

# BAB I

## PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang Penulisan

Menurut Aristoteles manusia adalah *zoon politicon*, artinya bahwa manusia itu sebagai makhluk yang pada dasarnya selalu ingin bergaul dan berkumpul dengan sesama manusia lainnya, jadi dapat disimpulkan sebagai makhluk yang suka bermasyarakat. Oleh karena sifatnya yang suka bergaul satu sama lain tersebut maka manusia sering disebut sebagai makhluk sosial.<sup>1</sup>

Pada dasarnya Tuhan menciptakan manusia terdiri dari dua jenis kelamin yaitu laki-laki dan perempuan, namun pada kenyataannya selain dua jenis kelamin tersebut ada yang mengalami kebingungan dalam menentukan jenis kelaminnya. Kebingungan yang dimaksud adalah tidak adanya kesesuaian antara jenis kelaminnya dan kejiwaannya.

Tidak sesuai jenis kelamin dan kejiwaan ini bisa terjadi pada seseorang yang terlahir dengan alat kelamin wanita yang sempurna dan tidak cacat, tetapi dia merasa bukan seorang wanita melainkan seorang pria atau sebaliknya, keadaan seperti ini disebut *Transgender*. Sebelum bicara lebih jauh tentang transgender, terlebih dahulu harus dipahami konsep gender, dan membedakan kata gender dan seks. Seks (jenis kelamin) merupakan pembagian

---

<sup>1</sup> C.S.T Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1989, hlm. 29

dua jenis kelamin (pensifatan) manusia yang ditentukan secara biologis yang melekat pada jenis kelamin tertentu. Misalnya manusia berjenis kelamin (seks) laki-laki adalah manusia yang memiliki atau bersifat bahwa laki-laki adalah yang memiliki penis dan memproduksi sperma.

Perempuan memiliki alat reproduksi, seperti rahim dan saluran untuk melahirkan, memproduksi sel telur, memiliki vagina, dan mempunyai alat untuk menyusui. Ciri-ciri tersebut secara biologis melekat pada manusia yang memiliki jenis kelamin perempuan. Artinya, secara biologis alat kelamin atau jenis kelamin tersebut tidak bisa dipertukarkan atau diganti. Secara permanen jenis kelamin tidak bisa berubah dan merupakan kodrat (ketentuan Tuhan). Gender adalah pencirian manusia yang didasarkan pada pendefinisian yang bersifat sosial budaya, bukan pendefinisian yang berasal dari ciri-ciri fisik biologis seperti seks (jenis kelamin).

Sejarah mencatat dan fakta berbicara bahwa ternyata ada sekelompok orang yang sangat kecil jumlahnya mungkin satu dari sejuta yang memiliki kebingungan dalam menentukan jenis kelaminnya, karena dalam statistik belum pernah diinformasikan berapa jumlah kelompok tersebut. Berbeda dengan jumlah lelaki atau perempuan yang sering diinformasikan, seperti informasi bahwa jumlah penduduk Indonesia 43% lelaki dan 57% adalah kaum perempuan.<sup>2</sup>

Kelompok manusia yang memiliki kebingungan dalam menentukan jenis kelaminnya itu adalah makhluk Allah yang disebut *khunsa*. Mereka sepertinya

---

<sup>2</sup>Dja'far Abdul Muchit, *Problema Hukum Waria dan Operasi Kelamin*, hlm. 1

belum mendapatkan perhatian dan seperti dibiarkan hidup pada habitatnya mencari dan berjuang mempertahankan hidup menurut maunya. Mereka seperti belum tersentuh hukum, tapi mereka terkadang dicari bila dibutuhkan atau diperlukan untuk suatu kepentingan atau tujuan sesaat.

Secara medis jenis kelamin seorang khuntsa dapat dibuktikan bahwa pada bagian luar tidak sama dengan bagian dalam, misalnya jenis kelamin bagian dalam adalah perempuan dan ada rahim, tetapi pada bagian luar berkelamin lelaki dan memiliki penis atau memiliki keduanya (penis dan vagina), ada juga yang memiliki kelamin bagian dalam lelaki, namun dibagian luar memiliki vagina atau keduanya. Bahkan ada yang tidak memiliki alat kelamin sama sekali, artinya seseorang itu tampak seperti perempuan tetapi tidak mempunyai lubang vagina dan hanya lubang kencing atau tampak seperti lelaki tapi tidak memiliki penis.<sup>3</sup> Dalam literatur fiqih istilah khuntsa musykil yakni orang yang mempunyai alat kelamin laki-laki dan perempuan atau tidak mempunyai kedua-duanya sama sekali.<sup>4</sup> Khuntsa musykil dalam dunia kedokteran dikenal dengan istilah *hermaphrodite* yaitu kelamin ganda.<sup>5</sup>

Kelamin ganda adalah suatu kondisi fisik dimana seseorang memiliki 2 jenis kelamin yang terjadi secara alami tumbuh secara fisik dalam tubuhnya baik jenis kelamin itu baru tumbuh atau baru diketahui setelah adanya rekam medik setelah dewasa ataupun bawaan sejak lahir, umumnya orang yang memiliki 2 jenis kelamin selalu berkesinambungan dalam berperilaku, yang sering digolongkan ke dalam klasifikasi transgender. *Transgender* adalah

---

<sup>3</sup>*Ibid.*

<sup>4</sup> Fatchur Rahman, *Ilmu Mawaris*, Bandung: PT. Alma'arif, hlm. 482.

<sup>5</sup> Burhani MS, Hasbi Lawrens, *Kamus Ilmiah Populer*, Jombang: Lintas Media, hlm. 183.

istilah yang digunakan untuk mendeskripsikan orang yang melakukan, merasa, berpikir atau terlihat berbeda dari jenis kelamin yang ditetapkan saat mereka lahir. Selain kasus transgender atau transeksual juga terdapat kasus kebingungan jenis kelamin dari orang yang memiliki kelainan atau cacat bawaan karena memiliki dua alat kelamin yaitu kelamin laki-laki dan perempuan. Orang berkelamin ganda yang tidak jelas apakah status kelaminnya membuat mereka merasa berbeda dengan yang lainnya dan mereka menganggap dirinya tidak normal dan berbeda dengan yang lainnya.

Salah satu permasalahan *khunsa musykil* adalah dalam hal menentukan hak waris atau kewarisannya, dan juga menjadikan persoalan kepada penetapan status hak memperoleh bagian warisnya. Hukum waris di Indonesia telah di atur di dalam perundang-undangan yang telah ditetapkan, seperti dalam KUHPerdata (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) dan juga dalam dasar kewarisan hukum Islam atau dalam KHI (Kompilasi Hukum Islam). Namun baik dalam KUHPerdata maupun KHI tidak diterangkan mengenai ketentuan hukum waris bagi khunsa, hal inilah yang mendorong penulis untuk mempelajari dan mengkaji tentang penentuan hukum waris bagi khunsa. Seperti halnya qonun al-mawarits (kitab undang-undang hukum warisan mesir) di dalam menetapkan harta pusaka kepada khunsa musykil mengambil dari pendapat Abu Hanifah.<sup>6</sup>

Hal tersebut banyak beberapa contoh dari orang yang memiliki kelamin ganda melakukan tindakan medis berupa operasi jenis kelamin untuk

---

<sup>6</sup> Muslich Maruzi, *Pokok-Pokok Ilmu Waris*, Semarang: Mujahidin. 1993, hlm. 84.

memperoleh kepastian setelah diperhitungkan secara medis untuk mencari jalan keluar. Operasi kelamin adalah tindakan perbaikan atau penyempurnaan kelamin seseorang karena terjadinya kelainan sejak lahir atau karena penggantian jenis kelamin. Dalam dunia kedokteran modern dikenal tiga bentuk operasi kelamin yaitu:

1. Operasi penggantian jenis kelamin, yang dilakukan terhadap orang yang sejak lahir memiliki kelamin normal;
2. Operasi perbaikan atau penyempurnaan kelamin yang dilakukan terhadap orang yang sejak lahir memiliki cacat kelamin, seperti zakar (penis) atau vagina yang tidak berlubang atau tidak sempurna;
3. Operasi pembuangan salah satu dari kelamin ganda, yang dilakukan terhadap orang yang sejak lahir memiliki dua organ atau jenis kelamin (penis dan vagina).

Dalam, Genetikal, Obstetry dan Ginecology, setelah melalui serangkaian tes barulah seseorang dapat melakukan operasi perubahan. Operasi kelamin bisa digolongkan termasuk dalam operasi bedah plastik dan rekonstruksi organ tubuh. Menurut Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 1992 Tentang Kesehatan Pasal 37 ayat (2) bedah plastik dan rekonstruksi tidak boleh bertentangan dengan norma yang berlaku dalam masyarakat.<sup>7</sup> Norma yang dimaksud dalam penjelasan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan Pasal 37 ayat (2) adalah norma hukum, agama,

---

<sup>7</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 1992 Tentang kesehatan

kesusilaan dan kesopanan, sedangkan dalam norma hukum tidak ada aturan mengenai transgender.

Masalah kepemilikan kelamin ganda menjadi masalah yang harus diselesaikan karena menimbang sebab akibat yang berujung pada ketidakpastian hukum dari seorang yang memiliki kelamin ganda tersebut termasuk masalah kedudukan warisnya. Dalam KHI tinjauan hukum waris yang digunakan adalah dasar-dasar dalam hukum Islam dan ijtihad para Fuqoha' (ulama-ulama ahli fiqih) dalam ilmu Faroid (ilmu Kewarisan).

Makna pemberian hak khuntsa musykil dengan bagian paling sedikit menurut kalangan fuqoha' mawarits mu'amalah bil adhar yaitu jika khuntsa dinilai sebagai wanita bagiannya lebih sedikit, maka hak waris yang diberikan kepadanya adalah hak waris wanita, dan bila dinilai sebagai laki-laki dan bagiannya ternyata lebih sedikit, maka dinilai sebagai laki-laki.

Banyak kasus-kasus mengenai perubahan atau perbaikan jenis kelamin belakangan ini karena ditemukannya teknologi dan kendala-kendala lain yang menjadi faktor penunjang terjadinya operasi jenis kelamin. Di Indonesia sendiri terdapat beberapa kasus perubahan jenis kelamin ini dengan adanya putusan pengadilan, seperti kasus Deddi menjadi Dorce Gamalama. Agus menjadi Nadia Ilmira Arkadea, termasuk kasus baru beberapa tahun belakangan terjadi, yaitu kasus perubahan jenis kelamin Supriyanti yang semula berjenis kelamin perempuan menjadi Agus Supriyanto berjenis kelamin laki-laki. Terdapat beberapa hal yang menjadi faktor-faktor dilakukannya perubahan jenis kelamin oleh Supriyanti seperti kelainan secara biologis dan psikologis.

Perubahan status hukum dari seorang yang berjenis kelamin laki-laki menjadi seorang yang berjenis kelamin perempuan atau sebaliknya sampai dengan saat ini belum ada dasar hukum yang mengaturnya. Tidak adanya undang-undang secara khusus mengatur orang yang memiliki kelamin ganda menjadi ketertarikan tersendiri bagi penulis untuk meneliti lebih jauh mengenai persoalan ini.

## **B. Identifikasi Masalah**

1. Bagaimana hukum waris di masyarakat ditinjau dari instruksi presiden nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam ?
2. Bagaimanakah fakta penerapan instruksi presiden nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam terhadap orang yang berkelamin ganda (khunsa) ?
3. Apakah upaya hukum yang dapat dilakukan seorang khunsa untuk mendapat kejelasan mengenai hak warisnya ?

## **C. Tujuan penelitian**

### **1. Tujuan Umum**

Penelitian ini mengkaji kedudukan hukum dari orang yang memiliki kelamin ganda (khunsa) beserta kedudukan hukumnya baik sebelum melakukan perbaikan/operasi jenis kelamin ataupun setelahnya.

## 2. Tujuan Khusus

- a) Mengetahui kedudukan hukum waris seorang yang memiliki kelamin ganda, sebelum dan sesudah melakukan pergantian/ perbaikan melalui operasi jenis kelamin
- b) Mengetahui kedudukan hukum dan pengakuan negara terhadap orang yang telah melakukan operasi pergantian jenis kelamin karena memiliki kelamin ganda, serta akibat hubungan hukum yang dilakukannya.
- c) Mengetahui mekanisme mendapatkan pengakuan yang sah secara hukum dalam melakukan perubahan jenis kelamin.

## D. Manfaat Penulisan

Sebuah aturan selain harus menganut asas kepastian Hukum dan asas keadilan juga harus memenuhi asas manfaat, untuk itu dalam tulisan ini banyak manfaat yang dapat diambil hikmahnya diantaranya<sup>8</sup> :

### 1. Secara Praktis

- a) Seorang transgender atau yang berkepentingan dapat menerapkan sistem, tata cara atau aturan apabila melakukan perubahan jenis kelamin yang ingin diakui oleh negara.
- b) Manusia sebagai subjek hukum dapat mengetahui akibat-akibat hukum yang timbul dari suatu perbuatan hukum yang telah dilakukannya dalam hal ini hubungan hukum yang dimaksud adalah perubahan jenis kelamin seorang khuntsa.

---

<sup>8</sup> Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni : Dasar - Dasar Ilmu Hukum Normatif*, Nusa Media, Bandung, 2013

## 2. Secara Teoritis

- a) Karya tulis ini dapat dijadikan sebuah kajian hukum dalam menambah wawasan pengetahuan tentang keberadaan seorang khuntsa.
- b) Hasil penelitian ini dapat di jadikan rujukan dalam merevisi atau membuat perundang-undangan yang berhubungan dengan masalah waris seorang yang memiliki kelamin ganda (khuntsa).

## E. Kerangka Pemikiran

Negara Indonesia merupakan negara yang memegang teguh Pancasila sebagai dasar negara, berdasarkan sila kedua yang menyatakan bahwa “kemanusiaan yang adil dan beradab” yang bertujuan untuk mencapai masyarakat yang adil dan makmur maupun spiritual dan materil yang setidaknya merata dan cukup, tujuan bangsa Indonesia yang tertuang dalam alinea ke-4 pembukaan UUD 45 yang berbunyi <sup>9</sup>: “Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu pemerintahan negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial”. Kemudian lebih lanjut pengakuan terhadap hak asasi manusia tertuang dalam pasal 28D ayat (1) dan pasal 28I ayat (2) yang berbunyi :

---

<sup>9</sup> Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

1. Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dimuka umum;
2. Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang diskriminatif itu;

Penulis menjadikan konsep hak sebagai landasan teori dimana hak yang termuat dalam UUD 1945 dapat menjadi suatu landasan teori bagi penulis dalam hal menerapkan suatu tatanan yang baru guna mengisi kekosongan hukum dalam hal perubahan status jenis kelamin dan kontribusinya terhadap suatu pembagian harta waris yang berdampak pada akibat-akibat hukumnya.

Hak menurut Prof Dr. Achmad Ali mempunyai unsur-unsur tersendiri diantaranya adalah<sup>10</sup> :

1. Unsur perlindungan

Unsur ini terlihat dalam contoh : seorang wanita tidak boleh disetubuhi secara paksa ( diperkosa ). Dengan demikian wanita itu mempunyai hak untuk dilindungi dari perkosaan laki-laki.

2. Unsur pengakuan

Seperti yang telah diuraikan diatas jelaslah bahwa dengan kewajiban untuk melindungi hak seorang wanita tersebut jelaslah bahwa hak seorang wanita seperti contoh diatas terdapat pengakuan untuk melindungi wanita dari pemerkosaan.

---

<sup>10</sup> Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Ghalia Indonesia, 2011, hlm.181

### 3. Unsur kehendak

Pada contoh diatas jelaslah bahwa wanita tersebut memiliki suatu kehormatan, berarti memberikan hak kepada wanita tersebut untuk mendapatkan perlindungan atas kehormatannya, tetapi perlindungan itu tidak hanya tertuju pada kepentingan wanita itu saja melainkan juga terhadap kehendak wanita itu, artinya wanita itu dapat memberikan atau merelakan disetubuhi oleh pria yang dikehendaknya karena itu termasuk kedalam hak dari wanita itu.

Dalam hal lain seorang filsuf bernama Augustine mengatakan bahwa “tidak akan ada sebuah negara jika tidak ada keadilan”, ia merumuskan bahwa apa yang diperbuat oleh hukum diperbuat pula oleh keadilan, definisi mengenai keadilan dimana menurutnya keadilan adalah kebaikan yang memberikan apa yang menjadi hak semua orang. Konsep yang dipakai penulis dalam penelitian ini antara lain memuat konsep dari tujuan hukum, dimana hukum itu sendiri bertujuan untuk keadilan, kemanfaatan atau kebahagiaan dan kepastian hukum.<sup>11</sup>

Ajaran etis dengan keadilannya mendefinisikan bahwa keadilan sesuatu itu adil (*rechtvaardig*), lebih bergantung pada kesesuaian dengan hukum pandangan pribadi seorang penilai, kiranya mengatakan itu lebih adil, tetapi hal itu dianggap adil, maka dapat disimpulkan bahwa keadilan itu merupakan suatu pandangan secara pribadi atau bersifat relatif, selain itu penulis juga mengadopsi konsep dari ajaran *utilistis* dengan tujuan kemanfaatannya. Ide

---

<sup>11</sup> Hans Kelsen, *op.cithlm.* 55

*utilitis* ini diperoleh Bentham dari Herverius dan Beccaria, dimana dia berpendapat bahwa adanya negara dan hukum semata-mata hanya demi manfaat sejati, yaitu kebahagiaan mayoritas rakyat, dengan kata lain aliran ini beranggapan bahwa hukum itu bertujuan untuk kemanfaatan atau kebahagiaan, konsep lain adalah ajaran yuridis dogmatik, aliran yang bersumber dari pemikiran positivis di dunia hukum yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom dan mandiri karena hukum tak lain hanya kumpulan aturan, bagi penganut aliran ini, hanyalah sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum, dengan kata lain hukum bertujuan semata-mata demi kepastian hukum.<sup>12</sup>

Dengan merujuk kepada tiga konsep ajaran etis, ajaran utilitis dan ajaran yuridis dogmatik penulis penulis juga akan mencoba menghubungkan teori ini dengan permasalahan yang akan penulis bahas, dengan kata lain penulis tidak terpacu pada satu konsep atau teori, tetapi penulis akan mencoba menggabungkan beberapa teori dengan menghubungkan teori tersebut pada fakta hukum yang terjadi atau seringkali dikatakan dalam istilah hubungan antara *das sollen* dan *das sein*.

Teori yang selanjutnya adalah teori Maqashid al-Syariah. Dari segi bahasa maqashid al-syariat berarti maksud atau tujuan disyari'atkan hukum Islam. Karena itu, yang menjadi bahasan utama didalamnya adalah mengenai masalah hikmat dan illat ditetapkannya suatu hukum. Illat yaitu sesuatu yang karena keberadaannya maka hukum menjadi ada. Dalam menghadapi persoalan-

---

<sup>12</sup>*Ibid* hlm. 60-67

persoalan kontemporer, perlu diteliti lebih dahulu hakekat dari masalah tersebut. Penelitian terhadap kasus yang akan ditetapkan hukumnya sama pentingnya dengan penelitian terhadap sumber hukum yang akan dijadikan dalilnya. Artinya dalam menetapkan hukum dalam suatu kasus yang baru, kandungan aturan harus diteliti dengan cermat, termasuk meneliti tujuan disyariatkan hukum tersebut.

Dalam rangka mewujudkan kemaslahatan di dunia dan akhirat, berdasarkan penelitian para ahli ushul fiqih, ada lima unsur pokok yang harus dipelihara dan diwujudkan, yaitu :

- a. Memelihara Agama (Hifzh al-Din).
- b. Memelihara Jiwa (Hifzh al-Nafs).
- c. Memelihara akal (Hifzh al-Aql).
- d. Memelihara keturunan (Hifzh al-Nasl).
- e. Memelihara harta (Hifzh al-Maal).

Lima unsur itu dikenal dengan *Maqashidul Tasyri'ah*, yang merupakan bukti parameter fundamental kemaslahatan umat manusia telah terjaga.

Teori yang berikutnya adalah teori perlindungan yang dikemukakan oleh Suhardjo yaitu teori pengayoman, dengan kata lain teori pengayoman adalah menerapkan fungsi hukum untuk melindungi hak-hak anak melalui pengakuan dan pengesahan. Dalam hal ini hukum melindungi manusia secara aktif dan pasif. Melindungi secara aktif artinya memberikan perlindungan yang meliputi berbagai usaha untuk menciptakan keharmonisan dalam masyarakat dan mendorong manusia untuk terus menerus memanusiasiakan dirinya. Hukum

bertujuan menciptakan kondisi atau lingkungan hidup masyarakat yang manusiawi dan memungkinkan proses-proses kemasyarakatan berlangsung secara wajar. Setiap manusia memiliki kesempatan untuk mengembangkan potensi, bakat, dan kemampuan manusia secara utuh, termasuk tujuan untuk memelihara dan mengembangkan budi pekerti, kemanusiaan serta cita-cita yang luhur berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Sedangkan melindungi secara pasif artinya memberikan perlindungan dalam berbagai kebutuhan, menjaga ketertiban dan keamanan, taat hukum dan peraturan, sehingga manusia yang diayomi dapat hidup damai dan tenteram. Negara dan pemerintah berkewajiban dan bertanggung jawab memberikan dukungan sarana dan prasarana dalam penyelenggaraan perlindungan.

Berkenaan dengan masalah yang terjadi di masyarakat dalam menyelesaikan hak-hak dan kewajiban-kewajiban sebagai akibat meninggalnya seseorang, diatur oleh Hukum Waris.

Dalam hukum perdata pengertian hukum waris adalah kumpulan peraturan yang mengatur hukum mengenai kekayaan karena wafatnya seseorang yaitu mengenai pemindahan kekayaan yang ditinggalkan oleh si mati, yang kemudian ditentukan berapa jumlah yang harus dibagikan kepada ahli waris dan siapa saja yang berhak mendapatkan warisan tersebut, sebagai akibat dari pemindahan ini bagi orang-orang yang memperolehnya baik dalam hubungan antara mereka maupun dalam hubungan dengan pihak ketiga.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup>A. Pitlo, *Hukum Waris menurut Kitab Undang-undang Hukum Perdata Belanda*, terjemahan M. Isa Arief, Intermasa, Jakarta, 1979, hal. 1.

R. Santoso Pudjosubroto, mengemukakan bahwa yang dimaksud dengan hukum waris adalah :

“Hukum yang mengatur apakah dan bagaimanakah hak-hak dan kewajiban-kewajiban tentang harta benda seseorang pada waktu ia meninggal dunia akan beralih kepada orang lain yang masih hidup.”<sup>14</sup>

Dengan demikian maka mewaris, berarti menggantikan tempat seseorang yang meninggal (si pewaris) dalam hubungan-hubungan hukum harta kekayaannya. Ada pula beberapa hubungan hukum dalam hukum harta kekayaan yang tidak termasuk disini. Jadi, ada pula beberapa hubungan hukum dalam hukum harta kekayaan yang tidak menjadi warisan, yaitu :

1. Hak-hak yang bersifat pribadi, seperti :
  - a. Hak pakai dan mendiami.
  - b. *Vruchtgenot* yaitu orang tua yang menjalankan kekuasaan orang tua berhak menikmati hasil atas harta kekayaan si anak.
  - c. Hak-hak penuh sebagai buruh berdasarkan perjanjian kerja, tidak diwaris oleh ahli waris.
2. Tidak termasuk *hoogstpersoonlijke rechten* (Hak-hak yang sangat pribadi), dan juga tidak termasuk warisan adalah : hak *vruchtgebruik* (suatu hak kebendaan untuk menarik penghasilan dari suatu benda orang lain, seolah-olah benda itu kepunyaannya sendiri, dengan kewajiban menjaga supaya benda tersebut tetap dalam keadaannya semula).<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup>R. Santoso Pudjosubroto, *Masalah Hukum Sehari-hari*, Hien Hoo Sing, Yogyakarta 1964, hal. 8.

<sup>15</sup>R. Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Penerbit Intermasa, Jakarta, 1985, hal. 76

Selanjutnya, Klassen-Eggens menunjuk bahwa ada pula hak dan kewajiban yang hanya berpindah secara terbatas, misalnya perijinan mengangkut barang, bahwa berakhirnya hak dan kewajiban karena kematian seseorang tidak menghalang-halangi (mengurangi) kewajiban memberikan perhitungan dan tanggung gugat yang berpindah kepada ahli waris, misalnya dalam hal eksekusi atau pemberian kuasa.<sup>16</sup>

3. Pembayaran asuransi jiwa. Pada umumnya pembayaran asuransi jiwa tidak termasuk warisan. Pensiun yang diberikan kepada si janda berdasarkan perjanjian kerja, lebih banyak dipandang sebagai hak yang sewajarnya jatuh pada si janda, sehingga hak itu dipandang diperoleh berdasarkan suatu *natuurlijke verbintenissen* (suatu perikatan yang berada di tengah-tengah antara moral atau kepatutan dan suatu perikatan hukum atau perikatan hukum tidak sempurna, hutang dianggap ada, tetapi hak untuk menuntut pembayaran tidak ada, dimana baru jadi sempurna bila ia membayar hutang itu, sehingga jadi perikatan biasa).<sup>17</sup>

Dalam hukum Islam, istilah ilmu waris dikenal dengan ilmu *faraidh*. Adapun yang dimaksud dengan *faraidh* adalah masalah pembagian harta warisan. Kata *faraidh* adalah bentuk jamak dari *al-faridhah* yang bermakna *al-mafrudhah* atau sesuatu yang diwajibkan. Artinya, pembagian yang telah ditentukan kadarnya.

Menurut bahasa, lafal *faridhah* diambil dari kata *al-fardh* atau kewajiban yang memiliki makna etimologis dan terminologis. Secara etimologis, kata *al-*

---

<sup>16</sup>R. Soetojo Prawirohamidjojo, *Hukum Waris Kodifikasi*, Airlangga University Press, Surabaya, 2000, hal. 3

<sup>17</sup>*Ibid.*

*fardh* memiliki beberapa arti, diantaranya sebagai berikut :

1. *al-qath* yang berarti ketetapan atau kepastian. Misalnya dalam ungkapan aku telah menetapkan dengan pasti bagian harta untuk si fulan. Dalam firman Allah SWT Q.S. An-Nisa ayat 7 :  
 "...Sebagai suatu bagian yang telah ditetapkan."
2. *at-taqdir* yang berarti suatu ketentuan, seperti firman Allah SWT Q.S. Al-Baqarah ayat 237 :  
 "...karena itu, bayarlah separuh dari (jumlah) yang telah kau tentukan itu"
3. *al-inzal* yang berarti menurunkan, seperti firman Allah SWT Q.S. al-Qashash ayat85 :  
 "Sesungguhnya, yang mewajibkan atasmu (melaksanakan hukum-hukum) Al-Qur'an benar-benar akan mengembalikan kamu ke tempat kembali...."
4. *at-tabyin* yang berarti penjelasan, seperti firman Allah SWT Q.S. at-Tahrim ayat2 :  
 "Sesungguhnya Allah telah mewajibkan kepadamu sekalian membebaskan diri dari sumpahmu...."
5. *al-ihlal* yang berarti menghalalkan, seperti firman Allah SWT Q.S. al-Ahzabayat 38 :  
 "Tidak ada suatu keberatan pun atas Nabi tentang apa yang telah ditetapkan Allah baginya."
6. *al-'Atha* yang berarti pemberian, seperti dalam pepatah bangsa Arab

yang berbunyi “aku tidak mendapatkan pemberian ataupun pinjaman darinya. Kata fardh dalam ungkapan tersebut berarti pemberian”.

Keenam arti diatas dapat digunakan seluruhnya karena ilmu *faraidh* meliputi beberapa bagian kepemilikan, yang telah ditentukan secara tetap dan pasti. Disamping itu, penjelasan Allah SWT tentang setiap ahli waris yang menerima bagiannya masing-masing, semuanya merujuk pada sebutan atau penamaan ilmu *faraidh*.

Secara terminologis, ilmu *faraidh* memiliki beberapa definisi, yakni sebagai berikut :

1. Penetapan ukuran banyaknya bagian warisan bagi ahli waris berdasarkan ketentuan *syara'* yang tidak bertambah, kecuali dengan *radd* (mengembalikan sisa lebih kepada para penerima warisan) dan tidak berkurang, kecuali dengan *'aul* (pembagian harta waris, dimana jumlah bagian para ahli waris lebih besar daripada asal masalahnya, sehingga harus dinaikkan menjadi sebesar jumlah bagian-bagian itu).
2. Pengetahuan tentang pembagian warisan dan tata cara menghitung yang terkait dengan pembagian harta waris dan pengetahuan tentang bagian yang wajib dari harta peninggalan untuk setiap pemilik hak waris.
3. Disebut juga dengan *fiqh al-mawarits* (fikih tentang warisan) dan tata cara menghitung harta waris yang ditinggalkan.
4. Kaidah-kaidah fikih dan cara menghitung untuk mengetahui bagian dari setiap ahli waris dari harta peninggalan.

5. Disebut juga dengan ilmu yang digunakan untuk mengetahui ahli waris yang dapat mewarisi.<sup>18</sup>

Sedangkan status hak waris anak dapat dikatakan sebagai ketentuan mengenai kedudukan hukum ahli waris terhadap harta warisan dan besarnya bagiannya.

Terdapat beberapa rukun di dalam hukum waris islam, rukun adalah keberadaan sesuatu yang menjadi bagian atas keberadaan sesuatu yang lain. Contohnya adalah sujud dalam sholat. Sujud dianggap sebagai rukun, karena sujud merupakan bagian dari sholat. Dengan demikian, rukun waris adalah sesuatu yang harus ada untuk mewujudkan bagian harta waris dimana bagian harta waris tidak akan ditemukan bila tidak ada rukun-rukunnya. Rukun-rukun tersebut ialah :

1. Al Muwarrits (Pewaris) : yaitu orang yang meninggal dunia atau mati, baik mati hakiki maupun mati hukmiy' (suatu kematian yang dinyatakan oleh putusan Hakim atas dasar beberapa sebab, walaupun sesungguhnya ia belum mati sejati) misalnya si muwarrits hilang terkena tsunami yang oleh pengadilan berdasarkan fakta-fakta persidangan dianggap sudah mati (tidak mungkin hidup). Menurut Kompilasi Hukum Islam, pewaris adalah orang yang pada saat meninggalnya atau yang dinyatakan meninggal berdasarkan putusan Pengadilan Agama, meninggalkan harta waris dan harta peninggalan.
2. Al Warits (Ahli Waris) : yaitu orang hidup yang mempunyai hubungan

---

<sup>18</sup>At-Tadrir, *Asy-Syarh al-Kabir*, juz IV, Mesir, t.t., hal. 406

darah dengan pewaris, mempunyai hubungan perkawinan, mempunyai hubungan satu agama dengan pewaris atau anak dalam kandungan yang mempunyai hak mewarisi, meskipun dalam kasus tertentu akan terhalang.

3. Al Mauruts / Tirkah (Harta Warisan) : yaitu harta benda yang ditinggalkan oleh pewaris yang akan diterima oleh para ahli waris setelah diambil untuk biaya-biaya perawatan, melunasi utang-utang dan melaksanakan wasiat si pewaris. Dengan demikian yang dimaksud dengan Tirkah yaitu apa-apa yang ditinggalkan oleh orang yang meninggal dunia yang dibenarkan oleh syariat untuk dipusakai oleh para ahli waris.<sup>19</sup>

Menurut Kompilasi Hukum Islam, harta warisan adalah harta bawaan ditambah harta bagian dari harta bersama setelah digunakan untuk keperluan pewaris selama sakit sampai meninggalnya, biaya pengurusan jenazah (tajhiz), pembayaran hutang dan pemberian untuk kerabat.

Selain rukun waris, terdapat pula asas-asas yang menjadi dasar pembagian waris menurut hukum Islam diantaranya adalah sebagai berikut :

1. Asas Ijbari : yaitu peralihan harta dari seseorang yang telah meninggal kepada ahli warisnya berlaku dengan sendirinya menurut kehendak Allah tanpa tergantung kepada kehendak dari pewaris atau permintaan dari ahli warisnya.

---

<sup>19</sup>Addys Aldizar, Fathurrahnan, *Hukum Waris*, Komite Fakultas Syariah Universitas Al-Azhar Mesir, hlm. 27-28

2. Asas Bilateral : yaitu harta warisan beralih kepada atau melalui dua arah. Hal ini berarti bahwa setiap orang menerima hak kewarisan dari kedua belah pihak garis kerabat, yaitu pihak kerabat garis keturunan laki-laki dan pihak kerabat garis keturunan perempuan.
3. Asas Individual : yaitu harta warisan dapat dibagi-bagi yang dimiliki secara perorangan. Masing-masing ahli waris menerima bagiannya secara tersendiri, tanpa terikat dengan ahli waris yang lain.
4. Asas Keadilan Berimbang : yaitu keseimbangan antara hak dan kewajiban dan keseimbangan antara yang diperoleh dengan keperluan dan kegunaan.

Besarnya bagian laki-laki didasarkan pada kewajiban yang dibebankan kepada laki-laki (suami/ayah) yang harus membayar mahar (maskawin) dalam perkawinan, membiayai nafkah kehidupan rumah tangga dan biaya pendidikan anak-anak seperti diamanatkan Al Quran dalam surah Al Baqarah [2]:233, sedangkan kaum perempuan (istri/Ibu), secara yuridis formal tidak dibebani kewajiban untuk membiayai kehidupan rumah tangga apalagi pembayaran maskawin, yang ada hanyalah menerima hak dari suami atau ayah.<sup>20</sup>

Bahwa dalam praktik masyarakat banyak kaum perempuan yang menjadi tulang punggung kehidupan ekonomi sebuah keluarga, itu merupakan kenyataan sosiologis, bukan karena tuntutan dari kaum laki-laki, akan tetapi lebih disebabkan karena kerelaan kaum perempuan itu

---

<sup>20</sup>Mardani, *Hukum Kewarisan Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, 2014, hlm 5-7

sendiri dalam rangka kerja sama keluarga yang sama sekali tidak dilarang dalam hukum Islam.<sup>21</sup>

5. Asas Semata Akibat Kematian : yaitu harta seseorang tidak dapat beralih kepada orang lain dengan nama waris selama yang mempunyai harta masih hidup.
6. Asas Integrity (Ketulusan) : yaitu dalam melaksanakan hukum kewarisan dalam Islam, diperlukan ketulusan hati untuk menaatinya karena terikat dengan aturan yang diyakini kebenarannya.
7. Asas Ta'abudi (Penghambaan Diri) : maksud asas ini adalah melaksanakan pembagian waris secara hukum Islam adalah merupakan bagian dari ibadah kepada Allah SWT.
8. Asas Huququl Maliyah (Hak-hak Kebendaan) : maksud dari Haququl Maliyah adalah hak-hak kebendaan. Artinya, hanya hak dan kewajiban terhadap kebendaan yang dapat diwariskan kepada ahli waris. Sedangkan, hak dan kewajiban dalam lapangan hukum kekeluargaan atau hak-hak dan kewajiban yang bersifat pribadi, seperti suami atau istri, jabatan, keahlian dalam suatu ilmu, dan semacamnya tidak dapat diwariskan.
9. Asas Huququn Thaba'iyah (Hak-hak Dasar) : adalah hak-hak dari ahli waris sebagai manusia. Artinya, meskipun ahli waris itu seorang bayi yang baru lahir atau seseorang yang sudah sakit menghadapi kematian, sedangkan ia masih hidup ketika pewaris meninggal dunia, begitu juga

---

<sup>21</sup>*Ibid.*

suami istri yang belum bercerai, walaupun telah berpisah tempat tinggalnya, maka dipandang cakap mewarisi harta tersebut.

10. Asas Membagi Habis Harta Warisan : yaitu membagi semua harta peninggalan hingga tak tersisa adalah makna dari asas ini.

## **F. Metode Penelitian**

Metode penelitian hukum adalah sebagai cara kerja ilmunan yang salah satunya ditandai dengan penggunaan metode (Inggris method, Latin methodus, Yunani methodos. Meta berarti di atas, sedangkan thodos berarti suatu jalan, suatu cara). Van Peursen menerjemahkan pengertian metode secara harfiah, mula-mula metode diartikan sebagai suatu jalan yang harus ditempuh menjadi penyelidikan atau penelitian berlangsung menurut suatu rencana tertentu.<sup>22</sup>

Metode atau cara pengkajian dilakukan secara deskriptif analitik yaitu menguraikan kaidah-kaidah dalam aturan hukum yang berhubungan dengan orang yang melakukan operasi pergantian jenis kelamin, deskripsi atau paparan sesuai pokok permasalahan sehingga tidak ada kontradiksi dalam kaidah-kaidah hukum yang ada.

### **1. Spesifikasi Penelitian**

Penelitian yang dilakukan dalam penulisan skripsi ini, merupakan penelitian hukum Deskriptif Analitik. Sebagai penelitian hukum yang bersifat akademis berkaitan dengan upaya untuk memberikan sumbangan yang berharga bagi perkembangan ilmu hukum khususnya dalam bidang hukum pembagian harta waris. Sebagai penelitian hukum dalam kegiatan

---

<sup>22</sup> Johny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Bayu Publishing, Malang, 2006, hlm. 26

akademis, dimaksudkan untuk membedakan dengan penelitian hukum dalam kaitannya dengan kegiatan yang bersifat praktis yang lebih diarahkan untuk memecahkan masalah-masalah praktis. Bidang ilmu hukum memiliki karakter yang khas yakni dengan sifatnya yang normatif. Sifat khas (*sui generis*), ilmu hukum tersebut bercirikan : bersifat empiris analitis yakni memaparkan dan menganalisis terhadap isi dan struktur hukum, sistimatisasi gejala hukum, melakukan interpretasi terhadap substansi hukum yang berlaku, menilai hukum yang berlaku, serta arti praktis ilmu hukum berkaitan erat dengan dimensi normatifnya.<sup>23</sup>

Jenis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder yakni bahan kepustakaan, dalam hal ini pegawai Majelis Ulama Indoensia sebagai data pendukung data. Jenis bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer, antara lain adalah Undang-Undang Dasar 1945, Peraturan perundang-undangan, Intruksi Presiden nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, buku-buku mengenai hukum waris, Undang-Undang nomor 23 tahun 1992 tentang Kesehatan.

## 2. Metode Pendekatan

Di dalam penelitian hukum normatif terdapat beberapa pendekatan, yaitu : pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konsep (*conseptual approach*), pendekatan analisis (*analitical approach*), pendekatan perbandingan (*comperative approach*), pendekatan sejarah (*historical approach*), pendekatan filsafat (*rhilosophical approach*), dan

---

<sup>23</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali Pers, Jakarta, 2001, hlm. 13-14

pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan yang digunakan dalam penelitian untuk penulisan skripsi ini digunakan pendekatan perundang-undangan (*sttaute approach*) dan pendekatan konseptual (*conseptual approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*).

Mengenai pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan mengkaji dan menganalisis berbagai peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai pembagian harta waris dalam perkembangannya dengan berlakunya Inpres nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.

### 3. Tahap Penelitian

Sehubungan dengan penelitian hukum ini menggunakan pendekatan yuridis normatif maka penulis melakukan dua tahapan yaitu<sup>24</sup> :

#### a. Penelitian kepustakaan (*Library Research*)

Dilakukan untuk memperoleh data sekunder berupa bahan hukum primer, sekunder dan tersier.

##### 1. Bahan-bahan hukum primer

Dalam hal ini menggunakan bahan hukum primer berupa Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945, Intruksi Presiden nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.

##### 2. Bahan-bahan hukum sekunder

Dalam hal ini penulis menggunakan bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum sekunder, seperti

---

<sup>24</sup> Rony Hanitjo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum Dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990, hlm. 11

hasil karya ilmiah, artikel hukum, majalah hukum, hasil penelitian para pakar di bidang ilmu hukum dan dokumen-dokumen lainnya.

### 3. Bahan-bahan hukum tersier<sup>25</sup>

Bahan-bahan yang memberikan informasi tentang bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti ensiklopedia hukum, majalah, kamus bahasa Indonesia, kamus hukum, internet, koran dan lain sebagainya.

### b. Penelitian Lapangan ( *Field Reseach* )

Penelitian Lapangan ini dimaksudkan untuk mendapatkan data primer yang diperlukan untuk dan melengkapi data sekunder yang diperoleh melalui penelitian kepustakaan.

## 4. Teknik Pengumpulan Data

Teknik dalam pengumpulan data yang digunakan penulis berupa study literature dan studi lapangan. Studi literature digunakan untuk mengumpulkan dan menganalisis bahan-bahan hukum, baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder maupun bahan hukum tersier, sedangkan studi lapangan digunakan untuk mengumpulkan data primer yang diperoleh dari instansi-instansi yang terkait dengan objek penelitian, studi lapangan ini dilakukan dengan cara wawancara bebas atau tidak terstruktur.

## 5. Alat Pengumpul Data

Alat pengumpul data dilakukan melalui penelaahan data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer dan sekunder yaitu data yang dapat

---

<sup>25</sup>*Ibid*, hlm 12

diperoleh dalam peraturan perundang-undangan, buku teks, hasil penelitian, wawancara, dan studi kepustakaan yang dilakukan penulis di perpustakaan Fakultas Hukum Unpas dan perpustakaan Hukum Unpad.

## 6. Analisis Data

Sesuai dengan metode pendekatan yang diterapkan, maka data yang diperoleh untuk penulisan skripsi ini dianalisis secara yuridis kualitatif yaitu analisis yang tidak menggunakan rumus matematika dalam menuliskan data atau tidak menggunakan data statistik akan tetapi menggunakan analisis dengan cara silogisme hukum ( penalaran formal yang berdasarkan hukum ) penafsiran menurut arti perkataan hukum.

## 7. Lokasi Penelitian

### a. Perpustakaan

1. Perpustakaan Hukum Universitas Pasundan Bandung
2. Perpustakaan Hukum Universitas Padjajaran Bandung Jl. Imam Bonjol No. 21 Bandung

### b. Instansi

1. Majelis Ulama Indonesia

### c. *Digital Research* ( Media Internet )

## 8. Jadwal Penelitian

Penelitian ini dilakukan dalam waktu 6 bulan dengan jadwal sebagai

berikut: Jadwal Penulisan Hukum

Judul Skripsi : KEDUDUKAN HUKUM HAK WARIS ORANG YANG MEMILIKI KELAMIN GANDA (KHUN TSA MUSYKIL) DITINJAU DARI INPRES NOMOR 1 TAHUN 1991 TENTANG KOMPILASI HUKUM ISLAM

Nama : Widya Santika Wahyu Putri

No. Pokok Mahasiswa : 131000045

No. SK Bimbingan : No.194/UNPAS.FH.D/Q/X2016

No.	Kegiatan	2016			2017		
		NOV	DES	JAN	FEB	MAR	APR
1	Persiapan/Penyusunan Proposal						
2	Seminar Proposal						
3	Persiapan Penelitian						
4	Pengumpulan Data						
5	Pengolahan Data						
6	Analisis Data						
7	Penyusunan Hasil Penelitian Kedalam Bentuk Penulisan Hukum						
8	Sidang Komprehensif						
9	Perbaikan						
10	Penjilidan						
11	Pengesahan						

Dosen Bimbingan

: Bunyamin, Drs., M.H