

**TEORI MASLAHAT AṬ-ṬŪFĪ DAN PENERAPANNYA
DALAM ANALISIS KASUS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
NOMOR 46/PUU-VIII/2010 TENTANG STATUS ANAK DI LUAR PERKAWINAN**



Oleh:

**SARIFUDIN
NIM: 1.320.311.063**

TESIS

Diajukan kepada Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga
untuk Memenuhi Salah Satu Syarat guna Memperoleh
Gelara Magister dalam Ilmu Agama Islam
Program Studi Hukum Islam
Konsentrasi Hukum Keluarga

**YOGYAKARTA
2015**

**TEORI MASLAHAT AṬ-ṬŪFĪ DAN PENERAPANNYA
DALAM ANALISIS KASUS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
NOMOR 46/PUU-VIII/2010 TENTANG STATUS ANAK DI LUAR PERKAWINAN**



Oleh:

**SARIFUDIN
NIM: 1.320.311.063**

TESIS

Diajukan kepada Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga
untuk Memenuhi Salah Satu Syarat guna Memperoleh
Gelar Magister dalam Ilmu Agama Islam
Program Studi Hukum Islam
Konsentrasi Hukum Keluarga

**YOGYAKARTA
2015**

MOTTO

القرآن بين دفتي المصحف لا ينتق وانها يتكلم به الرجال

*Al-Qur'an, diantara dua sampulnya
adalah benda mati yang tak bisa 'bersuara'.*

Melainkan sesungguhnya manusia itu-lah yang 'ber-suara' atas nama al-Qur'an

Imam Ali Karramallahu Wajhah

Tengah malam di tahun 2015, bulan Februari, tanggal 10, hari Selasa, pukul 22:50 WIB, di Kos Jalan Madukara, Yogyakarta, Kota Budaya dan masih Istimewa.

Karya ini kupersembahkan buat :

Ibunda Da'umi, yang gak pernah lelah 'tuk mendoakan-ku dan Ayahanda Washari (*alm.*), semoga engkau damai di alam sana...

Istri-ku, Khotimah binti Maskur (Mah, Papah selalu merindukan-mu, karena cita-cita yang ingin kita capai bersama, waktu kebersamaan kita berkurang dan banyak terlewati dengan kesendirian... semoga Mamah sabar dan tabah...)

Putri cantik-ku, Kharisma De Syarifi (Nak, saat Papah 'mungkasi' karya ini, usia kamu 3,5 tahun, kamu lagi lucu-lucunya dan 'nggemesi'. Papah kangen ingin pulang mendengar canda dan tangismu...)

Kakak-ku Munah, kang Pudin dan keponakan-ku Nu'ah, Eko, Eka, Adi dan Putri, moga cepet gede dan sukses yah..

Ibu Yayah Rukayah, S.Pd. (Teh, terima kasih atas 'partisipasi'-nya, aku sulit untuk banyak komentar tentang teteh... tapi yang jelas, aku ucapkan terima kasih!).

Sobat karibku Bung Jaja Jalaksana (terima kasih 'sumbangan' kamus al-Munawwirnya. Maaf, aku gak bisa datang di hari perkawinan-mu, jangan kecewa yah...) Aep Beber (terima kasih sudah mengantarku ke kantor Pak Dahlan, kini aku kembali ke Cirebon lagi bung! Kapan kamu nyusul S-2 bung?).

'Tuk Nenek Kos, terima kasih atas kebaikan dan kemurahannya...

Temen-temen kelasku: Husnul Faruk (Om, apapun alasannya kita harus banyak membaca, bukan Cuma mendengar. Bukankah seorang penulis saja akan lebih banyak membaca dari pada menulis?), Fu'ad (Om, banyak-lah membaca, karena dg itu kita bisa melakukan 'tanding-wacana'), Marah Sol (kita sudah banyak diskusi dari hermeneutika-nya Gracia sampai biasa wali nikah, tapi yang aku bingung, kamu kapan kawinnya?), Abduh (diskusi dengan kamu sebenarnya menyenangkan walaupun kadang menjengkelkan juga. Terima kasih 'enting-enting gepuknya'), Aritusyono (Om, jangan maen-maen dengan wanita terus, cari istri yang bener, fisik-mu sudah mulai 'payah'), Najihah, Inna Daun, dan Yunika (maaf yah, kadang aku nyebelin), Daroji, Eko, Baehaki, Kudrat, Ma'mun (kalian adalah temen debat dan diskusi yang mengasyikan, aku minta maaf kalo sering menyinggung 'eksistensi' kalian, inilah dunia akademik! Inilah dunia-nya mahasiswa!), Antor dan Hafidz (ayolah, selesaikan studi kalian, jangan lama2 cuti-nya), gak lupa juga buat Taufik Huda (aku sedih kamu tak bisa wisuda bareng dengan kita kawan, *lahu al-fatihah*).

Kini, aku merasa kehilangan kalian semua teman-teman... Kalo ada takdir, mampir-lah ke Cirebon kawan...

Dan untuk semua pewaris dan pejuang Islam.

PERNYATAAN KEASLIAN

Yang bertanda tangan di bawah ini :

Nama : **Sarifudin**
NIM : 1.320.311.063
Jenjang : Magister
Program Studi : Hukum Islam
Konsentrasi : Hukum Keluarga

Menyatakan bahwa naskah tesis ini secara keseluruhan adalah hasil penelitian/karya saya sendiri, kecuali pada bagian-bagian yang dirujuk sumbernya.

Yogyakarta, 09 Februari 2015

Saya yang menyatakan,



Sarifudin

NIM: 1.320.311.063

PERNYATAAN BEBAS PLAGIASI

Yang bertanda tangan di bawah ini :

Nama : **Sarifudin**
NIM : 1.320.311.063
Jenjang : Magister
Program Studi : Hukum Islam
Konsentrasi : Hukum Keluarga

Menyatakan bahwa naskah tesis ini secara keseluruhan benar-benar bebas dari plagiasi. Jika di kemudian hari terbukti melakukan plagiasi, maka saya siap ditindak sesuai ketentuan hukum yang berlaku.

Yogyakarta, 09 Februari 2015

Saya yang menyatakan,



Sarifudin

NIM: 1.320.311.063



PENGESAHAN

Tesis berjudul : Teori Maslahat aṭ-Ṭufī Dan Penerapannya Dalam Analisis Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tentang Status Anak Di Luar Perkawinan

Nama : Sarifudin

NIM : 1.320.311.063

Jenjang : Magister

Program Studi : Hukum Islam

Konsentrasi : Hukum Keluarga

Tanggal Ujian : 27 Februari 2015

Telah dapat diterima sebagai salah satu syarat memperoleh gelar Magister Hukum Islam.

Yogyakarta, 28 Februari 2015

Direktur



Prof. Dr. H. Khoiruddin Nasution, M.A.

NIP: 19641008 199103 1 002

PERSETUJUAN TIM PENGUJI UJIAN TESIS

Tesis berjudul : Teori Maslahat at-Ṭūfī Dan Penerapannya Dalam Analisis Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tentang Status Anak Di Luar Perkawinan

Nama : Sarifudin

NIM : 1.320.311.063

Jenjang : Magister

Program Studi : Hukum Islam

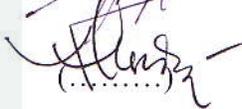
Konsentrasi : Hukum Keluarga

Telah disetujui tim penguji ujian munaqosah

Ketua : Dr. H. Syafiq Mahmadah Hanafi, S.Ag., M.Ag. 

Sekretaris : Drs. Kholid Zulfa, M.Si. 

Pembimbing / Penguji : Prof. Dr. H. Syamsul Anwar, M.A. 

Penguji : Dr. Ali Sodikin, M.A. 

Diuji di Yogyakarta pada tanggal 27 Februari 2015

Waktu : 09.00-10.00 WIB

Hasil/ Nilai : A

Predikat Kelulusan : ~~Memuaskan~~/ Sangat Memuaskan/ Cumlaude*

* Coret yang tidak perlu.

NOTA DINAS PEMBIMBING

Kepada Yth.,
Direktur Program Pascasarjana
UIN Sunan Kalijaga
Yogyakarta

Assalamu 'alaikum wr. wb.

Setelah melakukan bimbingan, arahan, dan koreksi terhadap penulisan tesis yang berjudul:

**TEORI MASLAHAT AT-ṬŪFĪ DAN PENERAPANNYA
DALAM ANALISIS KASUS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR
46/PUU-VIII/2010 TENTANG STATUS ANAK DI LUAR PERKAWINAN**

Yang ditulis oleh:

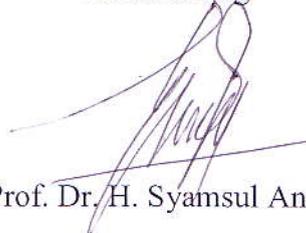
Nama : **S a r i f u d i n**
NIM : 1.320.311.063
Jenjang : Magister (S2)
Program Studi : Hukum Islam
Konsentrasi : Hukum Keluarga

Saya berpendapat bahwa tesis tersebut sudah dapat diajukan kepada Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga untuk diujikan dalam rangka memperoleh gelar Magister Hukum Islam.

Wassalamu 'alaikum wr. wb.

Yogyakarta, 07 Februari 2015

Pembimbing



Prof. Dr. H. Syamsul Anwar, M.A.

ABSTRAK

Maslahat, dalam pandangan aṭ-Ṭūfī, adalah puncak tujuan hukum (*quṭub maqṣūd asy-syāri'*). Dalam hukum eropa disebut *doelma-tigheid (recht idea)*, yaitu merealisasikan kemaslahatan manusia di muka bumi. Teori ini oleh aṭ-Ṭūfī dijadikan sebagai pertimbangan hukum pertama dalam ranah muamalah. Menurutnya, maslahat dianggap independen (*dalil mustaqil*) dalam penetapan hukum. Teori maslahat yang digagas oleh aṭ-Ṭūfī ini ternyata sejalan dengan semangat dan jiwa hukum progresif-responsif yang dikembangkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam merumuskan putusan-putusan hukumnya. Dalam pandangan Mahkamah Konstitusi, keadilan adalah sukma hukum.

Penelitian ini berangkat dari sebuah kegelisahan akademik tentang sebuah pertanyaan mendasar tentang relevansi teori maslahat aṭ-Ṭūfī dengan putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 tentang status anak di luar perkawinan. Pertanyaan tersebut muncul karena teori aṭ-Ṭūfī terlihat mengedepankan maslahat dalam penetapan hukum, sedangkan Mahkamah Konstitusi lebih mengedepankan keadilan substantif dalam merumuskan putusan hukumnya.

Pertanyaan selanjutnya adalah tentang penerapan teori maslahat dalam kasus putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 tentang status anak di luar perkawinan. Pertanyaan ini muncul dilatar belakangi oleh perkembangan kasus dalam hukum Islam semakin kompleks, khususnya dengan lahirnya putusan Mahkamah Konstitusi tersebut. Meskipun terlihat apriori, namun Penulis ingin mencoba menerapkan teori aṭ-Ṭūfī ke dalam kasus putusan Mahkamah Konstitusi tersebut.

Jenis penelitian ini adalah penelitian pustaka (library research) dengan pendekatan *uṣuliyyah*, artinya pendekatan yang lebih mengakomodir teori-teori usul fikih, misalnya maslahat.

Hasil penelitian ini adalah merelevansikan teori maslahat aṭ-Ṭūfī dengan putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 tentang status anak di luar perkawinan. Keduanya memiliki hubungan dalam hal tujuan hukum. Dalam penelitian ini juga menjawab pertanyaan tentang status anak di luar perkawinan (sebagaimana putusan MK) dengan menggunakan teori aṭ-Ṭūfī. Setelah teori aṭ-Ṭūfī ini diterapkan, anak di luar perkawinan ataupun anak zina bukan hanya memiliki “hubungan perdata” dengan ayah biologisnya, bahkan lebih jauh dari itu dapat dinasabkan kepada ayah biologisnya tersebut. Namun, hasil penelitian ini bukan berarti harus melegalkan zina, tetapi lebih kepada perlindungan atas hak-hak anak tersebut yang sudah “terlanjur” dilahirkan.

Kata kunci: Teori Maslahat, Mahkamah Konstitusi, Anak di Luar Perkawinan.

PEDOMAN TRANSLITERASI ARAB-LATIN

Berdasarkan Surat Keputusan Bersama Menteri Agama RI Dan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan RI Nomor 158/1987 dan 0543b/U/1987, Tanggal 22 Januari 1988.

A. Konsonan Tunggal.

Huruf Arab	Nama	Huruf Latin	Nama
ا	Alif	Tidak dilambangkan	Tidak dilambangkan
ب	Ba	B	Be
ت	Ta	T	Te
ث	Sa	Ş	Es (titik di atas)
ج	Jim	J	Je
ح	Ha	Ĥ	Ha (titik di bawah)
خ	Kha	Kh	Ka dan Ha
د	Dal	D	De
ذ	Za	Ž	Zet (titik di atas)
ر	Ra	R	Er
ز	Za	Z	Zet
س	Sin	S	Es
ش	Syin	Sy	Es dan Ye
ص	Sad	Ş	Es (titik di bawah)
ض	Dad	Ḍ	De (titik di bawah)
ط	Ta	Ṭ	Te (titik di bawah)
ظ	Za	Ẓ	Zet (titik di bawah)
ع	‘ain	‘	Apostrof terbalik
غ	Gain	G	Ge
ف	Fa	F	Ef

ق	Qaf	Q	Qi
ك	Kaf	K	Ka
ل	Lam	L	El
م	Mim	M	Em
ن	Nun	N	En
و	Wau	W	We
هـ	Ha	H	Ha
ء	Hamzah	'	Apostrof
ي	Ya	Y	Ye

B. Konsonan Rangkap karena Syaddah ditulis rangkap.

الْحَدُّ	ditulis	al-ḥaddu
قَرَّبَ	ditulis	qarraba

C. Ta' Marbutah.

1. Bila dimatikan ditulis h.

رَوْضَةٌ	ditulis	rauḍah
----------	---------	--------

(ketentuan ini tidak diperlakukan terhadap kata-kata Arab yang sudah terserap ke dalam bahasa Indonesia, seperti shalat, zakat, dan sebagainya, kecuali bila dikehendaki lafal aslinya).

Bila diikuti dengan kata sandang “al” serta bacaan kedua itu terpisah, maka ditulis dengan h.

رَوْضَةُ الْأَطْفَالِ	ditulis	rauḍah al-aṭfāl
-----------------------	---------	-----------------

2. Bila ta'marbutah hidup atau dengan harakat, baik fathah, kasrah, dan dammah ditulis t.

رَوْضَةُ الْأَطْفَالِ	ditulis	rauḍatul aṭfāl
-----------------------	---------	----------------

D. Vokal Pendek.

ِ	kasrah	ditulis	i
َ	fathah	ditulis	a
ُ	dammah	ditulis	u

E. Vokal Panjang.

قَالَ	ditulis	qāla
قِيلَ	ditulis	qīla
يَقُولُ	ditulis	yaqūlu

F. Vokal Rangkap.

كَيْفَ	ditulis	kaifa
هَوْلَ	ditulis	haulā

G. Vokal Pendek yang Berurutan dalam Satu Kata Dipisahkan dengan Apostrof.

جَعَلَ	ditulis	ja'ala
--------	---------	--------

H. Kata Sandang Alif + Lam.

a. Bila Diikuti Huruf Qamariyah.

القَلَمُ	ditulis	al-qalamu
الْمَلِكُ	ditulis	al-maliku

b. Bila Diikuti Huruf Syamsiyah Ditulis dengan Menggandakan Huruf Syamsiyah yang Mengikutinya, Serta Menghilangkan Huruf L (*el*)-nya.

الرَّجُلُ	ditulis	ar-rajulu
الشَّمْسُ	ditulis	asy-syamsu

I. Penulisan Kata-Kata Dalam Rangkaian Kalimat.

خَيْرُ الرَّازِقِينَ	ditulis	khair ar-rāziqīn
----------------------	---------	------------------

KATA PENGANTAR

Alhamdulillah, puji syukur aku panjatkan kepada Tuhan Pemilik Kebenaran, Allah Swt atas limpahan rahmat dan hidayah-Nya. Karena atas takdir-Nyalah penulis dapat menyelesaikan tesis berjudul “Teori Maslahat at-Tūfi dan Penerapannya dalam Analisis Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Status Anak di Luar Perkawinan”. Semoga tesis ini sesuai dengan maksud pembuatannya, guna memenuhi salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum Islam (M.H.I) pada Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta. Şalawat serta salam semoga tercurahkan kepada “interpreter” terbaik wahyu Tuhan Swt, Nabi Muhammad Saw yang telah meninggalkan dua pusaka penuntun kehidupan, Kitabullah dan Sunnah Rasul Saw.

Untuk sampai pada tahap penyelesaian studi ini, banyak sekali suka dan duka yang dirasakan penulis; dan telah banyak pula bantuan dan peranan berharga dari berbagai pihak, yang menyebabkan penulis merasa sangat berhutang budi kepada mereka. Karena itu, seraya memanjatkan puji dan syukur ke hadirat Allah Swt, dengan segala ketulusan hati penulis ingin menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang tinggi kepada kedua orang tua (khususnya ibu), istri dan putriku, segenap famili, para civitas akademika Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta dan teman-teman yang telah membantu penulis hingga selesainya tesis ini. Terutama ucapan terima kasih ini penulis sampaikan kepada :

1. Bapak Prof. Dr. H. Musa Asy'arie dan Prof. Drs. H. Akh. Minhaji, M.A., Ph.D. beserta jajarannya yang telah memberikan kesempatan penulis untuk mengenyam studi di Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.
2. Bapak Prof. Dr. H. Khoiruddin Nasution, M.A. selaku Direktur Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.
3. Bapak Dr. H. Syafiq Mahmadah Hanafi, M.Ag. selaku Ketua Program Studi Hukum Islam Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

4. Bapak Prof. Dr. H. Syamsul Anwar, M.A. selaku pembimbing dalam penulisan tesis ini.
5. Ibunda Da'umi tersayang dan Ayahanda (*alm.*) Washari (*Allahummagfir lahū warḥamhu wa'āfihī wa'fu'anhu*), terima kasih atas cinta dan kasihnya. Kerelaan kalian untuk membiarkan aku mencari jati diri adalah suatu bentuk kasih sayang yang tak ternilai harganya. Kepercayaan yang kalian berikan adalah wujud nyata bahwa seorang anak hanyalah titipan ilahi, yakinlah semuanya pasti akan kembali kepada-Nya, biarkan ragaku terlindungi tapi tidak untuk jiwaku.
6. Istriku Khotimah binti Maskur tercinta, dan putri cantik-ku, Kharisma De Syarifi tersayang (*Allahumma faqihha fi ad-dīn wa'alimha at-ta'wīl*), terima kasih atas ketabahan dan kesabaran kalian mendampingiku. Insya Allah, pengorbanan kalian tidak akan sia-sia di “mata” Allah, Tuhan Jagat Raya.
7. Keluarga Besar Drs. H. Hediyan Yusuf, M.M. dan Ibu Hj. Yani Hediyan Yusuf yang sudah penulis anggap sebagai orang tua sendiri. Semoga Allah Swt membalas semua kebaikan dan kemurahan hati bapak dan ibu. Penulis tidak akan pernah melupakan kebaikan bapak dan ibu.
8. Keluarga besar Prof. Dr. Adang Djumhur S, M.Ag dan Ibu Engkun Kurnia (Zidni, Fadla, Nanda dan Dinda), kalian sudah seperti keluargaku. Aku merasa damai ketika hidup di tengah-tengah kalian. Kalianlah yang mengajarku untuk hidup saling menghargai, saling menyayangi, demokratis dan toleransi. Kalian punya kesan yang dalam di hatiku. Terima kasih pernah mengizinkan aku tinggal bersama kalian.
9. Bapak Drs. Ahmad Dahlan, M.Ag. Terima kasih atas arahan dan petunjuknya kepada penulis, sehingga akhirnya penulis merasa mantap dan yakin untuk melanjutkan Program Magister (S-2) di Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.
10. Seluruh dosen dan guru-guru penulis yang telah membimbing dan mewariskan ilmu pengetahuan dan kearifannya kepada penulis selama penulis menuntut ilmu pada Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga

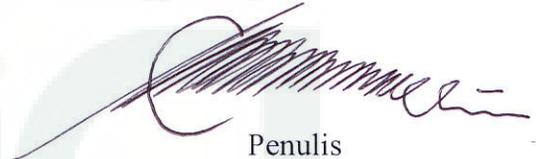
Yogyakarta dan jenjang-jenjang pendidikan, sebelumnya. Penulis ingin mengucapkan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya, semoga amal baik kalian diterima di sisi Allah Swt.

11. Semua pihak yang telah membantu proses penyelesaian tesis ini baik secara langsung maupun tidak langsung.

Perlu disampaikan juga bahwa karena keterbatasan ilmu dan pengalaman penulis, tesis ini pada dasarnya masih belum bahkan jauh dari sempurna. Untuk itu, harapan besar penulis akan kritik dan saran yang membangun dari semua pihak guna perbaikan di masa mendatang. Semua kesalahan dan kekurangan dalam karya ilmiah ini murni sepenuhnya tanggung jawab penulis.

Akhirnya, seraya mengharap riya dan karunia Allah Swt, Penulis ingin mempersembahkan karya ini kepada UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, disertai harapan semoga kehadirannya bermanfaat dalam memperkaya wacana intelektual, khususnya dalam pengembangan kajian pemikiran hukum Islam kontemporer.

Yogyakarta, 10 Februari 2015



Penulis

DAFTAR ISI

	Halaman.
JUDUL	i
MOTTO	ii
PERNYATAAN KEASLIAN	iii
PERNYATAAN BEBAS PLAGIASI	iv
PENGESAHAN	v
PERSETUJUAN DEWAN PENGUJI	vi
NOTA DINAS PEMBIMBING	vii
ABSTRAK	viii
PEDOMAN TRANSLITERASI	ix
KATA PENGANTAR	xiii
DAFTAR ISI	xvi
DAFTAR LAMPIRAN	xix
DAFTAR SINGKATAN	xx
BAB I PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	9
C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian	9
D. Kajian Pustaka	10
E. Kerangka Teoritik	15
F. Metode Penelitian	19
BAB II BIOGRAFI NAJMUDDIN AṬ-ṬŪFĪ	
A. Latar Belakang Sosio-Historis dan Intelektual aṭ-Ṭūfī	27
1. Tempat Kelahiran dan Perjalanan Intelektual	27
2. Situasi Politik Pada Masa Kelahiran aṭ-Ṭūfī	32
3. Karya-Karya aṭ-Ṭūfī	36

B. Metode Istimbat Hukum at-Ṭūfī	39
--	----

BAB III TEORI MASLAHAT: SUMBER HUKUM TERTINGGI DALAM ISLAM

A. Definisi, Pembagian dan Kehujahan Maslahat	47
B. Konsep Maslahat Dalam Pandangan Para Ulama	56
C. Kerangka Konseptual Maslahat Dalam Pandangan at-Ṭūfī....	62
1. Makna Maslahat Menurut at-Ṭūfī	62
a) Maslahat Secara Kebahasaan	62
b) Maslahat Secara Syar'ī	63
2. Makna Hadis لا ضرر ولا ضرار في الإسلام	66
3. Maslahat Sebagai Sumber Hukum Tertinggi	70

BAB IV RELEVANSI DAN PENERAPAN TEORI MASLAHAT AT- ṬŪFĪ DALAM ANALISIS KASUS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NO. 46/PUU-VIII/2010 TENTANG STATUS ANAK DI LUAR PERKAWINAN.

A. Konsep Perkawinan Menurut Hukum Islam	74
B. Konsep Perkawinan Menurut Hukum Perkawinan Indonesia ..	78
C. Konsep Nasab Anak Dalam Hukum Islam dan MK	83
D. Relevansi Teori Maslahat at-Ṭūfī dengan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 tentang Status Anak di Luar Perkawinan	89
E. Analisis dan Penerapan Teori Maslahat at-Ṭūfī dalam Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 tentang Status Anak di Luar Perkawinan	95
F. Kritik Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU- VIII/2010	103

BAB V PENUTUP

A. Kesimpulan	105
B. Saran-Saran	106

DAFTAR PUSTAKA	108
LAMPIRAN 1 <i>Risālah fī Ri'āyah al-Maṣlahah li aṭ-Ṭūfī</i>	116
LAMPIRAN 2 <i>Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010</i>	159
DAFTAR RIWAYAT HIDUP	203



DAFTAR LAMPIRAN

Lampiran 1 Risālah fi Ri'āyah al-Maṣlahah Karya aṭ-Ṭūfi, 116

Lampiran 2 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, 159



DAFTAR SINGKATAN

AIPI	: <i>Akademi Ilmu Pengetahuan Indonesia</i>
DPR	: <i>Dewan Perwakilan Rakyat</i>
DNA	: <i>Deoxyribo Nucleic Acid</i>
H	: <i>Hijriyah</i>
HIR	: <i>Herzian Indonesisch Reglement</i>
JIL	: <i>Jaringan Islam Liberal</i>
KHI	: <i>Kompilasi Hukum Islam</i>
KUHAP	: <i>Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana</i>
KUHPer	: <i>Kitab Undang-Undang Hukum Perdata</i>
M	: <i>Masehi</i>
MK	: <i>Mahkamah Konstitusi</i>
MUI	: <i>Majelis Ulama Indonesia</i>
PUU	: <i>Pengujian Undang-Undang</i>
RUU	: <i>Rancangan Undang-Undang</i>
UUD	: <i>Undang-Undang Dasar</i>
UUP	: <i>Undang-Undang Perkawinan</i>

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah.

Di awal tahun 2012, tepatnya pertengahan bulan Februari 2012, masyarakat Indonesia khususnya umat Islam digemparkan oleh putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 terkait tentang status nasab anak di luar perkawinan.¹ Respon pun bermunculan, baik yang pro² atau pun yang kontra³ terhadap putusan MK tersebut.⁴ Putusan MK tersebut seakan-akan menjadi jawaban dari kegelisahan berbagai pihak yang “menuduh” hukum Islam cenderung kaku dan tidak merespon problem-problem kemodernan. Putusan MK

¹ Hasil putusan MK tersebut diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH) oleh sembilan Hakim Konstitusi, yaitu Moh. Mahfud MD, selaku Ketua merangkap Anggota, Achmad Sodiki, Maria Farida Indrati, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, Anwar Usman, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, dan Muhammad Alim, yang masing-masing sebagai Anggota, pada hari Senin, 13 Februari 2012 dan dibacakan dalam Sidang Pleno MK terbuka untuk umum pada hari Jum'at, 17 Februari 2012 oleh sembilan Hakim Konstitusi tersebut didampingi Mardian Wibowo sebagai Panitera Pengganti, serta dihadiri oleh para pemohon dan/atau kuasanya, Pemerintah, dan DPR. Lihat salinan *Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010*, h. 37-38.

² Pandangan pro misalnya disampaikan oleh Amin Abdullah dalam pidato pengukuhan menjadi Anggota Akademi Ilmu Pengetahuan Indonesia (AIPI). Dalam pidatonya, Amin Abdullah mengkritik para Hakim lain yang masih belum menerima putusan MK tersebut, bahkan lebih jauh ia mengatakan bahwa para Hakim yang belum atau tidak mau menerima kontribusi ilmu pengetahuan dalam pertimbangan putusannya, sebagaimana putusan MK tersebut, sebagai Hakim yang orientasi pemikirannya masih menggunakan *Paradigma Konflik* dan *Paradigma Independensi*. Lihat Amin Abdullah, “Agama, Ilmu dan Budaya; Paradigma Integrasi-Interkoneksi Keilmuan”, Paper disampaikan dalam acara *Pidato Pengukuhan Anggota AIPI*, tanggal 17 Agustus 2013, di Yogyakarta, h. 3-4.

³ Perlawanan terhadap putusan MK muncul salah satunya dari Majelis Ulama Indonesia (MUI). Sebagai lembaga yang punya otoritas keagamaan, MUI mengeluarkan fatwa sebagai “jawaban” ketidaksetujuan atas putusan MK. Dalam salah satu putusan fatwanya, MUI memberikan solusi berupa *wasiat wajibah* untuk anak yang lahir di luar perkawinan yang sah. Lihat salinan “Fatwa MUI Nomor: 11 Tahun 2012 tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya”, dalam M. Nurul Irfan, *Nasab dan Status Anak Dalam Hukum Islam* (Jakarta: Amzah, 2013), h. 199.

⁴ Arfi Bambani Amri, “Pakar: Putusan MK Terkait Anak di Luar Nikah Dekati Aturan KUH Perdata”, dalam <http://www.dakwatuna.com>, Diakses tanggal 9 Februari 2015.

juga seakan-akan ingin menunjukkan bahwa hukum Islam itu selalu maslahat bagi manusia sebagai objek hukum dan berpihak kepada kaum tertindas, dalam hal ini “pihak” yang dianggap tertindas adalah istri serta anak yang dilahirkan di luar perkawinan.

Persoalan di atas, mengingatkan Penulis pada artikel salah satu kontributor sekaligus kordinator Jaringan Islam Liberal (JIL), Ulil Abshar-Abdalla, “Menyegarkan Kembali Pemahaman Islam” yang dimuat di harian Kompas edisi 18 Nopember 2002. Dalam artikelnya, Ulil menghimbau kepada umat Islam Indonesia untuk menyegarkan kembali pemahaman tentang Islam yang akhir-akhir ini cenderung telah dimonumenkan, membeku, dan menjadi “paket” yang sulit didebat dan dipersoalkan.

Lebih jauh, Ulil juga menolak dengan tegas semua aturan Islam yang bertentangan dengan kemaslahatan manusia. Menurut Ulil, syarat dasar memahami (aturan) Islam yang tepat adalah dengan tetap mengingat, apapun penafsiran yang dibubuhkan atas agama itu, patokan utama yang harus menjadi batu uji adalah kemaslahatan manusia itu sendiri.⁵ Sejatinya, artikel Ulil ingin menggairahkan kembali institusi ijtihad dalam Islam dengan mengacu kepada kemaslahatan manusia sebagai tolak ukurnya guna menjawab dan menyelesaikan problematika kemanusiaan kontemporer, dan salah satu kasus yang relevan, menurut Penulis, dengan persoalan ini adalah putusan MK terkait status anak di luar perkawinan.

⁵ Lihat Ulil Abshar-Abdalla, “Menyegarkan Kembali Pemahaman Islam”, *Dirosah Islamiyyah* (Jakarta: Khair al-Bayan, 2003), vol. 01, no. 01, h. 10-17.

Sejarah mencatat, ijtihad merupakan teori yang dinamis dan “pasti”⁶ dalam Islam. Menurut Abd Jalil Isa aktifitas ijtihad telah ada sejak zaman Rasulullah Saw, bahkan Rasulullah Saw sendiri melakukan kerja ijtihad untuk menyelesaikan problem-problem sosial-politik yang dihadapinya.⁷ Menurut Atho Mudzhar, kedudukan ijtihad dalam Islam amat penting. Ijtihad berperan sebagai “ruh” dari dinamika hukum Islam. Dengan kata lain, ijtihad adalah modal penting agar hukum Islam senantiasa dapat menjawab tantangan perkembangan zaman.⁸

Problem-problem kemanusiaan yang terus berkembang dari masa ke masa, sedangkan teks-teks keagamaan telah berhenti menuntut upaya-upaya ijtihad terus dilakukan dengan menjadikan kemaslahatan manusia sebagai orientasi utamanya. Karena pada dasarnya kemaslahatan manusia (*maṣālih an-nās*) merupakan asas atau dasar diterapkannya syariat Islam.⁹

Menurut Abdul Wahab Khallaf, pembentukan hukum tidaklah dimaksudkan kecuali untuk mewujudkan kemaslahatan orang banyak. Artinya, mendatangkan keuntungan bagi mereka, menolak mudarat, atau menghilangkan keberatan dari mereka. Padahal sesungguhnya kemaslahatan manusia tidaklah terbatas, dan sesungguhnya kemaslahatan itu terus-menerus muncul yang baru

⁶ “pasti” yang dimaksud oleh penulis di sini adalah bahwa proses ijtihad merupakan sesuatu yang selalu ada dalam Islam. Ijtihad tidak mungkin “mati” ataupun “dimatikan” karena ia merupakan “ruh” dari hukum Islam itu sendiri.

⁷ Dalam pandangan Abd Jalil Isa, ijtihad merupakan fenomena kemanusiaan yang ada pada setiap para Rasul. Lihat Abd. Jalil Isa, *Ijtihad ar-Rasūl*, edisi Indonesia, *Ijtihad Rasulullah* (Yogyakarta: Cahaya Hikmah, 2004), h. 5-11.

⁸ Lihat Atho Mudzhar, *Melihat Gelombang Ijtihad; antara Tradisi dan Liberasi* (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 2000), h. 9.

⁹ Lihat Faqihuddin Abd Qodir, “Nazariyyah al-Maslahat Inda at-Ṭūfī”, *Lektur* (Cirebon: STAIN Cirebon Press, 2000), seri IX, h. 39.

bersamaan dengan terjadinya pembaharuan pada situasi dan kondisi manusia dan berkembang akibat perbedaan lingkungan. Pensyariaan suatu hukum terkadang mendatangkan kemanfaatan pada suatu masa, dan pada masa yang lain ia mendatangkan mudarat. Dan pada saat yang sama, kadangkala suatu hukum mendatangkan manfaat dalam suatu lingkungan tertentu, namun ia justru mendatangkan mudarat dalam lingkungan yang lain.¹⁰

Dilihat dari perspektif ini, maka semua jenis produk ijtihad harus melahirkan sebuah fikih (baca: aturan hukum) yang tidak tercerabut dari realitas sosial, fikih yang mampu berdialog dengan kebutuhan masyarakat, fikih yang tetap memiliki akar tradisi ke masa lampau tetapi tetap memiliki relevansi dengan masa kini.¹¹ Dengan kata lain, semua produk ijtihad harus menjadikan kemaslahatan manusia sebagai batu uji keabsahannya. Maka segala jenis penafsiran keagamaan, apapun bentuknya yang bertentangan dengan kemaslahatan manusia, penafsiran tersebut pada dasarnya telah bertentangan dengan syariat Islam itu sendiri.

Berkaitan dengan teori maslahat, seorang pemikir Islam brilian ahli usul fikih Hanbali, Najmuddin at-Ṭūfī menawarkan teori maslahat yang bertentangan dengan *mainstream* pemikiran ulama pada zamannya. Menurut at-Ṭūfī, maslahat merupakan dalil yang bersifat mandiri (dalil mustaqil) dan menempati posisi yang

¹⁰ Lihat Abd. Wahab Khallaf, *Ilmu Uşul Fikih*, edisi Indonesia (Semarang: DIMAS, 1994), h. 116.

¹¹ Abd. Jalil dkk, *Fikih Rakyat; Pertautan Fikih dengan Kekuasaan* (Yogyakarta: LKiS, 2000), h. xxii.

kuat dalam menetapkan hukum syarak, baik maslahat itu mendapat dukungan dari syarak ataupun tidak.¹²

Hal ini tentu bertentangan dengan arus pemikiran para ulama tentang maslahat yang menegaskan bahwa kemaslahatan akan terlikuidasi ketika ada nas atau teks yang menentanginya.¹³ Dengan kata lain maslahat menurut pemahaman ini bukan merupakan dalil mandiri, karena ia seakan-akan harus mendapat konfirmasi dari teks-teks keagamaan atau ijma'.

Dalam hal ini bisa diambil contoh teori maslahat yang ditawarkan oleh Imam Malik, yaitu *al-Maslahat al-Mursalah*. Al-Maslahat al-Mursalah merupakan kemaslahatan yang keberadaannya tidak didukung syarak dan tidak pula dibatalkan atau ditolak oleh syarak melalui dalil yang rinci.¹⁴ Artinya, ketika ada dalil yang menolak keberadaan kemaslahatan tersebut, maka secara otomatis kemaslahatan itu menjadi gugur.

Dari itu, teori maslahat yang dirumuskan oleh Imam Malik akan sangat terbatas pada tataran implementasinya, sebab ia akan selalu di "awasi" oleh nas. Sedangkam nas telah berhenti dengan wafatnya Rasulullah, dan zaman selalu menuntut perubahan. Hal ini berbeda dengan teori maslahat yang ditawarkan oleh aṭ-Ṭūfī, yang menegaskan bahwa ketika terjadi pertentangan (*ta'āruḍ*) antara nas

¹² Lihat Nasrun Haroen, *Uṣul Fikih I* (Jakarta: Logos, 1997), h. 119.

¹³ *Ibid.*, h. 117-119. Bandingkan dengan Faqihuddin, "Nazariyyah..", h. 42.

¹⁴ Mengenai definisi *al-Maslahat al-Mursalah* dapat di Lihat di Abd. Wahab Khallaf, *Ilmu Uṣul Fiqh* (Kuwait: Dar al-Qalam, 1978), h. 84 Dan bandingkan dengan definisi yang dikemukakan oleh Abd. Hamid Hakim, *al-Bayān* (Jakarta: Sa'adiyah Putra, t.t.), h. 128.

dengan maslahat, maka yang harus dimenangkan atau didahulukan adalah maslahat.¹⁵

Pemikiran aṭ-Ṭūfī berkenaan dengan teori maslahat memang sangat kontroversial dan cenderung melawan arus pemahaman yang dianut mayoritas ulama uṣul fikih sezamannya. Pandangan aṭ-Ṭūfī tentang maslahat inilah yang menyebabkan ia terasing dari pergaulan para ulama uṣul fikih di zamannya. Akan tetapi, pemikirannya tentang maslahat ini banyak dikaji dan dianalisis para ulama uṣul fikih sesudahnya.¹⁶

Gagasan aṭ-Ṭūfī tentang maslahat diharapkan akan menjadi ruh dan orientasi utama bagi para pemikir Islam zaman ini di dalam melakukan interpretasi-interpretasi baru terhadap teks, guna menjawab dan menyelesaikan problematika kemanusiaan kontemporer, khususnya problem-problem kemanusiaan yang ada dan berkembang di Indonesia. Dan penulis melihat putusan MK merupakan salah satu dari sekian persoalan modern yang “membutuhkan” teori maslahat aṭ-Ṭūfī sebagai pijakannya.

¹⁵ Menurut aṭ-Ṭūfī, antara maslahat dengan dalil lain (nas dan ijma) terkadang tidak ada pertentangan (*ittifaq*) dan adakalanya terjadi pertentangan (*ikhtilaf*). Pada kasus antara maslahat dengan dalil lain tidak terjadi pertentangan (*ittifaq*) maka maslahat dapat diterapkan tanpa ada masalah. Namun, pada kasus terjadi pertentangan (*ikhtilaf*) antara maslahat dengan dalil lain (nas dan ijma), maka harus diusahakan untuk melakukan *al-Jam'u* antara keduanya. Tetapi apabila tidak dapat dimungkinkan untuk melakukan *al-Jam'u*, maslahat harus didahulukan atas dalil lainnya. Karena maslahat merupakan tujuan (*maqṣūd*) diterapkannya hukum syariah, sedangkan dalil lain (nas dan ijma) merupakan perantara (*wasilah*) bagi tercapainya maslahat. Untuk itu *maqṣūd* (maslahat) wajib didahulukan atas *wasilah* (dalil lain). Lihat Abd. Wahab Khallaf, *Maṣādir at-Tasyri al-Islami fī mā Lā Nas Fīhi* (Kuwait: Dar al-Qalam, 1972), h. 98.

¹⁶ Lihat Nasroen, *Usul...*, h. 125-126.

Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 lahir di latar belakang oleh permohonan uji materil (*judicial review*) terhadap Pasal 2 Ayat (2)¹⁷ dan Pasal 43 Ayat (1)¹⁸ UUP No. 1 Tahun 1974 yang diajukan oleh Aisyah Mochtar alias Machica dan Iqbal Ramadhan sebagai pemohon. Adapun materi pokok permohonannya adalah bahwa pada tanggal 20 Desember 1993, di Jakarta telah terjadi peristiwa perkawinan antara Machica (pemohon) dengan seorang laki-laki bernama Moerdiono, dengan wali nikah almarhum Mochtar Ibrahim, disaksikan oleh 2 orang saksi, masing-masing bernama almarhum K.H. M. Yusuf Usman dan Risman, dengan mas kawin berupa seperangkat alat salat, uang 2.000 riyal (mata uang Arab), satu set perhiasan emas dan berlian dibayar tunai, dengan ijab yang diucapkan oleh wali tersebut dan kabul diucapkan oleh laki-laki bernama Moerdiono.¹⁹

Melihat latar belakang putusan MK sebagaimana di atas, maka persoalan ini terkait dengan perkawinan *sirri*. Namun demikian, jika dicermati uraian dalam konsiderans putusan MK, maka putusan MK tersebut tidak hanya berlaku bagi anak luar kawin dalam pengertian hasil perkawinan *sirri*, namun juga berlaku bagi anak luar kawin hasil perzinahan. Hal ini dapat dipahami dari isi konsiderans putusan MK yang berbunyi:

¹⁷ Pasal ini menyatakan bahwa tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

¹⁸ Pasal ini menyatakan bahwa anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.

¹⁹ Lihat D.Y Witanto, *Hukum Keluarga; Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin Pasca Keluarnya Putusan MK tentang Uji Materil UU Perkawinan* (Surabaya: PT. Prestasi Pustaka Raya, 2012), h. 251.

“...Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur/administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapatkan perlindungan hukum. Jika tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya. Anak yang dilahirkan tanpa memiliki kejelasan status ayah seringkali mendapatkan perlakuan yang tidak adil dan stigma di tengah-tengah masyarakat. Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan.

Menimbang bahwa berdasarkan uraian tersebut di atas maka Pasal 43 Ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 yang menyatakan, “anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya” harus dibaca “anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”.²⁰

Penulis perlu garis bawahi di sini bahwa putusan MK tersebut hanya terkait dengan “hubungan keperdataan”, bukan hubungan nasab.²¹ Artinya, di sini MK membedakan antara “hubungan keperdataan” dengan “hubungan nasab” itu sendiri.

Problematika itulah di mana penulis mencoba “masuk” untuk melakukan analisis terhadap putusan MK dengan menggunakan teori masalahat at-Ṭūfī sebagai pijakannya.

²⁰ Lihat salinan putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010, h. 35.

²¹ Hal ini sesuai dengan penjelasan Mahfud MD sendiri saat diwawancara oleh Rita Triana Budiarti, wartawan majalah Gatra.

B. Rumusan Masalah.

Masalah yang akan dikaji dalam penelitian ini adalah apakah Teori Maslahat at-Ṭūfi bisa digunakan sebagai jawaban terhadap problem status anak di luar perkawinan, sehingga Putusan Mahkamah Konstitusi bisa dipertanggungjawabkan secara akademik maupun secara syar'i?

Berkaitan dengan masalah tersebut, diajukan beberapa pertanyaan penelitian sebagai berikut:

1. Bagaimana Relevansi Teori Maslahat at-Ṭūfi dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 Tentang Status Anak Di Luar Perkawinan?
2. Bagaimana Menerapkan Teori Maslahat at-Ṭūfi untuk Menganalisis Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 Tentang Status Anak Di Luar Perkawinan?

C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian.

Dari rumusan masalah di atas, penelitian ini memiliki tujuan dan kegunaan sebagai berikut:

1. Untuk mendeskripsikan relevansi Teori Maslahat at-Ṭūfi dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 tentang Status Anak Di Luar Perkawinan.

2. Untuk menjelaskan penerapan Teori Maslahat *aṭ-Ṭūfī* untuk menganalisis kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 tentang Status Anak Di Luar Perkawinan.

Penelitian ini diharapkan berguna untuk mengembangkan wacana dan khazanah pemikiran Islam kontemporer, khususnya metode epistemologi (usul fikih)-nya. Selain itu, kiranya hasil penelitian ini dapat menjadi alternatif bagi upaya pembaharuan epistemologi hukum Islam, sebagai sebuah refleksi yang menjelaskan bahwa Islam senantiasa sejalan dengan nilai-nilai kemanusiaan dan kemaslahatan.

D. Kajian Pustaka.

Sejauh pengamatan Penulis, kajian yang khusus membahas teori maslahat yang dirumuskan *aṭ-Ṭūfī* dalam bentuk sebuah buku maupun penelitian skripsi, tesis dan disertasi memang sudah banyak dilakukan. Beberapa karya tulis tersebut misalnya karya Ilyas Zamali yang berjudul “Kedudukan al-Maslahat dalam Hukum Islam (Sebuah Studi Komparatif atas Pemikiran Ibn Qayyim al-Jauziyyah dan Najmuddin *aṭ-Ṭūfī*)”.²² Zamali mencoba meneliti pemikiran maslahat yang ditawarkan oleh Ibn Qayyim al-Jauziyyah dan mengkomparasikannya dengan teori maslahat yang ditawarkan oleh *aṭ-Ṭūfī*. Hasilnya, Ibn Qayyim al-Jauziyyah terlalu berhati-hati dalam menerapkan teori maslahatnya dan banyak memberikan

²² Ilyas Zamali, “Kedudukan al-Maslahat dalam Hukum Islam (Sebuah Studi Komparatif atas Pemikiran Ibn Qayyim al-Jauziyyah dan Najmuddin *aṭ-Ṭūfī*)”, *Skripsi* tidak diterbitkan (Yogyakarta: Fakultas Syariah, UIN Sunan Kalijaga, 2004).

persyaratan untuk bisa menjadikan maslahat sebagai landasan hukum. Berbeda halnya dengan aṭ-Ṭūfī yang cenderung liberal dan tanpa syarat apapun dalam menerapkan maslahat. Isi pokok dari karya ini lebih pada sisi mengkomparasikan teori maslahat menurut aṭ-Ṭūfī dengan teori maslahat menurut Ibn Qayyim al-Jauziyyah.

Karya Sarifudin berjudul “Konsep Maṣlahat Dalam Pandangan Najmuddin aṭ-Ṭūfī dan Pengaruhnya Terhadap Pemikiran Hukum Islam Kontemporer”.²³ Sarifudin menitik beratkan penelitiannya pada pengaruh teori maslahat aṭ-Ṭūfī bagi perkembangan pemikiran hukum Islam kontemporer. Hasilnya, berangkat dari teori maslahatnya yang mampu “menandingi” teks-teks suci, aṭ-Ṭūfī telah menginspirasi banyak pemikir Islam sesudahnya, bahkan konsep maslahat aṭ-Ṭūfī ini telah melahirkan dan mendorong para pemikir Islam kontemporer untuk melakukan dekonstruksi terhadap landasan epistemologi hukum (usul fikih) Islam yang lebih berorientasi pada kemaslahatan manusia. Sehingga dari dekonstruksi tersebut diharapkan akan lahir sebuah metodologi hukum Islam yang lebih progresif dan lebih mengedepankan nilai-nilai keadilan dan kemaslahatan, bukan sebuah metodologi yang hanya berputar pada lingkaran linguistik belaka. Isi pokok dari karya ini lebih pada sisi teori dan pengaruh maslahat terhadap perkembangan pemikiran hukum Islam kontemporer.

²³ Sarifudin, “Konsep Maṣlahat Dalam Pandangan Najmuddin aṭ-Ṭūfī dan Pengaruhnya Terhadap Pemikiran Hukum Islam Kontemporer”, *Skripsi* tidak diterbitkan (Cirebon: Jurusan Syariah, STAIN Cirebon, 2008).

Karya Muhammad Roy Purwanto berjudul “Kritik Terhadap Konsep Maslahat Najmuddin at-Ṭūfi”.²⁴ Sesuai dengan judulnya, Purwanto mencoba mengkritisi teori maslahat at-Ṭūfi dengan menggunakan “cara pandang” Muhammad Syahrur. Hasilnya, menurut Purwanto teori maslahat at-Ṭūfi memiliki kelemahan, baik secara epistemologis maupun secara ideologis. *Pertama*, kelemahan secara epistemologis adalah belum konsistennya penggunaan akal sebagai epistemologi primer bagi konsep maslahatnya. Di satu sisi at-Ṭūfi mengatakan bahwa maslahat adalah dalil paling kuat, tetapi dalam prakteknya maslahat masih “terpasung” oleh apa yang disebutnya sebagai “hegemoni teks”. Menurutnya, at-Ṭūfi juga berpendapat bahwa jika terjadi pertentangan antara nas dan maslahat, maka didahulukan maslahat, namun sekali lagi prakteknya masih belum konsisten. Demikian pula secara metodologis, at-Ṭūfi kurang mengeksplorasi konsep maslahat dengan teori dan definisi yang jelas. Misalnya ia berpendapat bahwa maslahat merupakan dalil yang paling kuat dalam wilayah muamalah, sedangkan untuk wilayah ibadah adalah hak prerogatif Allah Swt, tetapi ia tidak menjelaskan secara terperinci mana yang termasuk wilayah muamalah dan mana yang wilayah ibadah. At-Ṭūfi juga “kesulitan” secara teoritis dalam memutuskan dua hal yang memiliki nilai kemaslahatan yang sama, sehingga ia mengusulkan dengan jalan mengundi. *Kedua*, kelemahan secara ideologis terlihat dari konsep maslahatnya yang sebenarnya rasional, namun kembali terpasung oleh hegemoni teks. Hal ini, menurut Purwanto, pada era at-

²⁴ Muahmmad Roy Purwanto, “Kritik Terhadap Konsep Maslahat Najmuddin at-Ṭūfi”, *Disertasi* (Yogyakarta: Pascasarjana, UIN Sunan Kalijaga, 2013) dan diterbitkan dengan judul *Dekonstruksi Teori Hukum Islam, Kritik terhadap Teori Maslahat Najmuddin at-Ṭūfi* (Yogyakarta: Kaukaba Dipantara, 2014).

Ṭūfī kekuasaan teks begitu menghegemoni, sehingga setiap pendapat dan teori selalu berpusat pada teks. Isi pokok dari karya ini adalah kritik terhadap teori maslahat aṭ-Ṭūfī.

Karya Izzun Nafroni berjudul “Konsep Maslahat asy-Syātibī dan Najmuddin aṭ-Ṭūfī dalam Pembaharuan Hukum Islam”.²⁵ Nafroni menekankan penelitiannya pada pemikiran asy-Syātibī yang cenderung menggunakan metodologi utilitarianistik²⁶ dan pemikiran aṭ-Ṭūfī yang menggunakan metodologi liberalistik,²⁷ sehingga terkesan lebih berani dari asy-Syātibī. Isi pokok dari karya ini adalah mengkomparasikan teori maslahat antara aṭ-Ṭūfī dengan asy-Syātibī. Karya selanjutnya yang membahas maslahat aṭ-Ṭūfī adalah yang ditulis oleh Yusdani berjudul “Peranan Kepentingan Umum dalam Reaktualisasi Hukum: Kajian Konsep Hukum Islam Najmuddin Aṭ-Ṭūfī”.²⁸ Menurut Yusdani, pemikiran aṭ-Ṭūfī dalam konteks muamalah modern saat ini bisa digunakan sebagai rujukan untuk melakukan reaktualisasi hukum Islam dengan cara mendasarkan konsep kepentingan umum (baca: maslahat) sebagai substansi yang disarikan dari al-Quran dan hadis sehingga bisa dipertanggungjawabkan secara keagamaan.

²⁵ Izzun Nafroni, “Konsep Maslahat Asy-Syātibī dan Najmuddin aṭ-Ṭūfī dalam Pembaharuan Hukum Islam”, *Skripsi* tidak diterbitkan (Yogyakarta: Fakultas Syariah, UIN Sunan Kalijaga, 2008).

²⁶ Metodologi *utilitarianistik* adalah model usul fikih yang menjelaskan bahwa *maqāṣid asy-Syariah* yang didukung oleh nas pasti mengandung kemaslahatan. Dan kemaslahatan yang tidak didukung oleh nas, wajib diabaikan atau dimulghakan. Lihat Arifah Millati Agustina, “Teori Riayah al-Maslahat aṭ-Ṭūfī dan Aplikasinya dalam Menakar Problematika Ihdad”, *Tesis* tidak diterbitkan (Yogyakarta: Pascasarjana, UIN Sunan Kalijaga, 2012), h. 12.

²⁷ Metodologi *liberalistik* adalah model usul fikih yang bercirikan karakter pemikiran liberal dan radikal. Menurut model ini dalam kaitannya dengan teori maslahat aṭ-Ṭūfī, maslahat harus didahulukan dari dalil-dalil lain termasuk nas dan ijma. *Ibid.*

²⁸ Yusdani, *Peranan Kepentingan Umum Dalam Reaktualisasi Hukum: Kajian Konsep Hukum Islam Najmuddin Aṭ-Ṭūfī* (Yogyakarta: UII Press, 2000).

Menurutnya, konsep *aṭ-Ṭūfī* bisa menjadi jalan keluar bagi problem-problem sosial, politik, budaya, dan lain sebagainya. Isi pokok karya ini membahas teori dan reaktualisasi maslahat *aṭ-Ṭūfī*.

Di samping itu, para sarjana Islam juga banyak yang membahas pemikiran maslahat *aṭ-Ṭūfī* dalam bentuk serpihan-serpihan kecil yang dimasukan dalam karya-karya mereka, yang berkaitan dengan *uṣul fikih*.²⁹ Usaha-usaha sederhana untuk membahas teori maslahat *aṭ-Ṭūfī* secara khusus dan mendalam juga sudah banyak dilakukan, misalnya artikel yang ditulis oleh Faqihudin Abd. Qodir, “*Nazariyyah al-Maṣlahat inda aṭ-Ṭūfī*” dalam Lektur, STAIN Cirebon.

Umumnya, penelitian yang dilakukan oleh para peneliti sebelumnya adalah penelitian yang fokus pada kedudukan maslahat secara konseptual, namun masih sedikit yang bersifat aplikatif. Penulis baru menemukan satu penelitian yang aplikatif terkait maslahat *aṭ-Ṭūfī*, yaitu penelitian Arifah Millati Agustina yang mencoba menerapkan maslahat *aṭ-Ṭūfī* dengan problem *ihdad*. Adapun terkait dengan aplikasi maslahat *aṭ-Ṭūfī* dengan status anak di luar perkawinan, penulis belum menemukannya, apalagi Mahkamah Konstitusi pada tahun 2012 telah menjatuhkan putusannya terkait dengan status anak di luar perkawinan. Inilah yang menyebabkan Penulis mencoba meneliti teori maslahat *aṭ-Ṭūfī* ketika digunakan untuk “membaca” dan menganalisis problem status anak di luar perkawinan sebagaimana yang disinggung dalam putusan Mahkamah Konstitusi

²⁹ Dapat dicontohkan di sini misalnya Nasrun Haroen dalam karyanya *Uṣul Fikih 1*, Abd. Wahab Khallaf dalam karyanya *Maṣādir at-Tasyri al-Islāmi Fi Mā Lā Nas Fīhi*, Mustafa Zaid dalam karyanya *al-Maṣlahat Fi at-Tasyri al-Islāmi wa Najmuddīn aṭ-Ṭūfī*, Husein Hamid Hasan dalam karyanya *Nazariyyah al-Maṣlahat fi al-Fiqh al-Islam*, Abd. Hamid Hakim dalam kitabnya *al-Bayan*, dan lain-lain.

tersebut, sebab Penulis melihat ada alur keterkaitan yang sama antara putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dengan teori maslahat yang dibawa at-Ṭūfī.

E. Kerangka Teoritik.

Najmuddin at-Ṭūfī berpandangan bahwa inti dari seluruh ajaran Islam yang termuat dalam nas adalah maslahat bagi umat manusia. Karenanya, seluruh bentuk kemaslahatan disyariatkan dan kemaslahatan itu tidak perlu mendapatkan dukungan dari nas, baik oleh nas tertentu maupun oleh makna yang dikandung oleh sejumlah nas. Maslahat, menurutnya merupakan dalil paling kuat yang secara mandiri dapat dijadikan alasan dalam menentukan hukum syarak.³⁰ Pembahasan at-Ṭūfī tentang teori maslahat bertolak dari hadis Rasulullah yang berbunyi:

لا ضرر ولا ضرار في الاسلام

Artinya: Tidak boleh memudaratkan dan tidak boleh (pula) dimudaratkan (orang lain) dalam Islam. (HR. al-Hakim, al-Baihaqi, ad-Daruqutni, Ibnu Majah dan Ahmad Ibn Hanbal).³¹

³⁰ Lihat Nasrun Haroen, *Uşul...*, h. 117-119. Kerangka berpikir seperti ini juga digunakan oleh intelektual muda NU, Ulil Absar-Abdalla dalam artikelnya, “Menyegarkan Kembali Pemahaman Islam”, *Kompas*, edisi 18 Nopember 2002. Disinyalir pemikiran Ulil ini terinspirasi oleh gagasan maslahatnya at-Ṭūfī.

³¹ Menurut at-Ṭūfī hadis ini *hasan*. Ibn Majah dan Imam Hadis lainnya mengambil hadis ini dari jalur Abi Sa'id Sa'ad bin Malik bin Sannan al-Khudry dan memandang hadis ini *musnad*. Imam Malik juga meriwayatkan hadis ini dalam kitab *al-Muwata'*-nya melalui jalur Umar bin Yahya dari ayahnya dengan menggugurkan Abu Sa'id, dan menilai hadis ini *mursal*. Namun demikian, at-Ṭūfī berpendapat bahwa walaupun *sanad-sanad* hadis ini menunjukkan derajat *musnad* dan *mursal* tapi keduanya saling menguatkan (*lahu turuq yaqwi ba'duha bi ba'din*). Menurutnya, ketika dikumpulkan atau disatukan *sanad-sanad* yang lemah (*layyin* atau *do'if*) maka *sanad* tersebut akan menjadi kuat, sehingga hadis tersebut wajib untuk diamalkan. Lihat at-Ṭūfī, *Syarh Arba'in an-Nawawiyyah* (Kuwait: Dar al-Qalam, 1972), h. 106-107.

Lebih jauh aṭ-Ṭūfi berpandangan bahwa sesungguhnya nas, ijma dan dalil-dalil syariah yang lain hanyalah merupakan perantara (*al-wasā'il*) untuk mewujudkan kemaslahatan manusia (*maṣāliḥ an-nās*). Sedangkan kemaslahatan manusia merupakan tujuan (*al-maqāṣid*) dari diturunkannya syariat Islam. Oleh sebab itu, wajib mendahulukan *maqāṣid* (maslahat) dari *wasā'il* (nas, ijma dan dalil yang lain). Dan karena alasan ini pula, maslahat bisa menasakh atau membatalkan sebagian hukum-hukum syar'i yang dihasilkan dari dalil lain (nas dan ijma), karena kepentingan menjaga maslahat.³²

Berkaitan dengan kemaslahatan manusia, Ibn Qayyim al-Jauziyyah berpendapat bahwa syariat Islam itu dibangun di atas pondasi kemaslahatan manusia (*maṣāliḥ al-ibād*). Menurutnya, syariat Islam itu seluruhnya adil, mengandung rahmat, maslahat dan hikmah. Sehingga konsekuensinya, segala sesuatu yang keluar dari keadilan, rahmat dan mendatangkan mafsadat tidak bisa dikategorikan, apalagi diklaim sebagai syariat. Bahkan lebih jauh Ibn Qayyim menyatakan, disebabkan kita bodoh dan tidak memahami teori maslahat ini, kita telah terjebak pada kesalahan yang besar di dalam memahami syariat.³³ Di samping itu, kemaslahatan manusia juga selalu berubah dari masa ke masa, sebagaimana bunyi sebuah kaidah:

تغير الفتوى و اختلاها بحسب تغير الأزمنة و الإمكانة³⁴

³² Lihat Abd. WahabKhallaf, *Maṣadir...*, h. 99.

³³ Ibn Qayyim al-Jauziyyah, *Ilam al-Muwaqī'in 'an Rab al-Ālamīn* (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1993), juz-3, h. 11.

³⁴ *Ibid.*

Sepertinya kaidah ini dibuat untuk merespon kemaslahatan yang sewaktu-waktu bisa berubah karena disebabkan perbedaan masa, tempat dan keadaan. Tentu saja, konteks di masa lalu dengan masa kini dan masa yang akan datang pasti berbeda. Masyarakat modern mempunyai logika dan sikap yang jauh berbeda dengan apa yang dihadapi masyarakat arab di zaman dulu. Mungkin juga letak geografis Indonesia dan beberapa negara asia lainnya memberikan inspirasi bagi lahirnya sebuah interpretasi baru terhadap doktrin dan dogma keagamaan. Perbedaan konteks dan sejarah inilah yang menyebabkan perlunya pembacaan yang bersifat *distingtif* antara syariah dengan *maqāsid asy-Syariah*, yang tentu saja kemaslahatan manusia harus dijadikan patokan utamanya.³⁵

Di sini, lalu muncul gelombang yang cukup besar untuk menghadirkan syariat secara *substantif*, yang antara lain dilakukan oleh Ali Jum'ah (Mesir), Abid al-Jabiri (Maroko), Abdullahi Ahmed An-Naim (Sudan), Hassan Hanafi (Mesir), Nasser Hamid Abu Zaid (Mesir), Yasser Audah, Abdurrahman Wahid (Indonesia), Amin Abdullah (Indonesia), dan lain-lain. Menurut mereka, syariat sejatinya dipahami sebagai sekumpulan nilai yang memberikan perhatian bagi masalah-masalah kemanusiaan. Untuk itu, yang mesti diangkat ke permukaan adalah syariat sebagai sumber kemaslahatan. Kemaslahatan yang dimaksud tidak hanya untuk Tuhan dan penguasa *an sich*, melainkan kemaslahatan bagi manusia di seantero alam, apapun agamanya, suku dan ras-nya. Karenanya, yang perlu dikedepankan adalah *fiqh al-Maqāsid*, yaitu fikih yang lebih mengutamakan nilai-

³⁵ Lihat Zuhairi Misrawi (ed), *Dari Syariat menuju Maqāsid asy-Syariat* (Jakarta: KiKj, 2003), h. 55-56.

nilai kemanusiaan universal, seperti kemaslahatan, keadilan, dan kesetaraan, daripada hukum-hukum yang bersifat *partikular*.³⁶

Untuk mengetahui dan memahami kemaslahatan manusia, aṭ-Ṭūfī menawarkan akal dan adat kebiasaan masyarakat sebagai alatnya.³⁷ Hal ini juga diakui oleh Imam Izzuddin Ibn Abd as-Salām yang menyatakan bahwa kemaslahatan dan kemafsadatan dunia dapat dipahami dan diketahui dengan akal manusia.³⁸

Tidak seperti ulama lainnya yang membagi maslahat menjadi beberapa macam seperti *mu'tabarah*, *mulgah*, *mursalah*, *ḍaruriyyah* dan *gairu ḍaruriyyah*, aṭ-Ṭūfī tidak melakukan dan tidak mengakui pembagian semacam itu.³⁹

Menurut hemat Penulis, pembagian maslahat semacam itu hanya akan memberi “batas” pada kemaslahatan itu sendiri, sehingga upaya-upaya untuk melakukan interpretasi-interpretasi baru yang berorientasi pada kemaslahatan manusia akan selalu mengalami ganjalan dan cenderung untuk ditentang. Karena

³⁶ *Ibid.*, h. 57.

³⁷ Menurut aṭ-Ṭūfī akal dan adat kebiasaan masyarakat bisa digunakan sebagai jalan untuk menetapkan maslahat (*isbat al-Maslahat*) khusus pada bidang muamalah, bukan ibadat. Lihat Faqihuddin, “Nazariyah..”, h. 47.

³⁸ Lihat Izzuddin Ibn Abd as-Salam, *Qawāid al-Ahkam fi Maṣālih al-Anām* (Beirut: Muasasah ar-Royyan, 1998), h. 6. Penggunaan akal (*ar-Ra'yu*) sebagai alat untuk *isbat al-Maslahat* memang sangat rentan dengan campur tangan hawa nafsu, sehingga dibutuhkan ekstra hati-hati untuk melakukannya. Hal ini juga diakui oleh Abdul Wahab Khallaf ketika menerangkan maslahat sebagai salah satu sumber hukum (*maṣādir al-Ahkam*) pada kasus di mana nas tidak menerangkannya. Lihat Abdul Wahab Khallaf, *Maṣadir..*, h. 85.

³⁹ Najmuddin aṭ-Ṭūfī, *Syarh Mukhtaṣar ar-Rauḍah*, tahqiq Abdullah Ibn Abd. al-Muhsin (Turki: Muasasah ar-Risalah, t.t.), h. 214.

mereka yang menentang akan selalu bertanya, apakah nas memberikan konfirmasinya atas kemaslahatan tersebut atau tidak?

Berbeda dengan kajian para Penulis sebelumnya penelitian ini memberikan perhatian pada kerangka konseptual dan landasan epistemologi at-Ṭūfi dalam merumuskan teori maslahat-nya, kemudian mencoba untuk digunakan “membaca” dan menganalisis putusan Mahkamah Konstitusi tentang status anak di luar perkawinan, yang sekilas ‘bertentangan’ dengan teks, baik teks-teks keagamaan maupun teks peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia.

Lebih dari itu, kajian ini akan memberi perhatian pada *implikasi* dan *signifikansi* gagasan maslahat at-Ṭūfi bagi perkembangan ajaran Islam dalam memecahkan dan menjawab problem-problem kehidupan manusia kontemporer yang terus berkembang, yang hampir tidak dilihat oleh para Penulis sebelumnya.

F. Metode Penelitian.

1. Jenis Penelitian.

Penelitian ini merupakan penelitian kepustakaan (*library research*)⁴⁰ yang dilakukan dengan meneliti karya at-Ṭūfi dalam bidang uşul fikih yaitu *Risālah fi Ri'āyah al-Maslahat*, khususnya pandangannya tentang konsep maslahat dan salinan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 tentang status anak di luar perkawinan. Di samping itu, Topik (*unit of analysis*) penelitian ini

⁴⁰ Lihat Lexi J. Moleong, *Penelitian Kualitatif* (Bandung: Rosdakarya, 2002), h. 164.

berkaitan dengan pemikiran seorang tokoh, yakni pemikiran Najmuddin at-Ṭūfī tentang masalahat. Sehubungan dengan itu, maka penelitian ini termasuk dalam penelitian filsafat, dan metode yang digunakannya adalah metode penelitian historis faktual mengenai tokoh yang membahas pikiran salah seorang tokoh berkenaan dengan salah satu topik dari pemikiran tokoh tersebut.⁴¹

Dalam pada itu, karena isu yang diangkat oleh at-Ṭūfī berkaitan dengan teks-teks keagamaan (nas dan ijma), dan masalahat sebagai sumber hukum Islam maka pemikiran at-Ṭūfī ini akan dianalisis berdasarkan teori-teori usul fikih. Dengan demikian, dalam peta keilmuan Islam (*ad-Dirasah al-Islamiyyah*), pohon ilmu studi ini berada dalam wilayah kajian syariah bidang usul fikih (epistemologi hukum Islam).

2. Sifat Penelitian.

Penelitian ini bersifat deskriptif-analitis.⁴² Dalam penelitian ini, penulis mencoba menjelaskan bagaimana kerangka epistemologi at-Ṭūfī terkait dengan teori masalahatnya serta mengaitkannya dengan problem status anak di luar perkawinan (Putusan MK). Kemudian setelah itu, penulis mencoba akan menerapkan teori masalahat at-Ṭūfī untuk menganalisis Putusan MK tersebut terkait kasus status anak di luar perkawinan.

⁴¹ Sudarto, *Metodologi Penelitian Filsafat* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002), h. 95.

⁴² Deskriptif-analitis adalah menggambarkan secara proporsional bagaimana objek yang diteliti, serta meng-interpretasi-kan data-data yang ada untuk selanjutnya dianalisis. Dalam deskriptif-analitis lebih menekankan proses daripada hasil. Lihat Soejono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: UI Press, 2006), h. 96.

3. Metode Pengumpulan Data.

Wujud atau bentuk data⁴³ dalam penelitian ini adalah pernyataan-pernyataan atau pemikiran aṭ-Ṭūfī yang tersebar diberbagai sumber dan terutama yang telah ditahqiq oleh Ahmad Abd. ar-Rahim as-Sāyih dalam kitab “*Risālah fi Ri’āyah al-Maslahat*”.

Di samping data-data tentang pemikiran aṭ-Ṭūfī, penulis juga mengumpulkan dan menganalisa data-data atau dokumen resmi yang terkait dengan putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 tentang Status Anak Di Luar Perkawinan melalui website resmi Mahkamah Konstitusi.

Karena jenis penelitian ini merupakan penelitian pustaka (*library research*), maka penulis menggunakan metode pengumpulan data secara dokumentasi (*documentation*)⁴⁴ dengan langkah-langkah sebagai berikut:

1. Mencari bahan-bahan berupa buku karya aṭ-Ṭūfī yang membahas tentang maslahat, yaitu *Risālah fi Ri’āyah al-Maslahat* dan salinan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 tentang status anak di luar perkawinan.

⁴³ Menurut Nuzzula Agustina, wujud data bisa berbentuk himpunan fakta, angka, grafik, tabel, gambar, lambang, kata, huruf-huruf yang menyatakan suatu pemikiran, objek, serta kondisi dan situasi. Lihat Tim Anneahira, “Pengertian Data dan Metode Pengambilannya”, dalam <http://www.anneahira.com>, diakses pada tanggal 11 Januari 2015. Wujud data juga bisa berbentuk dokumen yang berupa (1) peninggalan-peninggalan fisik yang berasal dari masa silam, (2) arsip, yang meliputi data sensus, statistik vital, data ekologis dan demografis, dokumen pribadi, catatan harian dan sejarah kehidupan seseorang atau kelompok, bahan media massa, dan dokumen resmi perundang-undangan. Lihat Aghoest Tsalim, “Data Kualitatif, Data Kuantitatif, Populasi dan Sampel Dalam Penelitian” dalam <https://aghoestmoemet.wordpress.com>, diakses pada tanggal 11 Januari 2015.

⁴⁴ Cara kerja metode dokumentasi ini adalah menelusuri karya-karya yang berkaitan dengan topik kajian, kemudian dikelompokkan ke dalam data yang berkaitan langsung seperti data primer, ataupun yang tidak langsung, seperti data sekunder dan tersier. Lihat Winarno Surakhman, *Pengantar Penelitian Ilmiah* (Bandung: Tarsito, 1980), h. 162.

2. Melengkapi data-data- primer dengan data-data pendukung karya-karya sarjana Islam lain yang menganalisis teori masalahat aṭ-Ṭūfi. Kemudian karya-karya lain terkait dengan status anak di luar perkawinan.
 3. Dari data-data yang penulis peroleh, baik dari sumber primer, sekunder, maupun tersier, kemudian diolah secara kritis dan mendalam untuk dapat mengetahui bagaimana pandangan aṭ-Ṭūfi terkait teori masalahatnya. Setelah itu kemudian penulis terapkan dalam kasus status anak diluar perkawinan.
 4. Langkah selanjutnya adalah menganalisa data yang diperoleh dari sumber-sumber primer dan sekunder. Setelah dianalisa dengan tajam, seksama dan mendalam, kemudian ditarik kesimpulan, implikasi dan rekomendasi.
4. Sumber Data.

Dalam penelitian ini, sumber data yang dijadikan acuan adalah sebagai berikut:

- a) Sumber primer, dalam penelitian ini adalah karya agung aṭ-Ṭūfi yang telah ditahqiq dan dita'liq oleh Ahmad Abdurrahim as-Sāyih, yaitu *Risālah fī Ri'āyah al-Maslahat, Syarh Arba'īn An-Nawawiyyah, Syarh Mukhtaṣar ar-Rauḍah*, dan salinan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 tentang status anak di luar perkawinan.

- b) Sumber sekunder, dalam hal ini yang terkait dengan teori masalah at-Ṭūfī adalah *Ḍawābit al-Maslahat fī Syariah al-Islāmiyyah* karya Said Ramadan al-Buṭī, *Ilam al-Muwaqī'īn an Rab al-Ālamīn* karya Ibn Qayyim al-Jauziyyah, *al-Muwāfāqāt fī Uṣul asy-Syariah* karya asy-Syātībī, *Maṣādir at-Tasyri al-Islāmī fī Mā Lā Naṣ fīhi* karya Abdul Wahab Khallaf, *Qawāid al-Ahkam fī Maṣāliḥ al-Anām* karya Izzuddin Ibn Abdussalam. Sedangkan yang terkait dengan konsep status anak di luar perkawinan adalah *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatat* karya Neng Djubaedah,⁴⁵ *Nasab dan Status Anak Dalam Hukum Islam* karya M. Nurul Irfan,⁴⁶ dan *Politik Hukum, Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi* karya Ahmad Fadlil Sumadi.⁴⁷
- c) Sumber tersier merupakan sumber data yang menjelaskan sumber data primer dan sekunder, seperti kamus, jurnal dan makalah. Dalam penelitian ini adalah *Kamus Kontemporer Arab-Indonesia* karya Attabik Ali dan A. Zuḥdi Muḥdlor, *Jurnal Lektur STAIN Cirebon*, *Jurnal Dirosah Islamiyah*, Jakarta, dan makalah Amin Abdullah.

⁴⁵ Merupakan staff ahli Majelis Ulama Indonesia (MUI), di mana lembaga ini telah mengeluarkan fatwa yang isinya “tidak setuju” dengan putusan Mahkamah Konstitusi (MK).

⁴⁶ Merupakan saksi ahli yang diajukan oleh pemohon (Machicha Mochtar) dalam persidangan Mahkamah Konstitusi (MK) terkait dengan permohonan yang diajukan pemohon.

⁴⁷ Merupakan salah satu dari sembilan Hakim Mahkamah Konstitusi (MK) yang terlibat dalam melahirkan putusan Mahkamah Konstitusi (MK) nomor: 46/PUU-VIII/2010.

5. Pendekatan.

Dalam penelitian ini, penulis fokus terhadap teori-teori filsafat hukum Islam atau usul fikih, yaitu teori maslahat at-Ṭūfi, sehingga dengan demikian penelitian ini menggunakan metode pendekatan *uṣuliyyah*⁴⁸ untuk menerapkan teori maslahat at-Ṭūfi pada kasus status anak di luar perkawinan.

6. Analisis Data.

Dalam menganalisa data, Penulis berupaya dengan melakukan langkah-langkah sebagai berikut: menginventarisasi pokok-pokok pemikiran at-Ṭūfi, evaluasi kritis dengan membandingkan uraian-uraian para ahli mengenai tokoh tersebut, sintesis dengan cara menentukan pendapat mana yang memperkaya dan pendapat mana yang menyimpang. Setelah itu, dengan bertolak dari segala perbedaan pendapat diantara para ahli, dan dari evaluasi kritis terhadap mereka, kemudian dikaitkan dengan problem status anak di luar perkawinan (Putusan MK). Dengan ditemukannya bahan baru dapat dibuat pendekatan baru yang membawa ke suatu pemahaman baru, yang diharapkan dapat mengatasi semua persoalan yang timbul sekarang.⁴⁹ Setelah itu Penulis berusaha membuat interpretasi dan kesimpulan sebagai refleksi Penulis sendiri.

⁴⁸ Lihat Syamsul Anwar, "Pengembangan Metode Penelitian Hukum Islam." *Profetika*, Jurnal Program Magister Studi Islam UMS Surakarta, Vol. 4, No. 1, Januari 2002, h. 51.

⁴⁹ Sudarto, *Metodologi...*, h. 96-97.

7. Sitematika Pembahasan.

Penulisan penelitian ini dibagi ke dalam lima bab, dengan sistematika sebagai berikut:

- BAB I** Pendahuluan. Bab ini berisi desain penelitian yang menjelaskan latar belakang dan rumusan masalah, tujuan dan kegunaan penelitian, kajian pustaka, kerangka teoritik dan metodologi penelitian.
- BAB II** Biografi Najmuddin aṭ-Ṭūfi, sebagai upaya awal untuk melacak faktor-faktor yang mungkin melatari, mempengaruhi, dan membentuk pemikirannya. Bab ini juga membahas metode istimbat̃ hukum yang digunakan oleh aṭ-Ṭūfi ketika dihadapkan suatu kasus yang berkaitan dengan teori maslahat-nya.
- BAB III** Bab ini membahas tinjauan umum konsep maslahat dalam Islam, kemudian disusul dengan pembahasan teori maslahat yang ditawarkan oleh aṭ-Ṭūfi.
- BAB IV** Bab ini mengkaji dan menganalisa definisi dan konsep perkawinan menurut hukum Islam dan hukum perkawinan di Indonesia, serta konsep status anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Dalam bab ini juga dibahas relevansi dan penerapan teori maslahat aṭ-Ṭūfi dalam menganalisis kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang status anak di luar perkawinan.

BAB V Berisi penutup atau kesimpulan. Di sini penulis mencoba untuk membuat sebuah “benang simpul” dari teori masalah at-Ṭūfī yang telah digunakan untuk “membaca” dan menganalisis putusan Mahkamah Konstitusi (MK) tersebut dalam upaya menjawab problem status anak di luar perkawinan sebagai sebuah refleksi pemikiran penulis sendiri.



BAB V

P E N U T U P

Kesimpulan

Berdasarkan kajian yang telah dipaparkan pada bab-bab di atas, dapat diambil kesimpulan sebagai berikut :

1. Pada dasarnya, teori maslahat yang digagas oleh aṭ-Ṭūfī bisa diterapkan pada semua kasus yang menuntut adanya kemaslahatan. Teori maslahat gagasan aṭ-Ṭūfī tidak bersifat “eksklusif”. Gagasan maslahatnya adalah “inklusif”. Sehingga teori maslahat aṭ-Ṭūfī relevan dan bisa diterapkan dalam kasus putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 tentang status anak di luar perkawinan. Di samping itu, semangat hukum progresif-responsif yang mengedepankan keadilan substantif yang dikembangkan oleh MK sejalan dengan pemikiran aṭ-Ṭūfī yang mengedepankan kemaslahatan.
2. Untuk menerapkan teori maslahat yang digagas aṭ-Ṭūfī, maka langkah-langkah yang harus ditempuh adalah sebagai berikut:
 - a) Apabila antara teks-teks hukum (nas, ijma dan undang-undang) dengan kemaslahatan itu sejalan, maka kemaslahatan bisa diterapkan dengan mudah, tanpa “konflik”. (فإن وافقها فيها ونعمت ولا تنازع).

Contoh dalam kasus ini adalah putusan MK yang menasabkan anak hasil perkawinan sirri yang tidak dicatatkan dan sah menurut agama kepada ayah biologisnya. Di sini, antara teks-teks hukum dengan

kemaslahatan tidak bertentangan sehingga dapat diterapkan dengan mudah.

- b) Akan tetapi, apabila antara teks-teks hukum (nas, ijma dan undang-undang) dengan kemaslahatan itu tidak sejalan, terjadi pertentangan, maka dalam kasus ini, kemaslahatan harus didahulukan atas teks-teks hukum tersebut. (وإن خالفها وجب تقديم المصلحة عليهما بطريق (التخصيص والبيان لهما).

Contoh dalam kasus ini adalah putusan MK yang menetapkan adanya “hubungan keperdataan” antara anak hasil zina dengan ayah biologisnya berdasarkan bukti hukum dan/atau ilmu pengetahuan dan teknologi. Maka dengan teori at-Ṭūfī berdasarkan pertimbangan kemaslahatan, anak hasil zina dapat memiliki “hubungan keperdataan” dengan ayah biologisnya, bahkan lebih jauh lagi bisa dinasabkan kepada ayah biologisnya tersebut.

Saran-Saran

Berkaitan dengan konteks pembahasan, dalam hal ini Penulis mencoba untuk melontarkan rekomendasi sebagai refleksi pemikiran Penulis sendiri :

1. Gagasan at-Ṭūfī tentang maslahat ini bisa menjadi ruh bagi pengembangan pemikiran hukum Islam guna menjawab problematika kontemporer. Di samping itu, konsep maslahat at-Ṭūfī ini juga bisa dijadikan landasan bagi pengembangan epistemologi hukum Islam (usul fikih) di Indonesia. Sehingga akan lahir aturan-aturan atau hukum-hukum yang lebih bernuansa “lokalis”, tidak lagi bernuansa arabis. Tentu saja dengan tidak

meninggalkan nilai-nilai universal (seperti keadilan, kemaslahatan, hak asasi manusia dan lain sebagainya).

2. Gagasan at-Ṭūfi, walaupun penuh dengan kontroversial dan bertentangan dengan *mainstream* pemikiran ulama pada umumnya, namun tidak menjadikan gagasan-gagasannya secara serta merta dianggap sesat, menyimpang dan tidak boleh dikembangkan lebih lanjut. Selama gagasannya bisa menjadi ruh dan “lokomotif” bagi pengembangan pemikiran hukum Islam, maka upaya-upaya untuk mengembangkan gagasan maslahat-nya adalah sah-sah saja. Apalagi gagasan maslahat at-Ṭūfi ini ternyata sejalan dengan teori hukum progresif yang digagas oleh Satjipto Rahardjo dan hukum responsif yang kedua-duanya dikembangkan oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

Sebagai akhir kata, Penulis ingin mengutip sebuah kaidah: *al-Aḥkām bil Maqāṣid, Lā bil Alfāz. Wa Allāhu A’lam bi aṣ-Ṣawāb.*

DAFTAR PUSTAKA

- Abādī, Abdullah bin Sa'īd Muhammad, *Īdāh al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, ttp.: al-Haramain, t.t.
- Abdullah, M. Amin, *Falsafah Kalam di Era Postmodernisme*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1995.
- ‘Ādawī al-, Muṣṭafā, *Jāmi Ahkām an-Nisā*, Kairo: Dar Ibn Affan, 2012.
- Ali, Muhammad Kurdi, *al-Islām wa al-Haḍārah al-Arabiyyah*, ttp.: Ta'lif wa al-Nasyr, 1355 H.
- Alim, Yusuf Hamid, *al-Maqāshid al-‘Āmmah li asy-Syarīah al-Islāmiyyah*, Riyad: Ma'had Alī al-Fikrī al-Islāmī, 1994.
- Amiri al-, Abdullah M. al-Husein, *Dekonstruksi Sumber Hukum Islam: Pemikiran Hukum Najm ad-Dīn at-Ṭūfī*, terj. Abdul Basir, Jakarta: Gaya Media Pratama, 2004.
- Arifah Millati Agustina, *Teori Ri'āyah al-Maslahat at-Ṭūfī dan Aplikasinya dalam Menakar Problematika Ihdad*, Tesis tidak diterbitkan, Yogyakarta: Pascasarjana, UIN Sunan Kalijaga, 2012.
- Arkoun, Muhammad, *al-Islām: al-Akhlaq wa as-Siyasah*, Beirut: Markaz al-Inma al-Qoumi, 1990.
- Asyaukanie, Luthfi, *Wajah Liberal Islam di Indonesia*, Jakarta: JIL dan TUK, 2002.
- Azra, Azyumardi “Kaum Syi’ah Di Asia Tenggara: Menuju Pemulihan Hubungan Dan Kerja Sama”, dalam Diky Sofjan (penyunting), *Sejarah & Budaya Syiah Di Asia Tenggara*, Yogyakarta: Sekolah Pascasarjana Universitas Gajah Mada, 2013.
- Badran, Badran Abu al-Ainain, *Huqūq al-Aulād fī asy-Syarīah al-Islāmiyyah wa al-Qānūn*, Iskandariah: Muasasah Syabab al-Jamī’ah, t.t.
- Budiarti, Rita Triana, *Kontroversi Mahfud MD Jilid 2: Di Balik Putusan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Konstitusi Press, 2013.
- Bu’ūd, Ahmad, *Ijtihad Baina Haqāiq at-Tarikh wa Muṭaṭaliba al-Waqi’*, ttp.: Dar as-Salam, 2005.

- Būṭī al-, Muh. Sa'īd Ramaḍān, *Ḍawābiṭ al-Maṣlahah fī Syarīah Islāmiyyah*. Beirut: Muasasah ar-Risalah, 1982.
- Dahlan, Abdul Azis, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jakarta: Ichtiar Baru van Hoeve, 2000.
- Dimasyqi ad-, Taqiyuddin Abi Bakar Muhammad bin Abd al-Mu'min al-Ḥiṣni, *Kifāyah al-Akhyār fī Ḥalli Gāyatal Ikhtiṣār*, Jeddah: Dar al-Minhaj, 2009.
- Djubaidah, Neng, *Pencatatan Perkawinan & Perkawinan Tidak Dicatat Menurut Hukum Tertulis Di Indonesia Dan Hukum Islam*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012.
- Fatkurohman dkk, *Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004.
- Fuady, Munir, *Perbuatan Melawan Hukum: Pendekatan Kontemporer*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2013.
- Fuady, Munir, *Teori Hukum Pembuktian: Pidana dan Perdata*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2012.
- Gazālī al-, Abu Ḥamid, *Muṣṭasyfā fī Ilm Uṣūl*. Beirut: Dar al-Kutūb al-Ilmiyyah, 1983.
- Hadjon, Philipus M. dan Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum*, Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2014.
- Hakim, Abdul Hamid, *al-Bayan*. Jakarta: Sa'adiyyah Putra, t.t.
- Hallaq, Wael B., *Sejarah Teori Hukum Islam: Pengantar Ushul Fiqh Madzhab Sunni*, terj. E. Kusnadinigrat dan Abdul Haris bin Wahid, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2000.
- Haroen, Nasrun, *Ushul Fiqh 1*, Jakarta: Logos, 1997.
- Hasaballah, Alī, *al-Furqah baina az-Zaujain wa mā Yata'allaqu bihā min 'Iddah wa Nasab*, ttp.: Multazam, 1996.
- Ilyas Zamali, *Kedudukan al-Maslahat dalam Hukum Islam (Sebuah Studi Komparatif atas Pemikiran Ibn Qayyim al-Jauziyyah dan Najm ad-Din at-Tūfī)*, Skripsi tidak diterbitkan, Yogyakarta: Fakultas Syariah, UIN Sunan Kalijaga, 2004.

- Irfan, M. Nurul, *Nasab dan Status Anak Dalam Hukum Islam*, Jakarta: Amzah, 2013.
- Isa, Abd Jalīl, *Ijtihad ar-Rasul*, Edisi Indonesia, *Ijtihad Rasulullah* Yogyakarta: Cahaya Hikmah, 2004.
- Izzun Nafroni, *Konsep Maslahat Asy-Syāṭibī dan Najmuddin at-Ṭūfī dalam Pembaharuan Hukum Islam*, Skripsi tidak diterbitkan, Yogyakarta: Fakultas Syariah, UIN Sunan Kalijaga, 2008.
- Jabiri al-, Muh. Ābid, *ad-Din wa ad-Daulah wa Ṭatbiq al-Syarīah*, Edisi Indonesia, *Agama, Negara, dan Penerapan Syariah*, Yogyakarta: Fajar Pustaka Baru, 2000.
- Jalil, Abd dkk, *Fiqh Rakyat; Pertautan Fiqh dan Kekuasaan*, Yogyakarta: LkiS, 2000.
- Jauziyyah al-, Ibn al-Qayyim, *Ilām al-Muwaqī'īn 'an Rab al-'Ālamīn*, Beirut: Dar al-Kutūb al-Ilmiyyah, 1993.
- Juzairi al-, Abdurrahman, *Kitāb al-Fiqh alā Mazāhib al-Arba'ah*, Kairo: Maktabah as-Šaqāfah ad-Dīniyyah, 2012.
- Khalaf, Abdul Wahhab, *Ilmu Ushul Fiqh*. (terj). Semarang: Dimas, 1994.
- , *Maṣadir at-Tasyri' al- Islāmī fī mā Lā Naṣ fīhi*. Kuwait: Dar al-Qalam, 1972.
- , *Ilmu Uṣl Fiqh*. Kuwait: Dar al-Qalam, 1978.
- Khan, Qomaruddin, *Pemikiran Politik Ibn Taimiyah*, terj. Anas Mahyudin, Bandung: Pustaka, 1983.
- Khatib al-, Yasin bin Nasir bin Mahmud, *Šubut an-Nasab*, Jeddah: Dar al-Bayan al-Arabi, 1987.
- Librayanto, Romi, *Trias Politica dalam Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Makassar: Pukap-Indonesia, 2008.
- Madjid, Nurkholis dkk. *Fiqh Lintas Agama; Membangun Masyarakat Inklusif-Pluralis*. (Ed.) Mun'im A Sirry. Jakarta: Paramadina,
- Mahfudz, Sahal, *Nuansa Fiqh Sosial*. Yogyakarta: LKiS, 1994.
- Mannan, Abdul, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006.

- Masduqi, Irwan dkk, *Kontekstualisasi Turats: Telaah Regresif dan Progresif*, Kediri: Koprak, 2005.
- Mertokusumo, Sudikno, *Penemuan Hukum: Sebuah Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2009.
- , *Mengenal Hukum*, Yogyakarta: Liberty, 1985.
- Misrawi, Zuhairi. (ed), *Dari Syariat menuju Maqāṣid asy-Syarīat*. Jakarta: Jakarta: KiKj dan FF, 2003.
- Moleong, Lexi J., *Penelitian Kualitatif*, Bandung: Rosdakarya, 2002.
- Muarif, *Pembaruan Pemikiran Islam; Menyelami Butir-Butir Pemikiran Ahmad Wahib*. Yogyakarta: Pondok Edukasi, 2005.
- Mudzhar, Atho, *Membaca Gelombang Ijtihad; antara Tradisi dan Liberasi*. Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 2000.
- Muhammad, Yahya, *al-Ijtihad, wa Taqlid wa al-Itba wa Nazr*, Beirut: Dar al-Intisyar al-Arabi, 2000.
- Muzarie, Mukhlisin, *Kasus-kasus Perkawinan Era Modern*, Cirebon: STAIC Press, 2010.
- Nasution, Lahmuddin, *Pembaharuan Hukum Islam dalam Madzhab Syafi'i*. Bandung: Remaja Rosda Karya, 2001.
- Purwanto, Muhammad Roy, *Dekonstruksi Teori Hukum Islam, Kritik terhadap Teori Maslahat Najmuddin aṭ-Ṭūfī*, Yogyakarta: Kaukaba Dipantara, 2014
- , *Kritik Terhadap Konsep Maslahat Najm ad-Din aṭ-Ṭūfī*, Disertasi, Yogyakarta: Pascasarjana, UIN Sunan Kalijaga, 2013.
- Qarni al-, Salīm Ibn Muhammad, “taḥqīq” dalam Najmuddin aṭ-Ṭūfī, *al-Intisārāt al-Islāmiyyah fī Kasyf al-Syibhi an-Naṣraniyyah*, Riyad: Maktabah al-Abikhan, 1999.
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Bandung: Alumni, 1986.
- Rasyuni, Ahmad dan Muh. Jamal Barut, *al-Ijtihad: an-Naṣ, al-Waqi'i, al-Maṣlahah*. Edisi Indonesia. *Ijtihad antara Teks, Realitas dan Kemashlahatan Sosial*. Jakarta: Erlangga, 2002.

- Rusdi, Ibn, *Bidāyah al-Mujtahid wa Nihāyah al-Muqtaṣid*, Mesir: Muṣṭafa al-Bābi al-Halābī, 1960.
- Saifudin Zuhri, *Maslahat dan Implikasinya sebagai Sumber Hukum Islam: Studi Tentang Konsep Najmuddin at-Ṭūfī*, Disertasi, Yogyakarta: UIN Sunan Kalijaga, 2008.
- Salam as-, Izzuddin Ibn Abd, *Qawāid al-Aḥkām fi Maṣāliḥ al-Anām*. Beirut: Muasasah ar-Royyan, 1998.
- Sarifudin, *Konsep Mashlahat Dalam Pandangan Najmuddin at-Ṭūfī dan Pengaruhnya Terhadap Pemikiran Hukum Islam Kontemporer*, Skripsi tidak diterbitkan, Cirebon: Jurusan Syariah, STAIN Cirebon, 2008.
- Sibā'i as-, Muṣṭafā, *Syarah Qānūn al-Aḥwāl asy-Syakhsiyyah*, Damaskus: Mathba'ah al-Jami'ah, 1972.
- Soekanto, Soejono, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, 2006.
- Sudarto, *Metodologi Penelitian Filsafat*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002.
- Surakhman, Winarno, *Pengantar Penelitian Ilmiah*, Bandung: Tarsito, 1980.
- Suratmaputra, Ahmad Munif, *Fisafat Hukum Islam al-Ghozali, Mashlahah al-Mursalah dan Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Islam*. Jakarta: Pustaka Firdaus, 2002.
- Suyūṭī asy-, Jalaluddin, *Tadrīb ar-Rāwi fi Syarḥ Taqrīb an-Nawawi*, tahqīq. Abi Ya'qūb Nasyt Ibn Kamal al-Miṣri, Kairo: Dar al-Aqīdah, 2008.
- , *al-Asybāh wa an-Nazāir fi al-Furū'*, Beirut: Dar al-Fikr, t.t.
- Sutiyoso, Bambang, *Tata Cara Penyelesaian Sengketa di Lingkungan Mahkamah Konstitusi*, Yogyakarta: UII Press, 2009.
- Syarbini asy-, *Mugni al-Muhtāj*, Beirut: Dar al-Fikr, t.t.
- Syaukāni asy-, Muhammad bin Alī, *Irsyād al-Fuhūl ilā Tahqīq al-Haq min Ilm al-Uṣūl*, tahqīq. Abu Hafs Saami al-Asari, Riyad: Dar al-Fadhilah, 2000.
- , *Irsyād al-Fuhūl*. Beirut: Dar al-Fikr, t.t.
- Syāṭibī asy-, *al-Muwāfāqāt fi Uṣūl asy-Syarīah*, Beirut: Dar Ibn Affan, 1997.

Ṭūfī aṭ-, Najmuddin, *Risālah fī Ri'āyah al-Maṣlahat*, Tahqīq. Ahmad Abd ar-Rahim as-Sāyih, ttp.: Dar al-Miṣriyyah al-Bananiyah, 1993.

----- *Syarh Mukhtaṣar ar-Rauḍah*. Turki: Muasasah ar-Risalah, 1988.

----- *Syarh Arba'īn an-Nawawiyyah*. Mulhaq Abd. Wahab Khallaf. Kuwait: Dar al-Qalam, 1972.

Umar, Nasaruddin, *Qur'an untuk Perempuan*. Jakarta: JIL dan TUK, 2002.

Wakil al-, Muhammad Sayyid, *Wajah Dunia Islam Dari Dinasti Umayyah Hingga Imperialisme Modern*, terj. Fadhli Bahri, Jakarta: Pustaka al-Kautsar, 1998.

Yusdani, *Peranan Kepentingan Umum dalam Re-aktualisasi Hukum; Kajian Konsep Hukum Islam dalam Kajian Najmuddin aṭ-Ṭūfī*. Yogyakarta: UII Press, 2000.

Zahrah, Abu, Malik; *Ḥayātuhu wa 'Isruhu, Arāuhū wa Fiqhuhu*. Kairo: Dar al-Fikr Arabī, t.t.

Zaid, Muṣṭafā, *al-Maṣlahah fī Tasyri' Islām wa Najmuddin aṭ-Ṭūfī*. Kairo: Dar al-Fikr Arabī, 1964.

Zuhaili az-, Wahbah, *al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuhu*, Damaskus: Dar al-Fikr, 1986.

ARTIKEL/JURNAL/PAPER.

Abbas, Ahmad Sudirman, “Hakikat, Majaz dan Ta'wil dalam Nas serta Implikasinya Terhadap Hukum”, *Majalah Pesantren*, Jakarta: Depag dan Lakpesdam-NU. Edisi VI, 2002, hlm. 33-40.

Abdalla, Ulil Abshar, “Menyegarkan Kembali Pemahaman Islam”, *Dirosah Islamiyyah*, Jakarta: Khair al-Bayan, Vol. 01, No. 01, 2003, hlm. 10-17.

Abdullah, M. Amin, “Agama, Ilmu dan Budaya; Paradigma Intergrasi-Interkoneksi Keilmuan”, *Paper Pidato Pengukuhan Anggota AIPI*, tanggal 17 Agustus 2013, di Yogyakarta.

Anwar, Syamsul, "Pengembangan Metode Penelitian Hukum Islam." *Profetika, Jurnal Program Magister Studi Islam UMS Surakarta*, Vol. 4, No. 1, Januari 2002, hlm. 51.

Mukhtar, Makhsun dan Faqihuddin Abd. Qodir, "Nazariyyah al-Maṣlahah Inda aṭ-Ṭūfī", *Lektur*, Cirebon: STAIN Cirebon Press, Seri IX, 2000, hlm. 35-45.

Munti, Ratna Batara, "Registration Of Marriage In Indonesia", dalam tim penulis, *Islamic Family Law and Justice for Muslim Women*, Kuala Lumpur: Sister in Islam, 2003, hlm. 13-20.

KAMUS

KBBI Offline versi 1.5.1.

Kamus Arab-Indonesia, Mahmud Yunus. Jakarta: Hida Karya Agung, 1990.

Lisān al-Arāb, Jamaluddin Muhammad bin Mukarram al-Anṣāri. Kairo: Dar al-Miṣriyyat, t.t.

Munjīd fī al-Lughah, Louis Ma'luf. Beirut: Dar al-Masyriq, 1986.

PERATURAN HUKUM/FATWA

Undang-Undang Dasar RI 1945 (sesudah di amandemen).

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Status Anak di Luar Perkawinan.

Fatwa MUI Nomor: 11 Tahun 2012 tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya.

Departemen Kehakiman Republik Indonesia, Direktorat Jenderal Hukum dan Perundang-undangan, *Sekitar Pembentukan Undang-Undang Perkawinan Beserta Peraturan Pelaksanaannya*, Jakarta: Direktorat Jenderal Hukum dan Perundang-undangan, 1974.

WEB

Amri, Arfi Bambani, “Pakar: Putusan MK Terkait Anak di Luar Nikah Dekati Aturan KUH Perdata”, dalam <http://www.dakwatuna.com>. Akses tanggal 9 Februari 2015.

Anneahira, Tim, “Pengertian Data dan Metode Pengambilannya”, dalam <http://www.anneahira.com>. Akses tanggal 11 Januari 2015.

Tsalim, Aghoest, “Data Kualitatif, Data Kuantitatif, Populasi dan Sampel Dalam Penelitian” dalam <https://aghoestmoemet.wordpress.com>. Akses tanggal 11 Januari 2015.

رسالة في رعاية المصلحة

للإمام الطوفي
المؤلف سنة ٧١٦ هـ

تحقيق وتعليق

الدكتور أحمد عبد الرحيم الساج

الناشر

دار المصطفى للبنان

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على المرسل
رحمة وهداية للناس أجمعين ... أما بعد :

فإن المتتبع لأحكام الشريعة الإسلامية يجدها تهدف إلى
المحافظة على كيان المجتمع ، وتحقيق مصالح العباد ، وقد عنيت
الشريعة الإسلامية ، عناية بالغة ، بما يحقق المحافظة على كيان
المجتمع ، بما يصلح الناس في عقولهم ، وأمورهم ، وأحوالهم ،
كما عنيت الشريعة الإسلامية ، بما يحقق مصالح الناس ، ويدعو
إلى الاستقرار في أرجاء الدنيا .

والإمام الطوفي مصنف هذه الرسالة هو من المحققين في علم
الأصول ، وقد ترجم له الذهبي ، وابن رجب ، وابن حجر ،
كما ذكره السيوطي في الإتقان في علوم القرآن ، حيث قال في
النوع الثامن والستين من علوم القرآن : جدل القرآن أفردته
بالتصنيف نجم الدين الطوفي .

والطوفي هو سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعد ابن الصفي ، المعروف بابن عباس الحنبلي نجم الدين ، ولد سنة ٦٥٧ هـ ، ويُلقب بالطوفي .. أصله من طوف — قرية ببغداد — ثم قدم الشام فسكنها مدة ، ثم أقام بمصر مدة ، واشتغل في الفنون ، وكان قوي الحافظة شديد الذكاء . قرأ — كما يقول رجال المعاجم — عَليّ الزَّين علي بن محمد الصرصري ، وبحث المحرر علي التقى الزريراتي ، وقرأ العربية على محمد بن الحسن الموصلي ، وقرأ العلوم وناظر ببغداد .

أقبل على قراءة الحديث والتصنيف ، وشرح الأربعين للنووي ، واختصر روضة الموفق في الأصول على طريقة ابن الحاجب ، حتى إنه استعمل أكثر ألفاظ المختصر ، وشرح مختصره شرحًا حسنًا ، وشرح مختصر التبريزي في الفقه على مذهب الشافعي ، وكتب على المقامات شرحًا ، واختصر الترمذي .

يقول عنه العلماء : كان فاضلاً ، له معرفة ، وكان مقتصدًا في لباسه وأحواله ، متقللاً من الدنيا .

وقال الكمال جعفر : كان كثير المطالعة : أظنه طالع أكثر كتب خزائن قوص ، وكانت قوته في الحفظ أكثر منها في الفهم .

وقال الذهبي : كان دِينًا ، ساكنًا ، قانعًا .

ويذكر رجال التراجم : أن للطوفي قصيدة في مدح النبي صلى الله عليه وسلم . منها :

إِنْ سَاعَدْتِكَ سَوَابِقُ الْأَقْدَارِ
فَأَنْخِمْ مَطِيئَكَ فِي جِمَى الْمُخْتَارِ

ويقال : إن الطوفي سافر إلى الصعيد بمصر ، ولقى بها جماعة ، وأقام بقوص .. ثم جاور بالحرمين الشريفين .. ثم عاد للقاهرة وأقام بها مدة ، وولى بها التدريس ، بالمنصورية والناصرية . وكان كثير التنقل في البلاد ، يحب الترحال في طلب العلم وملاقة العلماء ، ثم حج في أواخر سنة ٧١٤ هـ ونزل بعد ذلك أرض فلسطين ، فأتاه اليقين في بلد الخليل عليه السلام في رجب سنة ٧١٦ هـ . رحمه الله رحمة واسعة ، فقد كان أحد نوابغ العلماء الذين تركوا لنا ذخائر مفيدة .

يقول العلامة جمال الدين القاسمي الدمشقي : « كان أشار بتجريد هذا المبحث الأصولي من شرح الطوفي للأربعين النووية ، في شرح الحديث الثاني والثلاثين « لا ضرر ولا ضرار » أحد العلماء الأعلام ، ثم تفرغت لتجريده على نسخة مخطوطة عام ٧٥٦ هـ ، وبذلت الجهد في تصحيحه ،

وطويت من أصله جملاً ؛ اقتصاراً على ما يتعلق بهذا الفن ، ثم علقت عليه ما يكمل فوائده ، وينقح مباحثه وقواعده ، ويذكر نظائره وشواهدة ، في بضعة أيام ، آخرها مساء الثلاثاء في ٦ شعبان عام ١٣٢٤ هـ بدمشق . والحمد لله أولاً وآخراً .

ويقول محمد رشيد رضا في مجلة المنار ، باب أصول الفقه تحت عنوان : « أدلة الشرع وتقديم المصلحة في المعاملات على النص » : « كتبنا في بعض أجزاء المجلدين الثالث والرابع فصلاً عنوانها : « محاورات المصلح والمقلد » بيننا فيها طريق الوحدة الإسلامية ، وجمع كلمة المسلمين المختلسين في المذاهب ، على الحق الذي أمرهم الله أن يقيموه ، ولا يتفرقوا فيه . ومما بيناه فيها : أن الأحكام السياسية والقضائية والإدارية — وهي ما يعبر عنها علماءنا بالمعاملات — مدارها في الشريعة الإسلامية على قاعدة : « دَرءِ المَفسدِ ، وحفظ المصالح أو جلبها » . واستشهدنا على ذلك بترك سيدنا عمر وغيره من الصحابة إقامة الحدود أحياناً لأجل المصلحة . فدل ذلك على أنها تقدم على النص .

وقد طبعت في هذه الأيام مجموعة رسائل في الأصول لبعض أئمة الشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية . منها رسالة

للإمام نجم الدين الطوفي الحنبلي المتوفى سنة ٧١٦ هـ تكلم فيها عن « المصلحة » بما لم نرمثله لغيره من الفقهاء . وقد أوضح ما يحتاج إلى الإيضاح منها في حواشيها الشيخ جمال الدين القاسمي ، أحد علماء دمشق الشام المحققين . فرأينا أن ننشرها بحواشيها في المنار لتكون تبصرة لأولى الأبصار .

ونظرًا لأهمية هذه الرسالة الأصولية ، رأيت أن أعيد مراجعتها على أصولها ، وأعلق على ما يحتاج إلى تعليق منها ؛ حتى تعم الفائدة .

والناس في أشد الحاجة إلى مطالعة ما جاء في علم الأصول؛ ليتعرفوا على كل ما من شأنه أن يسلك بالناس إلى الطريق السليم .

أسأل الله سبحانه وتعالى التوفيق والسداد ،،،

الدكتور

أحمد عبد الرحيم السايح

رسالة في رعاية المصلحة

للإمام الطوفي

أدلة الشرع

اعلم أن أدلة الشرع تسعة عشر باباً بالاستقراء^(١) ،
لا يوجد بين العلماء غيرها^(٢) ، أولها : الكتاب ، وثانيها :
السنة ، وثالثها : إجماع^(٣) الأمة . ورابعها : إجماع أهل

(١) تقدمه بتعدادها كذلك ، وسوقها بالحرف العلامة القرافي في التنقيح في
الباب العشرين .

(٢) هذه الجملة زادها على القرافي ، وليته لم يزد لها ؛ لأنه يوجد لديهم غيرها ،
كما يظهر لمن سير كتب الأصوليين .

والذي استقرأته منها مما يزيد على ما ذكره ستة وعشرون ، وهي : شرع
من قبلنا إذا لم يُنسخ ، والتحرى ، والعرف ، والتعامل ، والعمل بالظاهر أو
الأظهر ، والأخذ بالاحتياط ، والقرعة ، ومذهب كبار التابعين ، والعمل
بالأصل ، ومعقول النص ، وشهادة القلب ، وتحكيم الحال ، وعموم البلوي ،
والعمل بالشبهتين ، ودلالة الاقتران ، ودلالة الإلهام ، ورؤيا النبي ﷺ ،
والأخذ بأيسر ما قيل ، والأخذ بأكثر ما قيل ، وقد الدليل بعد الفحص ،
وإجماع الصحابة وحدهم ، وإجماع الشيخين ، وقول الخلفاء الأربعة إذا
اتفقوا ، وقول الصحابي إذا خالف القياس ، والرجوع إلى المنفعة والمضرة ،
ذهاباً إلى أن الأصل في المنافع الإذن وفي المضار المنع ، والقول بالنصوص ،
والإجماع في العبادات والمقدرات ، وباعتبار المصالح في المعاملات ، =

المدينة^(١) ، وخامسها : القياس^(٢) ، وسادسها : قول الصحابي^(٣) ، وسابعها : المصلحة المرسلية^(٤) ، وثامنها :

- = وبقى الأحكام ، وهو للطوفي المصنف ، فالجملة خمسة وأربعون دليلاً . وسنذكر ما دق معناه منها فانتظر .
- (١) قال في التنقيح : وإجماع أهل المدينة عند مالك ، فيما طريقه التوقيف حجة ، خلافاً للجميع .
- (٢) القياس : إثبات مثل حكم معلوم لمعلوم آخر لأجل اشتباههما في علة الحكم : « تنقيح » .
- (٣) قول الصحابي : حجة عند الحنفية ، فيترك بقوله قياس التابعين ، ومن بعدهم : « مجامع » .
- (٤) أى المطلقة ، والمراد بالمصلحة ، المحافظة على مقصود الشرع ، بدفع المفسد عن الخلق ، وقد اشتهر القول بها عن مالك ، احتجاجاً بأن الله تعالى إنما بعث الرسل عليهم السلام ، لتحصيل منفعة العباد عملاً بالاستقراء ، فمهما وجدت مصلحة غلب على الظن أنها مطلوبة للشرع ، واشتهر عن الجمهور القول بمنعها مطلقاً .
- وقال ابن برهان : إن لاءمت أصلاً كلياً أو جزئياً ، من أصول الشرع ، جاز الحكم عليها ، وإلا فلا .
- وقال الغزالي : إن كانت ضرورة قطعية كلية اعتبرت ، وإلا فلا .
- قال القرافي : إن المصلحة المرسلية في جميع المذاهب عند التحقيق ؛ لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات ، ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار ، ولا يعنى بالمصلحة المرسلية إلا ذلك .

الاستصحاب^(١) ، وتاسعها : البراءة الأصلية^(٢) ، وعاشرها :
العادات^(٣) ، الحادى عشر : الاستقراء^(٤) ، الثانى عشر : سد

(١) الاستصحاب : عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان عليه ، لانعدام المغير ،
قاله السيد فى تعريفاته ، ونحوه قول القرافي : الاستصحاب معناه : أن
اعتقاد كون الشيء فى الماضى أو الحاضر ، يوجب ظن ثبوته فى الحال أو
الاستقبال ، فهذا الظن عند مالك ، والمزنى ، والصيرفى حجة ، خلافاً
لغيرهم . ولنا ، أنه قضى بالطرف الراجع ، فيصبح كأروش الجنائيات ،
واتباع الشهادات (أ . هـ) .

(٢) قال القرافي : هى استصحاب حكم العقل فى عدم الأحكام خلافاً للمعتزلة
والأبهري ، وأبى الفرج ، منا . لنا أن ثبوت العدم فى الماضى يوجب ظن
عدم ثبوته فى الحال ، فيجب الاعتماد على هذا الظن بعد الفحص عن رافعه
وعدم وجوده عندنا وعند طائفة من الفقهاء .

(٣) جمع عادة ، وهى غلبة معنى من المعانى على الناس . قال القرافي : يقضى بها
عندنا لما تقدم فى الاستصحاب ، ونقل عن المستصفي : العادة والعرف
ما استقر فى النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول .
وفى الأشباه من كتب الحنفية : القاعدة السادسة : العادة محكمة
الحديث : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » .

ولكن قال العلائى : لم أجده مرفوعاً فى شيء من كتب الحديث
أصلاً ، ولا بسند ضعيف ، بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال ،
وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - موقوفاً عليه .
واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه فى مسائل كثيرة ، حتى
جعلوا ذلك أصلاً ، فقالوا فى الأصول - فى باب ما تترك به الحقيقة :
ترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة ، هكذا ذكر فخر الإسلام
(أ . هـ . كلام الأشباه) .

(٤) الاستقراء : عبارة عن تصفح جزئيات ؛ ليحكم بحكمها على أمر =

الدرائع^(١) ، الثالث عشر : الاستدلال^(٢) ، الرابع عشر :
الاستحسان^(٣) ، الخامس عشر : الأخذ بالأخف^(٤) ،

= يشمل تلك الجزئيات ، كذا نقل عن حجة الإسلام ، ونحوه قول
القرافي : هو تتبع الحكم في جزئياته على حالة يغلب على الظن أنه في صورة
النزاع على تلك الحالة ، كاستقراءنا الفرض في جزئياته بأنه لا يؤدي على
الراحلة ، فغلب على الظن ، أن الوتر لو كان فرضاً لما أدى على الراحلة ،
قال : وهذا الظن حجة عندنا وعند الفقهاء (أ . هـ) .

(١) جمع ذريعة ، وهي الوسيلة للشيء ، ومعنى ذلك حسم مادة وسائل الفساد
دفعاً له ، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة ، منعنا من
ذلك الفعل .

واشتهر أن القول بسد الذرائع من خصائص مذهب مالك
- رحمه الله - وقد حقق القرافي أنه مشترك بين المذاهب ، كالمصلحة
المرسلة ، والعرف ، وستره في آخر مقالة .

(٢) الاستدلال : ذكر دليل ليس بنص ، ولا إجماع ، ولا قياس ، فيدخل فيه
القياس الاقتراضي ، والاستثنائي ، وصوّر آخر .

(٣) قال السيد : هو في اللغة : عد الشيء واعتقاده حسناً . واصطلاحاً : اسم
لدليل يعارض القياس الجلي ، ويعمل به إذا كان أقوى منه ، وسموه بذلك
لأنه في الأغلب يكون أقوى من القياس الجلي ، فيكون قياساً مستحسناً . قال
الله تعالى : ﴿ فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ﴾ انتهى .
وقال الكرخي في تعريفه : هو العدول عما حكم به في نظائر مسألة إلى
خلافه لوجه أقوى منه ، وقد يسمى الاستحسان بالقياس الخفي كما تراه في
كتبهم ، والاستحسان حجة عند الحنفية ، وبعض البصريين . وأنكره
العراقيون .

وقد اضطرب ثلثة في تعريفه ، والصواب : ما ذكرناه ؛ لأنه يجب الرجوع
في تحقيق كل مسألة إلى عرف من ذهب إليها ؛ ولذا آثرنا النقل عنهم .
(٤) وهو الأخذ بأقل ما قيل ، وهو عند الشافعي حجة ، كما قيل في دية =

السادس عشر: العصمة^(١)، السابع عشر: إجماع أهل الكوفة^(٢)،

= الذمى إنها مساوية لدية المسلم .

وقيل : نصفها ، وهو قول مالك . وقيل : ثلثها ، وبه أخذ الشافعي
أخذًا بالأقل لكونه مجعماً عليه ، وما زاد منفى بالبراءة الأصلية وتقدم في
حواشي رسالة ابن فورك ، زيادة على هذا فارجع إليها .

(١) قال القرافي : العصمة هي أن العلماء اختلفوا : هل يجوز أن يقول الله تعالى
لنبي أو عالم : احكم فإنك لا تحكم إلا بالصواب ؟ فقطع بوقوع ذلك
موسى بن عمران من العلماء ، والمعتزلة على امتناعه ، والشافعي توقف
فيه . وحجة الجواز والوقوع قوله تعالى : ﴿ إلا ما حرم إسرائيل على
نفسه ﴾^(٣) ، فأخبر الله تعالى أنه حرم على نفسه ، ومقتضى السياق ، أنه
صار حراماً عليه ، وذلك يقتضى أنه ما حرم على نفسه إلا ما جعل الله له
أن يفعله ، ففعل التحريم ، ولو أن الله تعالى هو المحرم لقال : إلا ما حرمتنا
على إسرائيل . وحجة المنع أن ذلك يكون تصرفاً في الأديان بالهوى ، والله
تعالى لا يشرع إلا المصالح ، لا اتباع الهوى ، وأما قصة إسرائيل عليه
السلام فلعله حرم على نفسه بالنذر . ونحن نقول به ... وحجة التوقف
تعارض المدارك (انتهى) .

وفي الجمع : مسألة يجوز أن يقال لنبي أو عالم : احكم بما تشاء فهو
صواب ، ويكون مدركاً شرعياً ، ويسمى التفويض . وتردد الشافعي
فيه ... إلخ .

(٢) قال القرافي : إجماع أهل الكوفة ، ذهب قوم إلى أنه حجة لكثرة من وردها
من الصحابة - رضی الله عنهم - كما قال مالك - رحمه الله - في المدينة .

الثامن عشر : إجماع العترة عند الشيعة^(١) ، التاسع عشر : إجماع الخلفاء الأربعة ، وبعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه ، ومعرفة حدودها ورسومها ، والكشف عن حقائقها ، وتفاصيل أحكامها مذكور في أصول الفقه^(٢) .

(١) سقط من بعض النسخ « عند الشيعة » ... واعلم أن الإجماع عند الشيعة هو اتفاق جميع علماء الأمة مع الإمام المعصوم - المشترك وجوده في كل زمان عندهم - أو اتفاق من علم من العلماء دخول الإمام فيهم وإن لم يكن جميعهم ، كما في حواشي القوانين للقزويني ، وبه يُعلم أن الإجماع عندهم أعم من إجماع العترة ، ومن إجماع من بعدهم ، إذا كان فيهم المعصوم . فالمدكور هنا - كغالب أصول أهل السنة - رَجُمَ بالغيب عن مذهب الإمامية في الإجماع ، وإهمال لقاعدة الرجوع في تحقيق كل مذهب ، إلى نصوص كتبه . فاحفظ ذلك .

(٢) قد أشرنا إلى شذرة من حدودها وخلاف من خالف فيها ، وقد بقي علينا الإيفاء بالوعد السالف ، من الكشف عن الغامض من بقية الأدلة الخمسة والعشرين ، فنقول : « أما حجية شرع من قبلنا فيما لم ينسخ » فقال به أكثر الشافعية ، والحنفية ، ومعظم المالكية ، والمتكلمين ، بمعنى أنه يجب العمل به ، إذا قصه تعالى في كتابه ، أو أخبر به الرسول ، بلا إنكار عليه ، كما في المرآة ، وتفصيله في موافقات الشاطبي ، فارجع إليه .

وأما التحرى فهو بذل الجهود لنيل المقصود من الطاعة ، وهو حجة يجب العمل به ، في كثير من الأحكام : في الصلاة والزكاة ، والثياب ، والأواني . كما في الخادمي على مجمع الحقائق .

أما العرف . فقال السيد : هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول ، وتلقته الطباع بالقبول ، وهو حجة ، لكنه أسرع إلى الفهم ، =

= وكذا العادة ، وهي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى (أ . هـ) .

وأما التعامل فهو استعمال الناس فيما بينهم بالأخذ والإعطاء ، قال الخادمي : العرف والتعامل حجتان فيما لم يخالف الشرع (أ . هـ) . وقد أشار لذلك البخاري بقوله في كتاب البيوع^(١٤) : باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة ، والكيل ، والوزن ، وستهم على نياتهم ، ومذاهبهم المشهورة .

قال الشراح : مقصوده إثبات الاعتماد على العرف . وذكر القاضي حسين : أن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التي يُتني عليها الفقه ، وستأتي ، ومن أمثلته بيع الثمار على الأشجار عند وجود بعضها دون بعض ، فقد أجازها بعض الحنفية للعرف ، كما في نشر العرف لابن عابدين ، وكذا نقل ابن حجر في شرح البخاري عن يزيد بن أبي حبيب جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مطلقاً .

وأما العمل بالظاهر أو الأظهر فقال الخادمي : هو واجب عند انتفاء دليل فوقه أو يساويه . وأما الأخذ بالاحتياط أي الأحوط فقال الخادمي : قيل : هو العمل بأقوى الدليلين ، ويرجع إلى الحديث « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك »^(١٥) . وأما القرعة فهي عمل بالسنة المنقولة فيها أو بالإجماع ، أو بعموم آية ﴿ ولا تنازعوا ﴾^(١٦) .

وأما مذهب كبار التابعين ، فهو مثل مذهب الصحابي ؛ لاحتمال كونه رواية صحابي مرفوعة ، وأما العمل بالأصل فمعناه العمل بالراجح ، وأما معقول النص فهو الاستدلال المتقدم ، وأما شهادة القلب فقد يُحتج بها عند انتفاء دليل خارجي ومرجعها إلى حديث « استفت قلبك »^(١٧) ، وحديث « البر ما اطمأنت إليه النفس »^(١٨) .

= وأما تحكيم الحال فمعناه الاستدلال بالزمان الحالى على صدق المقال ،
وأما عموم البلوى فمرجعها إلى رفع الحرج . وأما العمل بالشبهين فذكره
الخادمى فى شرح التنقيح ، معطوفاً على ما تقدم ، ولعله كالكفاية .

وأما دلالة الاقتران فقد قال بها جماعة ، ومثلها بعضهم باستدلال مالك
على سقوط الزكاة فى الخيل بقرنها مع ما لا زكاة فيه فى آية ﴿ والخيل
والبغال والحمير لتركبوها وزينة ﴾ [النحل : ٨] . والجمهور على أن
الاقتران فى النظم لا يستلزم الاقتران فى الحكم .

وأما دلالة الإلهام فقد قال بها الرازى ، وابن الصلاح ، وغيرهما ، قال
الإمام ابن تيمية : الترجيح بمجرد الإرادة التى لا تستند إلى أمر علمى باطن
ولا ظاهر ، لا يقول به أحد ، لكن قد يقال : القلب المعمور بالتقوى إذا
رجح بإرادته فهو ترجيح شرعى .

وعلى هذا فمن غلب على قلبه إرادة ما يحبه الله وبغض ما يكرهه - إذا
لم يدر فى الأمر المعين ، هل محبوب لله أو مكروه ورأى قلبه يحبه أو
يكرهه - كان هذا ترجيحاً عنده ، كما لو أخبر من صدقه أغلب من كذبه
بخبر ، هذا عند السداد وجوه الترجيح ترجيح بدليل شرعى .

والذين نفوا كون الإلهام طريقاً شرعياً على الإطلاق أخطأوا ، كما أخطأ
الذين جعلوه طريقاً شرعياً على الإطلاق . ولكن إذا اجتهد السالك فى
الأدلة الشرعية الظاهرة فلم ير فيها ترجيحاً ، وأهم حينئذ رجحان أحد
الفعالين ، مع حسن قصده وعمارته بالتقوى ، فالهام . مثل هذا دليل فى
حقه قد يكون أقوى من كثير من الأقيسة الضعيفة ، والأحاديث
الضعيفة ، والظواهر الضعيفة ، والاستصحابات الضعيفة التى يحتج بها
كثير من الخائضين فى المذاهب والخلاف وأصول الفقه .

وفى الترمذى عن أبى سعيد مرفوعاً « اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينطق =

= بنور الله « ثم قرأ ﴿ إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ ﴾^{١١١} . والتممة سابقة .
وأما رؤيا النبي عليه السلام فنقل عن الأستاذ أبي إسحاق وغيره أنها
حجة ، ويلزم العمل بها ، والجمهور على خلافه ، وأما الأخذ بالأيسر
فيقرب من الأخذ بأقل ما قيل ، ومستنده رفع الحرج ، وأما الأخذ بأكثر
ما قيل فمستنده الاحتياط ليخرج من عهدة التكليف بيقين .
وأما فقد الدليل بعد الفحص ، فمعناه الاستدلال على عدم الحكم بعدم
ما يدل عليه ، وقد أخذ به قوم - كما في شرح المنهاج -
وأما إجماع الصحابة وخدمهم فهو مذهب الظاهرية ، قالوا : إجماع
غيرهم ليس بحجة .

وأما إجماع الشيخين فقد ذهب إليه جمع ، لحديث « اقتدوا بالذين
من بعدي أبي بكر وعمر » رواه أحمد والترمذي ، وابن حبان ، والحاكم .
وأما الإجماع الظني فهو فتوى بعض المجتهدين أو قضاؤه واشتار ذلك
بين المجتهدين من أهل عصره بلا خلاف في تلك الحادثة ، ولا تقية قبل
استقرار المذاهب ، وهذا حجة عند أكثر الحنفية وبعض الشافعية ، وسماه
الآمدى حجة ظنية أو إجماعاً ظنياً كما في التحرير وشرحه .
وما أوردناه من الأدلة التي سيرناها من عدة مصنفات أرجع كثيراً منها
إلى الأصول الأربعة صاحب المجامع وشارحه ، وقد يدخل كثير منها أيضاً
في غيره مما يرجع إلى اختلاف الاسم أو الإضافة ، بتنوع ما يتفرع عنها من
مثلها وصورها ، فافهم .

* * *

بيان كون رعاية المصالح من أصول الشرع

ثم إن قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار »^(١) ، يقتضى رعاية المصالح إثباتاً ونهياً ، والمفاسد نهياً ؛ إذ الضرر هو المفسدة ، فإذا نفاها الشرع لزم إثبات النفع الذى هو المصلحة ؛ لأنهما نقيضان لا واسطة بينهما .

وهذه الأدلة التسعة عشر أقواها النص والإجماع ، ثم هما إما أن يوافقا رعاية المصلحة أو يخالفها . فإن وافقا فيها ونعمت ولا تنازع ؛ إذ قد اتفقت الأدلة الثلاثة على الحكم ، وهى : النص ، والإجماع ، ورعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ، وإن خالفها وجب تقديم المصلحة عليهما بطريق التخصيص^(٢) والبيان لهما ،

(١) حديث صحيح رواه الإمام مالك فى موطئه رسلاً ، والإمام أحمد ، وقال الحاكم : هو صحيح على شرط مسلم .

(٢) يقرب من هذا ما قاله الفقهاء والحنفية - عليهم الرحمة - فى التعامل ، وأنه يخص به الأثر ، والتعامل من باب المصلحة المذكورة .

لا بطريق الافتتاح عليهما والتعطيل لهما ، كما تقدم السنة على القرآن بطريق البيان .

وتقرير ذلك أن النص والإجماع . إما ألا يقتضيا ضرراً ولا مفسدة بالكلية ، أو يقتضيا ذلك ، فإن لم يقتضيا شيئاً من ذلك ، فهما موقوفان لرعاية المصلحة ، وإن اقتضيا ضرراً ، فإما أن يكون مجموع مدلولهما ضرراً ، ولا بد أن يكون من قبيل ما استثنى من قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » جمعاً بين الأدلة .

ولعلك تقول : إن رعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » لا تقوى على معارضة

= قال في الذخيرة البرهانية ، في الفصل الثامن من الإجازات ، فيما لو دفع إلى حائك غزلاً على أن ينسجه بالثلث . قال : ومشايخ « بلخ » كنصير بن يحيى ، ومحمد بن سلمة ، وغيرهما ، كانوا يجيزون هذه الإجازة في الثياب لتعامل أهل بلدهم ، والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر .
(ثم قال) : وتخصيص النص بالتعامل جائز ، ألا ترى أننا جَوَّزْنَا الاستصناع للمتعامل ، والاستصناع بيع ما ليس عنده ، وأنه منهي عنه ، وتجويز الاستصناع بالتعامل تخصيص منا للنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ، لا ترك للنص أصلاً - كذا في نشر العرف لابن عابدين - .

وقد ذهب البخاري ، عليه الرحمة ، - مع كونه من أعظم أنصار الأثر - إلى اعتبار العرف فيما نقلناه عنه قبل من صحيحه في ترجمة ذاك الباب الذي قل من يتفطن لها ، ومن دقق في تلك الترجمة رأى أنها تؤيد ما أشار له الطوفي هنا .

الإجماع ، لتقضى عليه بطريق التخصيص ، والبيان ؛ لأن الإجماع دليل قاطع ، وليس كذلك رعاية المصلحة ؛ لأن الحديث الذى دل عليها واستفيدت منه ليس قاطعاً ، فهو أولى .

فنقول لك : إن رعاية المصلحة أقوى من الإجماع ، ويلزم من ذلك أنها من أدلة الشرع ؛ لأن الأقوى من الأقوى أقوى ، ويظهر ذلك من الكلام فى المصلحة والإجماع .

أما المصلحة : فالنظر فى لفظها وحدها ، وبيان اهتمام الشرع بها ، وأنها مبرهنة ، وأما لفظها فهو مفعلة من الصلاح ، وهو كون الشيء على هيئة كاملة ، بحسب ما يراد ذلك الشيء له ، كالقلم يكون على هيئة المصلحة للكتابة ، والسيف على هيئة المصلحة للضرب .

وأما حدها بحسب العرف فهى السبب المؤدى إلى الصلاح والنفع ، كالتجارة المؤدية إلى الربح ، وبحسب الشرع : هى السبب المؤدى إلى مقصود الشارع ، عبارة أو عادة .

ثم هى تنقسم إلى ما يقصده الشارع لحقه كالعبادات ، وإلى ما لا يقصده الشارع لحقه كالعبادات .

وأما بيان اهتمام الشرع بها فمن جهة الإجمال والتفصيل .

أما الإجمال فقوله عز وجل : ﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ﴾ الآيتين^(١) ، ودلالتهما من وجوه :

(أحدهما) : قوله عز وجل : ﴿قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ﴾ ، حيث إنه توعدهم وفيه أكبر مصالحهم ، إذ في الوعظ كفهم عن الأذى ، وإرشادهم إلى الهدى .

(الوجه الثاني) : وصف القرآن أنه ﴿شِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ﴾ يعني من شك ونحوه ، وهو مصلحة عظيمة .
(الوجه الثالث) : وصفه بالهدى .

(الوجه الرابع) : وصفه بالرحمة ، وفي الهدى والرحمة غاية المصلحة .

(الوجه الخامس) : إسناد ذلك إلى فعل الله عز وجل ، ولا يصدر عنهما إلا مصلحة عظيمة .

(الوجه السادس) : الفرح بذلك ، لقوله عز وجل : ﴿فَبِذَلِكَ فَلْيَفْرَحُوا﴾^[١٠] ، وهو في معنى التهئة لهم بذلك ، والفرح والتهئة إنما يكونان لمصلحة عظيمة .

(١) يشير المؤلف إلى قوله سبحانه : ﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِلْمُؤْمِنِينَ﴾ قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون ﴿ [٥٧ ، ٥٨ من سورة يونس] .

(الوجه السابع) قوله عز وجل : ﴿هُوَ خَيْرٌ
مِمَّا يَجْمَعُونَ﴾^(١) ، والذي يجمعونه هو من مصالحهم ،
فالقرآن ونفعه أصلح من مصالحهم ، والأصلح من المصلحة
غاية المصلحة .

فهذه سبعة أوجه من هذه الآية ، تدل على أن الشرع راعى
مصلحة المكلفين ، واهتم بها ، ولو استقرت^(١) النصوص
لوجدت على ذلك أدلة كثيرة .

فإن قيل : لِمَ لا يجوز أن يكون من جملة ما راعاه من
مصلحتهم نصب النص والإجماع دليلاً لهم على معرفة
الأحكام ؟ قلنا هو كذلك :

ونحن نقول به في العبادات ، وحيث وافق المصلحة في غير
العبادات . وإنما ترجح رعاية المصالح في المعاملات ونحوها لأن
رعايتها في ذلك هو قطب مقصود الشرع منها ، بخلاف
العبادات ، فإنها حق الشرع ، ولا يعرف كيفية إيقاعها إلا من
جهته نصاً وإجماعاً .

(١) في الأصل استقرأت ، والذي يصح هنا هو (استقرت) بمعنى تبعت .
ويجوز استعمال استقرأ .

وأما التفصيل ففيه أبحاث :

(الأول) : في أن أفعال الله عز وجل معللة أم لا ؟

حجة المثبت : أن فعلاً لا علة له عبث ، والله عز وجل منزّه عن العبث ، ولأن القرآن مملوء من تعليل الأفعال نحو ﴿ لِنَعْلَمُوا عَدَدَ السِّنِينَ وَالْحِسَابَ ﴾^(١) ، ونحوه .

وحجة النافي : أن كل من فعل فعلاً لعلّه فهو مستكمل بتلك العلة ما لم تكن له قبلها ، فيكون ناقصاً بذاته ، كاملاً بغيره ، والنقص على الله عز وجل محال ، وأجيب عنه بمنع الكلية ، فلا يلزم ما ذكروه إلا في حق المخلوقين^(٢) .

والتحقيق أن أفعال الله عز وجل ، معللة بحكم غائية ، تعود بنفع المكلفين وكالهم ، لا بنفع الله عز وجل ، لاستغنائها بذاته عما سواه .

(البحث الثاني) : أن رعاية المصالح تفضل من الله عز وجل على خلقه ، عند أهل السنة ، واجبة عليه عند المعتزلة .

(١) راجع بسط الجواب عن ذلك في شفاء العليل في القدر والتعليل لابن القيم ، ص ٢٠٦ ، فإنه لا يستغنى عنه^(١) .

حجة الأولين : أن الله عز وجل متصرف في خلقه بالملك ، ولا يجب له عليه شيء ، ولأن الإيجاب يستدعى موجباً أعلى ، ولا أعلى من الله عز وجل ، يوجب عليه .

حجة الآخرين : أن الله عز وجل كلف خلقه العبادة ، فوجب أن يراعى مصالحهم ، إزالة لعلهم في التكليف ، وإلا لكان ذلك تكليفاً لما لا يطاق ، أو شبيهاً به ، وأجيب عنه بأن هذا مبنى على تحسين العقل وتقييمه ، وهو باطل عند الجمهور .

والحق أن رعاية المصالح ، واجبة من الله عز وجل ، حيث التزم التفضل بها ، لا واجبة عليه ، كما في آية ﴿ إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ ﴾^[١٤] ، فإن قبولها واجب منه ، لا عليه ، وكذلك الرحمة في قوله عز وجل : ﴿ كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَى نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ ﴾^[١٥] ، ونحو ذلك .

(البحث الثالث) : في أن الشرع حيث راعى مصالح الخلق ، هل راعاها مطلقاً ، أو راعى أكملها في بعض ، وأوسطها في بعض ، أو أنه راعى منها في الكل ، ما يصلحهم وينتظم به حالهم . الأقسام كلها ممكنة^(١) .

(١) الأظهر الأخير .. قال الشاطبي في الموافقات : إن الشارع قصد بالتشريع ، إقامة المصالح الأخروية والدنيوية ، وبأن تكون مصالح على الإطلاق ، فلا بد أن يكون وضعها على ذلك الوجه ، أبدياً ، وكلياً ، وعاماً في جميع أنواع التكليف والمكلفين من جميع الأحوال .

(البحث الرابع) : في أدلة رعاية المصلحة على التفصيل ،
وهي من الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والنظر ، ولنذكر من
كل منها يسيراً على جهة ضرب المثال ؛ إذ استقصاء ذلك بعيد
المنال .

أما الكتاب : فنحو قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ
حَيَوةٌ ﴾ [١٦] .. ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا
أَيْدِيَهُمَا ﴾ [١٧] .. ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ
جَلْدَةٍ ﴾ [١٨] .. وهو كثير ، ورعاية مصلحة الناس في
نفوسهم وأموالهم وأعراضهم مما ذكرناه ظاهر .

وبالجملة فما من آية من كتاب الله عز وجل ، إلا وهي
تتضمن على مصلحة أو مصالح ، كما بينتها في غير هذا
الموضع .

وأما السنة : فنحو قوله عليه السلام : « لا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ
عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ ، وَلَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِّبَادٍ ، وَلَا تَنْكِحُ الْمَرْأَةُ عَلَى
عَمَّتِهَا أَوْ خَالَاتِهَا ، إِنَّكُمْ إِذَا فَعَلْتُمْ ذَلِكَ قَطَعْتُمْ أَرْحَامَكُمْ » [١٩] ..
وهذا ونحوه في السنة كثير ؛ لأنها بيان الكتاب ، وقد بينا اشتغال
كل آية منه على مصلحة ، والبيان وفق المبين .

وأما الإجماع : فقد أجمع العلماء إِلَّا مَنْ لَا يُعْتَدُّ بِهِ مِنْ

جامدى الظاهرية ، على تعليل الأحكام ، بالمصالح المرسله ،
 وفى الحقيقة الجميع قائلون بها^(١) ، وحتى إن المخالفين فى كون
 الإجماع حجة ، قالوا بالمصالح ، ومن ثم علل وجوب الشفقة ،
 برعاية حق الجار ، وجواز السلم ، والإجازة ، بمصلحة
 الناس ، مع مخالفتها للقياس ؛ إذ هما معاوضة على معدوم^(٢) ،
 وسائر أبواب الفقه ومسائله ، فيما يتعلق بحقوق الخلق ، لعل
 الصالح .

وأما النظر ، فلا شك — عند كل ذى عقل صحيح — أن
 الله عز وجل راعى مصلحة خلقه ، عموماً وخصوصاً ، أما
 عموماً ففى مبدئهم ، ومعاشهم .

أما المبدأ : فحيث أوجدهم بعد العدم ، على الهيئة التى
 ينالون بها مصالحهم ، فى حياتهم ، ويجمع ذلك قوله
 عز وجل : ﴿ يَتَأْتِيهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ رَبُّكَ أَكْبَرُ الَّذِي
خَلَقَكَ فَسَوَّنَكَ فَعَدَّلَكَ ۖ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَّأَشَاءَ رَكَّبَكَ ۗ ^(٣) ،

(١) سبق ما يؤيده عن القرافى فى الحاشية ، ويأتى فى آخر مقالة أيضاً .
 (٢) يراجع هنا ما فى أعلام الموقعين ، فى بحث « ليس شىء فى الشريعة على
 خلاف القياس » فإنه مهم جداً .

(٣) [سورة الانفطار — الآيات من ٦ — ٨] ، وقد قال ابن القيم فى الجواب
 الكافى فى أصناف المقترين : ومنهم من يغتر بفهم فاسد ، فهمه من
 النصوص ، فاتكلوا عليه كاتكال بعضهم على قوله تعالى : ﴿ ولسوف
 يعطيك ربك فترضى ۗ ﴾ ^(٤) .

وقوله عز وجل : ﴿ الَّذِي آتَى كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ ثُمَّ هَدَى ﴾ [٢٢٢] .

وأما المعاش فحيث هبأ لهم أسباب ما يعيشون به ،
ويتمتعون به ، من خلق السموات والأرض ، وما بينهما ،
وجميع ذلك في قوله عز وجل : ﴿ أَلَمْ يَجْعَلِ الْأَرْضَ مِهْدًا ﴾
إلى قوله ﴿ إِنَّ يَوْمَ الْفَصْلِ كَانَ مِيقَاتًا ﴾ [٢٢٣] ، وفي قوله
عز وجل : ﴿ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ إِلَى طَعَامِهِ ﴾ ﴿ أَنَّا صَبَبْنَا الْمَاءَ صَبًّا ﴾ إلى
قوله عز وجل : ﴿ مَتَّعَالِكُمْ وَلِنَنْعِمَكُمْ ﴾ [٢٢٤] .

وأما خصوصاً فرعاية مصلحة العباد السعداء ، حيث
هداهم السبيل ، ووقفهم لنيل الثواب الجزيل ، في خير مقيل .

= زعموا أنه لا يرضى أن يكون في النار أحد من أمته — وهذا متى أئين
الكذب عليه — فإنه يرضى بما يرضى به ربه عز وجل ، والله تعالى يرضيه
تعذيب الفسقة ، والخونة ، والمصرين على الكبائر ، فحاشا رسوله أن
يرضى مما لا يرضى به ربه تعالى ، وكاغترار بعض الجهال ، بقوله تعالى :
﴿ مَا غرَكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ ﴾ [٢٢١] ، فيقول : كرمه ، وقد يقول بعضهم : إنه
لقن المغتر حجته ، وهذا جهل قبيح ، وإنما غره بربه الغرور ، وهو
الشیطان ، ونفسه الأمارة بالسوء ، وجهله وهواه ، وأتى سبحانه بلفظ
(الكريم) وهو السيد العظيم المطاع ، الذي لا ينبغي الاغترار به ،
ولا إهمال حقه ، فوضع هذا المغتر الغرور في غير موضعه واغتر بمن
لا ينبغي الاغترار به (أ . هـ) ونحوه للغزالي في الإحياء .

(وعند التحقيق) إنما راعى مصلحة العباد عموماً ، حيث دعا الجميع إلى الإيمان ، الموجب لمصلحة العباد ، لكن بعضهم فرط بعدم الإجابة ، بدليل قوله عز وجل : ﴿ وَأَمَّا ثَمُودُ فَهَدَيْنَاهُمْ فَاسْتَحَبُّوا الْعَمَىٰ عَلَى الْهُدَىٰ ۗ ﴾ [٢٥] .

تحرير هذا المقام : أن الدعاء كان عموماً ، والتوفيق المكمل للمصلحة المصحح لوجودها كان خصوصاً ، بدليل قوله عز وجل : ﴿ وَاللَّهُ يَدْعُوا إِلَىٰ دَارِ السَّلَامِ وَيَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَىٰ صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾ [٢٦] ، فدعا عاماً ، وهدى ووفق خاصاً .

إذا عُرف هذا ، فمن المحال أن يراعى الله عز وجل مصلحة خلقه في مبدئهم ومعادهم ومعاشهم ، ثم يهمل مصلحتهم في الأحكام الشرعية ؛ إذ هي أهم ، فكانت بالمراعاة أولى .

ولأنها أيضاً من مصلحة معاشهم ؛ لأنها صيانة أموالهم ودمائهم وأعراضهم ، ولا معاش لهم بدونها ، فوجب القول بأنه راعاها لهم .

وإذا ثبت رعايته إياها لم يجز إهمالها بوجه من الوجوه ، فإن وافقها النص والإجماع وغيرها من أدلة الشرع ، فلا كلام ، وإن خالفها دليل شرعي وفق بينه وبينها بما ذكرناه من تخصيصه ، وتقديمها بطريق البيان .

وأما أن رعاية المصلحة مبرهنة فقد دل عليه ما ذكرناه من اهتمام الشرع بها ، وأدلته .

ثم قال الطوفى بعد بيانه الإجماع وأدلته ومعارضتها^[٢٧] :

ومما يدل على تقديم رعاية المصلحة على النصوص والإجماع على الوجه الذى ذكرناه وجوه :

(أحدها) : أن منكرى الإجماع^(١) قالوا برعاية المصالح ، فهى إذاً محل وفاق . والإجماع محل الخلاف ، والتمسك بما اتفقوا عليه أولى من التمسك بما اختلفوا فيه .

(الوجه الثانى) : أن النصوص مختلفة متعارضة ، فهى سبب الخلاف فى الأحكام المذموم شرعاً ، ورعاية المصلحة أمر متفق فى نفسه ، لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرعاً ، فكان اتباعه أولى ، وقد قال الله عز وجل :

﴿ وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا ۗ ﴾^{١٢٨١}

وقال الله عز وجل : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ فَرَّقُوا دِينَهُمْ وَكَانُوا شِيَعًا لَسْتَ مِنْهُمْ فِي شَيْءٍ ۗ ﴾^{١٢٩١} .

(١) كالتظام وبعض الشيعة ، والخوارج ، والظاهرية ، ما عدا إجماع الصحابة (أ . هـ) من المصنف^{١٢٩١} .

وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تختلفوا فتختلف قلوبكم » [٣١] .

وقال عز وجل في مدح الاجتماع : ﴿ وَأَلْفَ بَيْتٍ قُلُوبِهِمْ ۗ لَوَافَقَتْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مَّا أَلْفَتْ بَيْتَ قُلُوبِهِمْ وَلَئِنْ كُنَّا اللَّهُ أَلْفَ بَيْنِهِمْ ﴾ [٣٢] .

وقال عليه الصلاة والسلام : « وكونوا عباد الله إخوانا » [٣٣] .

(الوجه الثالث) : قد ثبت في السنة معارضة النصوص بالمصالح ونحوها في قضايا^(١) ، منها معارضة ابن مسعود النص والإجماع بمصلحة الاحتياط للعبادة كما سبق^(٢) ، ومنها قوله عليه الصلاة والسلام حين فرغ من الأحزاب : « لا يصلين أحدهم العصر إلا في بنى قريظة » [٣٤] فصلى أحدهم قبلها ، وقالوا : لم

(١) من القضايا المشهورة في ذلك ، حديث العباس في حجة الوداع ، وقوله للنبي عليه الصلاة والسلام — لما نبى أن يعضد شجر مكة ويُخْتَلَى خلاها : إلا الإذخر : يا رسول الله .. فقال عليه الصلاة والسلام : « إلا الإذخر » [٣٥] .

ومنها حديث البخارى ، في أول « كتاب الشركة » لما خفت أزواد القوم وأملقوا ، وأتوا النبي ﷺ ، في نحر إبلهم ، فأذن لهم . فقال لهم عمر : ما بقاؤكم بعد إبلكم ؟ ودخل على النبي عليه الصلاة والسلام فأخبره ، فأمر أن تجمع أزواد الناس .. الحديث [٣٦] .

(٢) أى في بحث له سابق طويناه اختصاراً ، وهو قوله : إن الصحابة أجمعوا على جواز التيمم للمرض ، وعدم الماء ، وخالف ابن مسعود ، واحتج عليه أبو موسى الأشعري فلم يلتفت — كما بسطه البخارى في صحيحه .

يرد منا ذلك .. وهو شبيه بما ذكرنا .

ومنها قوله ، صلى الله عليه وسلم ، لعائشة : « لولا قومك حديثو عهد بالإسلام لهدمت الكعبة وبنيتها على قواعد إبراهيم »^[٣٧] ، وهو يدل على أن بناءها على قواعد إبراهيم ، هو الواجب في حكمها ، فتركه لمصلحة الناس .

ومنها أنه ، عليه الصلاة والسلام ، لما أمرهم بجعل الحج عمرة قالوا : كيف ؟ وقد سميها الحج ، وتوقفوا ، وهو معارضة للنص بالعادة ، وهو شبيه بما نحن فيه .

وكذا يوم الحديبية لما أمرهم بالتحلل ، توقفوا تمسكاً بالعادة ، في أن أحداً لا يحل قبل قضاء المناسك ، حتى غضب ، صلى الله عليه وسلم ، وقال : « ما لي أمر بالشئ فلا يفعل »^[٣٨] .

ومنها ما روى أبو يعلى الموصلي في مسنده أن النبي ، صلى الله عليه وسلم ، بعث أبا بكر ينادى : من قال « لا إله إلا الله دخل الجنة »^[٣٩] ، فوجده عمر ، فرده وقال : « إذا يتكلوا » .. وكذلك رد عمر أبا هريرة عن مثل ذلك في حديث صحيح ، وهو معارضته نص الشرع بالمصلحة .

فكذلك من قدم رعاية مصالح المكلفين على باقي أدلة الشرع ، يقصد بذلك إصلاح شأنهم ، وانتظام حالهم ،

وتحصيل ما تفضل الله به عليهم من الصلاح ، وجمع الأحكام من التفرق ، واثتلافها عن الاختلاف ، فوجب أن يكون جائزاً إن لم يكن متعيّناً ، فقد ظهر بما قررناه أن دليل رعاية المصالح أقوى من دليل الإجماع ، فليقدم عليه وعلى غيره من أدلة الشرع عند التعارض بطريق البيان .

فإن قيل : حاصل ما ذهبتم إليه ، تعطيل أدلة الشرع بقياس مجرد ، وهو كقياس إبليس ، فاسد الوضع والاعتبار ..

قلنا : وهم واشتباه من نائم بعد الانتباه ، وإنما هو تقديم دليل شرعي أقوى منه ، وهو دليل الإجماع على وجوب العمل بالراجح ، كما قدمتم أنتم الإجماع على النص ، والنص على الظاهر^(١) ، وقياس إبليس ، وهو قوله : ﴿أَتَأْخِرُونَهُ خَلَقْتَنِي مِنْ نَّارٍ وَخَلَقْتَهُ مِنْ طِينٍ﴾^(٢) ، لم يقم عليه ما قام على رعاية المصالح من البراهين ، وليس هذا من باب — فساد الوضع — بل من باب — تقديم رعاية المصالح — كما ذكرنا .

فإن قيل : الشرع أعلم بمصالح الناس ، وقد أودعها أدلة

(١) يشير إلى ما ذكره القرافي في تنقيحه ، من تقديم الإجماع ، على النص — وعبارة الشافعي في « رسالة في باب الاستحسان في شروط من يقيس » : ويستدل على ما احتمل التأويل ، بسنن رسول الله ، ﷺ ، فإذا لم يجد سنة في إجماع المسلمين ، وذكر نحوه في عدة مواضع منها .

الشرع ، وجعلها أعلاماً عليها ، يعرف بها ، فترك أدلته
لغيرها ، مراغمة ومعاندة له .

قلنا : أما كون الشرع أعلم بمصالح المكلفين فنعم ، وأما
كون ما ذكرناه من رعاية المصالح تركاً لأدلة الشرع بغيرها
فممنوع ، بل إنما ترك أدلته بدليل شرعي راجح عليها ، مستند
إلى قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » ، كما قلتم في
تقديم الإجماع على غيره من الأدلة ، ثم إن الله عز وجل ، جعل
لنا طريقاً إلى معرفة مصالحنا عادة ، فلا نتركه لأمر مبهم يحتمل
أن يكون طريقاً إلى المصلحة ، ويحتمل ألا يكون .

فإن قيل : خلاف الأمة في مسائل الأحكام رحمة وسعة ،
فلا يحويه حصر بحكم في جهة واحدة ، لئلا يضيق عليهم مجال
الاتساع .

قلنا : هذا الكلام ليس منصوباً عليه من جهة الشرع ،
حتى يمثل^(١) ، ولو كان مصلحة الوفاق أرجح من مصلحة
الخلاف فتقدم ، ثم ما ذكرتموه من مصلحة الخلاف بالتوسعة
على المكلفين معارض بمفسدة تعرض منه ، وهو أن الآراء إذا
اختلفت وتعددت اتبع بعض الناس رخص المذاهب ، فأفضى
إلى الانحلال والفجور .

(١) يشير إلى أن حديث : « اختلاف أمتي رحمة » لا أصل له ، كما بين في
الموضوعات .

وأيضاً فإن بعض أهل الذمة ربما أراد الإسلام فتمنعه كثرة الخلاف ، وتعدد الآراء ؛ لأن الخلاف منفور عنه بالطبع .. ولهذا قال الله عز وجل : ﴿ اللَّهُ نَزَّلَ أَحْسَنَ الْحَدِيثِ كِتَابًا مُتَشَابِهًا ﴾^[٤١] .. أى يشبه بعضه بعضاً ، ويصدق بعضه بعضاً ، لا يختلف إلا بما فيه من التشابهات ، وهى ترجع إلى المحكمات بطريقها^(١) ، ولو اعتمدت رعاية المصالح المستفادة من قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » على ما تقر لاتحد طريق الحكم ، وانتفى الخلاف .

فإن قيل : هذه الطريقة التى سلكتها ، إما أن تكون خطأ ، فلا يلتفت إليها ، أو صواباً ، فإما أن ينحصر الصواب فيها أو لا ، فإن انحصر ، لزم أن الأمة من أول الإسلام إلى حين ظهور هذه الطريقة على خطأ . إذ لم يقل بها أحد منهم^(٢) ، وإن لم ينحصر فهى طريقة جائزة من الطرق ، ولكن طريق الأئمة التى

(١) يعنى طريق السلف المبسوط فى موضعه .

(٢) أى بمنطوقها ، وإن استُفيد مفهومها من قواعدهم وقدمنا ما يقرب منه عند الحنفية رحمهم الله من تخصيص النص بالعرف عن الذخيرة ونحوه ، نقل الشافعية عن القاضى حسين أن مبنى الفقه على « أن اليقين لا يرفع بالشك ، والضرر يزال ، والمشقة تجلب التيسير ، والعادة محكمة » وأرجعه العز بن عبد السلام فى قواعدهِ إلى قاعدتين : اعتبار المصالح ودرء المفسد ، وبعضهم إلى تحكيم العادة . قال القاضى زكريا : وبمحث بعضهم رجوع الجميع إلى جلب المصالح . كذا فى حواشى العطار على جمع الجوامع ، وأظن البعض الذى عناه القاضى زكريا هو الطوفى — المصنف .

اتفقت الأمة على اتباعها أولى بالمتابعة ، لقوله عليه السلام :
« اتبعوا السواد الأعظم ، فإن من شذ شذ في النار »^[٤٢] .

فالجواب : أنها ليست خطأ لما ذكرنا عليها من البرهان ،
ولا الصواب منحصر فيها قطعاً بل ظناً ، واجتهاداً ، وذلك
يوجب المصير إليها ، إذ الظن في الفرعيات كالقطع في غيرها ،
وما يلزم على هذا من خطأ الأمة فيما قبله لازم على رأى كل
ذى قول أو طريقة انفرد بها ، غير مسبوق إليها ، والسواد
الأعظم الواجب اتباعه هو الحجة ، والدليل الواضح ، وإلا لزم
أن يتبع العلماء العامة إذا خالفوهم ؛ لأن العامة أكثر ، وهو
السواد الأعظم .

واعلم أن هذه الطريقة هي التي قررناها مستفيدين لها من
الحديث المذكور ، ليست هي القول بالمصالح المرسله على
ما ذهب إليه مالك ، بل هي أبلغ من ذلك ، وهي التعويل على
النصوص والإجماع في العادات والمقدرات ، وعلى اعتبار
المصالح في المعاملات وبقاى الأحكام .

وتقرير ذلك أن الكلام فى أحكام الشرع ، إما أن يقع فى
العبادات ، والمقدرات ، ونحوها ، أو فى المعاملات والعادات ،
وشبهها ، فإن وقع فى الأول اعتبر فيه النص والإجماع ونحوهما
من الأدلة

غير أن الدليل على الحكم إما أن يتحد أو يتعدد ، فإن اتحد مثل إن كان فيه آية ، أو حديث ، أو قياس ، أو غير ذلك ، ثبت به .. وإن تعدد الدليل مثل إن كان آية ، وحديثاً ، واستصحاباً ، ونحوه .. فإن اتفقت الأدلة على إثبات أو نفي ، ثبت بها . وإن تعارضت فيه ، فإما تعارضاً يقبل الجمع أو لا يقبله ، فإن قبل الجمع جمع بينهما ؛ لأن الأصل في أدلة الشرع الإعمال ، لا الإلغاء ، غير أن الجمع بينهما يجب أن يكون بطريق قريب ، واضح لا يلزم منه التلاعب ببعض الأدلة ، وإن لم يقبل الجمع ، فالإجماع مقدم على ما عداه من الأدلة التسعة عشر ، والنص مقدم على ما سوى الإجماع .

ثم إن النص منحصر في الكتاب والسنة ، ثم لا يخلو إما أن ينفرد بالحكم أحدهما ، أو يجتمعا فيه ، فإن انفرد به أحدهما :

فإما الكتاب أو السنة :

الكتاب :

فإن انفرد به الكتاب ، فإما أن يتحد الدليل ، أو يتعدد . فإن اتحد — بأن كان في الحكم آية واحدة — عمل بها إن كانت نصاً أو ظاهراً فيه ، وإن كانت مجملة^(١) فإن كان أحد

(١) المجمل : ما خفى المراد منه بحيث لا يدرك بنفس اللفظ ، إلا ببيان ، سواء كان ذلك لتزاحم المعاني المتساوية الأقدام ، كالشرك ، أو لغرابة اللفظ ، أو لانتقاله من معناه الظاهر إلى غير ما هو معلوم . كذا في تعريفات السيد .

احتمالها أو احتمالاتها أشبه بالأدب مع الشرع عمل به ، وكان ذلك كاليان .

وإن استوى احتمالاتها في الأدب مع الشرع جاز الأمران ، والمختار أن يتعبد بكل منهما مرة .

وإن لم يظهر وجد الأدب وقف الأمر على البيان .

وإن تعدد الدليل من الكتاب ، فإن كان في الحكم منه آيتان أو أكثر ، فإن اتفق مقتضاهن فكالآية الواحدة ، وإن اختلف ، فإن قبل الجمع ، جمع بينهما بتخصيص أو تقييد أو نحوه ، وإن لم يقبل الجمع ، فإن علم نسخ بعضها بعينه فيها ، وإلا فالمنسوخ منهما مبهم ، فليستدل عليه بموافقة السنة غيره .

السنة :

إذ السنة بيان الكتاب ، وهي إنما تبين ما ثبت حكمه لا ما نسخ .

وإن انفردت السنة بالحكم ، فإن كان فيه حديث واحد ، فإن صح عُمل به ، كالأية الواحدة، وإن لم يصح لم يعتمد عليه^(١)

(١) أى لأنه لا يعمل به ، في المعاملات ، بل في فضائل الأعمال على قول ، ومنهم من منع العمل به مطلقاً ، كما بسط في كتب المصطلح ، وقد ذكر مسلم في مقدمة صحيحه : أن الراوى للأحاديث الضعيفة ، غاش آثم ، في فصل ينبغي العناية به ، وبالأولى ما كان منها في باب الصفات . =

وأخذ الحكم من الكتاب إن وجد ، وإلا فمن الاجتهاد ، إن ساغ ، مثل أن يعمل بما هو أشبه بالأدب ، مع الشرع ، وتعظيم حقه ، وإن لم يسغ فيه الاجتهاد ، وقف على البيان .

وإن كان فيه أكثر من حديث ، فإن صح جميعها ، فإما أن تتساوى في الصحة ، أو تتقارب ، فإن تساوت في الصحة ، فإن اتفق مقتضاها فكالحديث الواحد ، وإن اختلفت ، فإن قبلت الجمع جمع بينها وإلا فبعضها منسوخ ، فإن تعين وإلا استدل عليه بموافقة الكتاب أو لإجماع غيره ، أو بغير ذلك من الأدلة .

وإن لم تصح جميعها ، فإن كان الصحيح منها واحداً ، فكما لم يكن في الحكم إلا حديث واحد ، فإن كان الصحيح أكثر من واحد ، فإن اتفقت عُمل بها ، وإن اختلفت جمع بينها إن أمكن الجمع ، وإلا فبعضها منسوخ ، كما سبق فيما إذا كان جميع الأحاديث صحيحاً .

وإن تفاوتت في الصحة ، فإن كان بعضها أصح من بعض

= ولذا قال القاضي عياض في « الشفا » في الوجه السابع : فأما ما لا يصح من هذه الأحاديث فواجب ألا يذكر منها شيء في حق الله ، وحق أنبيائه ، وألا يتحدث بها ، ولا يتكلف الكلام على معانيها ، والصواب طرحها وترك الشغل بها ، إلا أن تذكر على وجه التعريف بأنها ضعيفة ، واهية الإسناد .

فإن اتفق مقتضاها فلا إشكال ، كالحديث الواحد ، وإن تعارضت
فإن قبلت الجمع جمع بينها ، وإن لم تقبله قدم الأصح فالأصح .
ثم إن اتحد الأصح عمل به وإن تعدد ، فإن اتفق
فكالحديث الواحد ، وإن تعارض جمع بينه إن قبل الجمع ، وإلا
فبعضه منسوخ معين أو مبهم يستدل عليه بما سبق . وإن اجتمع
في الحكم كتاب وسنة ، فإن اتفقا عمل بهما وأحدهما بيان
للآخر أو مؤكدا له ، وإن اختلفا فإن أمكن الجمع بينهما جمع ،
وإن لم يمكن فإن اتجه نسخ أحدهما بالآخر نسخ به ، وإن لم
يتجه فهو محل نظر وتفصيل ، والأشبه تقديم الكتاب ؛ لأنه
الأصل الأعظم ، ولا يترك بفرعه .

هذا تفصيل القول في أحكام العبادات .

أما المعاملات ونحوها فالمتبع فيها مصلحة الناس كما تقرر .
فالمصلحة وبقى أدلة الشرع إما أن يتفقا أو يختلفا ، فإن
اتفقا فيها ونعمت كما اتفق النص والإجماع والمصلحة ، على
إثبات الأحكام الخمسة^(١) الكلية الضرورية ، وهي : قتل

(١) قال القرافي في تنقيحه : الكليات الخمس ، وهي : حفظ النفوس ،
والأديان ، والأنساب ، والعقول ، والأموال — قيل : والأعراض —
حكى الغزالي وغيره إجماع الملل على تحريمها ، وأنه تعالى ما أباح العرض
بالقذف والسياب قط ، ولا الأموال بالسرقة والغصب ، ولا الأنساب
بإباحة الزنى ، ولا العقول بإباحة المنكرات ، ولا النفوس والأعضاء
بإباحة القطع والقتل ، ولا الأديان بإباحة الكفر ، وانتهاك حرم
المحرمات^[٤٣] .

القاتل ، والمرتد ، وقطع يد السارق ، وحد القاذف والشارب ، ونحو ذلك من الأحكام التي وافقت فيها أدلة الشرع المصلحة .

وإن اختلفا ، فإن أمكن الجمع بينهما بوجه ما جمع ، مثل أن يحمل بعض الأدلة على بعض الأحكام والأحوال دون بعض ، على وجه لا يخل بالمصلحة ، ولا يفضى إلى التلاعب بالأدلة أو بعضها .

وإن تعذر الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » ، وهو خاص في نفي الضرر المستلزم لرعاية المصلحة ، فيجب تقديمه ، ولأن المصلحة هي المقصودة من سياسة المكلفين بإثبات الأحكام وباقي الأدلة ، كالوسائل ، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل^(١) .

ثم إن المصالح والمفاسد قد تتعارض ، فيحتاج إلى ضبط يدفع محذور تعارضها ، فنقول : كل حكم يفرضه فيما أن

(١) أى واجب اعتبارها وملاحظتها أولاً وبالذات لأنها هي سر الشريعة ولبابها ، كالمعاني بالنسبة إلى الألفاظ ، فإن الألفاظ لم تقصد لنفسها ، وإنما هي مقصودة لمعانيها ، ومن هنا ذهب السلف إلى تحريم الخيل ، فإن من عرف قدر الشرع وحكمته ، وما اشتمل عليه من رعاية مصالح العباد ، تبين له حقيقة الحال ، وقطع بأن الله تعالى يتنزه أن يشرع لعباده نقص شرعه وحكمته بأنواع الخداع والاحتيال .
(انظر بسط ذلك في أعلام الموقعين)^(١٤٤) .

تتمحض مصلحة ، فإن اتحدت ، بأن كان فيه مصلحة واحدة حصلت ، وإن تعددت ، بأن كان فيه مصلحتان ومصالح ، فإن أمكن تحصيل جميعها حصل ، وإن لم يمكن حصل الممكن ، فإن تعذر تحصيل ما زاد على المصلحة الواحدة ، فإن تفاوتت المصالح في الاهتمام بها ، حصل الأهم منها ، وإن تساوت في ذلك حصلت واحدة منها بالاختيار ، إلا أن يقع هاهنا تهمة فبالقرعة ، وإن تمحضت مفسدته ، فإن اتحدت دفعت ، وإن تعددت ، فإن أمكن درء جميعها دُرِّتْ ، وإن تعددت دُرِّئَ منها الممكن ، فإن تعذر درء ما زاد على مصلحة واحدة ، فإن تفاوتت في عظم المفسدة ، دفع أعظمها ، وإن تساوت في ذلك بالاختيار ، أو القرعة ، إن اتجهت التهمة .

وإن تعارض مصلحتان أو مفسدتان ، أو مصلحة ومفسدة ، وترجح كل واحد من الطرفين ، من وجه دون وجه ، اعتبرنا أرجح الوجهين تحصيلاً أو دفعاً^(١) ، فإن استويا في ذلك ، عُذْنَا إلى الاختيار أو القرعة .

(١) يقرب من هذا قاعدة عظمى ، أشار إليها ابن تيمية — عليه الرحمة — بقوله : « إذا أشكل على الناظر ، أو السالك ، حكم شيء : هل هو الإباحة أو التحريم ، فليُنظر إلى مفسدته ، وثمرته ، وغايته ، فإن كان مشتملاً على مفسدة راجحة ظاهرة ، فإنه يستحيل على الشارع الأمر به أو إباحته ، بل يقطع أن الشارع يحرمه ، لاسيما إن كان مُفضياً إلى ما يبغضه الله ورسوله » (أ . هـ) .

فهذا ضابط مستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم : «لا ضرر ولا ضرار» .
يتوصل به إلى أرجح الأحكام غالباً ، وينتفى به الخلاف بكثرة
الطرق والأقوال .

مع أن في اختلاف الفقهاء فائدة عرضت خارجة عن
المقصود ، وهي معرفة الحقائق التي تتعلق بالأحكام وأعراضها
ونظائرها ، والفروق بينها ، وهي شبيهة بفائدة الحساب من
جزالة الرأي .

وإن اعتبرنا المصلحة في المعاملات ونحوها ، دون العبادات
وشبهها ، لأن العبادات حق للشرع خاص به ، ولا يمكن
معرفة حقه كماً وكيفاً ، وزماناً ومكاناً ، إلا إذا امتثل ما رسم
له سيده ، وفعل ما يعلم أنه يرضيه ، فكذلك هاهنا — ولهذا
لما تعبدت الفلاسفة بعقولهم ، ورفضوا الشرائع ، أسخطوا الله
عز وجل ، وضلوا وأضلوا ، وهذا بخلاف حقوق المكلفين ،
فإن أحكامها سياسية وشرعية ، وضعت لمصلحتهم ، وكانت
هي المعتبرة ، وعلى تحصيلها المعول ، ولا يقال : إن الشرع
أعلم بمصلحتهم ، فلتؤخذ من أدلته ، لأننا نقول :

« قد قررنا أن المصلحة من أدلة الشرع ، وهي أقواها ،
وأخصها ، فلنقدمها في تحصيل المصالح »^(١) .

(١) قال القرافي : إن المصلحة المرسلة في جميع المذاهب عند التحقيق ، لأنهم =

ثم هذا إنما يُقال في العبادات التي تخفى مصالحها عن مجارى العقول والعادات ، أما مصلحة سياسة المكلفين في حقوقهم ، فهي معلومة لهم ، بحكم العادة والعقل ، فإذا رأينا دليل الشرع متقاعداً عن إفادتها ، علمنا أننا أحلنا في تحصيلها على رعايتها ، كما أن النصوص لما كانت لا تفي بالأحكام ، علمنا أننا أحلنا بتامها على القياس ، وهو إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه ، بجامع بينهما ، والله عز وجل أعلم بالصواب .

= يقيسون ويفرقون بالمناسبات ، ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار ، ولا نعى بالمصلحة المرسله إلا ذلك .

ومما يؤكد العمل بالمصلحة المرسله ، أن الصحابة رضوان الله عليهم ، عملوا أموراً مطلقاً بالمصلحة ، لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو تدوين الدواوين . ثم قال : ينقل عن مذهبنا (المالكية) أن من خواصه اعتبار العوائد ، والمصلحة المرسله ، وسد الذرائع وليس كذلك . أما العرف فمشارك بين المذاهب ، ومن استقرأها وجددهم يصرحون بذلك فيها . وأما المصلحة المرسله ، فغيرنا يصرح بإنكارها ، ولكنهم عند التفريع تجدهم يعللون بمطلق المصلحة ، ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار ، بل يعتمدون على مجرد المناسبة . وهذا هو المصلحة المرسله .

وأما الذرائع ، فمنها ما هو مجمع عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه . ولا ين القيم في «أعلام الموقعين» فصل في سد الذرائع ذكر فيه تسعة وتسعين مثلاً من الشارع في منع الذرائع المفضية إلى المفسد^{١٥٥} . . . ومن توسع في بحث المصالح المرسله الإمام الصولى الشيخ أبو إسحاق الشاطبى المالكى في كتابه (المواقفات) فقد جرد الاستدلال عليها ، والنظر في لواحقها ، في الجزء الثانى ، فارجع إليه إن رمت المزيد على ما هنا .

هذا الكتاب

إن من أهم القواعد التي تقوم عليها المعاملات في الشريعة الإسلامية قاعدة « درء المفسد ، وحفظ المصالح أو جلبها » ، يقول ﷺ : « لا ضرر ولا ضيرار » ، فبرعاية المصالح يُصان كيان المجتمع ، ويتحقق استقراره وسعادته .

والإمام الطوفي مؤلف الرسالة التي بين أيدينا من أفضل المحققين في علم الأصول الذي تُعدُّ رعاية المصلحة أحد مباحثه ، فتراه فيها بين أدلة الشرع التسعة عشر ، ثم يتبعها ببيان كون رعاية المصالح من أصول الشرع ، ويمضي في رسالته هذه حتى نهايتها بأسلوب منطقي جذاب ، مؤيد بالأدلة النقلية والعقلية .

يقول عنه المفكر الإسلامي الأستاذ محمد رشيد رضا :
« ... وقد طُبعت في هذه الأيام مجموعة رسائل في الأصول ...
منها رسالة للإمام نجم الدين الطوفي الحنبلي المتوفى سنة ٧١٦هـ
تكلم فيها عن (المصلحة) بما لم نر مثله لغيره من الفقهاء ... » !!
وحَسَبُ الرسالة ومؤلفها هذه الشهادة التي وقعت في
موقعها الصحيح !!



**PUTUSAN
Nomor 46/PUU-VIII/2010**

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA

MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

[1.1] Yang mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh:

[1.2] 1. Nama : **Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti**

H. Mochtar Ibrahim

Tempat dan Tanggal Lahir : Ujung Pandang, 20 Maret 1970

Alamat : Jalan Camar VI Blok BL 12A, RT/RW
002/008, Desa/Kelurahan Pondok
Betung, Kecamatan Pondok Aren,
Kabupaten Tangerang, Banten

2. Nama : **Muhammad Iqbal Ramadhan bin
Moerdiono**

Tempat dan Tanggal Lahir : Jakarta, 5 Februari 1996

Alamat : Jalan Camar VI Blok BL 12A, RT/RW
002/008, Desa/Kelurahan Pondok
Betung, Kecamatan Pondok Aren,
Kabupaten Tangerang, Banten.

Berdasarkan Surat Kuasa Nomor 58/KH.M&M/K/VIII/2010 bertanggal 5 Agustus 2010, memberi kuasa kepada i) Rusdianto Matulatuwa; ii) Oktryan Makta; dan iii) Miftachul I.A.A., yaitu advokat pada Kantor Hukum Matulatuwa & Makta yang beralamat di Wisma Nugra Santana 14th Floor, Suite 1416, Jalan Jenderal Sudirman Kav. 7-8 Jakarta 10220, baik sendiri-sendiri maupun bersama-sama bertindak untuk dan atas nama pemberi kuasa;

Selanjutnya disebut sebagai ----- **para Pemohon;**

- [1.3] Membaca permohonan dari para Pemohon;
 Mendengar keterangan dari para Pemohon;
 Memeriksa bukti-bukti dari para Pemohon;
 Mendengar keterangan ahli dari para Pemohon;
 Mendengar dan membaca keterangan tertulis dari Pemerintah;
 Mendengar dan membaca keterangan tertulis dari Dewan Perwakilan Rakyat;
 Membaca kesimpulan tertulis dari para Pemohon;

2. DUDUK PERKARA

[2.1] Menimbang bahwa para Pemohon telah mengajukan permohonan bertanggal 14 Juni 2010 yang diterima Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada hari Senin tanggal 14 Juni 2010 berdasarkan Akta Penerimaan Berkas Permohonan Nomor 211/PAN.MK/2010 dan diregistrasi pada Rabu tanggal 23 Juni 2010 dengan Nomor 46/PUU-VIII/2010, yang telah diperbaiki dan diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 9 Agustus 2010, menguraikan hal-hal sebagai berikut:

A. Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) para Pemohon

1. Bahwa Pemohon adalah Perorangan warga negara Indonesia;
2. Bahwa Pasal 51 ayat (1) UUMK menyatakan:
 Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:
 - a. perorangan warga negara Indonesia;
 - b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
 - c. badan hukum publik atau privat; atau
 - d. lembaga negara.

Selanjutnya Penjelasan Pasal 51 ayat (1) UUMK menyatakan:

Yang dimaksud dengan “hak konstitusional” adalah hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Dengan demikian, Pemohon diklasifikasikan sebagai perorangan warga

negara Indonesia yang dirugikan hak konstitusionalnya disebabkan diperlakukan berbeda di muka hukum terhadap status hukum perkawinannya oleh undang-undang;

3. Bahwa berdasarkan ketentuan tersebut, maka terdapat dua syarat yang harus dipenuhi untuk permohonan uji materiil ini, yaitu apakah Pemohon memiliki *legal standing* dalam perkara permohonan uji materiil undang-undang ini? Syarat kesatu adalah kualifikasi untuk bertindak sebagai Pemohon sebagaimana diuraikan dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK. Syarat kedua adalah bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon tersebut dirugikan dengan berlakunya suatu undang-undang;
4. Bahwa telah dijelaskan terdahulu, Pemohon adalah warga negara Indonesia yang merupakan “Perorangan Warga Negara Indonesia”, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK. Karenanya, Pemohon memiliki kualifikasi sebagai Pemohon dalam permohonan uji materiil ini;
5. Bahwa sesuai dengan ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan yang menyatakan:

“Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu”, sehingga oleh karenanya pemikahan yang telah dilakukan oleh Pemohon adalah sah dan hal itu juga telah dikuatkan dengan Putusan Pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) sebagaimana tercantum dalam amar Penetapan atas Perkara Nomor 46/Pdt.P/2008/PA.Tgrs., tanggal 18 Juni 2008, halaman ke-5, alinea ke-5 yang menyatakan:

“... Bahwa pada tanggal 20 Desember 1993, di Jakarta telah berlangsung pemikahan antara Pemohon (Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti H. Mochtar Ibrahim) dengan seorang laki-laki bernama Drs. Moerdiono, dengan wali nikah almarhum H. Moctar Ibrahim, disaksikan oleh 2 orang saksi, masing-masing bernama almarhum KH. M. Yusuf Usman dan Risman, dengan mahar berupa seperangkat alat shalat, uang 2.000 Riyal (mata uang Arab), satu set perhiasan emas, berlian dibayar tunai dan dengan ijab yang diucapkan oleh wali tersebut dan qobul diucapkan oleh laki-laki bernama Drs. Moerdiono;

6. Bahwa Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan menyatakan:

“Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.”

Dengan berlakunya Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan, maka hak-hak konstitusional Pemohon sebagai warga negara Indonesia yang dijamin oleh Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 telah dirugikan;

Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 menyatakan:

“Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.”

Ketentuan UUD 1945 ini melahirkan norma konstitusi bahwa Pemohon yang merupakan warga negara Indonesia memiliki hak yang setara dengan warga negara Indonesia lainnya dalam membentuk keluarga dan melaksanakan perkawinan tanpa dibedakan dan wajib diperlakukan sama di hadapan hukum;

Sedangkan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 menyatakan:

“Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.”

Ketentuan UUD 1945 ini jelas melahirkan norma konstitusi bahwa anak Pemohon juga memiliki hak atas status hukumnya dan diperlakukan sama di hadapan hukum.

Artinya, UUD 1945 mengedepankan norma hukum sebagai bentuk keadilan terhadap siapapun tanpa diskriminatif. Tetapi, UU Perkawinan berkata lain yang mengakibatkan Pemohon dirugikan hak konstitusionalnya. Secara konstitusional, siapapun berhak melaksanakan perkawinan sepanjang itu sesuai dengan agama dan kepercayaannya masing-masing. Dalam hal ini, Pemohon telah melaksanakan perkawinannya sesuai dengan norma agama yang dianutnya yaitu Islam, serta sesuai dengan rukun nikah sebagaimana diajarkan oleh Islam. Bagaimana mungkin norma agama direduksi oleh norma hukum sehingga perkawinan yang sah menjadi tidak sah. Akibat dari direduksinya norma agama oleh norma hukum, tidak saja perkawinan Pemohon statusnya menjadi tidak jelas tetapi juga mengakibatkan keberadaan eksistensi

anaknyanya di muka hukum menjadi tidak sah;

7. Bahwa Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan menyatakan:

“Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.”

Berdasarkan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, maka anak Pemohon hanya mempunyai hubungan keperdataan ke ibunya, dan hal yang sama juga dianut dalam Islam. Hanya saja hal ini menjadi tidak benar, jika norma hukum UU Perkawinan menyatakan seorang anak di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, karena berpijak pada sah atau tidaknya suatu perkawinan menurut norma hukum. Begitupun dalam Islam, perkawinan yang sah adalah berdasarkan ketentuan yang telah diatur berdasarkan Al-Quran dan Sunnah, dalam hal ini, perkawinan Pemohon adalah sah dan sesuai rukun nikah serta norma agama sebagaimana diajarkan Islam. Perkawinan Pemohon bukanlah karena perbuatan zina atau setidaknya dianggap sebagai bentuk perzinahan. Begitu pula anaknya adalah anak yang sah. Dalam pandangan Islam hal yang berbeda dan sudah barang tentu sama dengan ketentuan dalam UU Perkawinan adalah menyangkut seorang wanita yang hamil dan tidak terikat dalam perkawinan maka nasib anaknya adalah dengan ibu dan keluarga ibunya. Jadi, pertanyaannya adalah bagaimana mungkin perkawinan yang sah menurut norma agama, tetapi norma hukum meredusirnya menjadi tidak sah?

Dengan berlakunya Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, maka hak-hak konstitusional Pemohon selaku ibu dan anaknya untuk mendapatkan pengesahan atas pemikahannya serta status hukum anaknya yang dijamin oleh Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 telah dirugikan;

8. Bahwa Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 menyatakan

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.”

Merujuk pada ketentuan UUD 1945 ini maka Pasal 2 ayat (2) dan Pasal

43 ayat (1) UU Perkawinan tidaklah senafas dan sejalan serta telah merugikan hak konstitusional Pemohon sekaligus anaknya. Ditilik berdasarkan kepentingan norma hukum jelas telah mereduksi kepentingan norma agama karena pada dasarnya sesuatu yang oleh norma agama dipandang telah sah dan patut menjadi berbeda dan tidak sah berdasarkan pendekatan memaksa dari norma hukum. Akibat dari bentuk pemaksa yang dimiliki norma hukum dalam UU Perkawinan adalah hilangnya status hukum perkawinan Pemohon dan anaknya Pemohon. Dengan kata lain, norma hukum telah melakukan pelanggaran terhadap norma agama;

9. Bahwa sementara itu, Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan menyebabkan kerugian terhadap hak konstitusional Pemohon dan anaknya yang timbul berdasarkan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, yakni hak untuk mendapatkan pengesahan terhadap pernikahan sekaligus status hukum anaknya Pemohon. Sebagai sebuah peraturan perundang-undang, maka Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan mempunyai kekuatan mengikat dan wajib ditaati oleh segenap rakyat. Sekalipun sesungguhnya ketentuan tersebut mengandung kesalahan yang cukup fundamental karena tidak sesuai dengan hak konstitusional yang diatur Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, sehingga menimbulkan kerugian konstitusional bagi Pemohon sebagaimana telah diuraikan terdahulu. Secara spesifik akan diuraikan dalam uraian selanjutnya yang secara *mutatis mutandis* mohon dianggap sebagai satu kesatuan argumentasi;
10. Bahwa berdasarkan semua uraian tersebut, jelas menunjukkan bahwa Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk bertindak sebagai Pemohon dalam permohonan uji materiil undang-undang;

B. Alasan-Alasan Permohonan Uji Materiil UU Perkawinan

11. Bahwa Pemohon merupakan pihak yang secara langsung mengalami dan merasakan hak konstitusionalnya dirugikan dengan diundangkannya UU Perkawinan terutama berkaitan dengan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1). Pasal ini ternyata justru menimbulkan ketidakpastian hukum yang mengakibatkan kerugian bagi Pemohon berkaitan dengan status

perkawinan dan status hukum anaknya yang dihasilkan dari hasil perkawinan;

12. Bahwa hak konstitusional Pemohon yang telah dilanggar dan merugikan tersebut adalah hak sebagaimana dijamin dalam Pasal 28B ayat (1) dan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945. Berdasarkan ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan (2) UUD 1945 tersebut, maka Pemohon dan anaknya memiliki hak konstitusional untuk mendapatkan pengesahan atas pernikahan dan status hukum anaknya. Hak konstitusional yang dimiliki oleh Pemohon telah dicerai oleh norma hukum dalam UU Perkawinan. Norma hukum ini jelas tidak adil dan merugikan karena perkawinan Pemohon adalah sah dan sesuai dengan rukun nikah dalam Islam. Merujuk ke norma konstitusional yang termaktub dalam Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 maka perkawinan Pemohon yang dilangsungkan sesuai dengan rukun nikah adalah sah tetapi terhalang oleh Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan. Norma hukum yang mengharuskan sebuah perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku telah mengakibatkan perkawinan yang sah dan sesuai dengan rukun nikah agama Islam (norma agama) menjadi tidak sah menurut norma hukum. Kemudian hal ini berdampak ke status anak yang dilahirkan Pemohon ikut tidak menjadi sah menurut norma hukum dalam UU Perkawinan. Jadi, jelas telah terjadi pelanggaran oleh norma hukum dalam UU Perkawinan terhadap perkawinan Pemohon (norma agama). Hal senada juga disampaikan oleh Van Kan: “Kalau pelaksanaan norma-norma hukum tersebut tidak mungkin dilakukan, maka tata hukum akan memaksakan hal lain, yang sedapat mungkin mendekati apa yang dituju norma-norma hukum yang bersangkutan atau menghapus akibat-akibat dari pelanggaran norma-norma hukum itu.” (Van Kan, *Pengantar Ilmu Hukum* (terjemahan dari *Inleiding tot de Rechtswetenschap* oleh Mr. Moh. O. Masduki), PT. Pembangunan, Jkt, cet. III, 1960, hal. 9-11.)
13. Bahwa konsekuensi dari ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tersebut adalah setiap orang memiliki kedudukan dan hak yang sama termasuk haknya untuk mendapatkan pengesahan atas pernikahan dan status hukum anaknya. Norma konstitusi yang timbul dari Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) adalah adanya persamaan dan kesetaraan di hadapan hukum. Tidak ada

diskriminasi dalam penerapan norma hukum terhadap setiap orang dikarenakan cara pernikahan yang ditempuhnya berbeda dan anak yang dilahirkan dari pernikahan tersebut adalah sah di hadapan hukum serta tidak diperlakukan berbeda. Tetapi, dalam praktiknya justru norma agama telah diabaikan oleh kepentingan pemaksa yaitu norma hukum. Perkawinan Pemohon yang sudah sah berdasarkan rukun nikah dan norma agama Islam, menurut norma hukum menjadi tidak sah karena tidak tercatat menurut Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan. Akibatnya, pemberlakuan norma hukum ini berdampak terhadap status hukum anak yang dilahirkan dari perkawinan Pemohon menjadi anak di luar nikah berdasarkan ketentuan norma hukum dalam Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan. Di sisi lain, perlakuan diskriminatif ini sudah barang tentu menimbulkan permasalahan karena status seorang anak di muka hukum menjadi tidak jelas dan sah. Padahal, dalam UUD 1945 dinyatakan anak terlantar saja, yang status orang-tuanya tidak jelas, dipelihara oleh negara. Dan, hal yang berbeda diperlakukan terhadap anak Pemohon yang dihasilkan dari perkawinan yang sah, sesuai dengan rukun nikah dan norma agama justru dianggap tidak sah oleh UU Perkawinan. Konstitusi Republik Indonesia tidak menghendaki sesuatu yang sudah sesuai dengan norma agama justru dianggap melanggar hukum berdasarkan norma hukum. Bukankah hal ini merupakan pelanggaran oleh norma hukum terhadap norma agama;

14. Bahwa dalam kedudukannya sebagaimana diterangkan terdahulu, maka telah terbukti Pemohon memiliki hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian konstitusional dengan berlakunya UU Perkawinan, khususnya Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1), yaitu yang berkaitan dengan pencatatan perkawinan dan hubungan hukum anak yang dilahirkan dari perkawinan yang tidak dicatatkan. Telah terjadi pelanggaran atas hak konstitusional Pemohon sebagai warga negara Republik Indonesia, karena Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tersebut bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Hal ini mengakibatkan pernikahan Pemohon yang telah dilakukan secara sah sesuai dengan agama yang dianut Pemohon tidak mendapatkan kepastian hukum sehingga menyebabkan pula anak

hasil pemikahan Pemohon juga tidak mendapatkan kepastian hukum pula; Jelas hak konstitusional dari anak telah diatur dan diakui dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945. Kenyataannya sejak lahirnya anak Pemohon telah mendapatkan perlakuan diskriminatif yaitu dengan dihilangkannya asal-usul dari anak Pemohon dengan hanya mencantumkan nama Pemohon dalam Akta Kelahirannya dan negara telah menghilangkan hak anak untuk kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang karena dengan hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibunya menyebabkan suami dari Pemohon tidak mempunyai kewajiban hukum untuk memelihara, mengasuh dan membiayai anak Pemohon. Tidak ada seorang anakpun yang dilahirkan di muka bumi ini dipersalahkan dan diperlakukan diskriminatif karena cara pemikahan yang ditempuh kedua orang tuanya berbeda tetapi sah menurut ketentuan norma agama. Dan, anak tersebut adalah anak yang sah secara hukum dan wajib diperlakukan sama di hadapan hukum;

Kenyataannya maksud dan tujuan diundangkannya UU Perkawinan berkaitan pencatatan perkawinan dan anak yang lahir dari sebuah perkawinan yang tidak dicatatkan, dianggap sebagai anak di luar perkawinan sehingga hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya. Kenyataan ini telah memberikan ketidakpastian secara hukum dan mengganggu serta mengusik perasaan keadilan yang tumbuh dan hidup di masyarakat, sehingga merugikan Pemohon;

Kelahiran anak Pemohon ke dunia ini bukanlah suatu kehadiran yang tanpa sebab, tetapi sebagai hasil hubungan kasih-sayang antara kedua orang tuanya (Pemohon dan suaminya), namun akibat dari ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, menyebabkan suatu ketidakpastian hukum hubungan antara anak dengan bapaknya. Hal tersebut telah melanggar hak konstitusional anak untuk mengetahui asal-usulnya. Juga menyebabkan beban psikis terhadap anak dikarenakan tidak adanya pengakuan dari bapaknya atas kehadirannya di dunia. Tentu saja hal tersebut akan menyebabkan kecemasan, ketakutan dan ketidaknyamanan anak dalam pergaulannya di masyarakat;

15. Bahwa Pemohon secara objektif mengalami kerugian materi atau finansial, yaitu Pemohon harus menanggung biaya untuk kehidupan Pemohon serta

untuk membiayai dalam rangka pengasuhan dan pemeliharaan anak. Hal ini dikarenakan adanya ketentuan dalam UU Perkawinan yang menyebabkan tidak adanya kepastian hukum atas pernikahan Pemohon dan anak yang dihasilkan dari pernikahan tersebut. Akibatnya, Pemohon tidak bisa menuntut hak atas kewajiban suami memberikan nafkah lahir dan batin serta biaya untuk mengasuh dan memelihara anak.

Tegasnya, UU Perkawinan tidak mencerminkan rasa keadilan di masyarakat dan secara objektif-empiris telah memasung hak konstitusional Pemohon sebagai warga negara Republik Indonesia untuk memperoleh kepastian hukum dan terbebas dari rasa cemas, ketakutan, dan diskriminasi terkait pernikahan dan status hukum anaknya. Bukankah Van Apeldoorn dalam bukunya *Inleiding tot de Rechtswetenschap in Nederland* menyatakan bahwa tujuan hukum adalah untuk mengatur pergaulan hidup secara damai. Hukum menghendaki kedamaian. Kedamaian di antara manusia dipertahankan oleh hukum dengan melindungi kepentingan-kepentingan manusia yang tertentu yaitu kehormatan, kemerdekaan, jiwa, harta benda dan lain sebagainya terhadap yang merugikannya. Kepentingan individu dan kepentingan golongan-golongan manusia selalu bertentangan satu sama lain. Pertentangan kepentingan-kepentingan ini selalu akan menyebabkan pertikaian dan kekacauan satu sama lain kalau tidak diatur oleh hukum untuk menciptakan kedamaian dengan mengadakan keseimbangan antara kepentingan yang dilindungi, di mana setiap orang harus memperoleh sedapat mungkin yang menjadi haknya (Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, terjemahan *Inleiding tot de Studie van Het Nederlandse Recht* oleh Mr. Oetarid Sadino, Noordhoff-kalff N.V. Jkt. Cet. IV, 1958, hal. 13).

Norma konstitusi yang termaktub dalam UUD 1945 salah satunya mengandung tujuan hukum. Tujuan hukum dapat ditinjau dari teori etis (*etische theorie*) yang menyatakan hukum hanya semata-mata bertujuan mewujudkan keadilan. Kelemahannya adalah peraturan tidak mungkin dibuat untuk mengatur setiap orang dan setiap kasus, tetapi dibuat untuk umum, yang sifatnya abstrak dan hipotetis. Dan, kelemahan lainnya adalah hukum tidak selalu mewujudkan keadilan. Di sisi lain, menurut teori utilitis (*utilities theorie*), hukum bertujuan mewujudkan semata-mata apa

yang berfaedah saja. Hukum bertujuan menjamin adanya kebahagiaan sebanyak-banyaknya pada orang sebanyak-banyaknya. Kelemahannya adalah hanya memperhatikan hal-hal umum, dan terlalu individualistis, sehingga tidak memberikan kepuasan bagi perasaan hukum. Teori selanjutnya adalah campuran dari kedua teori tersebut yang dikemukakan oleh para sarjana ini. Bellefroid menyatakan bahwa isi hukum harus ditentukan menurut dua asas, yaitu keadilan dan faedah. Utrecht menyatakan hukum bertugas menjamin adanya kepastian hukum (*rechtszekerheid*) dalam pergaulan manusia. Dalam tugas itu tersimpul dua tugas lain, yaitu harus menjamin keadilan serta hukum tetap berguna. Dalam kedua tugas tersebut tersimpul pula tugas ketiga yaitu hukum bertugas polisionil (*politieele taak van het recht*). Hukum menjaga agar dalam masyarakat tidak terjadi main hakim sendiri (*eigenrichting*). Sedangkan, Wirjono Prodjodikoro berpendapat tujuan hukum adalah mengadakan keselamatan bahagia dan tertib dalam masyarakat (Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Pustaka Kartini, Cet. Pertama, 1991, hal. 23-26). Berdasarkan penjelasan tersebut, norma hukum yang termaktub dalam UU Perkawinan telah melanggar hak konstitusional yang seharusnya didapatkan oleh Pemohon;

16. Berdasarkan semua hal yang telah diuraikan tersebut, maka MK berwenang untuk mengadili dan memutuskan Perkara Permohonan Uji Materiil Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan terhadap Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

Berdasarkan semua hal yang telah diuraikan tersebut dan bukti-bukti terlampir maka dengan ini Pemohon memohon ke Mahkamah Konstitusi agar berkenan memberikan Putusan sebagai berikut:

1. Menerima dan mengabulkan Permohonan Uji Materiil Pemohon untuk seluruhnya;
2. Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, bertentangan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
3. Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat dengan segala akibat hukumnya;

Atau jika Majelis Hakim berpendapat lain, maka dimohonkan Putusan yang seadil-

adilnya (*ex aequo et bono*);

[2.2] Menimbang bahwa untuk membuktikan dalil-dalilnya, Pemohon telah mengajukan alat bukti surat/tulisan yang diberi tanda Bukti P-1 sampai dengan Bukti P-6, sebagai berikut:

1. Bukti P-1 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.
2. Bukti P-2 : Fotokopi Penetapan Pengadilan Agama Tangerang Nomor 46/Pdt.P/2008/PA.Tgrs.
3. Bukti P-3 : Fotokopi Rekomendasi Komisi Perlindungan Anak Indonesia Nomor 230/KPAI/VII/2007.
4. Bukti P-4 : Fotokopi Surat Tanda Penerimaan Pengaduan Komisi Perlindungan Anak Indonesia Nomor 07/KPAI/II/2007.
5. Bukti P-5 : Fotokopi Surat Nomor 173/KH.M&M/K/X/2006 perihal Somasi tertanggal 16 Oktober 2006.
6. Bukti P-6 : Fotokopi Surat Nomor 03/KH.M&M/K/I/2007 perihal Undangan dan Klarifikasi tertanggal 12 Januari 2007.

Selain itu, Pemohon juga mengajukan ahli, yaitu **Dr. H.M. Nurul Irfan, M.Ag.**, yang telah didengar keterangannya di bawah sumpah dan memberikan keterangan tertulis dalam persidangan tanggal 4 Mei 2011, yang pada pokoknya sebagai berikut:

1. Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan telah jelas mengakui bahwa perkawinan adalah sah jika dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya;
2. Namun keberadaan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan yang menyebutkan tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku, mengakibatkan adanya dua pemahaman. Di satu sisi, perkawinan adalah sah jika dilakukan menurut agama atau kepercayaan masing-masing; di sisi lain perkawinan dimaksud tidak memiliki kekuatan hukum karena tidak dicatat;
3. Dari perspektif hukum Islam, perkawinan dinyatakan sah apabila telah memenuhi lima rukun, yaitu ijab qabul, calon mempelai pria, calon mempelai wanita, dua orang saksi, dan wali dari pihak mempelai wanita;

4. Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan tidak jelas, kabur, dan kontradiktif dengan Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan, serta berdampak pada pernikahan seseorang yang telah memenuhi syarat dan rukun secara Islam tetapi karena tidak dicatat di KUA maka pernikahannya menjadi tidak sah;
5. Karena perkawinan tersebut tidak sah, lebih lanjut Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan mengatur bahwa anak dari perkawinan tersebut hanya memiliki nasab dan hubungan kekerabatan dengan ibu dan keluarga ibu. Pada akta kelahirannya, anak tersebut akan ditulis sebagai anak dari ibu tanpa bapak;
6. Anak tersebut juga akan mengalami kerugian psikologis, dikucilkan masyarakat, kesulitan biaya pendidikan, kesehatan, dan kesejahteraan lahiriah lainnya;
7. Keharusan mencatatkan pernikahan yang berimplikasi pada status anak di luar nikah yang hanya memiliki hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya adalah bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945, karena anak yang seharusnya dilindungi dari berbagai bentuk kekerasan dan diskriminasi akhirnya tidak terlindungi hanya karena orang tuanya terlanjur melaksanakan perkawinan yang tidak dicatat;
8. Dalam hukum Islam, anak lahir dalam keadaan bersih dan tidak menanggung beban dosa orang tuanya. Islam tidak mengenal konsep dosa turunan atau pelimpahan dosa dari satu pihak ke pihak lainnya;
9. Pertanggungjawaban pidana dalam hukum Islam bersifat individu. Seseorang tidak dapat menanggung beban dosa orang lain, apalagi bertanggung jawab terhadap dosa orang lain, sebagaimana dinyatakan dalam Al Quran Surat al-Isra'/17:15; Surat al-An'am/6:164; Surat Fatir/35:18; Surat az-Zumar/39:7; dan Surat an-Najm/53:38;
10. Islam mengenal konsep anak zina yang hanya bernasab kepada ibu kandungnya, namun ini bukan anak dari perkawinan sah (yang telah memenuhi syarat dan rukun). Anak yang lahir dari perkawinan sah secara Islam, meskipun tidak dicatatkan pada instansi terkait, tetap harus bernasab kepada kedua bapak dan ibunya;
11. Bahkan dalam Islam dilarang melakukan adopsi anak jika adopsi tersebut memutus hubungan nasab antara anak dengan bapak. Jika anak yang akan diadopsi tidak diketahui asal muasal dan bapak kandungnya, maka harus

diakui sebagai saudara seagama atau aula/anak angkat; dan bukan dianggap sebagai anak kandung;

12. Dalam *fiqh*, tidak pernah disebutkan bahwa pernikahan harus dicatat, tetapi terdapat perintah dalam Al Quran Surat an-Nisa' untuk menaati *ulil amri* (dalam hal ini Undang-Undang sebagai produk *ulil amri*);
13. Dengan demikian, Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan bersifat diskriminatif sehingga bertentangan dengan Pasal 27, Pasal 28B ayat (2), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945;
14. Jika Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan mengandung *madharat*, tetapi menghapusnya juga menimbulkan *madharat*, maka dalam kaidah hukum Islam, harus dipilih *madharat*-nya yang paling ringan;

[2.3] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Pemerintah menyampaikan keterangan secara lisan dalam persidangan tanggal 9 Februari 2011, dan menyampaikan keterangan tertulis bertanggal 18 Februari 2011 dan diterima Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi pada tanggal 30 Maret 2011, yang menyatakan sebagai berikut.

I. Pokok Permohonan

Bahwa para Pemohon yang berkedudukan sebagai perorangan warga negara Indonesia mengajukan permohonan pengujian ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya disebut UU Perkawinan), yang pada intinya sebagai berikut:

- a. Bahwa menurut para Pemohon ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan menimbulkan ketidakpastian hukum yang mengakibatkan kerugian bagi para Pemohon, khususnya yang berkaitan dengan status perkawinan dan status hukum anak yang dihasilkan dari hasil perkawinan Pemohon I;
- b. Bahwa hak konstitusional para Pemohon telah dicerai oleh norma hukum dalam Undang-Undang Perkawinan. Norma hukum ini jelas tidak adil dan merugikan karena perkawinan Pemohon I adalah sah dan sesuai dengan rukun nikah dalam islam. Merujuk ke norma konstitusional yang termaktub dalam Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 maka perkawinan Pemohon I yang dilangsungkan sesuai rukun nikah adalah sah tetapi terhalang oleh Pasal 2 UU Perkawinan, akibatnya menjadi tidak sah menurut norma hukum.

Akibatnya, pemberlakuan norma hukum ini berdampak terhadap status hukum anak (Pemohon II) yang dilahirkan dari perkawinan Pemohon I menjadi anak di luar nikah berdasarkan ketentuan norma hukum dalam Pasal 34 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan. Disisi lain, perlakuan diskriminatif ini sudah barang tentu menimbulkan permasalahan karena status seorang anak di muka hukum menjadi tidak jelas dan sah.

- c. Singkatnya menurut Pemohon, ketentuan *a quo* telah menimbulkan perlakuan yang tidak sama di hadapan hukum serta menciptakan perlakuan yang bersifat diskriminatif, karena itu menurut para Pemohon ketentuan *a quo* dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

II. Tentang Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Para Pemohon

Berkaitan dengan kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon, maka agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon yang memiliki kedudukan hukum dalam permohonan Pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, maka terlebih dahulu harus menjelaskan dan membuktikan:

- a. Kualifikasinya dalam permohonan *a quo* sebagaimana disebut dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK.
- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dalam kualifikasi dimaksud yang dianggap telah dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang diuji;
- c. Kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon sebagai akibat berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian.

Jika memperhatikan hal-hal tersebut di atas, maka para Pemohon dalam permohonan ini memiliki kualifikasi atau bertindak selaku perorangan warga negara Indonesia, yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya telah dirugikan atas berlakunya Undang-Undang *a quo* atau anggapan kerugian tersebut sebagai akibat berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian tersebut.

Bahwa dari seluruh uraian permohonan para Pemohon, menurut Pemerintah anggapan kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusionalitas yang terjadi terhadap diri para Pemohon, bukanlah karena berlakunya dan/atau sebagai akibat berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian tersebut, karena pada kenyataannya yang dialami oleh Pemohon I dalam melakukan perkawinan dengan seorang laki-laki yang telah beristri tidak memenuhi prosedur, tata cara dan persyaratan sebagaimana diatur dalam Pasal 3 ayat (2), Pasal (2), Pasal (4), Pasal

5, Pasal 9, dan Pasal 12 UU Perkawinan serta PP Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU Perkawinan, oleh karenanya maka perkawinan Poligami yang dilakukan oleh Pemohon tidak dapat dicatat.

Seandainya Perkawinan Pemohon I dilakukan sesuai dengan ketentuan hukum yang terdapat dalam Undang-Undang *a quo*, maka Pemohon I tidak akan mendapatkan hambatan dalam melakukan pencatatan perkawinan, dan dijamin bahwa Pemohon I akan memperoleh status hukum perkawinan yang sah dan mendapat hak status anak yang dilahirkannya.

Karena itu, Pemerintah melalui Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi memohon kiranya para Pemohon dapat membuktikan terlebih dahulu apakah benar sebagai pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan atas berlakunya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji, utamanya dalam mengkonstruksikan adanya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya yang dirugikan atas berlakunya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji tersebut.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, menurut Pemerintah permasalahan yang terjadi terhadap para Pemohon adalah tidak terkait dengan masalah konstitusionalitas keberlakuan materi muatan norma Undang-Undang *a quo* yang dimohonkan untuk diuji tersebut, akan tetapi berkaitan dengan ketidakpatuhan terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku yang dilakukan secara sadar dan nalar yang sepatutnya dapat diketahui resiko akibat hukumnya dikemudian hari.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, menurut Pemerintah adalah tepat jika Mahkamah Konstitusi secara bijaksana menyatakan permohonan para Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).

Namun demikian, Pemerintah menyerahkan sepenuhnya kepada Mahkamah Konstitusi untuk mempertimbangkan dan menilainya apakah para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) atau tidak dalam Permohonan Pengujian Undang-Undang *a quo*, sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK maupun berdasarkan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi terdahulu (*vide* Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007).

III. Keterangan Pemerintah atas Permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Sebelum Pemerintah memberikan penjelasan/argumentasi secara rinci terhadap dalil-dalil maupun anggapan para Pemohon tersebut di atas, dapat disampaikan hal-hal sebagai berikut:

A. Secara umum Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Perkawinan adalah sebuah pranata untuk mengesahkan hubungan dua anak manusia yang berbeda jenis kelamin sehingga menjadi pasangan suami istri. Secara umum perkawinan dimaksudkan untuk membentuk sebuah kehidupan keluarga yang lestari, utuh, harmonis, bahagia lahir dan batin. Karena itu dengan sendirinya diperlukan kesesuaian dari kedua belah pihak yang akan menyatu menjadi satu dalam sebuah unit terkecil dalam masyarakat, sehingga latar belakang kehidupan kedua belah pihak menjadi penting, dan salah satu latar belakang kehidupan itu adalah agama.

Agama menurut ahli sosiologi merupakan sesuatu yang sangat potensial untuk menciptakan integrasi, tetapi di sisi lain sangat mudah sekali untuk memicu konflik. Karenanya jika UU Perkawinan menganut aliran *monotheism* tidak semata-mata karena mengikuti ajaran agama tertentu saja, yang mengharamkan adanya perkawinan beda agama, melainkan juga karena persamaan agama lebih menjanjikan terciptanya sebuah keluarga yang kekal, harmonis, bahagia lahir dan batin, daripada menganut aliran *heterotheism* (antar agama) yang sangat rentan terhadap terjadinya perpecahan, tidak harmonis, tidak bahagia dan tidak sejahtera.

Perkawinan adalah salah satu bentuk perwujudan hak-hak konstitusional warga negara yang harus dihormati (*to respect*), dilindungi (*to protect*) oleh setiap orang dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara sebagaimana tercantum dalam UUD 1945, dinyatakan secara tegas dalam Pasal 28B ayat (1): "Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah", dan Pasal 28J ayat (1): "Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib bermasyarakat, berbangsa dan bernegara". Dengan demikian perlu disadari

bahwa di dalam hak-hak konstitusional tersebut, terkandung kewajiban penghormatan atas hak-hak konstitusional orang lain. Sehingga tidaklah mungkin hak-hak konstitusional yang diberikan oleh negara tersebut dapat dilaksanakan sebebaskan-bebasnya oleh setiap orang, karena bisa jadi pelaksanaan hak konstitusional seseorang justru akan melanggar hak konstitusional orang lain, karenanya diperlukan adanya pengaturan pelaksanaan hak-hak konstitusional tersebut. Pengaturan tersebut sebagaimana tertuang dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan bahwa "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis".

Meskipun pengaturan yang dituangkan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, pada hakikatnya adalah mengurangi kebebasan, namun pengaturan tersebut bertujuan dalam rangka kepentingan nasional atau kepentingan masyarakat luas, yakni agar pelaksanaan hak konstitusional seseorang tidak mengganggu hak konstitusional orang lain. Selain itu pengaturan pelaksanaan hak konstitusional tersebut merupakan konsekuensi logis dari kewajiban negara yang diamanatkan oleh Pembukaan UUD 1945, "... untuk membentuk Pemerintah negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia, dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa ...".

Artinya bahwa pembentukan Undang-Undang meskipun di dalamnya mengandung norma atau materi yang dianggap membatasi hak konstitusional seseorang, namun sesungguhnya hal tersebut merupakan bagian dari upaya yang dilakukan oleh negara dalam rangka melindungi segenap bangsa Indonesia, untuk memajukan ketertiban umum, kesejahteraan, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan lain sebagainya.

Sebagaimana halnya ketentuan yang tercantum dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, adalah perwujudan pelaksanaan hak-hak konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 khususnya hak untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan, akan tetapi ketentuan *a quo*

sekaligus memberi batasan terhadap pelaksanaan hak konstitusional yang semata-mata bertujuan untuk melindungi warga negara untuk terciptanya masyarakat adil makmur dan sejahtera, seperti yang dicita-citakan dalam Pembukaan UUD 1945. Oleh karenanya perkawinan adalah suatu lembaga yang sangat menentukan terbentuknya sebuah keluarga yang bahagia dan sejahtera, maka keluarga yang merupakan unit terkecil dalam masyarakat itulah yang akan membentuk masyarakat bangsa Indonesia menjadi masyarakat yang adil, makmur, dan sejahtera. Jika keluarga yang terbentuk adalah keluarga yang tidak harmonis, tidak bahagia, dan tidak sejahtera, mustahil akan terbentuk masyarakat Indonesia menjadi masyarakat yang sejahtera.

Dengan demikian, maka UU Perkawinan telah sejalan dengan amanat konstitusi dan karenanya tidak bertentangan dengan UUD 1945, karena UU Perkawinan tidak mengandung materi muatan yang mengurangi dan menghalang-halangi hak seseorang untuk melakukan perkawinan, akan tetapi undang-undang perkawinan mengatur bagaimana sebuah perkawinan seharusnya dilakukan sehingga hak-hak konstitusional seseorang terpenuhi tanpa merugikan hak-hak konstitusional orang lain.

B. Penjelasan Terhadap Materi Muatan Norma Yang Dimohonkan Untuk Diuji Oleh Para Pemohon.

Sehubungan dengan anggapan para Pemohon dalam permohonannya yang menyatakan bahwa Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, yaitu:

Pasal 2 yang menyatakan:

Ayat (2): "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku"

Pasal 43 yang menyatakan:

Ayat (1): "Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"

Ketentuan tersebut di atas oleh para Pemohon dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 28D ayat (1), UUD 1945, yang menyatakan sebagai berikut:

Pasal 28B ayat (1): *"Setiap orang berhak membentuk keluarga dan*

melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah".

Pasal 28B ayat (2): *"Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi"*.

Pasal 28D ayat (1): *"Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum"*.

Terhadap anggapan para Pemohon tersebut di atas, Pemerintah dapat menyampaikan penjelasan sebagai berikut:

1. Terhadap ketentuan Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang *a quo* dapat dijelaskan sebagai berikut:

Bahwa perkawinan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 UU Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Untuk itu suami istri perlu saling membantu dan melengkapi, agar masing-masing dapat mengembangkan kepribadiannya membantu dan mencapai kesejahteraan spiritual dan material.

Kemudian pada Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang *a quo* menyatakan bahwa *"suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu"*; dan pada Pasal 2 ayat (2) dinyatakan bahwa *"Tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku"*.

Bahwa menurut Undang-Undang *a quo*, sahnya perkawinan disandarkan kepada hukum agama masing-masing, namun demikian suatu perkawinan belum dapat diakui keabsahannya apabila tidak dicatat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Pencatatan perkawinan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (2) bertujuan untuk:

- a. tertib administrasi perkawinan;
- b. memberikan kepastian dan perlindungan terhadap status hukum suami, istri maupun anak; dan
- c. memberikan jaminan dan perlindungan terhadap hak-hak tertentu yang timbul karena perkawinan seperti hak waris, hak untuk memperoleh akte kelahiran, dan lain-lain;

Pemerintah tidak sependapat dengan anggapan para Pemohon yang menyatakan bahwa Pasal 2 ayat (2) telah bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, karena pencatatan perkawinan bukanlah dimaksudkan untuk membatasi hak asasi warga negara melainkan sebaliknya yakni melindungi warga negara dalam membangun keluarga dan melanjutkan keturunan, serta memberikan kepastian hukum terhadap hak suami, istri, dan anak-anaknya.

Bahwa Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang *a quo* memang tidak berdiri sendiri, karena frasa “dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku” memiliki pengertian bahwa pencatatan perkawinan tidak serta merta dapat dilakukan, melainkan bahwa pencatatan harus mengikuti persyaratan dan prosedur yang ditetapkan dalam perundang-undangan. Hal ini dimaksudkan agar hak-hak suami, istri, dan anak-anaknya benar-benar dapat dijamin dan dilindungi oleh negara. Persyaratan dan prosedur tersebut meliputi ketentuan yang diatur dalam Pasal 3 ayat (2), Pasal 4, Pasal 5, Pasal 9, dan Pasal 12 UU Perkawinan, dan Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU Perkawinan khususnya Pasal 2 sampai dengan Pasal 9.

Bahwa benar UU Perkawinan menganut asas monogami, akan tetapi tidak berarti bahwa undang-undang ini melarang seorang suami untuk beristri lebih dari seorang (poligami). Apabila dikehendaki, seorang suami dapat melakukan poligami dengan istri kedua dan seterusnya, akan tetapi hal tersebut hanya dapat dilakukan setelah yang bersangkutan memenuhi persyaratan dan prosedur yang ditetapkan dalam Undang-Undang *a quo* khususnya sebagaimana ditentukan dalam Pasal 3 ayat (2), Pasal 4 dan Pasal 5 serta PP Nomor 9 Tahun 1975.

Apabila suatu perkawinan poligami tidak memenuhi ketentuan Undang-Undang Perkawinan, maka perkawinan tersebut tidak dapat dicatatkan di Kantor Urusan Agama atau Kantor Catatan Sipil, dengan segala akibat hukumnya antara lain: tidak mempunyai status perkawinan yang sah, dan tidak mempunyai status hak waris bagi suami, istri, dan anak-anaknya.

Bahwa ketentuan mengenai persyaratan dan prosedur perkawinan poligami yang diatur dalam UU Perkawinan berlaku untuk setiap warga negara Indonesia dan tidak memberikan perlakuan yang diskriminatif terhadap orang atau golongan tertentu termasuk terhadap para Pemohon. Di samping itu

ketentuan tersebut sejalan dengan ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi: *“Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”*.

Dari uraian tersebut di atas, tergambar dengan jelas dan tegas bahwa pencatatan perkawinan baik di Kantor Urusan Agama maupun Kantor Catatan Sipil menurut Pemerintah tidak terkait dengan masalah konstitusionalitas keberlakuan materi muatan norma yang dimohonkan pengujian oleh para Pemohon.

Dengan demikian maka ketentuan Pasal 2 ayat (2) tersebut tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

2. Terhadap ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan dapat dijelaskan sebagai berikut:

Bahwa Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan menyatakan: *“Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”*, menurut Pemerintah bertujuan untuk memberikan perlindungan dan kepastian hukum terhadap hubungan keperdataan antara anak dan ibunya serta keluarga ibunya, karena suatu perkawinan yang tidak dicatat dapat diartikan bahwa peristiwa perkawinan tersebut tidak ada, sehingga anak yang lahir di luar perkawinan yang tidak dicatat menurut Undang-Undang *a quo* dikategorikan sebagai anak yang lahir di luar perkawinan yang sah. Ketentuan dalam pasal ini merupakan konsekuensi logis dari adanya pengaturan mengenai persyaratan dan prosedur perkawinan yang sah atau sebaliknya yang tidak sah berdasarkan Undang-Undang *a quo*, karenanya menjadi tidak logis apabila undang-undang memastikan hubungan hukum seorang anak yang lahir dari seorang perempuan, memiliki hubungan hukum sebagai anak dengan seorang laki-laki yang tidak terikat dalam suatu perkawinan yang sah.

Berdasarkan penjelasan tersebut di atas, menurut Pemerintah ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang *a quo* justru bertujuan untuk memberikan

perlindungan dan kepastian hukum terhadap hubungan keperdataan antara anak dan ibunya serta keluarga ibunya.

Oleh karena itu menurut Pemerintah Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 kaena apabila perkawinan tersebut dilakukan secara sah maka hak-hak para Pemohon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 dapat dipenuhi.

Lebih lanjut Pemerintah juga tidak sependapat dengan anggapan para Pemohon yang menyatakan bahwa ketentuan-ketentuan tersebut di atas telah memberikan perlakuan dan pembatasan yang bersifat diskriminatif terhadap Pemohon, karena pembatasan yang demikian telah sejalan dengan ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, yang menyatakan bahwa: "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis".

Berdasarkan uraian tersebut di atas ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

IV. Kesimpulan

Berdasarkan penjelasan tersebut di atas, Pemerintah memohon kepada Mahkamah Konstitusi yang mengadili permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap UUD 1945, dapat memberikan putusan sebagai berikut:

1. Menyatakan bahwa Pemohon tidak mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*);
2. Menolak permohonan pengujian para Pemohon seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan pengujian para Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*);
3. Menerima Keterangan Pemerintah secara keseluruhan;
4. Menyatakan ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan

tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

Namun demikian apabila Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, mohon putusan yang bijaksana dan seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.4] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Dewan Perwakilan Rakyat memberikan keterangan dalam persidangan tanggal 9 Februari 2011 dan menyampaikan keterangan yang diterima Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi pada tanggal 24 Februari 2011, yang menguraikan sebagai berikut:

Keterangan DPR RI

Terhadap dalil-dalil Pemohon sebagaimana diuraikan dalam Permohonan *a quo*, DPR dalam penyampaian pandangannya terlebih dahulu menguraikan mengenai kedudukan hukum (*legal standing*) dapat dijelaskan sebagai berikut:

I. Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) para Pemohon

Kualifikasi yang harus dipenuhi oleh Pemohon sebagai Pihak telah diatur dalam ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disingkat UU MK), yang menyatakan bahwa "*Para Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang, yaitu:*

- a. *perorangan warga negara Indonesia;*
- b. *kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang;*
- c. *badan hukum publik atau privat; atau*
- d. *lembaga negara.*"

Hak dan/atau kewenangan konstitusional yang dimaksud ketentuan Pasal 51 ayat (1) tersebut, dipertegas dalam penjelasannya, bahwa "*yang dimaksud dengan "hak konstitusional" adalah hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.*" Ketentuan Penjelasan Pasal 51 ayat (1) ini menegaskan, bahwa hanya hak-hak yang secara eksplisit diatur dalam UUD 1945 saja yang termasuk "hak konstitusional".

Oleh karena itu, menurut UU MK, agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam

permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, maka terlebih dahulu harus menjelaskan dan membuktikan:

- a. Kualifikasinya sebagai Pemohon dalam permohonan *aquo* sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK;
- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagaimana dimaksud dalam “Penjelasan Pasal 51 ayat (1)” dianggap telah dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang.

Mengenai parameter kerugian konstitusional, Mahkamah Konstitusi telah memberikan pengertian dan batasan tentang kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu Undang-Undang harus memenuhi 5 (lima) syarat (*vide* Putusan Perkara Nomor 006/PUU-III/2005 dan Perkara Nomor 011/PUU-V/2007) yaitu sebagai berikut:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon tersebut dianggap oleh para Pemohon telah dirugikan oleh suatu Undang-Undang yang diuji;
- c. bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian dan/atau kewenangan konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Apabila kelima syarat tersebut tidak dipenuhi oleh para Pemohon dalam perkara pengujian Undang-Undang *a quo*, maka para Pemohon tidak memiliki kualifikasi kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai Pemohon.

Menanggapi permohonan para Pemohon *a quo*, DPR berpandangan bahwa para Pemohon harus dapat membuktikan terlebih dahulu apakah benar para Pemohon sebagai pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan atas berlakunya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji, khususnya dalam mengkonstruksikan adanya kerugian terhadap hak

dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagai dampak dari diberlakukannya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji.

Terhadap kedudukan hukum (*legal standing*) tersebut, DPR menyerahkan sepenuhnya kepada Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk mempertimbangkan dan menilai apakah para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) atau tidak sebagaimana yang diatur oleh Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi dan berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 006/PUU-III/2005 dan Perkara Nomor 011/PUU-V/2007.

II. Pengujian UU Perkawinan terhadap UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Terhadap dalil para Pemohon yang menyatakan bahwa berlakunya ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan telah menghalang-halangi pelaksanaan hak konstitusionalnya untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah, hak anak dalam perkawinan, dan kepastian hukum atas status perkawinannya sebagaimana diatur dalam Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 telah dirugikan. DPR menyampaikan penjelasan sebagai berikut:

1. Bahwa perlu dipahami oleh para Pemohon, bahwa untuk memahami UU Perkawinan terkait dengan ketentuan Pasal Undang-Undang *a quo* yang dimohonkan pengujian, dipandang perlu untuk memahami dahulu pengertian dari Perkawinan yaitu ikatan lahir dan batin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan yang Maha Esa. Ketentuan ini mengandung makna bahwa perkawinan sebagai ikatan antara seorang pria dan seorang wanita berhubungan erat dengan agama/kerohanian. Jika dilihat dari pengertiannya maka setiap perkawinan yang dilakukan berdasarkan agama adalah sah. Namun jika dikaitkan dengan tujuan perkawinan untuk membentuk keluarga yang bahagia dan sejahtera serta keturunan, maka akibat dari perkawinan memunculkan hak dan kewajiban keperdataan.
2. Bahwa untuk menjamin hak-hak keperdataan dan kewajibannya yang timbul dari akibat perkawinan yang sah maka setiap perkawinan perlu dilakukan pencatatan. Meskipun perkawinan termasuk dalam lingkup keperdataan,

namun negara wajib memberikan jaminan kepastian hukum dan memberikan perlindungan hukum kepada pihak-pihak yang terkait dalam perkawinan (suami, istri dan anak) terutama dalam hubungannya dengan pencatatan administrasi kependudukan terkait dengan hak keperdataan dan kewajibannya. Oleh karena itu pencatatan tiap-tiap perkawinan menjadi suatu kebutuhan formal untuk legalitas atas suatu peristiwa yang dapat mengakibatkan suatu konsekuensi yuridis dalam hak-hak keperdataan dan kewajibannya seperti kewajiban memberi nafkah dan hak waris. Pencatatan perkawinan dinyatakan dalam suatu akte resmi (akta otentik) dan dimuat dalam daftar pencatatan yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan. Bahwa tujuan pencatatan perkawinan yaitu sebagai berikut:

- a. untuk tertib administrasi perkawinan;
 - b. jaminan memperoleh hak-hak tertentu (memperoleh akte kelahiran, membuat Kartu Tanda Penduduk, membuat Kartu Keluarga, dan lain-lain);
 - c. memberikan perlindungan terhadap status perkawinan;
 - d. memberikan kepastian terhadap status hukum suami, istri maupun anak;
 - e. memberikan perlindungan terhadap hak-hak sipil yang diakibatkan oleh adanya perkawinan;
3. Bahwa atas dasar dalil tersebut, maka ketentuan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan yang berbunyi *"tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku"* merupakan norma yang mengandung legalitas sebagai suatu bentuk formal perkawinan. Pencatatan perkawinan dalam bentuk akta perkawinan (akta otentik) menjadi penting untuk memberikan jaminan kepastian hukum dan perlindungan hukum untuk setiap perkawinan. Dengan demikian DPR berpendapat bahwa dalil Pemohon yang menyatakan ketentuan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan telah menimbulkan ketidakpastian hukum adalah anggapan yang keliru dan tidak berdasar.
4. Bahwa terhadap anggapan para Pemohon yang menyatakan bahwa para Pemohon tidak dapat melakukan pencatatan perkawinannya karena UU Perkawinan pada prinsipnya berasaskan monogami sehingga menghalangi para Pemohon untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah sebagaimana dijamin dalam Pasal 28B ayat (1) UUD 1945, DPR merujuk pada Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 12/PUU-V/2007 dalam pertimbangan hukum halaman 97-98 menyebutkan:

Bahwa Pasal-Pasal yang tercantum dalam UU Perkawinan yang memuat alasan, syarat, dan prosedur poligami sesungguhnya semata-mata sebagai upaya untuk menjamin dapat dipenuhinya hak-hak istri dan calon istri yang menjadi kewajiban suami yang akan berpoligami dalam rangka mewujudkan tujuan perkawinan. Oleh karena itu penjabaran persyaratan poligami tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dengan demikian alasan para Pemohon tidak dapat mencatatkan perkawinannya karena UU Perkawinan pada prinsipnya berasas monogami adalah sangat tidak berdasar. Pemohon tidak dapat mencatatkan perkawinannya karena tidak dapat memenuhi persyaratan poligami sebagaimana diatur dalam UU Perkawinan. Oleh karena itu sesungguhnya persoalan para Pemohon bukan persoalan konstitusionalitas norma melainkan persoalan penerapan hukum yang tidak dipenuhi oleh para Pemohon.

5. Bahwa oleh karena itu, DPR berpandangan bahwa perkawinan yang tidak dicatat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dapat diartikan sebagai peristiwa perkawinan yang tidak memenuhi syarat formil, sehingga hal ini berimplikasi terhadap hak-hak keperdataan yang timbul dari akibat perkawinan termasuk anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat sebagaimana ditentukan dalam ketentuan peraturan perundang-undangan.
6. Bahwa selain itu, perlu disampaikan bahwa anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dapat berimplikasi terhadap pembuktian hubungan keperdataan anak dengan ayahnya. Dengan demikian, anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat tersebut, tentu hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibu dan keluarga ibunya.
7. Berdasarkan penjelasan tersebut di atas, menurut DPR justru dengan berlakunya ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan akan menjamin terwujudnya tujuan perkawinan, serta memberikan perlindungan dan kepastian hukum terhadap status keperdataan anak dan hubungannya dengan ibu serta keluarga ibunya. Apabila ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan ini dibatalkan justru akan berimplikasi terhadap kepastian hukum atas status keperdataan anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat. Dengan demikian ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tidak bertentangan

dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Bahwa berdasarkan pada dalil-dalil tersebut di atas, DPR memohon kiranya Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang terhormat memberikan amar putusan sebagai berikut:

1. Menyatakan permohonan *a quo* ditolak untuk seluruhnya atau setidaknya permohonan *a quo* tidak dapat diterima;
2. Menyatakan Keterangan DPR diterima untuk seluruhnya;
3. Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
4. Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tetap memiliki kekuatan hukum mengikat.

Apabila Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, kami mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.5] Menimbang bahwa Pemohon telah menyampaikan kesimpulan tertulis bertanggal 11 Mei 2011 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 11 Mei 2011 yang pada pokoknya tetap pada pendiriannya;

[2.6] Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian dalam putusan ini, segala sesuatu yang terjadi di persidangan cukup ditunjuk dalam berita acara persidangan, yang merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan putusan ini;

3. PERTIMBANGAN HUKUM

[3.1] Menimbang bahwa maksud dan tujuan permohonan *a quo* adalah untuk menguji Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019, selanjutnya disebut UU 1/1974) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945);

[3.2] Menimbang bahwa sebelum mempertimbangkan pokok permohonan, Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Mahkamah) terlebih dahulu akan mempertimbangkan:

- a. Kewenangan Mahkamah untuk mengadili permohonan *a quo*;
- b. Kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon untuk mengajukan permohonan *a quo*;

Kewenangan Mahkamah

[3.3] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226, selanjutnya disebut UU MK), serta Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076, selanjutnya disebut UU 48/2009), salah satu kewenangan konstitusional Mahkamah adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar;

[3.4] Menimbang bahwa permohonan para Pemohon adalah untuk menguji konstitusionalitas norma Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 terhadap UUD 1945, yang menjadi salah satu kewenangan Mahkamah, sehingga oleh karenanya Mahkamah berwenang untuk mengadili permohonan *a quo*;

Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) para Pemohon

[3.5] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK beserta Penjelasannya, yang dapat mengajukan permohonan Pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya yang diberikan oleh UUD 1945 dirugikan oleh berlakunya suatu Undang-Undang, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia (termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama);
- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang;
- c. badan hukum publik atau privat; atau
- d. lembaga negara;

Dengan demikian, para Pemohon dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 harus menjelaskan dan membuktikan terlebih dahulu:

- a. kedudukannya sebagai para Pemohon sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU MK;
- b. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 yang diakibatkan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;

[3.6] Menimbang pula bahwa Mahkamah sejak Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 bertanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007 bertanggal 20 September 2007, serta putusan-putusan selanjutnya berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi lima syarat, yaitu:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;
- c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

[3.7] Menimbang bahwa berdasarkan uraian sebagaimana tersebut pada paragraf [3.5] dan [3.6] di atas, selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan mengenai kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon dalam permohonan *a quo* sebagai berikut:

[3.8] Menimbang bahwa pada pokoknya para Pemohon mendalilkan sebagai perorangan warga negara Indonesia yang mempunyai hak konstitusional yang diatur dalam UUD 1945 yaitu:

Pasal 28B ayat (1) yang menyatakan, "*Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah*";

Pasal 28B ayat (2) yang menyatakan, "*Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi*", dan

Pasal 28D ayat (1) yang menyatakan, "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*";

Hak konstitusional tersebut telah dirugikan akibat berlakunya ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974;

[3.9] Menimbang bahwa dengan memperhatikan akibat yang dialami oleh para Pemohon dikaitkan dengan hak konstitusional para Pemohon, menurut Mahkamah, terdapat hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian, sehingga para Pemohon memenuhi syarat kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*;

[3.10] Menimbang bahwa oleh karena Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*, dan para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*), selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan pokok permohonan;

Pendapat Mahkamah

Pokok Permohonan

[3.11] Menimbang bahwa pokok permohonan para Pemohon, adalah pengujian konstitusionalitas Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 yang menyatakan, "*Tiap-tiap*

perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”, dan Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”, khususnya mengenai hak untuk mendapatkan status hukum anak;

[3.12] Menimbang bahwa pokok permasalahan hukum mengenai pencatatan perkawinan menurut peraturan perundang-undangan adalah mengenai makna hukum (*legal meaning*) pencatatan perkawinan. Mengenai permasalahan tersebut, Penjelasan Umum angka 4 huruf b UU 1/1974 tentang asas-asas atau prinsip-prinsip perkawinan menyatakan,

“... bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu; dan di samping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akte yang juga dimuat dalam daftar pencatatan”.

Berdasarkan Penjelasan UU 1/1974 di atas nyatalah bahwa (i) pencatatan perkawinan bukanlah merupakan faktor yang menentukan sahnyanya perkawinan; dan (ii) pencatatan merupakan kewajiban administratif yang diwajibkan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

Adapun faktor yang menentukan sahnyanya perkawinan adalah syarat-syarat yang ditentukan oleh agama dari masing-masing pasangan calon mempelai. Diwajibkannya pencatatan perkawinan oleh negara melalui peraturan perundang-undangan merupakan kewajiban administratif.

Makna pentingnya kewajiban administratif berupa pencatatan perkawinan tersebut, menurut Mahkamah, dapat dilihat dari dua perspektif. *Pertama*, dari perspektif negara, pencatatan dimaksud diwajibkan dalam rangka fungsi negara memberikan jaminan perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia yang bersangkutan yang merupakan tanggung jawab negara dan harus dilakukan sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis yang diatur serta dituangkan dalam peraturan perundang-undangan [*vide* Pasal 28I ayat (4) dan ayat (5) UUD 1945]. Sekiranya pencatatan dimaksud dianggap sebagai pembatasan, pencatatan demikian menurut Mahkamah tidak bertentangan dengan ketentuan konstitusional karena pembatasan ditetapkan dengan Undang-Undang

dan dilakukan dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis [*vide* Pasal 28J ayat (2) UUD 1945].

Kedua, pencatatan secara administratif yang dilakukan oleh negara dimaksudkan agar perkawinan, sebagai perbuatan hukum penting dalam kehidupan yang dilakukan oleh yang bersangkutan, yang berimplikasi terjadinya akibat hukum yang sangat luas, di kemudian hari dapat dibuktikan dengan bukti yang sempurna dengan suatu akta otentik, sehingga perlindungan dan pelayanan oleh negara terkait dengan hak-hak yang timbul dari suatu perkawinan yang bersangkutan dapat terselenggara secara efektif dan efisien. Artinya, dengan dimilikinya bukti otentik perkawinan, hak-hak yang timbul sebagai akibat perkawinan dapat terlindungi dan terlayani dengan baik, karena tidak diperlukan proses pembuktian yang memakan waktu, uang, tenaga, dan pikiran yang lebih banyak, seperti pembuktian mengenai asal-usul anak dalam Pasal 55 UU 1/1974 yang mengatur bahwa bila asal-usul anak tidak dapat dibuktikan dengan akta otentik maka mengenai hal itu akan ditetapkan dengan putusan pengadilan yang berwenang. Pembuktian yang demikian pasti tidak lebih efektif dan efisien bila dibandingkan dengan adanya akta otentik sebagai buktinya;

[3.13] Menimbang bahwa pokok permasalahan hukum mengenai anak yang dilahirkan di luar perkawinan adalah mengenai makna hukum (*legal meaning*) frasa “*yang dilahirkan di luar perkawinan*”. Untuk memperoleh jawaban dalam perspektif yang lebih luas perlu dijawab pula permasalahan terkait, yaitu permasalahan tentang sahnya anak.

Secara alamiah, tidaklah mungkin seorang perempuan hamil tanpa terjadinya pertemuan antara ovum dan spermatozoa baik melalui hubungan seksual (*coitus*) maupun melalui cara lain berdasarkan perkembangan teknologi yang menyebabkan terjadinya pembuahan. Oleh karena itu, tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Adalah tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang

menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak anak terhadap lelaki tersebut sebagai bapaknya. Lebih-lebih manakala berdasarkan perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat dibuktikan bahwa seorang anak itu merupakan anak dari laki-laki tertentu.

Akibat hukum dari peristiwa hukum kelahiran karena kehamilan, yang didahului dengan hubungan seksual antara seorang perempuan dengan seorang laki-laki, adalah hubungan hukum yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara bertimbal balik, yang subjek hukumnya meliputi anak, ibu, dan bapak.

Berdasarkan uraian di atas, hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan, akan tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian adanya hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak. Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur/administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapatkan perlindungan hukum. Jika tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya. Anak yang dilahirkan tanpa memiliki kejelasan status ayah seringkali mendapatkan perlakuan yang tidak adil dan *stigma* di tengah-tengah masyarakat. Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan;

[3.14] Menimbang bahwa berdasarkan uraian tersebut di atas maka Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*" **harus dibaca**, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya*";

[3.15] Menimbang bahwa, berdasarkan seluruh pertimbangan di atas, maka dalil para Pemohon sepanjang menyangkut Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 tidak

beralasan menurut hukum. Adapun Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya” adalah bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yakni inkonstitusional sepanjang ayat tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya;

4. KONKLUSI

Berdasarkan penilaian atas fakta dan hukum sebagaimana diuraikan di atas, Mahkamah berkesimpulan:

- [4.1] Mahkamah berwenang untuk mengadili permohonan *a quo*;
- [4.2] Para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*;
- [4.3] Pokok permohonan beralasan menurut hukum untuk sebagian;

Berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226), dan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076);

5. AMAR PUTUSAN

Mengadili,

Menyatakan:

- Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian;

- Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*", bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya;
- Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*", tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut **harus dibaca**, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya*";
- Menolak permohonan para Pemohon untuk selain dan selebihnya;
- Memerintahkan untuk memuat putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;

Demikian diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh sembilan Hakim Konstitusi, yaitu Moh. Mahfud MD., selaku Ketua merangkap Anggota, Achmad Sodiki, Maria Farida Indrati, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, Anwar Usman, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, dan Muhammad Alim, masing-masing sebagai Anggota, pada **hari Senin, tanggal tiga belas, bulan Februari, tahun dua ribu dua belas** dan diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada **hari Jumat, tanggal tujuh belas, bulan Februari, tahun dua ribu dua belas**, oleh sembilan Hakim Konstitusi, yaitu Moh. Mahfud MD., selaku Ketua merangkap Anggota, Achmad Sodiki, Maria Farida

Indrati, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, Anwar Usman, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, dan Muhammad Alim, masing-masing sebagai Anggota, dengan didampingi oleh Mardian Wibowo sebagai Panitera Pengganti, serta dihadiri oleh para Pemohon dan/atau kuasanya, Pemerintah atau yang mewakili, dan Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili.

KETUA,

ttd.

Moh. Mahfud MD.

ANGGOTA-ANGGOTA,

ttd.

Achmad Sodiki

ttd.

Maria Farida Indrati

ttd.

Harjono

ttd.

Ahmad Fadlil Sumadi

ttd.

Anwar Usman

ttd.

Hamdan Zoelva

ttd.

M. Akil Mochtar

ttd.

Muhammad Alim

6. ALASAN BERBEDA (*CONCURRING OPINION*)

Terhadap Putusan Mahkamah ini, Hakim Konstitusi Maria Farida Indrati memiliki alasan berbeda (*concurring opinion*), sebagai berikut:

[6.1] Perkawinan menurut Pasal 1 UU 1/1974 adalah “... *ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan*

membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”; sedangkan mengenai syarat sahnya perkawinan Pasal 2 UU 1/1974 menyatakan bahwa: ayat (1) *“Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.”* Sementara ayat (2) menyatakan, *“Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”*.

Keberadaan Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 menimbulkan ambiguitas bagi pemaknaan Pasal 2 ayat (1) UU 1/1974 karena pencatatan yang dimaksud oleh Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang *a quo* tidak ditegaskan apakah sekadar pencatatan secara administratif yang tidak berpengaruh terhadap sah atau tidaknya perkawinan yang telah dilangsungkan menurut agama atau kepercayaan masing-masing, ataukah pencatatan tersebut berpengaruh terhadap sah atau tidaknya perkawinan yang dilakukan.

Keberadaan norma agama dan norma hukum dalam satu peraturan perundang-undangan yang sama, memiliki potensi untuk saling melemahkan bahkan bertentangan. Dalam perkara ini, potensi saling meniadakan terjadi antara Pasal 2 ayat (1) dengan Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974. Pasal 2 ayat (1) yang pada pokoknya menjamin bahwa perkawinan adalah sah jika dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya, ternyata menghalangi dan sebaliknya juga dihalangi oleh keberlakuan Pasal 2 ayat (2) yang pada pokoknya mengatur bahwa perkawinan akan sah dan memiliki kekuatan hukum jika telah dicatat oleh instansi berwenang atau pegawai pencatat nikah.

Jika Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 dimaknai sebagai pencatatan secara administratif yang tidak berpengaruh terhadap sah atau tidak sahnya suatu pernikahan, maka hal tersebut tidak bertentangan dengan UUD 1945 karena tidak terjadi penambahan terhadap syarat perkawinan. Seturut dengan itu, kata “perkawinan” dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang *a quo* juga akan dimaknai sebagai perkawinan yang sah secara Islam atau perkawinan menurut rukun nikah yang lima.

Namun demikian, berdasarkan tinjauan sosiologis tentang lembaga perkawinan dalam masyarakat, sahnya perkawinan menurut agama dan kepercayaan tertentu tidak dapat secara langsung menjamin terpenuhinya hak-hak keperdataan istri, suami, dan/atau anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut karena

pelaksanaan norma agama dan adat di masyarakat diserahkan sepenuhnya kepada kesadaran individu dan kesadaran masyarakat tanpa dilindungi oleh otoritas resmi (negara) yang memiliki kekuatan pemaksa.

[6.2] Pencatatan perkawinan diperlukan sebagai perlindungan negara kepada pihak-pihak dalam perkawinan, dan juga untuk menghindari kecenderungan dari inkonsistensi penerapan ajaran agama dan kepercayaan secara sempurna/utuh pada perkawinan yang dilangsungkan menurut agama dan kepercayaan tersebut. Dengan kata lain, pencatatan perkawinan diperlukan untuk menghindari penerapan hukum agama dan kepercayaannya itu dalam perkawinan secara sepotong-sepotong untuk meligitimasi sebuah perkawinan, sementara kehidupan rumah tangga pascaperkawinan tidak sesuai dengan tujuan perkawinan dimaksud. Adanya penelantaran istri dan anak, kekerasan dalam rumah tangga, fenomena kawin kontrak, fenomena istri simpanan (wanita idaman lain), dan lain sebagainya, adalah bukti tidak adanya konsistensi penerapan tujuan perkawinan secara utuh.

Esensi pencatatan, selain demi tertib administrasi, adalah untuk melindungi wanita dan anak-anak. Syarat pencatatan perkawinan dimaksud dapat diletakkan setidaknya dalam dua konteks utama, yaitu (i) mencegah dan (ii) melindungi, wanita dan anak-anak dari perkawinan yang dilaksanakan secara tidak bertanggung jawab. Pencatatan sebagai upaya perlindungan terhadap wanita dan anak-anak dari penyalahgunaan perkawinan, dapat dilakukan dengan menetapkan syarat agar rencana perkawinan yang potensial menimbulkan kerugian dapat dihindari dan ditolak.

Negara mengatur (mengundang) syarat-syarat perkawinan sebagai upaya positivisasi norma ajaran agama atau kepercayaan dalam hukum perkawinan. Syarat-syarat perkawinan yang dirumuskan oleh negara, yang pemenuhannya menjadi syarat pencatatan nikah sekaligus syarat terbitnya Akta Nikah, dapat ditemukan dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait dengan perkawinan dan administrasi kependudukan. Saya berharap adanya upaya sinkronisasi peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan agama atau kepercayaan dengan konstruksi hukum negara mengenai perkawinan dan administrasi kependudukan.

Saya berharap adanya upaya sinkronisasi hukum dan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perkawinan menurut agama dan kepercayaannya dan masalah yang menyangkut administrasi kependudukan.

[6.3] Tidak dapat dipungkiri bahwa dalam prakteknya, hukum tidak selalu dapat dilaksanakan sesuai yang dikehendaki oleh pembuatnya. Pada kenyataannya, hingga saat ini masih terdapat perkawinan-perkawinan yang mengabaikan UU 1/1974, dan hanya menyandarkan pada syarat perkawinan menurut ajaran agama dan kepercayaan tertentu. Terhadap perkawinan secara hukum agama atau kepercayaan yang tidak dilaksanakan menurut UU 1/1974 yang tentunya juga tidak dicatatkan, negara akan mengalami kesulitan dalam memberikan perlindungan secara maksimal terhadap hak-hak wanita sebagai istri dan hak-hak anak-anak yang kelak dilahirkan dari perkawinan tersebut.

Para Pemohon menyatakan bahwa Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 yang menyatakan, "*Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku*", adalah bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Saya menilai, Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 karena Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang *a quo* yang mensyaratkan pencatatan, meskipun faktanya menambah persyaratan untuk melangsungkan perkawinan, namun ketiadaannya tidak menghalangi adanya pernikahan itu sendiri. Kenyataan ini dapat terlihat adanya pelaksanaan program/kegiatan perkawinan massal dari sejumlah pasangan yang telah lama melaksanakan perkawinan tetapi tidak dicatatkan.

Selain itu hak anak yang dilindungi oleh Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, tidak dirugikan oleh adanya Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 yang mensyaratkan pencatatan perkawinan. Perlindungan terhadap hak anak sebagaimana diatur oleh Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, justru akan dapat dimaksimalkan apabila semua perkawinan dicatatkan sehingga dengan mudah akan diketahui silsilah anak dan siapa yang memiliki kewajiban terhadap anak dimaksud. Pencatatan perkawinan adalah dimensi sosial yang dimaksudkan untuk memberikan jaminan atas status dan akibat hukum dari suatu peristiwa hukum seperti juga pencatatan tentang kelahiran dan kematian.

Berdasarkan pertimbangan tersebut, menurut saya tidak ada kerugian konstitusional yang dialami para Pemohon sebagai akibat keberadaan Pasal 2

ayat (2) UU 1/1974, walaupun jika pencatatan ditafsirkan sebagai syarat mutlak bagi sahnya perkawinan, pasal *a quo* potensial merugikan hak konstitusional Pemohon I.

[6.4] Harus diakui bahwa praktek hukum sehari-hari menunjukkan adanya pluralisme hukum karena adanya golongan masyarakat yang dalam hubungan keperdataannya sehari-hari berpegang pada hukum agama, atau secara utuh berpegang pada hukum nasional, maupun mendasarkan hubungan keperdataannya kepada hukum adat setempat. Pluralisme hukum ini diatur dan secara tegas dilindungi oleh UUD 1945, selama tidak bertentangan dengan cita-cita Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Sebagai implikasi pluralisme hukum, memang tidak dapat dihindari terjadinya friksi-friksi, baik yang sederhana maupun yang kompleks, terkait praktek-praktek hukum nasional, hukum agama, maupun hukum adat dimaksud. Dengan semangat menghindarkan adanya friksi-friksi dan efek negatif dari friksi-friksi dimaksud, negara menghadirkan hukum nasional (peraturan perundang-undangan) yang berusaha menjadi payung bagi pluralisme hukum. Tidak dapat dihindarkan jika upaya membuat sebuah payung yang mengayomi pluralisme hukum, di satu sisi harus menyelaraskan tafsir bagi pelaksanaan hukum agama maupun hukum adat. Praktek pembatasan semacam ini mendapatkan pembedaannya dalam paham konstitusionalisme, yang bahkan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 menyatakan dengan tegas bahwa, *“Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.”*

Dalam kenyataannya, di Indonesia masih banyak terdapat perkawinan yang hanya mendasarkan pada hukum agama atau kepercayaan, yaitu berpegang pada syarat-syarat sahnya perkawinan menurut ajaran agama atau kepercayaan tertentu tanpa melakukan pencatatan perkawinan sebagai bentuk jaminan kepastian hukum dari negara atas akibat dari suatu perkawinan. Kenyataan ini dalam prakteknya dapat merugikan wanita, sebagai istri, dan anak-anak yang lahir dari perkawinan tersebut. Terkait dengan perlindungan terhadap wanita dan anak-

anak sebagaimana telah diuraikan di atas, terdapat perbedaan kerugian akibat perkawinan yang tidak didasarkan pada UU 1/1974 dari sisi subjek hukumnya, yaitu (i) akibat bagi wanita atau istri; dan (ii) akibat bagi anak-anak yang lahir dari perkawinan dimaksud.

[6.5] Secara teoritis, norma agama atau kepercayaan memang tidak dapat dipaksakan oleh negara untuk dilaksanakan, karena norma agama atau kepercayaan merupakan wilayah keyakinan transendental yang bersifat privat, yaitu hubungan antara manusia dengan penciptanya; sedangkan norma hukum, dalam hal ini UU 1/1974, merupakan ketentuan yang dibuat oleh negara sebagai perwujudan kesepakatan warga (masyarakat) dengan negara sehingga dapat dipaksakan keberlakuannya oleh negara (Pemerintah).

Potensi kerugian akibat perkawinan yang tidak didasarkan pada UU 1/1974, bagi wanita (istri) sangat beragam, tetapi sebenarnya yang terpenting adalah apakah kerugian tersebut dapat dipulihkan atau tidak. Di sinilah titik krusial UU 1/1974 terutama pengaturan mengenai pencatatan perkawinan. Dalam konteks sistem hukum perkawinan, perlindungan oleh negara (Pemerintah) terhadap pihak-pihak dalam perkawinan, terutama terhadap wanita sebagai istri, hanya dapat dilakukan jika perkawinan dilakukan secara sadar sesuai dengan UU 1/1974, yang salah satu syaratnya adalah perkawinan dilakukan dengan dicatatkan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku (vide Pasal 2 UU 1/1974). Konsekuensi lebih jauh, terhadap perkawinan yang dilaksanakan tanpa dicatatkan, negara tidak dapat memberikan perlindungan mengenai status perkawinan, harta gono-gini, waris, dan hak-hak lain yang timbul dari sebuah perkawinan, karena untuk membuktikan adanya hak wanita (istri) harus dibuktikan terlebih dahulu adanya perkawinan antara wanita (istri) dengan suaminya.

[6.6] Perkawinan yang tidak didasarkan pada UU 1/1974 juga memiliki potensi untuk merugikan anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut. Potensi kerugian bagi anak yang terutama adalah tidak diakuinya hubungan anak dengan bapak kandung (bapak biologis)-nya, yang tentunya mengakibatkan tidak dapat dituntutnya kewajiban bapak kandungnya untuk membiayai kebutuhan hidup anak dan hak-hak keperdataan lainnya. Selain itu, dalam masyarakat yang masih berupaya mempertahankan kearifan nilai-nilai tradisional, pengertian keluarga

selalu merujuk pada pengertian keluarga batih atau keluarga elementer, yaitu suatu keluarga yang terdiri dari ayah, ibu, dan anak (anak-anak). Keberadaan anak dalam keluarga yang tidak memiliki kelengkapan unsur keluarga batih atau tidak memiliki pengakuan dari bapak biologisnya, akan memberikan stigma negatif, misalnya, sebagai anak haram. Stigma ini adalah sebuah potensi kerugian bagi anak, terutama kerugian secara sosial-psikologis, yang sebenarnya dapat dicegah dengan tetap mengakui hubungan anak dengan bapak biologisnya. Dari perspektif peraturan perundang-undangan, perbedaan perlakuan terhadap anak karena sebab-sebab tertentu yang sama sekali bukan diakibatkan oleh tindakan anak bersangkutan, dapat dikategorikan sebagai tindakan yang diskriminatif.

Potensi kerugian tersebut dipertegas dengan ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, "*Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*". Keberadaan Pasal *a quo* menutup kemungkinan bagi anak untuk memiliki hubungan keperdataan dengan bapak kandungnya. Hal tersebut adalah risiko dari perkawinan yang tidak dicatatkan atau perkawinan yang tidak dilaksanakan menurut UU 1/1974, tetapi tidaklah pada tempatnya jika anak harus ikut menanggung kerugian yang ditimbulkan oleh tindakan (perkawinan) kedua orang tuanya. Jika dianggap sebagai sebuah sanksi, hukum negara maupun hukum agama (dalam hal ini agama Islam) tidak mengenal konsep anak harus ikut menanggung sanksi akibat tindakan yang dilakukan oleh kedua orang tuanya, atau yang dikenal dengan istilah "dosa turunan". Dengan kata lain, potensi kerugian akibat perkawinan yang dilaksanakan tidak sesuai dengan UU 1/1974 merupakan risiko bagi laki-laki dan wanita yang melakukan perkawinan, tetapi bukan risiko yang harus ditanggung oleh anak yang dilahirkan dalam perkawinan tersebut. Dengan demikian, menurut saya, pemenuhan hak-hak anak yang terlahir dari suatu perkawinan, terlepas dari sah atau tidaknya perkawinan tersebut menurut hukum negara, tetap menjadi kewajiban kedua orang tua kandung atau kedua orang tua biologisnya.

PANITERA PENGGANTI,

ttd.

Mardian Wibowo

DAFTAR RIWAYAT HIDUP



Sarifudin lahir di Losari, Kabupaten Cirebon, Jawa Barat, Indonesia pada tanggal 07 September 1982. Penulis merupakan anak “bontot” dari 3 (tiga) bersaudara. Orang tua penulis, ayahanda bernama Washari (*Allahummagfir lahū warḥamhu wa’āfihī wa’fu’anhu*) dan Ibunda bernama Da’umi.

Pada tahun 2010 menikah dengan adinda Khotimah binti Maskur dan dianugerahi putri cantik, Kharisma De Syarifi (*Allahumma faqihha fi ad-dīn wa ‘alimha at-ta’wīl*). Pendidikan yang pernah ditempuh penulis adalah sebagai berikut:

1. MI Miftahul Huda Kalirahayu, Cirebon, Jawa Barat. Lulus 1995.
2. SMP Islam Assuniyah Losari, Cirebon, Jawa Barat. Lulus 1998.
3. SMU Al-Hikmah Benda, Sirampog, Brebes, Jawa Tengah. Lulus 2001.
4. Pernah tercatat sebagai mahasiswa pada Fakultas Agama Universitas Nahdlatul Ulama (UNU) Jakarta (kini STAINU Jakarta).
5. Kuliah Program Sarjana (S-1) di Jurusan Syariah STAIN Cirebon (kini IAIN Syekh Nurjati). Lulus 2008.
6. Program Magister (S-2) di Program Pascasarjana, Program Studi Hukum Islam, Konsentrasi Hukum Keluarga UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta. Lulus 2015.

Di samping itu, melalui jalur pendidikan non-formal, penulis pernah “mondok” di Pesantren Al-Hikmah Benda, Sirampog, Brebes, Jawa Tengah di bawah asuhan KH. Masruri Abdul Mughni. Penulis-pun pernah menjadi “santri kalong” di Pesantren Yanbu’ul Ulum Lumpur, Losari, Brebes, Jawa Tengah. Penulis juga pernah “mampir” di Pesantren Darul Muta’alimin, Cidahu, Kuningan, Jawa Barat di bawah pimpinan KH. Fakhrurozi dan Ma’had Alī Sa’īd aṣ-Ṣiddiqiyah, Jakarta pimpinan KH. Nur Muhammad Iskandar, SQ.

Setelah lulus program sarjana (S-1), penulis mengabdikan diri sebagai pendidik di Pesantren Assalāmah, Sarolangun, Jambi dan Pesantren Al-Ikhlas, Lubuk Linggau serta Pesantren Walisongo, Musi Rawas, Sumatera Selatan sampai akhirnya penulis melanjutkan pendidikan ke jenjang Magister (S-2) di Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta. Penulis juga pernah tercatat menjadi anggota di beberapa organisasi, antara lain:

1. Forum Kajian Kitab Kuning (FK-3) STAIN Cirebon.
2. Pergerakan Mahasiswa Islam Indonesia (PMII) Komisariat STAIN Cirebon.
3. Ikatan Pelajar Nahdlatul Ulama (IPNU) Cabang Kota Cirebon.
4. Penggagas dan Pendiri Forum Mahasiswa Losari (FORMAL).
5. Lembaga Bahtsul Masail (LBM) PCNU Musi Rawas, Sumatera Selatan.
6. Front Mahasiswa Nasional (FMN) Yogyakarta.
7. Korps Dakwah Islāmiyyah Sunan Kalijaga (KORDISKA) Yogyakarta.