

## AZAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA ISLAM

**Zul Anwar Ajim Harahap**

Dosen Fakultas Syariah Dan Ilmu Hukum IAIN Padangsidempuan

### ***Abstract***

This study is started by a research about the importance of legality principle which is as a prior principle in Islamic civil law. The legality principle is stated by Paul Johan Anselm von Feurbach. At least the legality principle is locked in postulate “*mullum dellictum nulla poena sine praevia lege poenali*” that there is no criminal offense before the former criminal constitution. And actually Islamic law has adopted this principle formerly. It is proven by the legality principle printed implisitly in Al-qur'an or some hadits.

Key word: Legality, Islamic Civil law

### **1. Pendahuluan**

Hukum pidana dapat dikatakan ruang lingkup hukum yang paling ketat dalam menerapkan aturan perundang-undangan. Bahkan lebih dari itu, suatu perbuatan tidak akan dianggap sebagai perbuatan hukum tanpa ada sistem aturan yang mengaturnya. Dalam konteks itulah lahir apa yang dinamakan asas legalitas.

Bellefroid mengemukakan bahwa asas merupakan pengendapan hukum positif dalam suatu masyarakat. Senada dengan Homes mengemukakan pula bahwa asas hukum tidak boleh dianggap sebagai norma hukum yang konkret, tetapi perlu dipandang sebagai dasar-dasar umum bagi petunjuk yang berlaku.

Secara sederhana dapat diartikan bahwa sahnya suatu perbuatan sehingga menjadi perbuatan pidana jika ada undang undang yang mengaturnya. Tentu pertanyaan akan muncul berdasarkan pendefenisian tersebut: apakah perbuatan ataukah kejahatan yang tidak dirumuskan dalam sebuah aturan bukan tindak pidana?

Berangkat dari pertanyaan tersebut, maka dapat diidentifikasi cikal bakal lahirnya asas legalitas, yang pada hakikatnya; jika ada perbuatan tanpa ada Undang-Undang yang mengaturnya kemudian serta merta digolongkan sebagai tindak pidana,

maka pihak yang menegakkan perbuatan itu akan cenderung melahirkan kesewenang-wenangan. Dengan seenaknya saja kekuasaan yang telah terberi pada organ kekuasaan terkait akan menggunakan hukum pidana menurut kehendak dan kebutuhannya.

Menurut sejarahnya, asas legalitas pertama kali dicetuskan oleh Paul Johan Anselm von Feurbach. Setidaknya asas legalitas terkunci dalam postulat "*nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*" tidak ada perbuatan pidana atau tidak ada pidana tanpa Undang-Undang pidana sebelumnya.

Benarkah *postulat* hukum tersebut di atas yang dalam tataran impelementasinya yang banyak digunakan oleh pendekar-pendekar hukum "sekuler" adalah murni dari hasil pemikirannya? Nyatanya tidak, sebab hukum Islam jauh-jauh hari sudah menganut asas ini. Hal ini terbukti dengan tertorehkannya asas legalitas secara implisit baik dalam al-Qur'an maupun dalam sejumlah Hadits.

## 2. Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Islam

Kata asas berasal dari bahasa Arab yaitu "أسس" yang berarti dasar atau prinsip. Sedangkan kata *legalitas* berasal dari bahasa latin yaitu *lex* (kata benda) yang berarti Undang-undang, atau dari kata jadian *legalis* yang berarti sah atau sesuai dengan ketentuan Undang-undang. Dengan demikian *asas legalitas* adalah "*keabsahan sesuatu menurut undang-undang*".<sup>1</sup>

*Asas legalitas* dalam syari'at Islam tidak ditentukan secara jelas sebagaimana yang terdapat dalam kitab undang-undang hukum positif. Kendati demikian, bukan berarti syari'at Islam tidak mengenal *asas legalitas*. Jika diteliti dengan mendalam, *asas legalitas* merupakan asas yang mutlak dipakai dalam penerapan hukum Islam, sebab tanpa adanya aturan, seseorang tidak dapat dipidana. Hal ini menunjukkan bahwa dalam hukum Islam ditemukan adanya ketentuan *asas legalitas*.<sup>2</sup>

Ketentuan *asas legalitas* dalam hukum Islam merupakan ketentuan yang telah ditetapkan oleh Allah SWT. Ketentuan ini didasarkan adanya beberapa ayat yang menunjukkan *asas legalitas* tersebut. Allah tidak akan menjatuhkan hukuman pada manusia dan tidak akan meminta pertanggungjawaban manusia sebelum adanya penjelasan dan pemberitahuan dari Rasul-Nya. Demikian juga kewajiban yang harus diemban oleh umat manusia adalah kewajiban yang sesuai dengan kemampuan yang

dimiliki, yaitu *taklif* yang sanggup dikerjakan. Dasar hukum *asas legalitas* dalam Islam antara lain:

Al-Qur'an surat Al-Isra': 15 dan Surat al-Qashash ayat 59 :

مَنْ أَهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ ۚ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا ۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۚ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴿٥٩﴾

“Siapa yang berbuat sesuai dengan hidayah (Allah), Maka Sesungguhnya dia berbuat itu untuk dirinya sendiri; dan siapa yang sesat maka Sesungguhnya dia tersesat bagi dirinya sendiri. dan seorang yang melakukan dosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan Kami tidak akan memberi azab sebelum Kami mengutus seorang Rasul.”

وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ ؕ أَيْنَتَنَا ۚ وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ ۚ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ ﴿٦٠﴾

“Dan tidaklah Tuhanmu membinasakan kota-kota, sebelum Dia mengutus di kota itu seorang Rasul yang membacakan ayat-ayat Kami kepada mereka; dan Kami tidak membinasakan kota-kota kecuali penduduknya dalam keadaan melakukan kezaliman.”

Prinsip legalitas ini diterapkan paling tegas pada kejahatan-kejahatan *hudud*. Pelanggarnya dihukum dengan sanksi hukum yang pasti. Prinsip tersebut juga diterapkan bagi kejahatan *qishash* dan *diyat* dengan diletakkannya prosedur khusus dan sanksi yang sesuai. Demikian juga halnya dalam tindak pidana *ta'zir*.

‘Abd al-Qadir ‘Audah menjelaskan bahwa *asas legalitas* dalam Islam yang berlaku bagi kejahatan *ta'zir* bersifat fleksibel (tidak kaku) bila dibandingkan dengan tindak pidana *qishash* dan *hudud*.<sup>3</sup>

Pemakaian *asas legalitas* dalam hukum pidana Islam diterapkan dengan penuh keseimbangan dengan maksud bahwa hukum Islam menjalankan *asas legalitas* untuk melindungi kepentingan masyarakat.

*Asas legalitas* dalam hukum Islam berbunyi sebagai berikut :

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم الحدود<sup>4</sup>

“Tidak ada tindak pidana dan sanksi hukum tanpa ada nash dalam tindak pidana *hudud*”.

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم القصاص<sup>5</sup>

“Tidak ada tindak pidana dan sanksi hukum tanpa ada nash dalam tindak pidana *Qishash*”.

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير<sup>6</sup>

“Tidak ada tindak pidana dan sanksi hukum tanpa ada nash dalam tindak pidana *ta'zir*”.

Dari Tiga ketentuan di atas, dapat dipahami bahwa seseorang tidak dikenai tuntutan atau pertanggungjawaban pidana tanpa adanya nash yang menentukannya, yaitu dalam lingkup tindak pidana *qishash* dan tindak pidana *hudud*. Demikian juga dengan tindak pidana *ta'zir*. Akan tetapi dalam lingkup tindak pidana *ta'zir*, pemakaian *asas legalitas* memiliki ciri khas tertentu, yaitu berlakunya kewenangan pemerintah dalam menentukan jenis hukuman yang ditetapkan.

Penerapan *asas legalitas* ini dilakukan sesuai dengan jenis tindak pidana yang dilakukan pelaku tindak pidana. Al-qur'an dan al-Hadits merupakan sumber ketentuan hukum pidana dalam Islam, seperti aturan-aturan yang berkaitan dengan tindak pidana *hudud* misalnya, antara lain :

1. Tindak pidana zina yang ditetapkan dalam surat : al-Isra' ayat 32, surat al-Nur ayat 4.
2. Tindak pidana menuduh orang baik-baik melakukan zina yang disebut dengan tindak pidana *Qadzaf*.
3. Tindak pidana minuman memabukkan dalam surat al-Maidah ayat 9.
4. Tindak pidana pencurian dalam surat al-Maidah ayat 38.
5. Tindak pidana perampokan dalam surat al-Maidah ayat 33.
6. Tindak pidana murtad dalam surat al-Baqaroh ayat 217.
7. Tindak pidana pemberontakan dalam surat al-Hujrat ayat 9.

Demikian juga dalam lingkup tindak pidana *qishash* dan *diyat*. Yakni :

1. Tindak pidana pembunuhan sengaja dalam surat al-Baqoroh ayat 178, 179, 194, dan dalam surat al-Nahl ayat 128 serta surat al-Isra ayat 33.
2. Tindak pidana pembunuhan tersalah dalam surat al-Nisa' ayat 92. Dan lain-lain ketentuan dalam Hadits tentang tindak pidana yang ada dalam lingkup tindak pidana *qishsash* dan *Diyat*.

Pada tindak pidana *ta'zir*, ketentuan tentang tindak pidananya sebagian ditetapkan hanya larangannya saja, namun tidak disebutkan hukumannya, dan sebagian ada yang langsung ditetapkan sanksi hukumnya, antara lain :

1. Tindak pidana merusak kehormatan bulan puasa yang ditetapkan dengan Hadis Nabi SAW.
2. Tindak pidana merusak kehormatan ihrom Haji dalam surat al-Baqaroh ayat 196 dan surat al-Maidah ayat 95.
3. Tindak pidana menggauli istri yang sedang haidh dalam surat al-Baqaroh ayat 222.
4. Tindak pidana melanggar sumpah dalam surat al-Maidah ayat 89. Dan sebagainya.

Jenis hukuman terhadap tindak pidana dalam kategori tindak pidana *ta'zir* ditentukan oleh pemerintah dan atau hakim. Tindak pidana tersebut di atas ini disebutkan nash yang melarangnya dan hukumannya bukan hanya dari nash Qur'an juga dari Hadits Nabi SAW. Tetapi terhadap tindak pidana *ta'zir*, *asas legalitas* ini diterapkan lebih bersifat terbuka.

Tindak pidana *ta'zir* terbagi dua jenis, yaitu jenis tindak pidananya yang sudah ditentukan oleh nash tetapi hukumannya diserahkan kepada Hakim. Jenis kedua adalah tindak pidana yang jenis tindak pidana dan hukumannya diserahkan kepada hakim, sedang nash (Qur'an dan Hadits) hanya menunjukkan garis besarnya saja bahwa hal itu merupakan sesuatu yang dilarang.

Tindak pidana-tindak pidana yang ditetapkan keharamannya namun tidak ditetapkan jenis hukumannya antara lain adalah :

1. Tindak pidana makan makanan haram, yakni dalam surat al-Baqarah ayat 173, surat al-Maidah ayat 3, dan surat al-A'rof ayat 157.
2. Tindak pidana mengkhianati amanat yang diberikan, yaitu dalam surat al-Nisa' ayat 2, 6 dan surat al-Anfal ayat 27.
3. Tindak pidana mengecoh timbangan dalam surat al-Muthoffifin ayat 3 dan surat al-Syuro ayat 1.
4. Tindak pidana melakukan persaksian palsu dalam surat al-Baqaroh ayat 283, surat al-Furqon ayat 72, dan surat al-Hajj ayat 3.
5. Tindak pidana makan riba dalam surat al-Baqoroh ayat 275, 278.

6. Tindak pidana masuk rumah orang lain tanpa izin dalam surat al-Nur ayat 27 dan surat al-Maidah ayat 90.
7. Tindak pidana mengintai-intai perbuatan orang lain dalam surat al-Hujurat ayat 12, dan lain-lain yang tidak disebutkan sanksi hukumnya dan tidak termasuk dalam golongan tindak pidana *Qishash Diyat* dan *Hudud*.

Tindak pidana lainnya yaitu perbuatan-perbuatan yang dianggap keji oleh Islam, yaitu tindak pidana yang mengganggu kemaslahatan umum. Dalam hal ini hakim (Penguasa) boleh menciptakan aturannya dan menetapkan sanksi hukumnya sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan-ketentuan nash Qur'an dan Hadits.

Contoh dari penetapan sanksi hukum bagi tindak pidana yang tidak ditetapkan dalam nash, antara lain tindakan Khalifah 'Umar ibn al-Khattab yang memukul dengan cemeti terhadap orang yang menelentangkan seekor kambing untuk disembelih, kemudian ia baru mengasah pisaunya. Pada saat itu Khalifah berkata: asah dulu pisau itu. Keputusan 'Umar untuk memukul pelakunya dengan cemeti menjelaskan bahwa tindak pidana tersebut sanksi hukumannya diserahkan kepada hakim atau penguasa.

Tindak pidana *ta'zir* memiliki tujuan untuk memelihara kemaslahatan umum, diserahkan kepada hakim untuk mempertimbangkan apakah perbuatan yang dilakukan benar-benar telah merugikan kepada masyarakat atau tidak dan kalau merugikan hukuman apa yang sesuai diterapkan, mengembangkan dan memilih hukuman kepadanya yang dipahami dari ketentuan umum nash al-Qur'an maupun Hadits. Hal ini disebabkan karena tindak pidana *ta'zir* yang mengganggu kemaslahatan bagi umat ini tidak bersifat tetap, maka penetapan tindak pidana terhadapnya pun juga tidak tetap.<sup>7</sup>

Misalnya beberapa orang dengan teratur berjalan bersama-sama menuju tempat tertentu untuk tujuan tertentu. Pada saat keadaan masyarakat sedang tentram dan tidak ada kekhawatiran mengenai perbuatan tersebut, maka perbuatan itu tidak dianggap tindak pidana. Akan tetapi jika perbuatan itu dilakukan di saat situasi masyarakat sedang kacau dan dikhawatirkan akan menjadi suatu demonstrasi yang berakibat membuat onar dalam masyarakat, maka dapat ditetapkan menjadi tindak pidana.

Pada tindak pidana *hudud* dan *qishosh-diyat*, *asas legalitas* diterapkan dengan ketat, baik mengenai jenis tindak pidana maupun sanksi hukum yang akan diberikan sudah ditentukan dengan pasti dalam nash al-Qur'an dan Hadits. Sedangkan pada tindak pidana *ta'zir*, jenis tindak pidana sudah ditentukan oleh nash sedang hukumannya

diserahkan kepada hakim untuk memilih mana yang sesuai, sedang syara' hanya menyediakan beberapa macam hukuman untuk dipilih. Demikian juga pada tindak pidana untuk menjaga kemaslahatan umum baik penetapannya sebagai tindak pidana maupun hukumannya diserahkan kepada hakim.

Dengan kata lain, penerapan *asas legalitas* dalam tindak pidana *ta'zir*, tetap harus didasarkan atas aturan nash tertulis, akan tetapi, apabila di dalam nash tidak dijumpai ketentuan hukumnya, padahal dalam realitas, perbuatan yang terjadi selama tidak termasuk kategori tindak pidana *hudud* dan *Qishash* dan perbuatan tersebut mengandung aspek *dharar* (membahayakan dan merugikan kehidupan manusia), maka berdasarkan prinsip tujuan pokok *tasyri'* Islam yakni mencegah bahaya dan menciptakan *mashlahah*, perbuatan tersebut tetap harus dinilai sebagai *tindak pidana* walaupun tidak ada hukum tertulisnya.

Sehingga dengan demikian, Islam sungguh menerapkan *asas legalitas* dalam pengertiannya yang materiil yaitu berdasarkan hukum tertulis dan yang tidak tertulis atau hukum adat. Adapun dasar pemikiran atau pertimbangannya ialah demi untuk menciptakan kemashlahatan dalam kehidupan manusia. Pada saat yang sama juga untuk mencegah meluasnya bahaya yang dapat ditimbulkan oleh perbuatan-perbuatan tersebut. Konsep inilah yang disebut sebagai *maqâshid al-syarî'ah*.

Dari segi bahasa, kata *ta'zir* memiliki arti mendidik, mencegah atau menolak. Adapun secara terminologis, *ta'zir* adalah merupakan jenis sanksi pidana yang diancamkan terhadap pelaku *tindak pidana ta'zir*.<sup>8</sup> Jenis-jenis pidana *ta'zir* tidak disebutkan secara jelas baik mengenai bentuknya, bobot atau berat ringannya maupun dari segi cara pelaksanaannya dalam Al-Qur'an dan Al Hadist. Dengan demikian, macam-macam maupun bentuk-bentuk *tindak pidana ta'zir* dan sanksinya ini ditentukan oleh penguasa melalui penetapan peraturan perundang-undangan berdasarkan pertimbangan-pertimbangan demi menciptakan kemaslahatan bersama dan demi mencegah terjadinya *mudharat* dalam kehidupan masyarakat luas.<sup>9</sup>

Dengan demikian, maka Islam memandang sepanjang perbuatan tersebut merugikan atau secara *prediktif* dapat diperkirakan akan mendatangkan kerugian dalam kehidupan manusia, perbuatan tersebut dapat digolongkan sebagai tindak pidana *ta'zir* yang harus didasarkan atas penetapan perundang-undangan oleh penguasa atau melalui *ijtihad* hakim (*yurisfrundensi*) dalam proses persidangan.

Di samping ketentuan tentang penetapan tindak pidana *ta'zir* di atas, dalam kaidah hukum Islam, penetapan sebuah hukum yang berdasarkan pada hukum yang tidak tertulis di masyarakat dikenal dengan istilah hukum 'adat atau kebiasaan juga menjadi sumber hukum yang dapat diterapkan sebagai hukum yang berlaku.

Dalam bahasa Arab terdapat dua istilah yang berkenaan dengan kebiasaan yaitu *al-'adat* dan *al-Urf*.<sup>10</sup> 'Adat adalah suatu perbuatan atau perkataan yang terus menerus dilakukan oleh manusia dan dapat diterima akal dan secara berkesinambungan mengulangnya. Sedangkan 'urf ialah suatu perbuatan atau perkataan dimana jiwa merasakan suatu ketenangan dalam mengerjakannya karena sudah sejalan dengan logika dan dapat diterima oleh masyarakat.<sup>11</sup>

Abd al-Wahab Khallaf mengatakan bahwa 'urf ialah apa-apa yang telah dibiasakan oleh masyarakat dan dijalankan terus menerus baik berupa perkataan maupun perbuatan. Menurutnya 'urf disebut juga 'adat.<sup>12</sup>

A. Djazuli mendefinisikan, bahwa *al-'adah* atau 'urf adalah "Apa yang dianggap baik dan benar oleh manusia secara umum (*al-'adah al-'ammah*) yang dilakukan secara berulang-ulang sehingga menjadi kebiasaan".<sup>13</sup>

*Urf* ada dua macam, yaitu 'urf yang *shahih* dan 'urf yang *fasid*. *Urf* yang *shahih* ialah apa-apa yang telah menjadi adat kebiasaan manusia dan tidak menyalahi dalil syara', tidak menghalalkan yang haram dan tidak membatalkan yang wajib. Sedangkan 'urf yang *fasid* ialah apa-apa yang telah menjadi adat kebiasaan manusia, tetapi menyalahi syara' seperti perbuatan yang menghalalkan yang haram atau membatalkan yang wajib.<sup>14</sup>

Berdasarkan beberapa defenisi di atas, maka dapat dipahami bahwa yang dikatakan 'urf adalah kebiasaan yang benar atau baik dan dilakukan serta berlaku secara umum di tengah masyarakat, dan sudah menjadi nilai-nilai hukum yang hidup di tengah masyarakat tersebut.

Dalam ketentuan hukum Islam, 'adat atau 'urf dapat diterima dan dijadikan sebagai suatu hukum jika memenuhi syarat-syarat berikut :

- a. Tidak bertentangan dengan syari'at.
- b. Tidak menyebabkan kemafsadatan dan tidak menghilangkan kemashlahatan.
- c. Telah berlaku pada umumnya orang muslim.
- d. 'Urf tersebut sudah memasyarakat ketika akan ditetapkan hukumnya.

'*Urf* atau 'adat dibagi pada beberapa bagian, pembagian ini bergantung pada kondisinya yaitu :

1. Berdasarkan keabsahannya,<sup>15</sup> '*urf* dibagi kepada :

a. '*Urf* yang *shahih*

'*Urf* yang *shahih* adalah tradisi dari masyarakat yang tidak bertentangan dengan dalil syara', tidak menghalalkan sesuatu yang diharamkan dan tidak pula membatalkan sesuatu yang wajib. Misalnya, melakukan tunangan sebelum melangsungkan akad pernikahan. Hal ini dipandang baik dan telah menjadi kebiasaan di dalam masyarakat dan tidak bertentangan dengan syara'.

b. '*Urf* yang *fasid*.

Adapun '*urf* yang *fasid* adalah sesuatu yang sudah menjadi tradisi masyarakat, akan tetapi tradisi itu bertentangan dengan syara', atau menghalalkan sesuatu yang diharamkan, atau membatalkan sesuatu yang wajib. Misalnya: Kebiasaan mengadakan sesajian untuk sebuah patung atau suatu tempat yang dipandang keramat.

2. Berdasarkan ruang lingkup penggunaannya, '*urf* dibagi kepada :

a. '*Urf* '*am* (umum)

Yaitu '*urf* yang berlaku di seluruh negeri muslim, sejak zaman dahulu sampai saat ini. Para ulama sepakat bahwa '*urf* umum ini bisa dijadikan sandaran hukum. Seperti kebiasaan manusia berjual beli secara *ta'thi* (saling memberi tanpa melafadzkan *ijab* dan *qabul*), transaksi dengan cara pesanan, dan lain sebagainya.

b. '*Urf* *khash* (khusus)

Yaitu sebuah '*urf* yang hanya berlaku di sebuah daerah dan tidak berlaku pada daerah lainnya. '*Urf* ini diperselisihkan oleh para ulama apakah boleh dijadikan sandaran hukum atautkah tidak. Misalnya, di sebuah daerah tertentu, ada seseorang menyuruh seorang makelar untuk menawarkan tanahnya pada pembeli, dan '*urf* yang berlaku di daerah tersebut bahwa nanti kalau tanah laku terjual, makelar tersebut mendapatkan 2% dari harga tanah yang ditanggung berdua antara penjual dengan pembeli, maka inilah yang berlaku, tidak boleh bagi penjual maupun pembeli menolaknya kecuali kalau ada perjanjian sebelumnya.<sup>16</sup>

Ketentuan tentang penerapan *'urf* menjadi hukum yang berlaku dalam Islam, didasari Hadits berikut :

مَا رَأَاهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ وَمَا رَأَاهُ الْمُسْلِمُونَ سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ<sup>17</sup>

"Apa yang dipandang baik oleh orang-orang Islam maka baik pula di sisi Allah, dan apa saja yang dipandang buruk oleh orang Islam maka menurut Allah pun digolongkan sebagai perkara yang buruk"

Ketentuan-ketentuan tentang pemakaian *'urf* menjadi hukum harus mengikuti beberapa ketentuan, antara lain sebagai berikut :

1. اسْتِعْمَالُ النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا.

"Apa yang biasa diperbuat orang banyak adalah menjadi hujjah atau dasar yang diamalkan"

Maksud kaidah ini adalah apa yang sudah menjadi adat kebiasaan di masyarakat, menjadi pegangan, dalam arti setiap anggota masyarakat menaatinya.<sup>18</sup> Contohnya, apabila tidak ada perjanjian antara sopir truk dan kuli mengenai menaikkan dan menurunkan batu bata, maka sopir diharuskan membayar ongkos sebesar kebiasaan yang berlaku.

2. إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اضْطَرَرَّتْ أَوْ غَلَبَتْ

"Adat yang diterima menjadi hukum adalah adat yang terus-menerus berlaku atau berlaku umum"

Dalam masyarakat, suatu perbuatan atau perkataan yang dapat diterima sebagai hukum, apabila perbuatan atau perkataan tersebut berlakunya terus menerus, sebagai suatu syarat bagi suatu adat untuk dapat dijadikan sebagai hukum.<sup>19</sup>

Contoh: apabila seorang yang berlangganan koran selalu diantar ke rumahnya, ketika koran tersebut tidak diantar ke rumahnya, maka orang tersebut dapat menuntut kepada pihak pengusaha koran tersebut.

3. الْعِبْرَةُ لِلْغَالِبِ الشَّائِعِ لَا لِلنَّادِرِ

"Adat yang diakui adalah yang umumnya terjadi yang dikenal oleh manusia bukan dengan yang jarang terjadi"

Contoh: menetapkan hukum mahar dalam perkawinan namun tidak ada kejelasan berapa banyak ketentuan mahar, maka ketentuan mahar berdasarkan pada kebiasaan.

4. الْمَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا

“Sesuatu yang telah dikenal ‘urf seperti yang disyaratkan dengan suatu syarat”

Maksudnya adat kebiasaan dalam bermuamalah mempunyai daya ikat seperti suatu syarat yang dibuat.<sup>20</sup>

Contoh: Transaksi jual beli batu bata, bagi penjual untuk menyediakan angkutan sampai ke rumah pembeli. Biasanya harga batu bata yang dibeli sudah termasuk biaya angkutan ke lokasi pembeli.

### 3. Penutup

Dari uraian di atas, yang terkait dengan asas legalitas dalam Hukum pidana Islam menjelaskan bahwa dalam Islam secara tegas ditetapkan adanya asas legalitas yang bersumber dalam al-Qur'an dan Hadits serta masuknya hukum yang hidup di masyarakat akan menjadi bahan dan sumber hukum yang dipakai oleh hakim untuk menetapkan sebuah tindak pidana, sekaligus menetapkan hukuman tindak pidana tersebut, yang ditetapkan melalui hukum yang hidup di masyarakat yakni hukum adat.

Dalam Syariat Islam ditegaskan “*sesuatu perbuatan atau sikap tidak berbuat tidak boleh dipandang sebagai jarimah kecuali adanya nas yang jelas dan yang melarang perbuatan dan sikap tidak berbuat tersebut. Apabila tidak ada nas yang demikian sifatnya, maka tidak ada tuntutan atau hukuman atas pelakunya.*” Makna selanjutnya dalam kalimat “*nas yang jelas dan yang melarang perbuatan*” harus pula dinyatakan hukumannya, baik dalam bentuk hukuman *had* maupun hukuman *ta'zir*. Sehingga dalam konteks ini, Syariat Islam memandang “*tidak ada jarimah (pidana) dan tidak ada hukumannya kecuali dengan suatu nas.*”

Ketentuan ini bertujuan untuk melindungi masyarakat dari adanya perbuatan yang merugikan masyarakat dan untuk menjaga berbagai kepentingan lainnya.

Dengan demikian hukum adat yang telah diterima akal manusia selama tidak bertentangan dengan syari'ah dan tidak dibangun dengan hawa nafsu dapat diterima dan ditetapkan menjadi hukum yang berlaku.

---

### Endnotes

<sup>1</sup>Abd al-Qadir 'Audah, *al-Tasyri' al-Jana'iy al-Islamy*, (Beirut:Muassasah al-Risalah, 1992). h. 113

<sup>2</sup> *Ibid.*

- 
- <sup>3</sup>Abd al-Qadir ‘Audah, *Ibid.*, h. 117
- <sup>4</sup>*Ibid.*, h. 118
- <sup>5</sup>*Ibid.*, h. 121
- <sup>6</sup>*Ibid.*, h. 126
- <sup>7</sup>‘Audah, *op.cit.*, h. 230
- <sup>8</sup>*Ibid.*, h. 128
- <sup>9</sup>*Ibid.*
- <sup>10</sup>Jaih Mubarak, *Kaidah Fiqh: Sejarah dan Kaidah-kaidah Asasi*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2002), h. 153.
- <sup>11</sup>Muhammad Ma’shum Zein, *Sistematika Teori Hukum Islam (Qawa’id Fiqhiyyah)*, (Jombang: Al-Syarifah Al-Khadijah, 2006), h. 79.
- <sup>12</sup>Abdul wahab Khallaf, *Ilmu Ushul Fiqh*, cet. I, terjemahan (Semarang: Toha Putra Group, 1994), h. 123
- <sup>13</sup>A. Djazuli, *Kaidah-kaidah Fikih: Kaidah-kaidah Hukum Islam dalam Menyelesaikan Masalah-masalah yang Praktis*, (Jakarta: Kencana, 2007), h. 80.
- <sup>14</sup>Imam Musbikin, *Qawa’id Al-Fiqhiyyah*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2001), h. 94.
- <sup>15</sup>Burhanudin, *Fiqh Ibadah*, (Bandung: CV Pustaka Setia, 2001), h. 263.
- <sup>16</sup>Sidi Nazar Bakry, *Fiqh dan Ushul Fiqh*, cet. IV, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2003), h. 237.
- <sup>17</sup>H.R. Ahmad, Bazar, Thabrani dari Ibnu Mas’ud
- <sup>18</sup>Sarmin Syukur, *Sumber-sumber Hukum Islam*, cet. I, (Surabaya: Usaha Offset Printing, 1993), h. 208.
- <sup>19</sup>A. Djazuli, *Kaidah-kaidah Fikih*, *op.cit.*, h. 84-85
- <sup>20</sup>Imam Musbikin, *Qawa’id Al-Fiqhiyyah*, *op.cit.*, h. 102-103

## DAFTAR PUSTAKA

- ‘Abd al-Qadir ‘Audah, *al-Tasyri’ al-Jana’iy al-Islami*, Beirut: Muassasah al-Risalah, 1992.
- A. Djazuli, *Kaidah-kaidah Fikih: Kaidah-kaidah Hukum Islam dalam Menyelesaikan Masalah-masalah yang Praktis*, Jakarta: Kencana, 2007.
- Abd al-Wahhab Khallaf, *Ilm Ushul al Fiqh*, Al-Qahirah: Dar al-Ilm li al-Thiba’ah wa al-Nasyr wa al-Tawzi, 1978.
- Burhanudin, *Fiqh Ibadah*, Bandung: CV Pustaka Setia, 2001.
- Imam Musbikin, *Qawa’id Al-Fiqhiyyah*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2001.
- Jaih Mubarak, *Kaidah Fiqh: Sejarah dan Kaidah-kaidah Asasi*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2002.
- Muhammad Ma’shum Zein, *Sistematika Teori Hukum Islam (Qawa’id Fiqhiyyah)*, (Jombang: Al-Syarifah Al-Khadijah, 2006).
- Nur al-Din ibn Mukhtar al-Khadimy, *al-Ijtihad al-Maqashid*, Qatr: Wizarah al-Auqaf, 1998.
- Sarmin Syukur, *Sumber-sumber Hukum Islam*, cet. I, Surabaya: Usaha Offset Printing, 1993.
- Sidi Nazar Bakry, *Fiqh dan Ushul Fiqh*, cet. IV, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2003.
- Wahbah al-Zuhaili, *Al Fiqh Al Islami wa Adillatuhu*, Beirut: Dar al-Fikr, 1985.

