

## KEKUATAN HUKUM TIDAK TERTULIS SEBAGAI SUMBER HUKUM WAD'I DI INDONESIA

Oleh:

**Muhammad Jufri<sup>1</sup>**

Fakultas Syari'ah IAI Ibrahimy Situbondo

m.jufritujuhtiga@gmail.com

### *Abstract:*

The rule of law is well written or not, but the way this law will be the one deciding which set the course of a life. Life goes on in the community can not be released without the law because the law itself inevitably participate in order to help smooth the activities of a life lived in community. Indonesian law is a rule or norm in Indonesia. Contained in Indonesian law and apply it, as well as the enactment of this law is based on a particular time referred to as positive law (*Ius Constitutum*). In addition, positive law is divided into two types, namely the written and unwritten laws.

**Key words:** *Unwritten Law, Wad'I law.*

### **A. Pendahuluan**

Hukum merupakan peraturan baik itu tertulis maupun tidak, namun dalam perjalanannya hukum ini menjadi satu penentu yang nantinya mengatur jalannya suatu kehidupan. Kehidupan yang terjadi di dalam masyarakat tidak dapat dilepaskan tanpa adanya hukum karena hukum sendiri mau tidak mau turut serta agar membantu kelancaran di dalam kegiatan dalam kehidupan yang dijalani masyarakat. Hukum Indonesia adalah peraturan atau norma yang berlaku di Indonesia (Anon t.t., 13).

Hukum yang terdapat di Indonesia dan berlaku ini, serta berlakunya hukum ini berdasarkan waktu tertentu disebut juga sebagai hukum positif (*Ius Constitutum*). Selain itu, hukum positif ini terbagi atas dua jenis, yaitu hukum tertulis dan tidak tertulis.

### **B. Pembedaan Hukum di Indonesia.**

Terdapat aneka cara membedakan Hukum, diantaranya adalah dari

---

<sup>1</sup> Saat ini Sebagai Dekan Fakultas Syari'ah IAI Ibrahimy Situbondo,

segi pasangan –pasangan hukum, antara lain:<sup>2</sup>

1. *Ius Constitutum*, adalah hukum positif suatu Negara, yaitu hukum yang berlaku dalam suatu Negara pada suatu saat tertentu sebagai contoh hukum Indonesia yang berlaku dewasa ini dinamakan *ius constitutum*, atau bersifat hukum positif, juga dinamakan tata hukum Indonesia.
2. *Ius Constitundum*, adalah hukum yang dicita-citakan oleh pergaulan hidup disuatu Negara, tetapi belum merupakan kaidah dalam bentuk Undang-undang atau berbagai ketentuan lain.

Membahas tentang terjadinya hukum tidak lepas dari sejarah Negara-negara besar yang telah terlebih dahulu mengenal hukum modern. Sebuah ilustrasi menarik dalam hal terjadinya hukum ini bisa dilihat dari terjadinya hukum di Inggris yang diawali dan masih terus berkembang hingga sekarang adalah hukum berasal dari kebiasaan yang ada dalam masyarakat dan dikembangkan oleh keputusan-keputusan pengadilan (juris prudensi). Hukum Inggris yang demikian ini dinamakan *Common law*.

Disamping *Common law*, Negara Inggris juga melegalkan hukum yang terjadi dari hasil pembentukan Undang-undang. Hukum yang berasal dari perundang-undangan ini disebut *statute law*, yang merupakan bagian kecil dari *common law*. Van Apeldoorn memberikan perincian lebih tegas atas keduanya, bahwa *statute law* adalah hukum yang dibentuk oleh pemerintah, sedangkan *common law*<sup>3</sup> adalah hukum yang tidak dibuat oleh pemerintah. Disini dapat dikatakan bahwa Negara Inggris menganut paham *common law* yang hukumnya terjadi dari kebiasaan dan juris prudensi pengadilan dan perundang-undangan, yang ketiganya adalah merupakan sumber formal hukum yang tidak tertulis (*unwritten law/non scriptum*).

Di Indonesia, apabila ditelaah lebih mendalam mengenai bentuk-bentuk hukum yang berlaku ini dapat digolongkan menjadi 2, yaitu :

1. Hukum tertulis (*statute law, written law, scriptum*) yaitu hukum yang dicantumkan dalam berbagai peraturan perundang –undangan.
2. Hukum tidak tertulis (*un-statutery, unwritten law, non scriptum*) yaitu hukum yang masih hidup dalam keyakinan dan kenyataan di dalam

---

<sup>2</sup> Soedjono, Dirdjosisworo, *pengantar ilmu hukum* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2001) cet ke-2, hlm. 163-164

<sup>3</sup> Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Penerjemah Oetarid Sadino Pradnya (Jakarta: Pramita) Cet ke-29, hlm. 3

masyarakat, dianut dan ditaati oleh mereka, misalnya hukum kebiasaan, hukum adat, hukum Agama (Islam).

Adapun terbentuknya hukum di Indonesia melalui beberapa cara yaitu :

1. Pembentuk Undang-undang (*wetgever*) membuat aturan-aturan umum
2. Hakim harus menerapkan Undang-undang, namun tidak dapat langsung diterapkan secara mekanis, ia menuntut penafsiran (interpretasi) dan arena ia sendiri kreatif
3. Perundang-undangan tidak dapat lengkap dan sempurna, menurut Prof. DR. Sapiro Raharjo Undang-undang memang dibuat dalam ketidak sempurnaan, seperti penggunaan istilah yang kabur, yang menuntut ijtihad para Hakim, atau justru terjadi kekosongan (*leemtes*) dalam Undang-undang yang harus diisi oleh peradilan dan lain-lain.
4. Disamping oleh perundang-undangan dan peradilan, hukum terbentuk oleh karena didalam pergaulan sosial terbentuk kebiasaan yang terhadapnya para pelaku pergaulan sosial itu menganggap saling terikat, sekalipun kebiasaan itu tidak ditetapkan secara eksplisit oleh siapapun, termasuk di dalam nya ajaran agama Islam.
5. Peradilan kasasi yang fungsi utamanya adalah untuk memelihara kesatuan hukum dalam pembentukan hukum.<sup>4</sup>

Bila dicermati ada kesamaan yang mendasar mekanisme terbentuknya hukum di Negara Inggris dan Indonesia yakni keduanya memposisikan adat kebiasaan, termasuk didalamnya Agama Islam menjadi urgen dalam terbentuknya sebuah hukum. Meskipun ia tidak di undangkan secara eksplisit, terlebih bila ia diadopsi dalam *statute law*, maka lebih bermakna dan ideal, karna hal tersebut akan lebih membumi.

Indonesia sebagai Negara hukum menganut aliran *positivism yuridis* yang menyatakan bahwa yang dapat diterima sebagai hukum yang sebenarnya hanyalah yang telah ditentukan secara positif oleh Negara. Hukum hanya berlaku karena hukum itu mendapatkan bentuk positifnya dari suatu instansi yang berwenang dalam hal ini Negara. Norma-norma kritis yang ada hubungannya dengan rasa keadilan dalam hati nurani manusia sering kali tidak mempunyai tempat dalam sistem sosiologi ini. Hal ini tampak jelas pada kasus yang marak diperdebatkan status hukumnya yakni kasus video mesum yang diduga diperankan artis papan atas, dimana rasa keadilan masyarakat terbelenggu oleh azas legalitas hukum yang *notabene* tidak ada pasal karet (berlaku surut) yang dapat

---

<sup>4</sup> Muchsin, *Ikhtisar ilmu hukum*, (Jakarta: IBLAM, 2006) hlm.9

menjerat pelaku pelanggaran sebelum hukum itu sendiri diundangkan , atau dengan dalih tidak ada pasal yang eksplisit mengenai kasus tersebut (*leemets*).

Norma adat maupun hukum Islam tidak dapat menjadi dasar untuk dapat mengadili kasus video mesum ini, meskipun hal itu telah nyata-nyata melanggar norma kesusilaan sebagai bangsa yang menjunjung tinggi adat ketimuran maupun hukum islam, yang dalam ayat-ayat akhkamya jelas penunjukanya (*qoth'iyudholalah*) dan jelas penetapannya (*qoth'iyu tsubut*) status hukum sekaligus jelas dengan sanksi bagi pelakunya.

Keberadaan hukum dan sistem hukum kita memang tidak sepi dari nilai-nilai, sunyi dari kepentingan maupun seteril dari pengaruh hegemoni penguasa (Negara). Hukum Islam, meskipun mengandung unsur normatif yang mengikat dan memaksa setiap orang yang mengaku jadi pengikut/muslim untuk menjalankannya sesuai dengan perintah syari'. Kenyataannya dalam kontek hukum ketata negaraan kita masih bersifat *ius constituendum*, hukum yang dicita-citakan, yang dalam pelaksanaannya tidak bisa melibatkan institusi Negara (pengadilan). Terkecuali hukum itu telah diadopsi ditingkatkan ststusnya menjadi *ius constitutum* dalam bentuk Undang-undang, Keputusan Presiden (Kepres) atau peraturan tertulis lainnya.

### C. Sistem Hukum di Indonesia.

Sistem hukum Indonesia secara garis besar dipengaruhi oleh tiga pilar sub sistem hokum, yakni:

1. Sistem Hukum Barat, warisan Belanda semasa menjajah Nusantara selama 350 tahun.
2. Hukum Adat, yang digali dari dasar alam fikiran dan budaya bangsa Indonesia.
3. Sistem Hukum Islam, yang bersumber dari kitab suci Al-Qur'an dan Al-Hadits yang selanjutnya dikongkritkan para mujtahid dengan ijtihadnya.<sup>5</sup>

Bustanul Arifin menyebutnya hal ini dengan gejala sosial hukum, dimana terjadi upaya pembenturan dan rekayasa ketiga sub sistem hukum itu oleh Belanda. Perang paderi diantaranya, para pemangku adat (hulubalang) Minangkabau berhadapan kekuatan Islam (Teuku) yang dimotori Imam Bonjol.<sup>6</sup> Snouck Hurgronje melalui teori *receptie*-nya

---

<sup>5</sup> *Ibid*, hlm. 9-22

<sup>6</sup> Van Koningsveld, *Nasehat-Nasehat Snouck hurgronje semasa Kepegawaiannya Kepada Pemerintah Hindia Belanda 1889-1936*, jilid I (Jakarta ; INIS,1990) hlm. XI-XIX.

menyatakan bahwa hubungan antara Adat dan Islam selalu diwarnai pertentangan dan konflik. Teori ini bahkan merambah kawasan politik hingga era kekinian. Dikotomi golongan tua dan golongan muda, santri-abangan, Islam pedesaan-perkotaan, dst, menambah apriori, apatisme bahkan phobia terhadap konsep Islam di ranah hukum positif Indonesia.

Sejak masa orde baru hingga masa reformasi sekarang ini, dari persepektif politis-yuridis, hukum Islam telah mengalami kemajuan dengan adanya keberpihakan penguasa dengan mengakomodasi kepentingan sebagian besar umat Islam di negeri ini. Terbukti dengan melegislasikan hukum Islam menjadi hukum positif yang merupakan bagian integral dari hukum nasional. Akan tetapi legislasi itu masih sebatas pada wilayah hukum prifat yang berkenaan dengan *ubudiyah* dan *muamalah* (perdata Islam), seperti :

1. Undang-undang perkawinan, yaitu Undang-undang nomor 1 Tahun 1974.
2. Undang-undang Peradilan Agama, yaitu Undang-undang nomor 7 Tahun 1989.
3. Undang-undang penyelenggaraan Haji, yaitu Undang-undang nomor 17 Tahun 1999.
4. Undang-undang pengelolaan Zakat, yaitu Undang-undang nomor 38 Tahun 1999.
5. Undang-undang Penyelenggaraan Keistimewaan Daerah Istimwa Aceh, yaitu Undang-undang nomor 44 Tahun 1999.
6. Undang-undang Otonomi Khusus Aceh, yaitu Undang-undang nomor 18 Tahun 2001.
7. Kompilasi hukum Islam, yaitu Inpres nomor 1 Tahun 1991.
8. Undang-undang tentang Wakaf, yaitu Undang-undang nomor 41 Tahun 2004.
9. Undang-undang tentang Pemerintahan Aceh, yaitu Undang-undang nomor 11 Tahun 2006.
10. undang tentang Wakaf, yaitu Undang-undang nomor 41 Tahun 2004.
11. Undang-undang Perbankan syari'ah, yaitu Undang-undang nomor 10 Tahun 1998.

Disisi lain wilayah hukum publik yang berkenaan dengan *jinayah* (pidana Islam) sampai sekarang masih sebatas wacana yang diupayakan mewarnai Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) yang baru. Hal ini pernah diusulkan oleh Prof. DR Yusril Ihza Mahendra ketika menjabat sebagai Menteri Kehakiman dan HAM dalam kabinet Gotong Royong. Dia mengusulkan masalah kodifikasi hukum pidana Islam kedalam hukum ketata negaraan (hukum positif). Perdebatan pro-kontra

dari berbagai kalangan, baik dari politisi, praktisi hukum, maupun ahli hukum Islam sendiri.<sup>7</sup> Adanya ketidakserasian pendapat menjadi salah satu penyebab kegagalan upaya kodifikasi dan terlegislasinya hukum pidana Islam ke dalam hukum nasional, disamping pula terdapat faktor-faktor yang lain tentunya.

Keberadaan hukum Islam dalam konsultasi hukum nasional dengan menggunakan persepektif teori eksistensi yaitu bentuk keberadaan (eksistensi) hukum Islam di dalam hukum nasional itu antara lain :

1. Ada dalam arti sebagai bagian integral dari hukum nasional Indonesia.
2. Ada dalam arti kemandirian, kekuatan dan wibawanya diakui adanya oleh hukum nasional dan diberi status sebagai hukum nasional.
3. Ada dalam hukum nasional dalam arti norma hukum Islam berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum nasional Indonesia.
4. Ada dalam arti sebagai bahan utama dan unsur utama hukum nasional Indonesia.<sup>8</sup>

Sementara hukum Adat di Indonesia sendiri, pengakuan terhadap keberadaannya oleh Institusi hukum kita terlihat jelas pada salah satu pasal dalam Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) No. 5 Tahun 1960, masalah wakaf, tepatnya pasal 5 yang menyatakan bahwa hukum Agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa ialah hukum adat. Sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam Undang-undang ini dan dengan peraturan perundangan lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama.

Dalam rumusan pasal ini jelaslah bahwa hukum adatlah yang menjadi dasar hukum agraria Indonesia, yaitu hukum Indonesia asli yang tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan Republik Indonesia yang disana sini mengandung unsur agama yang telah diresipir dalam lembaga hukum adat.<sup>9</sup>

Hukum tak tertulis telah tumbuh dan berkembang dalam habitat manusia Indonesia jauh sebelum kemerdekaan maupun sistem kenegaraan yang berlaku dewasa ini, dalam persepektif historis,

---

<sup>7</sup> A. Rahmat Rosyadi dan H.M Rais Ahmad, *Formalisasi Syariat Islam dalam Persepektif Tata Hukum Indonesia* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2006) hlm.96

<sup>8</sup> Ichtijanto, *Pengembangan Berlakunya Hukum Islam dalam Hukum Islam di Indonesia*, cet ke.2 (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1994) hlm. 137.

<sup>9</sup> Undang -Undang Pokok Agraria tahun 1960 Pasal 5, memuat tentang wakaf.

hukum/tata aturan hidup berkelompok (komunal) dengan segala instrument pranata sosialnya telah berlaku pada kerajaan- kerajaan yang pernah ada di bumi nusantara ini. Sementara masuknya ajaran Islam dengan hukum yang dibawanya memperkaya khazanah kearifan lokal yang memang telah ada terlebih dahulu.

Hukum tak tertulis dalam persepektif hukum ketata negaraan kita lebih bersifat komplementer atau pelengkap dari hukum positif (*Ius constitutum*). Namun hukum positif kita sebagian besar diadopsi dan diresipir dari hukum tak tertulis tersebut. Posisi hukum tak tertulis (*un written law*) diposisikan sebagai pelengkap aturan atau norma masyarakat bila hukum positif tidak/belum menyediakan Undang-undang ataupun aturan eksplisit bentuk lainnya.

Hukum tak tertulis (*unwritten law*) bisa menjadi alat untuk memjustifikasi, namun sanksi yang dapat dijatuhkannya hanya bersifat sanksi moral belaka, tidak bisa lebih kearah hukum badan (penjara) dan lain-lain.

Sanksi moral satu sisi terkadang terasa lebih kejam dari hukum badan. Fenomena ini terlihat di sekitar kita, banyak orang berpotensi dan memenuhi syarat untuk menjadi orang nomor 1 namun karna dihakimi dengan hukum taktertulis "dia telah habis". Walaupun Undang-Undang pidana (hukum positif) tidak bisa menjeratnya, *character assassination* alat menghukum masyarakat pada pelaku pelanggaran hukum tak tertulis.

Sebaliknya, semakin maju dan berkembangnya kehidupan, pergaulan dan arus informasi yang menafikan jarak dan waktu dengan era globalisasinya, dekadensi moral terlihat semakin menggerogoti sendi-sendi kehidupan social dan tata nilai yang disepakati bersama tanpa malu-malu lagi dilanggar. Dengan dalih HAM, tidak melanggar yurisdiksi Negara, dan alasan logis lain dibangun, Hal ini semua merupakan ancaman bagi eksistensi hukum tak tertulis kita, karena pelanggar dapat melenggang bak tanpa dosa. Ini dikhawatirkan negara ini akan menjadi Negara sekuler, karena aturan main hanya didasarkan pada hukum positif semata semakin tampak jelas gelagatnya.

Tiada kata lain kecuali melawannya dengan cara:

1. Mempertahankan dan melestarikan hukum Islam, hukum adat dan kearifan lokal sebagai instrument kehidupan komunal bangsa Indonesia, didukung dan dilindungi dengan payung hukum oleh Negara.
2. Memperjuangkan dan mewujudkan hukum Islam khususnya hukum pidana Islam (*jinayah*) menjadi hukum positif (*Ius constitutum*) sebagai

refleksi atas jumlah mayoritas rakyat Indonesia.

3. Keadilan, sebagai kata kunci terakhir dalam upaya pencarian, pembebasan dan pencerahan hukum di Negara ini harus benar-benar di tempatkan pada posisinya yang tinggi, terhormat, seimbang sesuai hati nurani dan tiada pandang bulu.

#### **D. Kesimpulan**

Sistem hukum nasional Indonesia yang terdiri dari tiga pilar yang menjadi pengaruh terbentuknya hukum nasional. Ketiga pilar tersebut masih menjadi bagian terpenting di dalam hukum nasional Indonesia. Dapat dilihat bahwa hukum nasional Indonesia tidak mampu mengendorkan ikatannya dengan ketiga hukum yang menjadi pilar dalam hukum nasional Indonesia itu sendiri.

#### **Daftar Pustaka**

- Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia; Suatu Kajian Teoritik*, Yogyakarta : FH UII Press, 2004.
- Jazuni, *Hukum Islam Di Indonesia*, Cet 1, Pondok Gede: Haniya Press, 2006.
- Moh. Daud Ali, *Hukum Islam; Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*; cet.8, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada
- Abd.Salam Arief dkk. *Peta Kecenderungan Kajian Hukum Islam Pada Program Pascasarjana di UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta*. Cet.I, Yogyakarta: PPs UIN, 2007
- Ichtijanto, *Pengembangan Berlakunya Hukum Islam dalam Hukum Islam di Indonesia*, Bandung: Remaja Rosdakarya, cet. Ke-2, 1994
- Moh. Koesno, *Kedudukan Hukum Islam Dalam Sistim Hukum Nasional*, Varia Peradilan No.122, Nopember 1995
- Mukti Fajar, *Reformasi Konstitusi dalam Masa Transisi Paradigma*, Malang: In-Trans, 2003
- Muchsin, *Ikhtisar ilmu hukum* , Jakarta: Badan penerbit IBLAM, 2006
- Rahmat Rosyadi dan H.M Rais Ahmad, *Formalisasi Syariat Islam dalam Persepektif Tata Hukum Indonesia*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2006
- Dirdjosisworo Soedjono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada cet ke-2, 2001
- Samidjo, *Pengantar Hukum Indonesia*, cet.3, Bandung: CV Armico, 1993
- Undang-Undang Pokok Agraria tahun 1960 Pasal 5 memuat tentang wakaf

- Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Pramita, Cet ke-29
- Van Koningsveld, *Nasihat-Nasihat Snouck hurgronye Semasa Kepegawaiannya Kepada Pemerintah Hindia Belanda 1889-1936* jilid I, Jakarta ; INIS, 1990
- Warkum Sumitro, *Asas-Asas Perbankan Islam & Lembaga-lembaga Terkait (BAMUI, Takaful dan Pasar Modal Syariah di Indonesia)*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004



