ... h.174.

¹¹⁹ Muhammad Jawad Mughniyah. *Kitab al-Fiqh al-Mahzahib al-Kamzah*. ...h. 551

dengan apa yang telah penulis paparkan diatas pada masalah wali anak zina atau akibat hubungan di luar nikah dan ibunya tidak bisa menjadi wali terhadap anak zina tersebut.¹²⁰

Menurut imam Hambali apabila salah seorang laki-laki mengawini seorang perempuan yang belum pernah dikumpulinya atau sudah pernah, maka bila waktu kurang dari enam bulan dari akad perkawinannya perempuan tersebut melahirkan anak (bukan dari masa berkumpulnya), anak yang dilahirkannya itu tidak dapat dipertalikkannya nasabnya kepada seorang laki-laki yang menyebabkan perempuan itu mengandung. Perhitungan enam bulan ini dihitung dari waktu berkumpul.¹²¹ Ketika ayah biologis tidak punya hak wali, lalu siapakah yang berhak menjadi wali dari anak zina? Sebagaimana telah di terangkan sebelumnya dalam tulisan di urutan hak perwalian dalam pernikahan, bahwa yang paling berhak menjadi wali adalah wali nasab. Jika wali pada bagian ini tidak ada, baik secara nyata maupun tidak ada (*hissi*) menurut pandangan agama (*syar`i*), maka hak wali berpindah kepada wali *wila`*.¹²²

Jika wali perempuan tersebut bukanlah mantan budak sehingga wali dari pihak *wila`* tidak berlaku baginya, maka hal wali langsung berpindah kepada sulthan dan penggantinya.¹²³ Pada dasarnya empat mazhab fiqih memiliki pedoman yang sama dalam menentukan suatu hukum yaitu Al-Qur`an dan hadits, tetapi empat mazhab fiqih itu berbeda

¹²⁰ Muhammad Jawad Mughniyah. *Kitab al-Fiqh al-Mahzahib al-Kamzah...* h. 557

¹²¹ Muhammad Jawad Mughniyah. *Kitab al-Fiqh al-Mahzahib al-Kamzah...* h. 557

¹²² Amir Mu'allim dan Yusdani. *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam.* ...h. 132

¹²³ Amir Mu'allim dan Yusdani. *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam.* ...h. 132

dalam hal menafsirkan al-qur'an dan *mentakhrij* hadits, sehingga ada perbedaan dalam menentukan hukum tentang wali nikah bagi anak luar nikah, perbedaan yaitu menurut mazhab Syafi'i, Maliki, Hambali bahwa ayah biologis tidak memiliki wewenang untuk menjadi wali nikah terhadap anak luar nikah, karena mazhab Syafi'i, Maliki, dan Hambali berpendapat anak yang lahir kurang dari enam bulan setelah adanya persetubuhan dengan suami yang sah, bahwa nasab anak luar nikah terhadap bapaknya terputus, maka status anak tersebut adalah sebagai ajnabiyyah (orang asing).¹²⁴

Menurut mazhab Syafi'i, Maliki, dan Hambali tidak dibedakan antara nasab hakiki maupun Syar'i, maka nasab status anak tersebut adalah terputus secara mutlak. adapun implikasinya yaitu terputusnya semua hak yang berkenaan dengan adanya nasab seperti kewarisan, nafkah, serta perwalian. Namun berbeda dengan mazhab Hanafi yaitu: bahwa wali bukan merupakan syarat sahnya pernikahan dan menurut mazhab hanafi juga wali itu tidak diperlukan, tetapi hanya menjadi pelengkap dalam prosesi pernikahan. Adapun menurut mazhab Hanafi bahwa anak luar nikah adalah anak yang lahir kurang dari enam bulan setelah adanya akad perkawinan, dan dicukupkan dengan adanya akad perkawinan, karena hal tersebut adalah sebab yang nyata dari persetubuhan antara suami istri. Menurut mazhab Hanafi bahwa nasab anak luar nikah tetap sabit terhadap bapak biologisnya, karena pada

¹²⁴ Amir Mu'allim dan Yusdani. *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*. ...h. 139

hakekatnya anak tersebut adalah anaknya, seorang anak disebut anak dari bapaknya melainkan karena anak tersebut lahir dari hasil air mani bapaknya.¹²⁵

2. Hamil di Luar Nikah Menurut Hukum Adat

Adat merupakan pencerminan dan merupakan salah satu penjelmaan jiwa bangsa dari abad ke abad. Setiap bangsa di dunia ini memiliki adat kebiasaan sendiri-sendiri yang satu dengan yang lainnya tidak sama tergantung pada tempat dan waktu. Ketidaksamaan inilah merupakan unsur yang terpenting sebagai identitas suatu bangsa. Tingkat peradaban, maupun cara hidup yang modern ternyata tidak mampu menghilangkan adat kebiasaan yang hidup dalam masyarakat adat. Setidak-tidaknya yang terlihat dalam proses kemajuan zaman itu adat menyesuaikan diri sesuai dengan kemajuan masyarakatnya.

Keberadaan hukum adat sampai saat ini masih tetap diakui baik di dalam masyarakat begitu juga di dalam persidangan, khusus dalam perkara perdata dimana hakim sebelum memeriksa perkara perdata wajib terlebih dahulu memberikan kesempatan kepada para pihak untuk menempuh upaya perdamaian.

Menurut Soepomo bahwa tiap-tiap hukum merupakan suatu sistem, yaitu peraturan merupakan suatu kebetulan berdasarkan atas kesatuan alam fikiran, sistem hukum bersendi atas dasar alam fikiran bangsa Indonesia yang tidak sama dengan alam fikiran yang menguasai

¹²⁵ Amir Mu'allim dan Yusdani. *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*. ...h. 142

hukum barat.¹²⁶ Menurut pendapat Gatot Supramono bahwa hukum adat adalah hukum yang tidak terkodifikasi, yang hidup dan timbul didalam masyarakat, meskipun demikian oleh masyarakat adat setempat tetap diberlakukan guna untuk ketertiban dan keamanan bersama dan untuk mencegah terjadinya pelanggaran adat dan mempunyai kekuatan hukum.¹²⁷ Sejalan dengan hakekat dan tujuan pembangunan nasional serta pembangunan hukum, maka usaha yang mengarah terhadap perubahan masyarakat dalam pembangunan manusia Indonesia seutuhnya sangat diperlukan agar terciptanya keamanan dan ketertiban dalam masyarakat.

Namun tidak dapat kita pungkiri dalam realitanya dalam kehidupan bermasyarakat kita saat ini masih sering terjadinya berbagai perbuatan yang tidak sesuai dengan tatanan nilai-nilai etika, moral dan hukum serta adat istiadat yang didalam hukum positif dikenal dengan perbuatan , tindak atau *delict* dan sebagainya. Lazimnya di dalam masyarakat maka pada masyarakat hukum adat pun sering timbul ketegangan-ketegangan sosial karena terjadi pelanggaran-pelanggaran adat oleh seseorang atau kelompok warga masyarakat yang bersangkutan. Keadaan seperti ini akan pulih kembali bilamana reaksi masyarakat yang berupa pemberian sanksi adat telah di lakukan atau di penuhi oleh si pelanggar adat. Hukum adat adalah hukum yang mengajukan peristiwa dan perbuatan yang harus diselesaikan (dihukum) dikarenakan peristiwa

¹²⁶ Soepomo. *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*. (Jakarta : Paramita, 2018) h.2

¹²⁷ Gatot Supramono. *Segi – Segi Hukum Hubungan Luar Nikah*. (Jakarta : Binagkit, 2017)

dan perbuatan yang harus diselesaikan keseimbangan masyarakat. Jadi berbeda dengan hukum barat yang menekankan peristiwa apa yang dapat diancam dengan hukuman serta macam apa hukumannya, dikarenakan peristiwa itu bertentangan dengan perundang-undangan.¹²⁸

Menurut hukum adat, kedudukan anak diluar perkawinan merupakan suatu problem yang cukup memprihatinkan yang dialami baik bagi perempuan itu sendiri maupun orang tua dari pihak perempuan tersebut. Mereka akan merasa malu bahwa anak perempuannya melahirkan seorang anak hasil dari luar perkawinan. Bahkan dalam lingkungan setempat misalnya di Jawa, seorang perempuan yang melahirkan anak dari hasil diluar perkawinan yang sah akan digunjing dan dikucilkan dalam pergaulannya di masyarakat. Oleh sebab itu adanya anak diluar perkawinan ini menimbulkan pertentangan-pertentangan diantara keluarga maupun di dalam masyarakat mengenai kedudukan haknya dan kewajibannya.¹²⁹

Salah satu tujuan dilaksanakannya perkawinan adalah untuk meneruskan keturunan, namun pada kenyataannya terjadi hal-hal yang tidak terduga di dalam kehidupan manusia, seperti kasus wanita yang hamil di luar nikah. Kejadian seperti ini mendapat perhatian lebih dalam masyarakat adat karena dianggap bertentangan dengan nilai-nilai moral yang berlaku, sehingga menimbulkan peraturan hukum yang disepakati

¹²⁸ Hilman Hadi Kususuma. *Hukm Pidana Adat*. (Bandng : Alumni 2016) h. 89

¹²⁹ M. Faizul Rahman dkk. Kedudukan Anak Luar Nikah dalam Masyarakat Adat Desa Jatilangkung Mojokerto Perspektif Hukum Islam. *Jurnal Al-Qanun Volume 24/2/ 2021*. .h. 417

secara adat oleh masyarakat adat setempat yang terintegrasi dalam nilai budaya sehari-hari.

Menurut hukum adat, mengenai kedudukan anak di luar nikah ditentukan dari sistem kekerabatan yang dianut oleh suatu wilayah. Sistem kekerabatan di Indonesia dibagi menjadi tiga yaitu sistem kekerabatan matrilineal, patrilineal, dan bilateral. Dalam penerapan hukum adat mengenai kedudukan anak di luar nikah berdasarkan sistem kekerabatan tersebut berbeda-beda.¹³⁰

Ditinjau dalam hukum adat dari segi sistem kekeluargaan matrilineal apabila seorang wanita hamil sebelum menikah, maka anak yang dikandungnya dianggap hanya memiliki ibu dan tidak memiliki bapak. Hal semacam ini dalam masyarakat matrilineal dianggap sebagai hal yang tercela. Oleh sebab itu pada masyarakat di Minangkabau memiliki adat kebiasaan jika ada seorang wanita yang hamil sebelum pernikahan yang sah maka perempuan tersebut oleh keluarganya diusahakan untuk kawin dengan laki-laki yang telah menghamilinya, Namun apabila laki-laki tersebut tidak ingin mengawini si perempuan maka akan dicarikan laki-laki lain yang mau mengawini perempuan tersebut, tujuannya agar anak dalam kandungan tersebut jika sudah lahir memiliki seorang bapak atau orangtua.¹³¹

Di samping itu juga bisa dengan cara mengawinkan perempuan yang sedang hamil itu dengan laki-laki lain yang dengan sukarela

¹³⁰ Amir Mu'allim dan Yusdani. *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*. .h. 139

¹³¹ M. Faizul Rahman dkk. Kedudukan Anak Luar Nikah dalam Masyarakat Adat Desa Jatilangkung Mojokerto Perspektif Hukum Islam. *Jurnal Al-Qanun Volume 24/2/ 2021*. .h. 417

menikahi perempuan yang sedang hamil tersebut. Hal itu dilakukan masyarakat adat dengan tujuan agar anak tersebut dapat lahir dalam lingkup perkawinan yang sah. Hal ini masih banyak dijumpai di desa-desa, yang disebut dengan nikah tambelan. Namun, meskipun telah dilakukan upaya-upaya adat seperti tersebut di atas, semuanya itu tidak dapat menghilangkan perasaan dan pandangan “tidak baik” terhadap anak yang dilahirkan itu. Anak luar kawin ini di Jawa disebut anak *kowar*, Jawa Barat disebut anak haram atau jadah, di Melayu disebut anak kampung.¹³²

Pembagian harta waris dalam masyarakat yang menganut sistem kekeluargaan matrilineal untuk anak yang diluar nikah tidak memiliki hubungan kekerabatan dengan bapaknya, anak tersebut hanya berhak mewarisi harta dari ibu, dan kerabat ibunya. Sesuai dengan apa yang ditentukan oleh masyarakat adat khususnya Minangkabau bahwa kedudukan anak luar kawin hanya memiliki garis keturunan dari ibunya, bukan dengan bapak biologisnya, namun ketika sang ibu dari anak tersebut menikah dengan bapak biologisnya ataupun bukan, anak tersebut tetap menjadi tanggungan orang tuanya seperti halnya anak sah lainnya, karena anak juga memilikihak yang sama dalam penghidupan yang layak, pemberian pendidikan, dan dalam pemeliharaan, serta bimbingan kedua orang tuanya.¹³³

¹³² Hilman Hadikusuma. *Hukum Perkawinan Adat*. (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2018).9

¹³³ M. Faizul Rahman dkk. Kedudukan Anak Luar Nikah dalam Masyarakat Adat Desa Jatilangkung Mojokerto Perspektif Hukum Islam. *Jurnal Al-Qanun Volume 24/2/ 2021*. .h. 417

Sistem kewarisan adat oleh masyarakat parental, pembagian waris anak di luar nikah penganut pewarisan harta ini dibagi dari pihak ibu dan bapak kepada anak laki-laki maupun perempuannya. Apabila dalam sebuah rumah tangga terdapat anak sah dan anak terlahir di luar perkawinan maka pembagian waris tersebut yang lebih berhak menerima adalah anak sah di dalam perkawinan. Namun tentang pembiayaan hidup anak-anak tersebut baik anak sah setelah perkawinan atau anak di luar nikah tetap memiliki hak yang sama dari kedua orang tuanya, mereka tetap harus bertanggung jawab dan menyamakan untuk pembiayaan hidup anak-anak mereka.

Menurut hukum adat Koto Kampar Riau perkawinan tersebut tidak sah, perkawinan sah apabila diulang setelah empat puluh hari bayi yang dikandung lahir. Mengulang perkawinan dilaksanakan di malam hari, dimana tidak diketahui oleh khalayak ramai. Perkawinan yang diulang tidak dicatatkan kembali ke Kantor Urusan Agama (KUA), prosesi akad nikah yang dipandu oleh seorang *khadi*, bukan petugas dari Kantor Urusan Agama (KUA). Perkawinan yang diulang tidak menggunakan mahar kembali, harus disaksikan ninik mamak kampung dan berjanji untuk tidak mengulangi perbuatannya lagi. Pelaksanaan perkawinan yang diulang sesuai dengan rukun dan syarat sahnya

perkawinan menurut hukum islam, yang membedakan hanya prosesi adat dalam pelaksanaan perkawinan tersebut.¹³⁴

Menurut adat istiadat Nagari Lubuk Alai yang terletak pada Kecamatan Kapur Kabupaten Lima Puluh Kota Provinsi Sumatra Barat. Tokoh adat, adalah tokoh masyarakat Lubuk Alai yang di mana bahwa apabila ada seorang masyarakat yang melakukan hamil di luar nikah akan diserahkan pada *ninik mamak* mempunyai kewenangan untuk memutuskan kewenangan persoalan yang terjadi pada anak cucu dan keponakan akan melaksanakan keputusan tersebut.

Hukuman yang dijatuhkan terhadap wanita yang hamil di luar nikah mereka harus menikah dengan laki-laki yang menghamilinya atau laki-laki lain dan mereka harus membayar denda. Jika tidak dilaksanakan maka wanita tersebut akan diusir dari Nagari Lubuk Alai. Hukum adat tidak mengenal dengan penjara, namun dalam hukum adat setiap keputusan atau hukuman yang dijatuhkan oleh Ninik Mamak yang melakukan perzinahan atau hamil di luar nikah, laki-laki yang menghamilinya untuk dikawini dan membayar denda adat kepada masyarakat Nagari Lubuk Alai.¹³⁵

3. Implementasi Hukum Islam dan Hukum Adat Terhadap Hamil di Luar Nikah

¹³⁴ WIdya Kurnia Sari. Pelaksanaan Kawin Hamil Pada Masyarakat Adat di Desa Tanjung Kecamatan Koto Kampar Hulu Kabupaten Kampar. *Jurnal JOM Volume 3/1/2017*.h. 1

¹³⁵ <https://repositori.uin-alauddin.ac.id> diakses tanggal 3 Agustus 2023

Menurut Soepomo, selama perbuatan, itu mengakibatkan kegoncangan terhadap keseimbangan dalam kehidupan masyarakat, baik peristiwa atau perbuatan itu legal atau ilegal, maka peristiwa atau perbuatan itu adalah melanggar hukum dan bagaimanapun diantara perbuatan ilegal yang dapat di dan perbuatan ilegal yang mempunyai akibat di lapangan perdata tidak ada perbuatan ilegal yang mempunyai akibat di lapangan perdata tidak ada perbuatan struktur begitu pula tidak dibedakan apakah perbuatan itu bertentangan dengan hukum adat atau hukum agama ataulah ia bertentangan dengan kesopanan dan kesusilaan.¹³⁶ Pelanggaran-pelanggaran adat itu umumnya terjadi karena benturankesepakatan bersama.

Penyelesaian secara adat yang dilakukan oleh lembaga adat ini merupakan kehendak bangsa Indonesia dan juga tidak terlepas dari berbagai peraturan yang mendukung keberadaan hukum adat. Hukum Islam mengadopsi adat secara utuh, baik dari segi prinsip maupun dari segi pelaksanaan. Sebagai contoh, pemberian uang tebusan darah (*diat*) yang harus dibayar pihak pelaku pembunuhan kepada keluarga yang terbunuh, demikian pula jual beli *ariyah*, yaitu menukarkan buah-buahan yang sudah kering (*tamar*) dengan buah-buahan yang masih basah (*ruthat*) dengan takaran yang berbeda walau keduanya satu jenis. Pengadopsian terhadap adat seperti tersebut di atas, pada dasarnya yang

¹³⁶ Soepomo. *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*. ...h. 9

berlaku bukan lagi adat tetapi hukum Islam, walaupun materinya diresepsi dari adat.

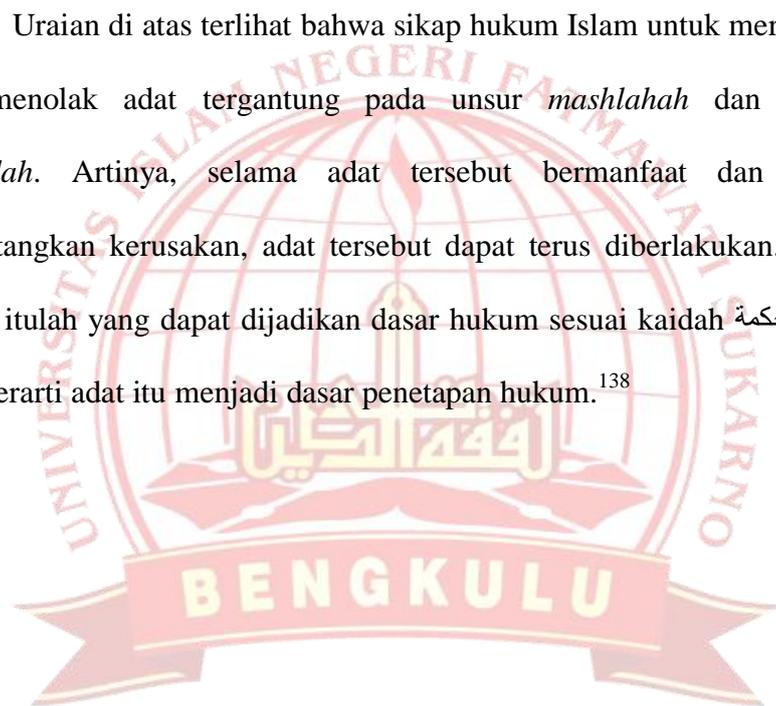
Hukum Islam mengadopsi adat dari aspek prinsip, tetapi dalam pelaksanaannya disesuaikan dengan hukum Islam. Misalnya, dalam kasus *ila'* dan *dzihar* yang sudah berlaku dalam adat Arab pra-Islam. *Dzihar* yaitu ucapan suami kepada istrinya yang mempersamakan istrinya dengan ibunya. Dalam adat Arab pra-Islam, ucapan *dzihar* mencegah hubungan suami-istri dan sekaligus berarti perceraian. Dalam hukum Islam, ucapan *dzihar* juga bermakna pencegahan untuk melakukan hubungan suami-istri, tetapi tidak memutuskan hubungan perkawinan.

Suami dapat kembali menggauli istrinya setelah membayar *kaffarat al-dzihar*. Sementara *ila'* ialah sumpah suami untuk tidak menggauli istrinya dalam masa tertentu. Dalam adat Arab pra-Islam, ucapan *ila'* sudah dapat dianggap sebagai perceraian. Prinsip *ila'* diadopsi oleh hukum Islam, namun penyelesaiannya dengan norma Islami, yaitu suami diberi waktu untuk berpikir apakah akan kembali kepada istrinya dengan membayar *kaffarat* sumpah atau menceraikannya secara resmi. Dengan demikian, Islam mengakui keberadaan *ila'* tetapi bukan sebagai pemutus atau perceraian secara langsung.

Hukum Islam *menasakh* atau menyatakan tidak berlaku lagi adat dan lembaga lama, baik dari segi prinsip maupun dari segi pelaksanaan. Dalam hal tersebut, hukum Islam berlaku secara utuh menggantikan pola lama yang dipraktikkan masyarakat. Misalnya, adat Arab pra-Islam

dalam meminimalkan khamar atau berjudi.¹³⁷ Apabila terdapat perbedaan prinsip antarahukum Islam dengan hukum adat, maka pelaksanaan hukum Islam harus menjadi prioritas dan adat dapat dilaksanakan bila keadaan memungkinkan. Misalnya, perbedaan prinsip kewarisan unilateral menurut adat Arab dengan prinsip kewarisan bilateral menurut hukum Islam.

Uraian di atas terlihat bahwa sikap hukum Islam untuk meresepsi atau menolak adat tergantung pada unsur *mashlahah* dan unsur *mafsadah*. Artinya, selama adat tersebut bermanfaat dan tidak mendatangkan kerusakan, adat tersebut dapat terus diberlakukan. Adat seperti itulah yang dapat dijadikan dasar hukum sesuai kaidah *العدة محكمة* yang berarti adat itu menjadi dasar penetapan hukum.¹³⁸



¹³⁷ Hilman Hadikusuma. *Hukum Perkawinan Adat*. ...h. 15

¹³⁸ M. Faizul Rahman dkk. Kedudukan Anak Luar Nikah dalam Masyarakat Adat Desa Jatilangkung Mojokerto Perspektif Hukum Islam. *Jurnal Al-Qanun Volume 24/2/2021*. .h. 417