









Terdapat dalam al-Quran namun juga ada dalam hadist nabi dalam hal ketentuan adil, bahwa adil ini diharus terus meneru dinilai dalam jumlah hari yang sama, setidaknya untuk awal-awal perkawinan. Sebagaimana telah dijelaska dalam hadis Muttafaq ‘alaih dari Anas bin Malik menyatakan sebagai berikut:

حَدَّثَنَا يُونُسُ بْنُ رَاشِدٍ حَدَّثَنَا أَبُو أُسَامَةَ عَنْ سُفْيَانَ حَدَّثَنَا أَيُّوبُ وَخَالِدٌ عَنْ أَبِي قِلَابَةَ عَنْ أَنَسٍ قَالَ قَالَ مَنْ السُّنَّةُ إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْبِكْرَ عَلَى الثَّيْبِ أَقَامَ عِنْدَهَا سَبْعًا وَقَسَمَ وَإِذَا تَزَوَّجَ الثَّيْبَ عَلَى الْبِكْرِ أَقَامَ عِنْدَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ قَسَمَ قَالَ أَبُو قِلَابَةَ وَلَوْ شِئْتُ لَقُلْتُ إِنَّ أَنَسًا رَفَعَهُ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَقَالَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ عَنْ أَيُّوبَ وَخَالِدٍ قَالَ خَالِدٌ وَلَوْ شِئْتُ قُلْتُ رَفَعَهُ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

Artinya:

*Yusuf bin Rasyid Ceritakan kepada kami, Abu Usamah dari Sufyan ceritakan kepada kami, Ayyud dan Kholid dari Abinya Qilabah ceritakan kepada kami dari Anas Berkata: Termasuk sunnah, apabila seorang laki-laki menikahi gadis (al-bikr) atas janda (al-sayyib) maka ia bermukim padanya tujuh hari, kemudian menggilir (yang lainnya), dan apabila ia menikahi janda maka ia bermukim padanya tiga hari baru menggilir (yang lainnya). Abu Qilabah Berkata seandainya Aku menghedaki aku akan berkata: sesungguhnya Anas telah menceritakannya kepada Nabi. Dan berkataa Abdur Razaq menceritakan kepada kami Sufyan dari Ayyub dan Kholid, Kholid berkata seandainya aku menghendaki aku mengatakan telah menceritakannya kepada Nabi Muhammad Saw. (Muttafaqun Alaih)<sup>12</sup>*

حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ قَالَ حَدَّثَنِي سُلَيْمَانُ بْنُ بِلَالٍ قَالَ هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ أَخْبَرَنِي أَبِي عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) كَانَ يَسْأَلُ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ، يَقُولُ: أَيْنَ أَنَا غَدًا، أَيْنَ أَنَا غَدًا؟ يُرِيدُ يَوْمَ عَائِشَةَ، فَأَذِنَ لَهُ أَرْوَاجُهُ يَكُونُ حَيْثُ شَاءَ،

<sup>12</sup> Al-Bukhari, Al-Sindi, *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī biḥāsiyat al-Imām al-Sindi* (Beirut: Dār al-Kutub Al-‘ilmīyah, 2008), 467.





















Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dan penjelasan pasal 30 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung. Menurut Penjelasan Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman dan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung, disebutkan bahwa ketentuan tersebut dimaksudkan agar putusan hakim dapat sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Ditambahkan menurut penjelasan bagian umum Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NKRI 1945), “Bahwa Undang-Undang Dasar ialah hukum dasar yang tertulis, sedang disampingnya Undang-Undang Dasar berlaku juga hukum dasar tidak tertulis.” Berarti disini disamping dikenal hukum tertulis (hukum nasional) juga terdapat hukum tidak tertulis yang hidup dan tumbuh kembang dalam masyarakat Indonesia yang dikenal sebagai hukum adat. Hukum adat inilah yang sesuai dengan ketentuan Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, digali oleh hakim apabila menemui persoalan ketiadaan aturan hukum yang mengatur suatu persoalan.

Selanjutnya, perlu ditegaskan disini, berdasarkan prinsip di atas maka hakim Indonesia tidak boleh bersifat legistik, yakni hanya sekedar menjadi corong atau mulut undang-undang, meskipun memang selalu harus legalistik. Ditambahkan oleh Bagir Manan, putusan hakim tidak boleh sekedar memenuhi formalitas hukum atau sekedar memelihara ketertiban putusan hakim harus berfungsi mendorong perbaikan dalam masyarakat dan membangun

harmonisasi sosial dalam pergaulan. Hanya dengan cara itu, menurutnya, putusan hakim akan benar dan adil.<sup>29</sup> Sehubungan prinsip ini pula, jika ketentuan undang-undang yang ada bertentangan dengan kepentingan umum, kepatutan, peradaban dan kemanusiaan, yakni nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Maka menurut Yahya Harahap, hakim bebas dan berwenang melakukan tindakan *contra legem*, yakni mengambil putusan yang bertentangan dengan pasal undang-undang yang bersangkutan.<sup>30</sup>

Pelaksanaan *contra legem* oleh hakim dalam memutus suatu perkara yang belum ada pengaturannya atau kurang jelas aturannya, merupakan pelaksanaan hukum progresif yang mana dalam ajaran hukum progresif tidak diperkenankan untuk terlalu positifis legalistik dalam menjawab suatu persoalan hukum. Diperlukan upaya-upaya yang progresif yang mana upaya tersebut memberikan suatu kemanfaatan dan keadilan bagi pihak pencari keadilan. Hakim yang dalam hukum acara dikatakan sebagai corong undang-undang, diharapkan mampu bersifat progresif dengan tidak selalu menganggap kepastian hukum akan memberikan keadilan. Suatu aturan hukum yang utama dicari adalah keadilan dan kemanfaatan, apabila hal tersebut telah terealisasikan maka tidak akan lagi terjadi persoalan hukum.

---

<sup>29</sup> Bagir Manan, *Suatu Tinjauan Terhadap Kekuasaan Kehakiman Indonesia Dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004* (Jakarta: Mahkamah Agung R.I, 2005), 212.

<sup>30</sup> Yahya Harahap, *Hukum Acara Pedata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan* (Jakarta: Sinar Grafika, 2005), 856.