

BAB IV
ANALISIS STATUS HUKUM TRANSEKSUAL PASCA
PENETAPAN PENGADILAN TENTANG PERUBAHAN
JENIS KELAMIN DAN IMPLIKASINYA TERHADAP
HUKUM PERKAWINAN

A. Tinjauan Yuridis Status Hukum Transeksual Pasca Penetapan Pengadilan Tentang Perubahan Jenis Kelamin.

Status memiliki arti penting dan menjadi sesuatu yang melekat dengan manusia, bahkan semenjak dia dilahirkan di dunia. Munculnya status sebagai seorang manusia yang memiliki kelamin yang pasti menjadikan manusia tersebut menjadi manusia yang dapat menentukan banyak hal untuk hidupnya. Jenis kelamin yang jelas pada manusia dapat menjadi penentuan terhadap sikap, perilaku dan bahkan perlakuan orang-orang sekitar. Status dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah suatu keadaan atau kedudukan (orang, badan) dalam hubungan dengan masyarakat di sekelilingnya. Status menjadi penting untuk kemudian membuktikan dan memberikan sebuah gambaran akan diri dalam masyarakat. Status juga sangat erat kaitannya dengan identitas diri dan juga gambaran akan identitas diri. Manusia menjadi lebih mengerti dirinya dengan memahami identitas dirinya. Identitas diri adalah sebuah kesadaran terhadap diri sendiri yang bersumber dari observasi dan penilaian, yang merupakan sintesa dari semua aspek konsep diri sebagai suatu kesatuan yang utuh¹

Sedangkan, gambaran diri adalah sebuah cara pada diri individu dalam memandang dirinya, bagaimana perasaan seseorang tentang tubuhnya dan bagaimana kepuasan dan ketidakpuasan seseorang terhadap tubuhnya atau dengan singkat adalah gambaran yang dimiliki seseorang mengenai tubuhnya dalam bentuk kepuasan

¹Raysa Bestari, *Status Identitas Diri Remaja Tunanetra Non Genetik*, Skripsi S1, Yogyakarta: Universitas Sanata Dharma, 2016, hal 9

dan ketidakpuasan yang merupakan hasil dari pengalaman subjektif individu².

Pada Bab sebelumnya penulis telah memaparkan secara singkat tentang perbedaan antara Transeksual yang melakukan operasi penyesuaian jenis kelamin dengan Transeksual yang melakukan operasi pergantian jenis kelamin. Terhadap transeksual yang telah melakukan operasi perubahan jenis kelamin dapat mengajukan permohonan untuk memperoleh penetapan pengadilan tentang perubahan jenis kelamin. Apabila permohonan yang diajukan oleh Transeksual tersebut dikabulkan oleh Pengadilan yang berwenang mengadili maka tentu saja adanya peristiwa hukum yang juga menimbulkan perubahan status hukum bagi transeksual itu sendiri. Oleh karena berikut penulis akan menganalisa secara yuridis status hukum transeksual pasca penetapan pengadilan tentang perubahan jenis kelamin.

1. Status Hukum Transeksual yang melakukan Operasi Penyesuaian Jenis Kelamin

Kasus transeksual yang melakukan Operasi Penyesuaian Jenis Kelamin memang jarang terjadi. Namun tidak dapat dipungkiri ketika kasus ini muncul terkadang menimbulkan permasalahan di masyarakat. Sebagaimana diketahui bahwa ketika ada suatu peristiwa hukum maka akan menimbulkan akibat hukum. Begitu juga dengan transeksual yang melakukan operasi kelamin, maka setelah dia melakukan operasi kelamin, maka dia sudah mengalami perubahan jenis kelamin yang juga menimbulkan perubahan kedudukan hukum atau status hukumnya di dalam masyarakat.

Pada kasus Transeksual yang melakukan operasi penyesuaian jenis kelamin, permasalahan yang terjadi adalah permasalahan yang timbul dikarenakan kelainan fisik alat kelamin dan yang paling umum terjadi adalah orang yang memiliki alat kelamin ganda atau yang dalam islam dikenal dengan sebutan *khuntsa*.

² Uswatun Hasanah, *Pembentukan Identitas Diri Dan Gambaran Diri Pada Remaja Putri Bertato Di Samarinda*, Jurnal psikologi Fisip Univ. Mulawarman, vol. 1, no 2, 2013, hal 179-180

Terhadap orang-orang yang memiliki kelamin ganda tersebut adalah suatu keharusan untuk melakukan operasi penyesuaian kelamin guna memperjelas bagaimana kedudukan hukumnya di dalam masyarakat baik sebagai laki-laki maupun perempuan.

Penulis mengambil suatu contoh kasus Transeksual yang melakukan Operasi Penyesuaian Jenis Kelamin yaitu pada kasus Siti Maimunah. Awalnya pada saat dilahirkan kondisi fisik khususnya bagian alat kelamin tidak tampil jelas sebagai laki-laki atau perempuan, kemudian dengan kondisi itu oleh orang tuanya diberi nama dengan nama Siti Maemunah dan Kelurahan Sembungharjo Semarang mengeluarkan Surat Kelahiran No. 474.1/55/1009 tertanggal 28 Januari 1992 dengan jenis kelamin Perempuan. Setelah menginjak dewasa, Siti Maimunah melihat banyak kejanggalan-kejanggalan ketika dia dikategorikan berjenis kelamin perempuan antara lain dia tidak menstruasi dan tidak tumbuh payudara selain itu munculnya benjolan yang menyerupai kelamin pria, sehingga memeriksakan diri di rumah Sakit Dokter Karyadi Semarang. Selanjutnya Rumah Sakit Karyadi Semarang melakukan pemeriksaan dan berkesimpulan bahwa Siti Maimunah adalah laki-laki sehingga dilakukan operasi penyesuaian jenis kelamin.

Kemudian Siti Maimunah mengajukan penetapan perubahan jenis kelamin ke Pengadilan Negeri Semarang dan dikabulkan dengan dikeluarkannya penetapan nomor 3077/Pdt.G/P./20No11/PN.Smg tanggal 3 Januari 2012 dan mengubah namanya yang semula bernama Siti Maimunah menjadi Muhammad Prawirodijoyo³.

Berkaitan dengan status hukum transeksual yang melakukan Operasi Penyesuaian Jenis Kelamin tersebut diatas. Apabila merujuk pada ketentuan hukum nasional, maka prosedur pengajuan penetapan perubahan jenis kelamin tersebut sudah sah dan sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia. Sebagaimana ketentuan Hukum yang berlaku, bahwa apabila transeksual telah

³ Dikutip dari Penetapan Pengadilan Semarang No. 3077/Pdt.G/P./20No11/PN.Smg tanggal 3 Januari 2012

melakukan Operasi Perubahan Kelamin (*Sex Reassignment Surgery*), maka transeksual tersebut dapat mengajukan permohonan pengubahan jenis kelamin melalui pengadilan negeri setempat.⁴ Adapun dasar hukum permohonan perubahan jenis kelamin tersebut diajukan merujuk pada **Pasal 56 ayat (1) UU Administrasi Kependudukan** diatur bahwa pencatatan peristiwa penting lainnya dilakukan oleh Pejabat Pencatatan Sipil atas permintaan Penduduk yang bersangkutan setelah adanya penetapan pengadilan negeri yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap. Sedangkan yang dimaksud dengan “peristiwa penting lainnya” dijelaskan dalam **Penjelasan Pasal 56 ayat (1) UU Administrasi Kependudukan** sebagai berikut: “*Yang dimaksud dengan "Peristiwa Penting lainnya" adalah peristiwa yang ditetapkan oleh pengadilan negeri untuk dicatatkan pada Instansi Pelaksana, antara lain perubahan jenis kelamin.*”

Sehingga apabila merujuk ketentuan Undang-undang tersebut dan dikaitkan dengan kasus perubahan jenis kelamin yang dilakukan oleh Transeksual yang melakukan operasi penyesuaian jenis kelamin adalah sah menurut hukum. Artinya status hukum yang bersangkutan yang semula adalah seorang perempuan menjadi seorang laki-laki. Maka berdasarkan Undang- Undang Administrasi Kependudukan yang bersangkutan berhak untuk mencatatkan peristiwa penting yang terjadi pada dirinya yaitu mengenai perubahan nama dan jenis kelamin di pencatatan sipil.

Selanjutnya apabila dikaji dari segi Hukum Islam mengenai penentuan jenis kelamin bagi orang yang berkelamin ganda atau di dalam Islam lebih dikenal dengan sebutan *Khuntsa*.Maka dengan permasalahan dan kejelasan yang telah digariskan oleh Allah SWT, para mujtahid berusaha untuk mencari jalan keluar dalam masalah khuntsa ini. Mujtahid berpendapat bahwa meskipun khuntsa memiliki dua alat kelamin, namun terdapat celah untuk menentukan jenis kelaminnya dengan cara tertentu. Dengan demikian, para

⁴ Indonesia, *Undang-Undang Administrasi Kependudukan*, UU No. 23 Tahun 2006, LN No. 124 Tahun 2006, TLN No. 4674, Pasal 56 ayat (1).

mujtahid menentukan dua cara untuk menentukan kelamin dari khuntsa.

1. Alat Keluarnya Kelamin.

Metode pertama untuk menentukan kelamin dari khuntsa adalah dengan mempelajari darimana keluar air kencingnya. Kasus mudah seperti *khuntsa ghairu musykil*⁵ mungkin akan sangat jelas untuk diketahui darimana air kencingnya keluar karena alat kelamin yang berfungsi hanya satu meskipun dia memiliki dua alat kelamin. Ketidakfungsian alat kelamin yang satu dapat karena memang hanya sebuah anomali dalam pembentukan alat kelamin jadi tidak menjadi hal yang menyulitkan.

Berbeda dengan *khuntsa musykil*⁶ yang kedua alat kelaminnya sama- sama berfungsi dengan baik dan keduanya dapat mengeluarkan air kencing. Dalam kasus ini maka yang perlu diperhatikan adalah alat kelamin mana yang mengeluarkan air kencing lebih dahulu. Apabila air kencing dikeluarkan lebih dahulu dari dzakar daripada dari farj, maka dapat dianggap bahwa dia (khuntsa tersebut) adalah seorang laki-laki. Begitupun sebaliknya apabila air kencing lebih dahulu keluar dari farj daripada dari dzakar, maka dia dianggap sebagai laki-laki dan dapat diperlakukan sebagai laki-laki.⁷

Metode ini berdasarkan hadits Rasulullah SAW yang beliau sampaikan ketika beliau menimang bayi dari kalangan

⁵ “Khuntsa ghairu musykil adalah khuntsa yang melalui alat yang ada dapat dipastikan jenis kelaminnya. Jika dengan sebuah alat, dapat dipastikan dia adalah laki-laki, maka alat kelamin lain adalah tambahan. Penetapan kelamin dari khuntsa ghairu musykil ini juga dapat dilakukan dengan memperhatikan dari mana urine tersebut keluar”. Dikutip dari Fathur Rahman, Ilmu Waris, cet. 10, (Bandung : Al-Ma’arif, 1975) hal. 482

⁶ “Khuntsa Musykil adalah khuntsa yang dengan segala macam cara pembuktian tidak dapat ditentukan atau dipatikan jenis kelaminnya”. Dikutip dari Amir Syarifuddin, Hukum Kewarisan Islam, (Jakarta : Prenada Media, 2004), hal. 140

⁷ Fathur Rahman, Ilmu Waris, cet. 10, (Bandung : Al-Ma’arif, 1975) hlm. 483

Anshar yang berkelamin ganda. Diriwayatkan bahwa Rasul SAW bertemu dengan khunsa dari kalangan Anshar, maka beliau bersabda : “Berilah warisan anak khunsa ini (seperti bagian anak lakilaki atau perempuan) mengingat dari alat kelamin yang mula pertama dipergunakannya berkencing”⁸

2. Meneliti tanda – tanda kedewasaan.

Metode pertama dalam menentukan jenis kelamin bagi khunsa dianggap sebagai metode yang paling mudah untuk dilakukan karena dapat dilakukan dengan jenjang usia yang tidak tentu. Namun, apabila metode pertama tidak berhasil untuk menentukan kelamin khunsa, maka dapat menggunakan metode , yaitu meneliti tanda – tanda kedewasaannya. Seperti telah diketahui secara luas bahwa terdapat ciri-ciri kedewasaan yang berbeda antara laki-laki dan perempuan (secara fisik), meskipun adapula ciri kedewasaan yang sama. Ciri kedewasaan yang spesifik dimiliki laki-laki terutama secara fisik adalah tumbuh jakun pada leher, tumbuh rambut pada bagian tertentu seperti janggut dan dada, suara berubah besar dan berat, bahu melebar melebihi panggul, kekuatan otot bertambah, dan mimpi basah sebagai tanda organ kelamin yang mulai berfungsi menghasilkan sperma. Begitupula perempuan yang memiliki ciri fisik saat tumbuh dewasa seperti suara lebih nyaring dan lembut, lebih cepat tumbuh tinggi dan besar, payudara dan puting mulai timbul dan membesar, organ kelamin mulai berfungsi ditandai dengan menstruasi yang menjadi bukti bahwa produksi sel telur telah dimulai dan rahim menguat untuk siap dibuahi. Dengan meneliti tandatanda kedewasaannya dengan dicocokkan dengan ciri-ciri kedewasaan masing – masing maka akan mudah menentukan kelamin khunsa dengan lebih seksama.

⁸ Shalih bin Abdul Aziz, *At-takmil mafata takhribihi min idwaul ghalil*, (Riyadh: Darul Asshimat : 1996), hal 110

Ulama – ulama berbagai madzhab berkomentar dalam kaitannya dengan penentuan kelamin dari khunsa adalah sebagai berikut ⁹ :

- 1) Hanabilah dan salah satu dari ulama Syafi'i berpendapat bahwa penentuan tersebut dilihat dari alat kelamin mana yang lebih banyak mengeluarkan air kencing. Alasan dari pendapat ini adalah karena menghukumi dengan keadaan mayoritas sebagai hukum keseluruhan adalah termasuk pondasi Syariah.
- 2) Hanafiyah dan satu ulama syafi'i serta salah satu pendapat hanabilah mengatakan bahwa khunsa tetap dihukumi dengan khunsa karena tidak ada tanda-tanda yang menguatkan (dalam perkara khunsa musykil). Mereka menambahkan bahwa banyaknya air kencing yang keluar dari salah satu alat kelamin bukan tanda yang jelas dari alat kelamin asli khunsa.
- 3) Ibnu Utsaimin memiliki pendapat bahwa menggunakan metode kedokteran dibolehkan dalam penentuan kelamin dari khunsa, contohnya dengan melakukan pengecekan terhadap rahimnya. Dengan meneliti rahimnya, apabila diketemukan bahwa dia memiliki penis (dzakar) dan vagina (farji), namun dalam tubuhnya terdapat rahim dan ovarium (sel telur), maka tidak diperbolehkan mempertahankan/mempungsikan dzakarnya. Begitu pula sebaliknya, apabila seseorang memiliki dzakar dan farji, namun memiliki fungsi layaknya dzakar (menghasilkan sperma dan semacamnya) maka tidak diperbolehkan menggunakan atau mempertahankan farjinya.

Pada perubahan kelamin dalam kasus orang berkelamin ganda atau *khunsa*, perubahan tersebut bersifat perbaikan atau penyempurnaan. Hal ini diindikasikan karena orang yang

⁹ Bagus Prasetyo dkk, *Tinjauan Yuridis Perkawinan Al-Khunsa (Kelamin Ganda) Menurut Hukum Islam*, artikel Ilmiah, (Jember: Fakultas Hukum Universitas Jember, 2013), hlm 2-3

berkelamin ganda atau *khuntsa* dapat dipastikan memiliki kelamin dominan dari keduanya, meskipun dalam kasus khuntsa musykil hal tersebut sulit sekali diketahui, namun tetap dapat dilakukan. Perubahan ini dapat dilakukan dan diperbolehkan hukum Islam, karena sifatnya yang memungkinkan untuk mengubahnya, yaitu alasan kelamin ganda, dan kebolehan ini dapat berubah menjadi kewajiban apabila dihadapkan pada situasi yang menyebabkan salah satu kelamin dari khuntsa berbahaya bagi kesehatan tubuhnya¹⁰.

Perubahan yang menuju kearah penyempurnaan atau perbaikan ini harus melihat juga kelamin yang didalam tubuh, bukan hanya yang terlihat secara fisik. Sebagai contoh ada atau tidaknya ovarium dan rahim, atau buah dzakar, sehingga arah operasinya tidak salah arah. Selain itu juga diperbolehkan dengan kondisi kelamin yang kurang sempurna bentuknya, contohnya orang tersebut memiliki vagina yang tidak memiliki lubang, namun dia memiliki rahim dan ovarium, maka dia boleh menyempurnakan kelamin tersebut dengan menambahkan lubang pada vaginanya. Begitu pula sebaliknya, seseorang yang memiliki penis, namun lubang penisnya tidak berada diujung melainkan di bawahnya, maka diperbolehkan untuk dibuatkan lubang dibagian depan penisnya.¹¹

Berdasarkan analisa dan uraian tersebut di atas, maka penulis memperoleh gambaran terkait Status hukum transeksual yang melakukan operasi penyesuaian jenis kelamin. Bahwa terhadap transeksual yang melakukan operasi penyesuaian jenis kelamin maka keabsahan perubahan identitasnya secara hukum nasional maupun secara hukum islam adalah sah.

¹⁰ Zuhroni, Nur Riani, dan Nirwan Nazaruddin, *Islam untuk Disiplin Ilmu Kesehatan dan Kedokteran 2*, Jakarta: Departemen Agama RI direktorat jendral kelembagaan agama islam, 2003, hlm.199

¹¹ Musjufuk Zuhdi, *Masail Fiqhiyah : kapita selekta hukum islami*, Jakarta : CV Haji Masagung, 1991, hlm.466

2. Status Hukum Transeksual yang melakukan Operasi Pergantian Jenis Kelamin

Bila sebelumnya penulis telah menguraikan dan menganalisa status hukum transeksual yang melakukan operasi penyesuaian jenis kelamin yang umumnya terjadi pada orang yang memiliki kelainan jenis kelamin atau kelamin ganda. Maka selanjutnya penulis akan menganalisa dan membahas status hukum transeksual yang melakukan operasi pergantian kelamin.

Berbeda dengan transeksual yang melakukan operasi penyesuaian jenis kelamin maka, pada kasus transeksual yang melakukan operasi pergantian jenis kelamin biasanya dilakukan terhadap orang yang sejak lahir memiliki kelamin biologis normal apakah sebagai laki-laki atau perempuan, tetapi dalam perkembangan selanjutnya mengalami permasalahan psikis dan perilaku yang kemudian timbul permasalahan identitas kelamin psikisnya berlawanan dengan organ kelamin biologisnya, kondisi ini yang dikenal dengan istilah gangguan Transeksual.

Penulis mengambil suatu contoh kasus Transeksual yang melakukan Operasi Pergantian Jenis Kelamin yaitu pada kasus Nadia Ilmira Arkadea. Nadia Ilmira Arkadea atau sering dipanggil dengan nama Dea sebelumnya memiliki nama Agus Widoyo.¹² Dea dilahirkan di Semarang pada tanggal 14 Agustus 1979 sebagai seorang bayi berjenis kelamin laki-laki. Atas kelahirannya tersebut, adanya pencatatan oleh Kantor Catatan Sipil Kotamadya Semarang. Sejak usia balita dan dalam masa perkembangannya, Dea merasa mempunyai penyimpangan tingkah laku yaitu mempunyai kecenderungan untuk bertingkah laku seperti perempuan. sejak masa pubertas dan selanjutnya, Dea mengenakan pakaian perempuan serta memiliki orientasi kejiwaan yang mengarah pada perempuan. Kondisi tersebut menyebabkan dia mengalami tekanan batin yang luar biasa ketika harus berhubungan dengan legal formal

¹²Muhammad Isnur, *Strategic Impact Litigation Forum III: Hak Identitas Kelompok Transeksual Terhadap Kebijakan Negara, Strategic Impact Litigation Journal*, edisi II, (2011, Februari), hal 3-4

karena statusnya adalah laki-laki sedangkan penampilannya adalah perempuan. Sering sekali dengan keadaannya tersebut membuat Dea dijadikan bahan tertawaan dan olok-olok.

Atas dorongan situasi tersebut, Dea memberanikan diri untuk melakukan operasi pergantian kelamin dengan motivasi agar menjadi diri perempuan sebagaimana panggilan jiwa. Setelah melalui serangkaian tes yang panjang yakni tes Psikologi, tes Hormonal, tes kepribadian, tes kesehatan dengan ahli-ahli seperti Psikiater, Psikolog, Obsgin, Bedah, Penyakit Dalam, dan Genetikal akhirnya Tim medis dan Rumah Sakit Dr. Sutomo Surabaya menyatakan layak untuk dilakukannya operasi transeksual. Dea dioperasi pada tanggal 20 Januari 2005 pada umur 25 tahun. Namun sebelum ditangani oleh Rumah Sakit Dr. Sutomo, Dea telah berkonsultasi dengan pihak Rumah Sakit Kayadi Semarang dan tidak mendapat tanggapan selama 2 (dua) tahun menunggu karena tidak adanya ketentuan mengenai tahap-tahap atau prosedur secara formatif dalam melakukan operasi perubahan tersebut.

Bukan hanya melakukan operasi perubahan kelamin dari laki-laki menjadi perempuan, selanjutnya dilakukan juga proses perubahan secara hormonal. Dengan demikian secara fisik dan psikis Dea telah benar-benar menjadi perempuan. selanjutnya Dea mengajukan Permohonan Pergantian Jenis Kelamin kepada Pengadilan Negeri Batang. Pada tanggal 22 Desember 2009, pengadilan yang diketuai oleh hakim Widyatinsri Kuncoro Yakti S.H.,M.H. di Pengadilan Negeri Batang mengabulkan permohonan atas pergantian kelamin dari laki-laki menjadi perempuan dan bergantinya nama dari Agus Widoyo menjadi Nadia Ilmira Arkadea.

Berkaitan dengan kasus di atas. Apabila dikaitkan dengan ketentuan hukum nasional sebagaimana pada **Pasal 56 ayat (1) UU Administrasi Kependudukan**, maka setelah adanya penetapan pengadilan tentang perubahan jenis kelamin, maka secara hukum nasional yang bersangkutan sudah sah secara hukum berganti status menjadi seorang perempuan.

Namun bila kita menganalisa lagi dari segi hukum kesehatan di Indonesia, memang belum ada undang-undang yang pasti

mengenai perubahan kelamin di Indonesia. Namun ketentuan hukum tentang operasi kelamin mengacu hanya dalam Undang-undang Nomor 36 tahun 2009 tentang kesehatan pasal 69 yang menyebutkan bahwa :

- (1).Bedah palstik dan rekronstruksi hanya dapat dilakukan oleh tenaga kesehatan yang mempunyai keahlian dan kewenangan untuk itu
- (2) Bedah plastic dan rekronstruksi tidak boleh bertentangan dengan norma yang berlaku dalam masyarakat dan tidak ditujukan untuk mengubah identitas
- (3) Ketentuan mengenai syarat dan tata cara bedah plastik dan rekronstruksi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) ditetapkan dengan Peraturan Pemerintah

Jika melihat dari Undang-undang ini, maka perubahan kelamin yang dimaksudkan untuk mengubah jenis dari laki-laki ke perempuan dan sebaliknya tidak diperkenankan sebagai disebutkan dalam pasal 69 ayat 2, yaitu tidak ditujukan untuk mengubah identitas, meskipun tidak disebutkan dengan jelas yang dimaksudkan bedah plastik dan rekonstruksi di sini adalah bedah untuk mengganti wajah saja dan atau kelamin juga.

Maka sebagaimana ketentuan tercantum dalam Undang-undang no 36 tahun 2009 tentang kesehatan yang menyatakan bahwa operasi bedah plastik dan rekronstruksi tidak dapat dilakukan untuk mengubah identitas pun juga tidak dapat dilakukan apabila tidak sesuai dengan norma. Sedangkan kita mengetahui, bahwa di dalam masyarakat Indonesia berlaku pula norma agama. Dalam norma agama yang diwujudkan dalam fatwa MUI bahwa pergantian kelamin menjadi sesuatu yang haram dilakukan. Hal ini telah menjadi bukti konkrit tidak diperkenankannya pergantian jenis kelamin bagi transeksual.¹³

Selanjutnya apabila dikaji dari segi hukum islam, Para fuqaha telah merumuskan bahwa berganti kelamin (dalam hal ini

¹³ Klarisa dan Budi Sampurna, *Kepastian Hukum Perubahan Jenis Kelamin di Indonesia*, Prosiding Pertemuan Ilmiah Tahunan, Pekanbaru, 2017, hlm. 166

kaitannya dengan segala perubahan kelamin, kebiri, mengubah kelamin dari laki-laki ke perempuan atau sebaliknya) merupakan sesuatu yang tidak dapat dilakukan bahkan derajatnya ada pada taraf haram. Para fuqaha mendasarkan keputusan ini berdasarkan dalil yang menjadi isyarat tentang keharaman melakukan perubahan kelamin baik secara eksplisit ataupun implisit.

وَأَضَلَّنَهُمْ وَأَمْرَنَهُمْ وَلَا مَرَّتَهُمْ فَلَيُبْتِغْنَ آذَانَ الْأَنْعَامِ
وَلَا مَرَّتَهُمْ فَلَيُعَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ
دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرًا نَائِبِيًّا

Artinya: “Dan aku benar-benar akan menyesatkan mereka, dan akan membangkitkan angan-angan kosong pada mereka dan menyuruh mereka (memotong telinga-telinga binatang ternak), lalu mereka benar-benar memotongnya, dan akan aku suruh mereka (mengubah ciptaan Allah), lalu benar-benar mereka meubahnya. Barangsiapa yang menjadikan syaitan menjadi pelindung selain Allah, Maka Sesungguhnya ia menderita kerugian yang nyata.” (Q.S: An-Nisa: 119)¹⁴

Dalam ayat ini dengan jelas Allah melarang untuk mengadakan perubahan pada ciptaan yang telah Allah tetapkan, seperti halnya juga pada kelamin karena merupakan ketetapan yang telah ditetapkan oleh Allah sejak dia lahir ke dunia. Telah disebutkan dalam kitab-kitab tafsir seperti Thabari, Al-Shawi, Al-Khazin, AL-Baidhawi, Zubdatul Tafsir dan Shafwatul Bayan yang dituliskan oleh Masjfuk Zuhdi dalam bukunya Masailul Fiqhiyah kapita selekta Hukum Islam, bahwa perbuatan yang diharamkan karena merupakan tindakan perubahan ciptaan Allah adalah mengebiri manusia, homoseksual, lesbian, menyambung rambut dengan sopak, pangur, membuat tattoo, mencukur bulu

¹⁴ An-nisa (4) : 119, Qur'an Karim dan Terjemahan Artinya, terjemahan oleh Zaini Dahlan Yogyakarta : UII Press, 2010) cetakan kesembilan, hlm. 170

muka (alis), dan thakannuts, yaitu bertingkah laku seperti jenis kelamin lawannya atau transeksual, atau yang biasa kita sebut banci atau tomboy. Beberapa hadits juga menunjukkan ketidakbolehan dari mengubah ciptaan Allah. Bahkan dalam beberapa hadits melarang dengan pasti untuk menyerupai lawan jenis;

Meskipun kedua hukum tersebut diawali dari perkara hukum pokok yang sama yaitu tentang “kedudukan hukum operasi ganti kelamin bagi penderita transeksual” namun antara hukum perdata dan hukum Islam berbeda.¹⁵ Kenyataan yang terjadi di Indonesia mengenai perubahan kelamin bagi transeksual lagi-lagi menempatkan perkara ini menjadi sesuatu yang tidak jelas kepastian hukumnya. Jika kita asumsikan bahwa perubahan kelamin tersebut adalah sesuatu yang sah saja diajukan kepada pengadilan karena tidak ada aturan pasti yang mengatur terkait tata cara dan lainnya, maka akan terdapat akibat hukum yang dimiliki oleh pelaku pergantian jenis kelamin tersebut.

Dari Abdullah ibn Mas‘ud RA, ia berkata Rasulullah *shallallahu ‘alaihi wassalam* bersabda :

لَعَنَ اللَّهُ الْوَاشِمَاتِ وَالْمُسْتَوْشِمَاتِ وَالنَّامِصَاتِ وَالْمُتَمَمِّصَاتِ
وَالْمُتَقَلِّبَاتِ لِلْحُسْنِ الْمُغَيَّرَاتِ خُلِقَ اللَّهُ

Artinya: “Allah SWT melaknat orang-orang perempuan yang membuat tato dan yang meminta membuat tato, memendekkan rambut, serta yang berupaya merenggangkan gigi supaya kelihatan bagus, yang mengubah ciptaan Allah”. (HR. al- Bukhari).

Dari keterangan para ulama tentang larangan mengubah ciptaan Allah di atas, maka kita bisa menyimpulkan bahwa membuat tato di tubuh, mengikis gigi, operasi plastik, operasi kelamin,

¹⁵ Asep Dadang, Legal Reasoning Hukum Operasi Ganti Kelamin Penderita Transeksual, Semarang : Jurnal Istinbath, Vol. 12, No. 1, Desember 2013, hal 238

operasi payudara dengan tujuan hanya untuk memperindah dan mempercantik sendiri, hukumnya haram berdasarkan dalil yang telah disebutkan di atas.

Kemudian dalam hadits yang lain Rasulullah shallallahu ‘alaihi wassalam bersabda:

عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمُتَشَبِّهِينَ مِنَ الرِّجَالِ بِالنِّسَاءِ، وَالمُتَشَبِّهَاتِ مِنَ النِّسَاءِ بِالرِّجَالِ»

Artinya: Dari Ibnu Abbas Radhiyallahu anhuma, dia berkata: “Rasûlullâh Shallallahu ‘alaihi wa sallam melaknat laki-laki yang menyerupai wanita dan wanita yang menyerupai laki-laki” [HR. Al-Bukhâri, no. 5885; Abu Dawud, no. 4097; Tirmidzi, no. 2991].

Kedua hadits yang dihukumi shahih menurut para ahli hadits menjadikannya sebagai dalil yang kuat dalam pelarangannya terhadap perubahan ciptaan Allah terutama pada kelamin. Keharaman dalam perkara perubahan kelamin, tidak hanya berhenti pada pelaku saja, namun juga termasuk kepada orang yang memfasilitasinya. Pernyataan ini diperkuat dengan kaidah fihiyyah yang berbunyi : *“Apa saja yang mendorong terlaksananya keharaman, maka hukumnya haram.”*

Sementara itu Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang merupakan salah satu lembaga negara, juga mengeluarkan fatwa terkait ganti kelamin ini pada tanggal 1 Juni 1980 dengan rincian sebagai berikut¹⁶ :

- 1) Mengubah jenis kelamin laki-laki menjadi kelamin perempuan, atau sebaliknya, hukumnya haram. Karena bertentangan dengan Al-Qur’an surat An-nisa 119,

¹⁶ Zuhroni, Nur Riani, dan Nirwan Nazaruddin, *Islam untuk Disiplin Ilmu Kesehatan dan Kedokteran 2*, Jakarta: Departemen Agama RI direktorat jendral kelembagaan agama islam, 2003), hal 200

bertentangan pula dengan jiwa syara’

- 2) Orang yang kelaminnya diganti, kedudukan hukum jenis kelaminnya sama dengan jenis kelamin semula sebelum dirubah
- 3) Seorang khunsa yang lelaki-lakiannya lebih jelas boleh disempurnakan lelaki-lakiannya. Demikian pula sebaliknya dan hukumnya menjadi positif.

Sedang dalam fatwa MUI nomor 3/MUNAS-VIII/2010 dikatakan bahwa :¹⁷

A. Penggantian Alat Kelamin

- 1) Mengubah alat kelamin dari laki-laki menjadi perempuan atau sebaliknya yang dilakukan dengan sengaja, misalnya dengan operasi ganti kelamin, hukumnya haram.
- 2) Membantu melakukan ganti kelamin sebagaimana point 1 hukumnya haram.
- 3) Penetapan keabsahan status jenis kelamin akibat operasi penggantian alat kelamin sebagaimana point 1 tidak dibolehkan dan tidak memiliki implikasi hukum syar’i terkait penggantian tersebut.
- 4) Kedudukan hukum jenis kelamin orang yang telah melakukan operasi ganti kelamin sebagaimana point 1 adalah sama dengan jenis kelamin semula seperti sebelum dilakukan operasi ganti kelamin, meski telah memperoleh penetapan pengadilan.

B. Penyempurnaan Alat Kelamin

- 1) Menyempurnakan alat kelamin bagi seorang khunsa yang fungsi alat kelamin laki-lakinya lebih dominan atau sebaliknya, melalui operasi penyempurnaan alat kelamin hukumnya boleh.
- 2) Membantu melakukan penyempurnaan alat kelamin

¹⁷ Lihat fatwa MUI nomor 3/MUNAS-VIII/2010

sebagaimana dimaksud pada point 1 hukumnya boleh.

- 3) Pelaksanaan operasi penyempurnaan alat kelamin sebagaimana dimaksud pada point 1 harus didasarkan atas pertimbangan medis, bukan hanya pertimbangan psikis semata.

C. Rekomendasi :

Berdasarkan ketetapan MUI di atas, dan agar fatwa tersebut efektif di masyarakat, maka dalam fatwa MUI No. 03 / MUNAS – VIII / 2010 tersebut disertai beberapa rekomendasi yang

Fatwa MUI No. 03/MUNAS-VIII/MUI/2010 tersebut diatas dilatarbelakangi munculnya praktek pergantian alat kelamin dari jenis kelamin laki-laki menjadi perempuan atau sebaliknya dari perempuan menjadi laki-laki, yang kemudian status jenis kelamin baru tersebut disahkan pengadilan.¹⁸ MUI dalam menyampaikan fatwa MUI nomor 3 / MUNAS – VIII/2010 tersebut, memberikan beberapa alasan yang mendasari penetapan fatwa tersebut; *Pertama*, pergantian kelamin dianggap bukan bermasalah secara fisik melainkan psikisnya, maka perubahan kelamin tidak akan menyelesaikan masalah. *Kedua*, pergantian kelamin ini, akan menimbulkan masalah hukum kepada pelaku kedepannya, karena dalam Islam, faktor psikis tidak dapat dijadikan alasan untuk mengubah kelamin. *Ketiga*, pelaku pergantian kelamin berarti telah menyalahi kodrat yang diberikan Allah, yang menjadi pemegang hak prerogratif dalam penentuan kelamin.

Namun disamping pergantian jenis kelamin muncul di tengah masyarakat praktik penyempurnaan alat kelamin yang dilakukan terhadap seseorang yang memiliki kelainan. Misalnya seorang khunsa yang memiliki kelamin ganda dan fungsi alat kelamin laki-lakinya lebih dominan, atau

¹⁸ KH., Ma'ruf Amin dkk, *Himpunan Fatwa Majelis Ulama Indonesia Sejak 197*, Jakarta: Gapprint, 2011, hlm. 567

sebaliknya. Dan atas pertimbangan medis, dilakukan operasi guna menyempurnakan alat kelaminnya tersebut.¹⁹

Permasalahan pergantian dan penyempurnaan kelamin tersebut telah menimbulkan keresahan di tengah masyarakat. Memunculkan pertanyaan khususnya dari umat Islam di Indoneisa tentang hukum-hukum permasalahan tersebut dari sudut pandang syariat Islam.²⁰

Aturan – aturan di atas merupakan beberapa aturan yang membahas mengenai pergantian kelamin yang diterangkan secara gamblang. Namun, dalam penerapan aturan hukum yang ada di Indonesia, fatwa MUI tidak dapat dijadikan sandaran hukum dari berganti kelamin sendiri, karena derajat fatwa MUI tidak sampai pada aturan yang mengatur dan mengikat. Merujuk pada Undang-undang nomor 11 tahun 2012 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan pada pasal 7 telah disebutkan mengenai hierarki dan jenis dari peraturan perundang-undangan mengikat yang dijelaskan dalam pasal 1 angka 2 undang-undang ini, bahwa Peraturan Perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam Peraturan Perundang-undangan.²¹

Dengan demikian, fatwa menjadi sebuah aturan yang dikeluarkan hanya kepada umat Islam di Indonesia saja, namun tidak memiliki daya ikat dan paksa untuk menjalankan isi dari fatwa tersebut. Mahfud MD dalam tulisannya yang dimuat dalam Media Indonesia mengatakan bahwa, fatwa MUI tidak mengikat dan tidak dapat dipaksakan melalui penegak hukum, karena sebuah fatwa dapat menjadi terikat dan memiliki daya paksa ketika fatwa tersebut diangkat dan dijadikan bentuk lain

¹⁹ *Ibid*

²⁰ *Ibid*

²¹ Undang-Undang nomor 11 tahun 2012

seperti peraturan daerah atau bahkan undang-undang.²² Maka, lantas tidak mengherankan apabila praktek pergantian kelamin masih berjalan dan proses hukum untuk mengganti statusnya guna mendapatkan hak-hak keperdataannya juga dapat diproses.

Berdasarkan uraian dan analisa tersebut diatas, maka penulis memperoleh gambaran bahwa status hukum transeksual yang melakukan operasi pergantian kelamin secara hukum nasional diakui keabsahannya ketika yang bersangkutan telah mendapatkan penetapan dari pengadilan tentang pergantian jenis kelamin. Namun menurut hukum islam status hukumnya adalah sama dengan jenis kelamin semula seperti sebelum dilakukan operasi ganti kelamin, meski telah memperoleh penetapan pengadilan.

B. Implikasi dalam Hukum Perkawinan di Indonesia bagi Transeksual Pasca Penetapan Pengadilan Tentang Perubahan Jenis Kelamin

Penetapan Pengadilan Tentang Perubahan Jenis Kelamin terhadap transeksual yang melakukan penyesuaian jenis kelamin maupun yang melakukan pergantian jenis kelamin tentunya menimbulkan implikasi hukum atau akibat hukum di dalam masyarakat. Implikasi hukum atau akibat hukum tersebut salah satunya adalah terhadap Hukum Perkawinan.

Di Indonesia sejak tahun 1974 telah diundangkan suatu Undang- Undang tentang perkawinan yang dikenal dengan Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan. Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan merupakan suatu ketentuan hukum perkawinan yang berlaku secara nasional kepada seluruh rakyat Indonesia yang akan melangsungkan perkawinan. Materi Undang- Undang tersebut merupakan kumpulan tentang hukum

²² Mahfud. MD, 2018, *Fatwa MUI dan Living Law*, artikel dimuat di www.mediaindonesia.com

munakahat yang terkandung di dalam Al- Quran, Sunnah Rasulullah, dan kitab-kitab fikih klasik maupun fikih kontemporer, yang telah berhasil diangkat oleh sistem hukum nasional Indonesia dari hukum normative menjadi hukum tertulis dan hukum positif yang mempunyai kekuatan mengikat dan memaksa kepada seluruh rakyat Indonesia termasuk umat muslim Indonesia²³

Selain itu, berdasarkan ketentuan Undang- Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terdapat unsur-unsur yang harus ada dalam suatu perkawinan yaitu adanya calon mempelai suami dan isteri yang berbeda jenis kelamin sejak lahirnya yaitu jenis kelamin laki-laki dan jenis kelamin perempuan yang telah memenuhi syarat untuk dapat melangsungkan perkawinan. Berdasarkan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, dimana laki-laki harus sudah berusia 19 tahun dan perempuan berusia 16 tahun.²⁴ Dari ketentuan Pasal 1 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tersebut di atas maka dapat dikatakan bahwa syarat sahnya suatu perkawinan adalah adanya calon mempelai laki-laki dan perempuan yang telah memenuhi syarat dari segi usia dan memiliki kesepakatan (tanpa adanya paksaan) untuk melangsungkan suatu perkawinan dengan tujuan membentuk keluarga bahagia dan untuk memperoleh keturunan.²⁵

Menurut pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya disebut Undang-Undang Perkawinan), mengenai pengertian perkawinan dapat dijelaskan sebagai berikut,

“Perkawinan ialah ikatan lahir dan bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan

²³ Drs.H.M. Anshary.MK,SH.MH., 2015, *HUKUM PERKAWINAN DI INDONESIA, Masalah-Masalah Krusial*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm.12

²⁴ Hasballah M Thaib, Marahalim Harahap, *Hukum Keluarga dalam Syariat Islam*. Universitas Al- Azhar, Medan, 2010, hal 17

²⁵ Soerjono Wignjodipoere, *Asas-asas Hukum Adat*, Gunung Agung, Jakarta, 2012, hal.55

tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.”

Dari pasal tersebut dapat diuraikan menjadi 4 (empat) unsur, yaitu:

1. Ikatan lahir dan bathin.
2. Dilaksanakan antara seorang pria dengan seorang wanita.
3. Bertujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal.
4. Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Dari keempat unsur tersebut dapat dianalisis satu persatu setiap unsurnya. *Pertama* adalah mengenai ikatan lahir dan bathin. Hal ini dimaksudkan bahwa perkawinan tidak lagi hanya dilihat sebagai hubungan jasmani saja, tetapi juga merupakan hubungan bathin. Dimana ikatan lahir dan bathin yang dijalin dalam suatu perkawinan terkait dengan salah satu tujuan dari perkawinan itu sendiri yaitu kekal.

Kemudian Unsur yang *kedua* adalah perkawinan tersebut dilaksanakan antara seorang pria dengan seorang wanita. Perkawinan yang diakui di Indonesia hanya antara seorang laki-laki dengan seorang wanita. Unsur kedua ini membatasi atau melarang adanya perkawinan sejenis. Perkawinan sejenis seperti perkawinan antara homoseksual (laki-laki dengan laki-laki) atau antara para lesbian (perempuan dengan perempuan). Lalu timbul pertanyaan bagaimana dengan perkawinan antara seorang pria atau wanita dengan pria atau wanita yang pernah melakukan operasi perubahan kelamin. Apakah pria atau wanita yang telah melakukan operasi perubahan kelamin tersebut dapat dikategorikan sebagai pria atau wanita yang dimaksud dengan pria dan wanita dalam Undang-Undang Perkawinan?.

Apabila melihat menganalisa dari Undang-Undang Perkawina, penulis berpendapat yang dimaksud dalam Undang-Undang Perkawinan mengenai pria dan wanita adalah pria maupun

wanita yang wanita asli atau pria asli. Dalam artian secara kodrati merupakan seorang wanita ataupun pria dan ketika lahir dinyatakan sebagai anak perempuan atau anak laki-laki.

Namun terkait dengan permasalahan transeksual ini, tidak dipungkiri terdapat juga orang yang memiliki kelainan ketika kelahiran, seperti seseorang yang berkelamin ganda. Seseorang yang berkelamin ganda adalah ketika dilahirkan mempunyai dua kelamin namun dalam perkembangan nantinya hanya salah satu kelamin yang berkembang dan berfungsi dengan baik. Tindak lanjutnya adalah dengan operasi penyempurnaan kelamin. Seseorang yang berkelamin ganda dan melakukan operasi penyempurnaan kelamin masih masuk dalam katagori transeksual. Hanya saja bila membicarakan mengenai perkawinan antara seseorang yang berkelamin ganda dengan seseorang yang merasa dirinya terperangkap dalam tubuh lawan jenisnya adalah berbeda .

Bagi seseorang yang berkelamin ganda dan belum dan/atau akan melaksanakan perkawinan, maka wajib baginya untuk melakukan operasi penyesuaian kelamin dengan tujuan untuk menyempurnakan identitasnya sebagai manusia dan subyek hukum sebelum melaksanakan perkawinan, sedangkan bagi seorang yang berkelamin ganda yang sudah terlanjur melaksanakan perkawinan, maka bagaimana status perkawinannya menurut hukum Islam. Bagi perkawinan yang telah dilaksanakn oleh orang yang berkelamin ganda terdapat dua masalah yang terindikasi dapat mempengaruhi hubungan rumah tangganya nanti, terkait dilakukannya operasi kelamin, yaitu:²⁶

1. Melakukan operasi kelamin sebagai jalan untuk mempertegas identitasnya,
2. Melakukan operasi kelamin sebagai jalan untuk menghilangkan identitasnya

²⁶ Prof. Dr. Hj. Huzaimah Tahido Yanggo, MA. 2005. *Masail Fiqhiyah: Kajian Hukum Islam Kontemporer*, Bandung: Angkasa, hal. 201.

Penjelasan mengenai 2 (dua) hal tersebut diatas, yaitu:

1. Melakukan operasi penyesuaian kelamin sebagai jalan untuk mempertegas identitasnya.

Menurut para pemuka agama Islam, dianjurkan untuk melakukan pengobatan yang sesuai dengan syari'at Islam. Sehingga, dapat dikatakan Orang yang berkelamin ganda (Khuntsa) boleh melakukan operasi kelamin sebagai jalan alternatif untuk mengobati cacat kelamin yang dideritanya. Dalil-dalil yang dikemukakan oleh para pemuka agama Islam tersebut, yaitu:

- a) "*Adh-Dhararu Yuzal*" (Bahaya harus dihilangkan) yang menurut *Mazhab* Imam Asy-Syathibi menghindari dan menghilangkan bahaya termasuk suatu kemaslahatan yang dianjurkan syariat Islam. Hal ini sejalan dengan Hadits Nabi Muhammad SAW: "*Berobatlah wahai hamba-hamba Allah! Karena sesungguhnya Allah tidak mengadakan penyakit kecuali mengadakan pula obatnya, kecuali satu penyakit, yaitu penyakit ketuaan*" (HR. Ahmad);²⁷
- b) Dalam kitab "*Fathul Baari*", Juz X, halaman 377 disebutkan: Imam Al-Thabari berkata, "*wanita itu tidak diperbolehkan mengubah sesuatu dari bentuk dirinya yang telah diciptakan oleh Allah SWT, baik dengan menambahkan atau dengan mengurangi dengan tujuan mempercantik diri dan bukan untuk suami, semua itu termasuk dalam larangan, yakni mengubah ciptaan Allah SWT terkecuali hal-hal yang dapat menyebabkan kesakitan dan bahaya, seperti seseorang yang mempunyai gigi atau jari lebih sehingga menyakitinya*".²⁸
- c) Syekh Muhammad bin Shaleh Al-Utsaimin Rahimahullah berkata, "*Al-Khuntsa Musykil dalam bab nikah adalah, orang*

²⁷ Ibnu Dzulkifli As-Samarindy, *Hukum Syar'i tentang Khuntsa (Manusia Berkelamin Ganda)* « Serangkai Catatan, <http://assamarindy.wordpress.com/2012/08/07/hukum-syari-tentang-khuntsa-berkelamin-ganda/>

²⁸ Diambil Dari Website, *Hukum Menikah Dengan Waria Atau Orang Impoten. Apa Beda Di Antara Keduanya*, <http://islamqa.info/id/ref/10042/pdf/dl>

yang memiliki alat vital laki-laki dan alat vital perempuan . Yaitu, dia memiliki zakar dan vagina. Dan belum ada kejelasan apakah dia laki-laki atau perempuan. Misalnya dia kencing dikedua saluran tersebut. Tidak ada sesuatu yang mengkhushuskannya, apakah dia laki-laki atau wanita. Orang seperti ini tidak sah menikah, apakah dengan perempuan atau laki-laki. Tidak boleh menikah dengan wanita, karena kemungkinan dia adalah wanita, sedangkan wanita tidak boleh menikah dengan wanita. Serta tidak boleh menikah dengan laki-laki, karena laki-laki tidak boleh menikah sesama laki-laki. Maka dia tetap dalam keadaan demikian, sampai perkaranya jelas”

- d) Seorang ulama *Fiqh*, bernama Al-Kharqi mengatakan, *“Bahwa, jika dia mengaku bahwa dirinya laki-laki, dan dirinya merasa cenderung menyukai wanita, maka dia boleh menikahi wanita. Jika dia mengaku bahwa dirinya wanita dan dia cenderung menyukai laki-laki, maka dia dinikahkan dengan laki-laki. Karena kesimpulan seperti itu tidak mungkin dapat diraih kecuali dari dirinya sendiri dan tidak ada jawaban yang dapat memuaskan jika bersumber dari selainnya”*

2. Melakukan operasi penyesuaian kelamin sebagai jalan untuk menghilangkan identitasnya

Manusia diciptakan dengan dibekali akal dan pikiran yang lebih sempurna daripada makhluk lain ciptaan Tuhan. Dalam setiap pola pikirnya selalu terlintas ketidak puasan dengan apa yang dimilikinya, karena naluri dalam dirinya kadang bertentangan dengan pola pikirnya. Seperti halnya *Al-Khuntsa* (Kelamin ganda), disaat awal dia dilahirkan memiliki identitas sebagai seorang laki-laki/perempuan.

Akan tetapi, seiring waktu berjalan dan berkembangnya pola pikir, dia merasa terdapat tekanan psikologis dalam dirinya, yang mana merasa jati dirinya bukanlah seperti yang ditasbihkan pada

dirinya sewaktu kecil. Sehingga terbesit dalam dirinya untuk melakukan penyesuaian kelamin terhadap dirinya.

Hal inilah yang dimaksud dengan operasi penyesuaian kelamin sebagai jalan untuk menghilangkan identitasnya. Apabila hal ini dilakukan oleh seorang *Al-Khuntsa* (Kelamin ganda) yang sudah melaksanakan perkawinan, maka status dari perkawinannya dapat dibatalkan. Dengan menggunakan dasar hukum Pasal 26 dan Pasal 27, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, dan Kompilasi Hukum Islam Bab XI Pasal 72, dan 73.

Dasar dari permohonan pembatalan perkawinan dengan menggunakan dalil, adanya salah sangka terhadap pasangan nikahnya, yang mana tidak sesuai dengan identitasnya saat mendaftarkan diri di Kantor Urusan Agama.

Maksud mengenai adanya salah sangka terhadap pasangan nikah dalam suatu perkawinan, yaitu:

- a) Pasangan nikahnya merupakan seorang Orang yang berkelamin ganda (*Khuntsa*);
- b) Pasca operasi penyesuaian kelamin, ternyata pasangan nikahnya yang semula dalam identitasnya merupakan laki-laki (*Al-Khuntsa*), kemudian setelah melakukan operasi penyesuaian kelamin mengubah jati dirinya menjadi wanita. Sehingga, perkawinan sebelumnya yang sudah berlangsung dapat dibatalkan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan menurut *syari'at* agama Islam.

Ibnu Utsaimin Rahimahullah, menyatakan sebagai berikut:

“Membolehkan menggunakan metode kedokteran untuk mencari tahu apakah dia seorang pria atau wanita, misalkan dengan melihat keadaan rahimnya. Apabila seseorang memiliki penis dan vagina, sedangkan pada bagian dalamnya ada rahim dan ovarium, maka ia tidak boleh menutup lubang vaginanya untuk memfungsikan penisnya. Demikian pula sebaliknya, apabila seseorang memiliki penis dan vagina, sedangkan pada bagian dalam kelaminnya sesuai dengan

fungsi penis, maka ia boleh mengoperasi dan menutup lubang vaginanya sehingga penisnya dapat berfungsi sempurna dan identitasnya sebagai laki-laki menjadi jelas. Ia dilarang membuang penisnya agar memiliki vagina sebagai wanita, sedangkan dibagian dalam kelaminnya tidak terdapat rahim dan ovarium.”

Hal ini dilarang karena operasi kelamin yang berbeda dengan kondisi bagian dalam kelaminnya berarti melakukan pelanggaran *syariat* dengan mengubah ciptaan Allah SWT; dan ini bertentangan dengan firman Allah bahwa tidak ada perubahan pada fitrah Allah (QS.Ar-Rum:30).

Dibolehkannya melakukan operasi perbaikan atau penyempurnaan kelamin, sesuai dengan keadaan *anatomi* bagian dalam kelamin orang yang mempunyai kelainan kelamin atau kelamin ganda, juga merupakan keputusan Nahdhatul Ulama PW Jawa Timur pada seminar “*Tinjauan Syariat Islam tentang Operasi Ganti Kelamin*” pada tanggal 26-28 Desember 1989 di Pondok Pesantren Nurul Jadid, Probolinggo Jawa Timur

Seseorang yang berkelamin ganda dan melakukan operasi kelamin disebut dengan penyempurnaan kelamin. Dalam hal ini jelas kelaki- lakiannya dan keperempuan-perempuannya. Sedangkan seseorang yang merasa dirinya terperangkap dalam tubuh lawan jenisnya dan melakukan operasi kelamin, hal ini disebut dengan operasi pergantian kelamin.

Bila dikaitkan dengan masalah perkawinan, seseorang yang melakukan operasi penyempurnaan kelamin dapat dikategorikan sebagai pria atau perempuan yang dimaksud dalam pasal 1 Undang-Undang Perkawinan. Sedangkan seseorang yang melakukan operasi pergantian jenis kelamin tidak dapat dikategorikan sebagai pria atau perempuan yang dimaksud dalam pasal 1 Undang-Undang Perkawinan, walaupun secara fisik terlihat seperti pria atau perempuan seutuhnya. Hal ini diperjelas dalam Fatwa MUI (Majelis Ulama Indonesia) dari hasil Musyawarah Nasional ke-8 bahwa mengubah alat kelamin

dengan sengaja tanpa adanya alasan alamiah dalam diri yang bersangkutan, hukumnya haram dan penyempurnaan kelamin diperbolehkan.²⁹ Orang yang telah melakukan operasi perubahan kelamin dianggap jenis kelaminnya adalah sama seperti sebelum dilakukannya operasi.

Unsur yang *ketiga* adalah perkawinan bertujuan untuk membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal. Membentuk keluarga yang bahagia di sini dikaitkan dengan keturunan. Seperti yang dijelaskan dalam penjelasan pasal 1 Undang-Undang Perkawinan,

“...membentuk keluarga yang bahagia rapat hubungan dengan keturunan, yang pula merupakan tujuan perkawinan, pemeliharaan dan pendidikan menjadi hak dan kewajiban orang tua.”

Bila dikaitkan dengan transeksual, tujuan dari perkawinan yaitu membentuk keluarga tidak tercapai. Hal ini dikarenakan seseorang yang melakukan operasi perubahan kelamin, secara fisik luarnya terlihat seperti pria atau wanita pada umumnya, namun terdapat ketidak sempurnaan karena tidak dapat menghasilkan keturunan. Seorang laki-laki yang mengubah kelaminnya menjadi kelamin perempuan tidak akan mempunyai rahim seperti wanita normal. Walaupun pada kenyataannya wanita normal ada yang tidak dapat menghasilkan keturunan. Berbeda hal dengan transeksual karena wanita normal pada dasarnya tetap memiliki rahim namun dalam perkembangannya terkena virus atau penyakit yang menyebabkan tidak dapat menghasilkan keturunan atau mengakibatkan diangkatnya rahim tersebut. Sedangkan perempuan yang mengubah kelaminnya menjadi kelamin laki-laki tidak akan dapat menghasilkan sperma

²⁹ Didi Syafirdi, <http://www.detiknews.com/>, *MUI Haramkan Operasi Ganti Kelamin*, Juli 27, 2010. Diakses pada tanggal 10 November 2011 pada pukul 10.43 wib.

seperti laki-laki normal. Walaupun memang dalam hal ini, yaitu mengenai ada atau tidak adanya keturunan tidak selalu menjamin setiap perkawinan bahagia dan kekal. Namun, pada intinya perkawinan yang dilaksanakan oleh transeksual tidak memenuhi tujuan dari perkawinan itu sendiri.

Unsur yang terakhir adalah perkawinan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Pencantuman Ketuhanan Yang Maha Esa adalah karena negara Indonesia berdasarkan kepada Pancasila yang sila pertamanya adalah Ketuhanan Yang Maha Esa. Maksudnya adalah bahwa setiap perkawinan mempunyai hubungan yang erat sekali dengan agama/kerohanian sehingga perkawinan bukan saja mempunyai peranan yang penting.³⁰ Hal ini pun dijelaskan oleh Jimly Asshiddiqie bahwa agama mempunyai posisi sentral yang di dalamnya terdapat sila Ketuhanan Yang Maha Esa, yaitu menurut Hazairin merupakan sila pertama yang utama.³¹

Unsur terakhir dari pasal 1 yaitu perkawinan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa berkaitan dengan pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan. Keabsahan suatu perkawinan merupakan suatu hal yang sangat prinsipil, karena berkaitan erat dengan akibat-akibat perkawinan, baik yang menyangkut dengan anak (keturunan) maupun yang berkaitan dengan harta, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan telah merumuskan kriteria keabsahan suatu perkawinan, yang diatur di dalam Pasal 2, sebagai berikut :³²

- (1)Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing- masing agamanya dan kepercayaannya itu.”
- (2)Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

³⁰ Indonesia. Undang-Undang Perkawinan, UU No. 1 Tahun 1974, penjelasan pasal 1

³¹ Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatat: Menurut Hukum Tertulis Di Indonesia dan Hukum Islam*, cet. 1, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hal. 8.

³² Drs.H.M. Anshary.MK,SH.MH., 2015, *HUKUM PERKAWINAN DI INDONESIA, Masalah-Masalah Krusial*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm.12

Pasal 2 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tersebut menetapkan dua garis hukum yang harus dipatuhi dalam melakukan suatu perkawinan. Ayat (1) mengatur secara tegas dan jelas tentang keabsahan suatu perkawinan, adalah bahwa satu-satunya syarat sah suatu perkawinan adalah bila perkawinan itu dilakukan menurut ketentuan agama dari mereka yang akan melangsungkan perkawinan tersebut. Ketentuan agama untuk sahnya suatu perkawinan bagi umat Islam dimaksud adalah yang berkaitan dengan syarat dan rukun nikah. Penjelasan pasal 2 ayat (1) tersebut menyatakan sebagai berikut :

“tidak ada perkawinan di luar hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, sesuai dengan Undang-Undang Dasar 1945.

Yang dimaksud dengan hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu termasuk peraturan perundang-undangan yang berlaku bagi golongan agamanya dan kepercayaannya itu sepanjang tidak bertentangan atau tidak ditentukan lain dalam Undang-Undang ini.”

Dari ketentuan tersebut, dapat dilihat bahwa perkawinan mempunyai kaitan erat dengan masing-masing agama yang dianut oleh calon mempelai. Dengan demikian, suatu perkawinan baru dapat dikatakan sebagai perkawinan yang sah secara yuridis apabila perkawinan tersebut dilakukan menurut agama orang yang melangsungkan perkawinan tersebut. Oleh karena itu sebagaimana yang dimaksudkan dalam ketentuan tersebut bahwa perkawinan yang sah bagi agama Islam adalah perkawinan yang berdasarkan ketentuan Syariat Islam., Perkawinan yang sah bagi yang beragama Kristen adalah perkawinan yang berdasarkan ketentuan ajaran Kristen. Begitu juga dengan agama lainnya yang diakui di Indonesia.

Dalam ajaran Islam, operasi perubahan kelamin adalah haram hukumnya. Hal ini didasarkan pada Fatwa MUI (hasil dari Musyawarah Nasional ke-II). Operasi tersebut dinyatakan haram

karena pada dasarnya alat kelamin yang telah ada sejak lahir telah sempurna. Lain halnya ketika membicarakan mengenai kelamin ganda. Islam memperbolehkan dilakukannya operasi penyempurnaan kelamin. Berkaitan dengan perkawinan, dalam ajaran Islam diharamkan dilakukannya operasi perubahan kelamin. Sehingga perkawinan yang dilaksanakan bagi seseorang yang melakukan operasi perubahan kelamin adalah tidak sah. Perkawinan tersebut dipersamakan dengan perkawinan sejenis yang dilarang baik oleh agama maupun oleh hukum negara.

Tidak hanya dalam ajaran Islam. Di dalam agama Katolik Roma, dikatakan dalam Kependium Ajaran Sosial Gereja, bahwa melawan teori-teori yang melihat identitas seksual semata-mata sebagai satu produk kultural dan sosial dalam interaksi antara masyarakat dan individu sambil mengabaikan identitas seksual pribadi atau tanpa mempertimbangkan makna yang benar dari seksualitas, Gereja tidak akan pernah lelah untuk selalu merumuskan secara jelas ajarannya sendiri: “setiap manusia, entah laki-laki atau perempuan, harus mengakui dan menerima seksualitasnya sendiri...” Selanjutnya dijelaskan bahwa identitas seksual sebagai syarat objektif untuk membentuk pasangan hidup bersama bukanlah sesuatu yang dapat diubah sesuka hati.³³ Hal ini dapat dikatakan bahwa identitas seksual seseorang tidak dapat diubah sesuka hati tanpa adanya alasan ilmiah. Oleh karena itu, pada dasarnya transeksual dengan melakukan operasi perubahan kelamin adalah dilarang. Sehingga perkawinan bagi orang yang melakukan operasi perubahan kelamin juga dilarang dan dinyatakan tidak sah. Hal ini dikaitkan dalam penjelasan berikutnya pada Kependium Ajaran Sosial Gereja bahwa perkawinan tersebut dipersamakan dengan perkawinan sejenis karena dengan dasar tidak dapat menghasilkan keturunan yang digariskan dalam struktur manusia.

³³ Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatat : Menurut Hukum Tertulis Di Indonesia dan Hukum Islam*, cet. 1, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hal. 154.

Dari dua ajaran agama tersebut dapat dijelaskan bahwa perkawinan yang dilaksanakan oleh seseorang yang melakukan operasi perubahan kelamin adalah tidak sah. Dalam kedua ajaran agama, baik agama Islam maupun agama Katolik Roma, melarang dilaksanakannya operasi perubahan kelamin. Sehingga berdasarkan ketentuan pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan, perkawinan bagi transeksual yang melakukan operasi perubahan kelamin tidak sah karena menurut agama operasi perubahan kelamin adalah dilarang.

Namun tidak hanya kedua agama tersebut, setiap agama yang diakui di Indonesia sama menentang adanya perubahan kelamin. Menurut ajaran agama, seseorang yang melakukan operasi perubahan kelamin tanpa ada dasar ilmiah merupakan salah satu bentuk tidak bersyukur atas apa yang diberikan oleh Tuhan kepadanya. Oleh karena proses perubahan tersebut dilarang, secara otomatis perkawinan yang dilaksanakanpun tidak sah.

Selanjutnya Pasal 2 ayat (2) mengatur masalah pencatatan perkawinan, bahwa suatu perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dari kedua ketentuan ayat diatas, maka ketentuan ayat (2) tidak ada kaitannya sama sekali dengan masalah sah atau tidaknya suatu perkawinan, karena menyangkut masalah sah atau tidaknya suatu perkawinan telah diatur secara jelas di dalam ayat (1) di atas.

Berdasarkan pasal ini, keabsahan suatu perkawinan tidak didasarkan pada pencatatan perkawinan. Perkawinan sah berdasarkan ketentuan agama. Apabila perkawinan yang sah secara agama, sah pula menurut peraturan perundang-undangan.³⁴ Menurut Bagir Manan, suatu perbuatan hukum yang sah mengandung makna bahwa hubungan hukum dan akibat hukum menjadi sah pula.³⁵ Selanjutnya menurut Bagir Manan, ketentuan pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan mengartikan bahwa

³⁴ Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatat : Menurut Hukum Tertulis Di Indonesiadan Hukum Islam*, cet. 1, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 154.

³⁵ *Ibid.*, hlm. 157.

perkawinan adalah sah apabila sah menurut agama. Sedangkan pencatatan perkawinan sebagaimana diatur dalam pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan, hanya dipandang sebagai peristiwa penting bukan suatu peristiwa hukum karena perkawinan sebagai peristiwa hukum ditentukan oleh agama. Karena itu (pencatatan perkawinan) tidak perlu dan tidak akan mempunyai akibat hukum, apalagi dapat menyampingkan sahnya perkawinan yang telah dilaksanakan.³⁶

Menurut Neng Djubaidah, pencatatan perkawinan tidak mengakibatkan sah atau tidaknya suatu perkawinan. Namun, perkawinan tersebut wajib dicatatkan bagi setiap warga negara³⁷. Dapat dikatakan bahwa pencatatan perkawinan hanya sebagai kewajiban administrasi belaka.³⁸

Bila dikaitkan dengan kasus transeksual. Seseorang yang telah melakukan operasi perubahan kelamin lalu menikah dan dicatatkan, baik di dalam Pencatatan Sipil maupun KUA (Kantor Urusan Agama), tidak berarti perkawinan tersebut telah sah. Karena keabsahan suatu perkawinan didasarkan ketentuan dari agama. Sedangkan agama tersebut melarang dilakukannya operasi perubahan kelamin yang mengakibatkan tidak sahnya perkawinan yang dilaksanakan secara agama tersebut. Bila aturan melarang atau tidak mensahkan suatu perbuatan hukum seperti perkawinan bagi transeksual dari ajaran agama, hubungan hukum para pihak yang melaksanakan perkawinan adalah tidak sah dan tidak menimbulkan akibat hukum apapun. Terlebih lagi pencatatan perkawinan tidak mengakibatkan hubungan hukum antara para pihak menjadi sah dan menimbulkan akibat hukum tidak sah pula.

Apabila perkawinan oleh seseorang yang telah melakukan operasi perubahan kelamin tetap dilakukan, tindakan hukum yang

³⁶ *Ibid.*, hlm 158.

³⁷ *Ibid.*,

³⁸ Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatat : Menurut Hukum Tertulis Di Indonesia dan Hukum Islam*, cet. 1, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hal. 214.

dapat dilakukan adalah pembatalan perkawinan. Sebagaimana diatur dalam pasal 22 yaitu:

“Pembatalan perkawinan adalah perkawinan dapat dibatalkan apabila para pihak tidak memenuhi syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan.”

Pembatalan adalah tindakan pengadilan yang berupa keputusan yang menyatakan perkawinan yang dilakukan itu tidak sah.³⁹ Sedangkan sesuatu yang tidak sah dianggap tidak pernah ada. ketentuan ini hampir mirip dengan batal demi hukum. Namun dalam ketentuan perkawinan tidak ada perkawinan batal demi hukum. Hal ini dijelaskan dalam pasal 85 KUHPerdara. Dalam pembatalan perkawinan harus adanya putusan pengadilan dan akibat dari perkawinan tersebut seperti menyangkut anak dan harta bersama tidak berlaku surut.

Menurut aturan dari Undang-Undang Perkawinan, perkawinan yang dilaksanakan dapat dibatalkan dengan mengajukan permohonan pembatalan perkawinan kepada pengadilan dimana perkawinan tersebut dilaksanakan. Secara otomatis perkawinan yang dibatalkan tersebut sama dengan batal demi huku. Sama-sama dianggap perkawinan tersebut tidak ada. Namun dalam hal ini harus adanya putusan dari perkawinan bukan dengan sendirinya batal demi hukum. Perkawinan tersebut walaupun telah memenuhi syarat formil namun perkawinan tersebut tidak memenuhi syarat syarat sahnya perkawinan. Dimana perkawinan tersebut tidak sesuai dengan ketentuan sahnya perkawinan yaitu berdasarkan agama dan kepercayaannya itu. Pada dasarnya seseorang yang telah melakukan operasi perubahan kelamin dianggap oleh agama tetap dianggap jenis kelamin sebelumnya. Bila terjadi suatu perkawinan, perkawinan tersebut dianggap sebagai perkawinan sejenis.

³⁹ Ahmad Budi Cahyono dan Surini Ahlan Sjarif, *Mengenal Hukum Perdata*, Cet-1, Jakarta : CV Gitama Jaya, 2008, hlm:53-54.

C. Analisis Teori Eksistensi yang Berdasarkan Teori Maqashid Syariah dalam Rangka Mengisi Kekosongan Hukum (*Rechtvacuum*) Terhadap Permasalahan Status Hukum Transeksual Pasca Penetapan Pengadilan Tentang Perubahan Jenis Kelamin

Indonesia adalah Negara yang berdasarkan atas hukum (*rechstaat*). Oleh karena itu, hukum mempunyai status dan kedudukan yang sangat menentukan kehidupan ketatanegaraan. Konsekuensi logis dari pernyataan tersebut adalah keharusan adanya tatanan/perangkat hukum yang mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara secara nasional berdasarkan Pancasila dan Undang- Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945. Hukum mempunyai tugas untuk menjamin adanya kepastian hukum dalam masyarakat. Selain itu, dapat pula disebutkan bahwa hukum menjaga dan mencegah agar setiap orang tidak main hakim sendiri (*eigenricting*).⁴⁰

Negara Indonesia disebut juga Negara Pancasila, Hal ini sebagaimana menurut Dr. Faisol Burlian di dalam bukunya yang menyatakan bahwa Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum yang berlaku di Indonesia (baik formal maupun materil) seluruhnya bersumber pada Pancasila⁴¹. Indonesia sebagai Negara Pancasila bukan negara berdasarkan satu agama, tetapi juga bukan negara sekuler dalam arti memisahkan agama dari negara. Negara Indonesia tidak identik dengan agama tertentu, tetapi negara tidak melepaskan agama dari urusan negara. Negara bertanggungjawab atas eksistensi agama, kehidupan beragama. Keterkaitan antara agama dengan negara dapat dilihat dari lembaga-lembaga keagamaan, peraturan perundang- undangan yang sarat dengan nuansa agama, dan kebijakan-kebijakan lain yang berkaitan dengan agama.

⁴⁰ Drs.H.M. Anshary.MK,SH.MH., 2015, *HUKUM PERKAWINAN DI INDONESIA, Masalah-Masalah Krusial*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm.5

⁴¹ Dr. Faisol Burlian,S.Ag.M.Hum., 2018, *HUKUM TATA NEGARA*, Palembang : Tunas Gemilang Press, hlm.17

Khusus bagi umat islam, negara telah memberikan peluang seluas-luasnya kepada umat islam untuk memperjuangkan nilai-nilai yang terkandung di dalam Al-Quran , Hadits, dan bahkan fikih- fikih hasil itjihad para ulama untuk dijadikan hukum positif di Indonesia.⁴²

Negara telah menjamin kehidupan beragama dan telah ikut serta mengamankannya melalui peraturan perundang-undangan, bahkan materi perundang-undangan tersebut mulai diangkat dari materi hukum islam normative. Hal itu merupakan suatu jaminan untuk tegaknya muatan- muatan yang terdapat di dalam Al-Quran maupun Hadis nabi sehingga dapat diterapkan dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Negara telah mengundang secara resmi beberapa aspek ajaran islam seperti keharusan pencatatan perkawinan, perceraian harus di depan persidangan pengadilan, poligami harus mendapatkan izin dari pengadilan, harta bersama dibagi dua antara suami istri yang bercerai, larangan kawin kontrak/nikah mut'ah, larangan kawin dengan muhallil, bank tanpa bunga, koperasi syariah dan banyak lagi. Ini semua dalam rangka menegakkan nilai- nilai yang terkandung di dalam Al- Quran dan hadits Nabi.

Dalam pemberlakuan hukum islam di Indonesia, hukum islam telah menyebarluas di seluruh wilayah Indonesia. Sejalan dengan agama Islam juga ikut berkembang dengan pesat. Beberapa bidang Hukum Islam diterapkan di Indonesia sejak dahulu (zaman kerajaan), zaman penjajahan hingga saat ini. Salah satu contohnya yaitu hukum kekeluargaan Islam baik dalam lapangan perkawinan dan kewarisan secara terbatas.⁴³

Selanjutnya dalam perkembangan dan pemberlakuan hukum islam di Indonesia, muncul berbagai teori yang pada awalnya dimunculkan untuk melemahkan ajaran hukum islam dan menguatkan eksistensi pemerintah belanda yaitu *Teori Receptio in*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Afdol, 2006, *Kewenangan Pengadilan Agama Berdasarkan UU No.3 Tahun 2006 & Legislasi Hukum Islam di Indonesia* , Surabaya; Airlangga Press, hlm.39

Complexu dan *Teori Receptie*. Ketika muncul *Teori Receptie Exit*, *Teori Receptio A Contrario*, dan *Teori Eksistensi* untuk membantah *Teori Receptie*⁴⁴ Kemudian menurut Ulya Kencana di dalam bukunya⁴⁵ menyebutkan bahwa berdasarkan perkembangan teori hukum adat pasca kemerdekaan Indonesia, keberadaan hukum Islam di Indonesia menjadi kuat, meski hukum Islam dan Hukum adat sama-sama masuk dalam sistem hukum Indonesia. Sehingga keberadaan teori-teori pemberlakuan hukum Islam tersebut diatas terutama teori eksistensi mengukuhkan keberadaan dan kekuatan hukum Islam dalam tataran hukum nasional.

Berkaitan dengan permasalahan dalam penelitian ini yaitu tentang status hukum transeksual pasca penetapan pengadilan tentang perubahan jenis kelamin dan implikasinya dalam hukum perkawinan, maka penulis akan menganalisa dan mengkaitkannya dengan salah satu Teori Pemberlakuan Hukum Islam yaitu Teori Eksistensi.

Teori Eksistensi dikemukakan oleh SA Ichtijanto. Ia menjelaskan bahwa teori eksistensi dalam kaitannya dengan hukum Islam adalah teori yang menerangkan tentang adanya hukum Islam dalam hukum nasional Indonesia. Teori ini mengungkapkan pula bentuk eksistensi hukum Islam dalam hukum nasional Indonesia itu, antara lain:⁴⁶

- a. Ada, dalam arti sebagai bagian integral dari hukum nasional Indonesia;
- b. Ada, dalam arti adanya dengan kemandiriannya yang diakui adanya dan kekuatan wibawanya oleh hukum nasional serta diberi status sebagai hukum nasional;

⁴⁴ Indah Purbasari , 2017, *Hukum Islam Sebagai Hukum Positif di Indonesia* , Malang; Setara Press, hlm.59

⁴⁵ Ulya Kencana, 2017, *Hukum Wakaf Indonesia*, Malang: Setara Press, hlm.178

⁴⁶ SA, Ichtijanto, *Hukum Islam dan Hukum Nasional*, Jakarta: Ind-Hill

- c. Ada, dalam hukum nasional dalam arti norma hukum Islam (agama) berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum nasional Indonesia;
- d. Ada, dalam arti sebagai bahan utama dan unsur utama hukum Indonesia

Apabila teori eksistensi ini dikaitkan dengan permasalahan status hukum transeksual pasca penetapan pengadilan, maka sudah seharusnya perubahan status transeksual tersebut tidak boleh bertentangan dengan hukum Islam. Hal ini sebagaimana bentuk eksistensi hukum Islam dalam hukum nasional Indonesia yaitu bahwa dalam hukum nasional dalam arti hukum Islam (agama) berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum nasional Indonesia.

Selanjutnya berkaitan dengan pemberlakuan hukum Islam di Indonesia sebagaimana Teori Eksistensi di atas, maka hukum Islam sendiri erat kaitannya dengan Teori Maqashid Syariah. Sehingga dalam penelitian ini penulis mencoba mengaitkan permasalahan ini dengan Teori Maqashid Syariah.

Secara umum *Maqashid syariah* (tujuan syariah) adalah kebahagiaan hidup manusia di dunia dan akhirat kelak, dengan jalan mengambil segala yang bermanfaat dan mencegah atau menolak yang *mudharat* yaitu yang tidak berguna bagi hidup dan kehidupan. Dengan kata lain tujuan syariah adalah kemashlahatan hidup manusia, baik rohani maupun jasmani, individual dan social. Abu Ishaq As-syatibi merumuskan lima tujuan syariah yang disebut dengan *Al-Maqashid Al-Khamsah* atau *Al-Maqashid Al-Syariah* (Tujuan-Tujuan Hukum Islam) yaitu memelihara agama, jiwa, akal keturunan dan harta⁴⁷

Apabila dikaitkan dengan permasalahan transeksual yang dibahas di dalam penelitian ini. Maka ada perbedaan antara transeksual yang melakukan operasi penyesuaian jenis kelamin

⁴⁷ Indah Purbasari, *Hukum Islam Sebagai Hukum Positif di Indonesia*, Setara Press, 2017, hlm.15-16

dengan transeksual yang melakukan pergantian jenis kelamin. Pada transeksual yang melakukan operasi penyesuaian jenis kelamin jika kita tinjau dari teori Maqashid Syariah, maka tindakan tersebut sejalan dengan *Al- Maqashid Al Khamsah* atau Al- Maqashid Al- Syariah (Tujuan-Tujuan Hukum Islam) yaitu yang salah satunya adalah Pemeliharaan keturunan (*Hifz al-nasl*). Namun berbeda dengan Transeksual yang melakukan Operasi Pergantian Kelamin karena tindakan tersebut bertentangan dengan Al- Maqashid Al- Syariah (Tujuan-Tujuan Hukum Islam).

Apabila seseorang mempunyai organ kelamin dua/ganda, yaitu penis dan vagina, maka untuk memperjelas identitas jenis kelaminnya, ia boleh melakukan operasi mematikan organ kelamin yang satu dan menghidupkan organ kelamin yang lain yang sesuai dengan organ kelamin bagian dalam. Misalnya seseorang mempunyai dua alat kelamin yang berlawanan yakni penis dan vagina, dan di samping itu ia juga mempunyai rahim dan *ovarium* yang merupakan ciri khas dan utama untuk jenis kelamin wanita, maka ia boleh bahkan disarankan untuk operasi mengangkat penisnya demi mempertegas identitas jenis kelamin kewanitaannya. Dan sebaliknya, ia tidak boleh mengangkat vaginanya dan membiarkan penisnya, karena berlawanan dengan organ kelaminnya bagian dalam yang lebih vital, yakni rahim dan *ovarium*.

Keterangan ini sesuai dengan keputusan hasil muktamar dan munas ulama Nahdlatul Ulama di Semarang pada 26-28 Agustus 1989 M. Yang dasar pengambilan hukumnya sebagai berikut

a. Tafsir at-Thabari juz 3 hal 119 menyebutkan:

Abu ja'far Ath Thabari berkata bahwa hadits dari Ibnu Mas'ud adalah dalil yang menunjukkan bahwa tidak boleh mengubah wanita, dengan tambahan atau kekurangan. sampai pada perkataan syekh Lyadh “ berdasarkan yang disebutkan oleh pengarang bahwa orang yang diciptakan dengan jari tambahan (lebih) atau anggota badan yang lebih, maka tidak diperbolehkan memotongnya atau melepaskannya, karena hal itu termasuk mengubah ciptaan Allah. Hanya saja jika anggota-

anggota badan yang lebih ini menyakitkan, maka boleh saja dilepas. hal ini sesuai dengan pendapat Abu Ja'far dan lainnya.

- b. Kitab al-Thufah Hamisy dari kitab al-Syarwani juz 9 hal 193-194 dinyatakan:

Bagi orang mandiri, yaitu orang yang merdeka atau budak mukatab yang sudah baligh lagi berakal, walaupun akalanya lemah, berhak memotong benjolan yang keluar antara dan daging dari keadaan yang mengkerut menjadi mengendor, dengan dirinya sendiri untuk menghilangkan aibnya tanpa ada bahaya seperti dengan cantuk. Hukum yang dipersamakan dengan ini adalah memotong anggota badan yang keropos,kecuali jika anggota tersebut dipotong akan membahayakan. Sedangkan jika dibiarkan tidak membahayakan,maka dalam hal ini dilarang untuk memotong. Sebab pemotongan itu akan menyebabkan kecelakaan.

Apabila seseorang mempunyai organ kelamin satu yang kurang sempurna bentuknya, misalnya ia mempunyai vagina yang tidak berlubang dan ia mempunyai rahim dan *ovarium*, maka ia boleh dan bahkan dianjurkan oleh agama untuk operasi memberi lubang pada vaginya. Demikian pula apabila seseorang mempunyai penis dan testis, tetapi lubang penisnya tidak berada di ujung penisnya, tetapi di bagian bawah penisnya, maka ia pun boleh operasi untuk dibuatkan lubangnya yang normal.

Di dalam bukunya Musthofa Bisri yang berjudul “*Fikih Keseharian Gus Mus*” mengatakan bahwa pada tahun 1978, Departemen Kesehatan mengadakan seminar mengenai operasi jenis kelamin yang melahirkan beberapa kesimpulan, yaitu :⁴⁸

- a. Operasi penggantian kelamin boleh dilakukan dengan alasan bahwa kemampuan ilmu dan teknologi memungkinkan, ada indikasi medis yang kuat (darurat),

⁴⁸ A.Mustofa Bisri, *Fikih Keseharian Gus Mus*, (Surabaya:Khalista, 2005), hlm: 506

telah dicoba dengan jalan lain tetapi tidak berhasil, dan telah dipersiapkan untuk jangka waktu tertentu.

- b. Pada *hermaphroditisma* (*khuntsa musykil*), operasi dapat dilakukan karena tindakan ini semata-mata dimaksudkan untuk mempertegas jenis kelamin yang bersangkutan.
- c. Pada masalah *transeksualisme* (perasaan kontradiksi antara kelamin dan jiwanya), tindakan-tindakan operasi mengubah alat kelamin ini dapat dilakukan sepanjang hal tersebut termasuk keadaan “darurat”.

Darurat menurut syara’ adalah datangnya kondisi bahaya / kesulitan yang amat berat kepada manusia yang membuat dia khawatir akan terjadi kerusakan atau sesuatu yang menyakiti jiwa, anggota tubuh, kehormatan dan yang bertalian dengannya. Ketika itu boleh tidak mengerjakan yang diharamkan atau meninggalkan yang diwajibkan atau menunda waktu pelaksanaannya guna menghindari kemadhorotan yang diperkirakannya dapat menimpa dirinya selama tidak keluar dari syarat yang ditentukan oleh syara’.⁴⁹

Adapun dalil-dalil syar’i yang bisa membenarkan operasi yang bersifat memperbaiki/menyempurnakan organ kelamin, antara lain sebagai berikut :

- 1) Untuk mengusahakan kemaslahatannya dan menghilangkan kemadharatannya.

Orang yang lahir tidak normal jenis/organ kelaminnya terutama yang “banci alami” bisa mudah mengalami kelainan psikis dan sosial, dikarenakan masyarakat yang tidak memperlakukannya secara wajar, yang pada akhirnya bisa menjerumuskan ia ke dalam dunia pelacuran dan menjadi sasaran kaum homo yang sangat berbahaya bagi dirinya dan masyarakat. Sebab perbuatan *anal sex* (hubungan seks melalui anus) dan *oral sex* (hubungan seks melalui mulut) yang biasa

⁴⁹ Wahbah Az -Zuhaili, *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*, (Depok : Gema Insani, 2011), terj. Abdul Hayyie al-Kattani, hlm. 72.

dilakukan oleh kaum homo bisa menyebabkan terjangkitnya penyakit AIDS yang sangat ganas.

Operasi kelamin yang bersifat *tashih* atau *takmil* (perbaikan atau penyempurnaan) ini, menurut para ulama diperbolehkan secara hukum syari'at.

Jika kelamin seseorang tidak mengalami lubang yang berfungsi untuk mengeluarkan air seni dan mani, baik penis maupun vagina, maka operasi untuk memperbaiki atau menyempurnakannya dibolehkan, bahkan dianjurkan sehingga menjadi kelamin yang normal. Hal ini berdasarkan prinsip "*Mashlahah Mursalah*" karena kaidah fiqh menyatakan "*adh-Dhararu Yuzal*" artinya bahaya itu harus dihilangkan, yang menurut Imam asy-Syatibi menghindari dan menghilangkan ini sejalan dengan hadits Nabi SAW yaitu dari Usamah bin Syarik berkata, ada seorang Arab Baduwi bertanya kepada Nabi SAW : "*Wahai Rasulullah, apakah kita boleh berobat? Nabi bersabda, "Berobatlah, karena sesungguhnya Allah tidak menurunkan obatnya, kecuali satu penyakit (yang tidak ada obatnya)", mereka bertanya, "apa itu"? Nabi bersabda, "penyakit tua".*" (HR. Tirmidzi)

- 2) Adapun hadits Nabi melarang orang mengubah ciptaan Allah sebagaimana diriwayatkan oleh Bukhari dan lain-lain dari Ibnu Mas'ud, apabila tidak membawa masalah yang besar, bahkan mendatangkan mafsadat (resiko). Misalnya pengebirian seorang pria dengan mengangkat testisnya, yang bisa menyebabkan kemandulan tetap. Tetapi apabila mengubah ciptaan Allah itu masalah yang besar dan menghindari mafsadah, maka Islam membenarkan. Misalnya khitan anak pria dengan jalan menghilangkan kulub (*qulfah*), itu dibenarkan oleh Islam bahkan hukumnya sunah. Sebab kalau kulub itu tidak dipotong, justru akan menjadi sarang timbulnya penyakit

kelamin. Demikian pula operasi kelamin bagi yang lahir tidak normal jenis kelaminnya (banci alami) diizinkan oleh Islam, apabila secara medis bisa diharapkan terwujudnya kemaslahatan yang besar bagi yang bersangkutan untuk kesehatan fisik dan mentalnya.

Berkaitan dengan permasalahan transeksual dalam penelitian ini, maka bila dikaitkan dengan konsep Maqashid Syariah tidak lepas kaitannya dengan Kemaslahatan. Kemaslahatan berasal dari kata Masalahah yang menurut bahasa berarti manfaat, dan kata mursalah berarti lepas. Menurut istilah, seperti yang dikemukakan Abdul Wahhab Khallaf berarti, *“sesuatu yang dianggap maslahat namun tidak ada ketegasan hukum untuk merealisasikannya dan tidak pula ada dalil tertentu baik yang mendukung maupun yang menolaknya”*, sehingga ia disebut masalahah mursalah (masalahah yang lepas dari dalil secara khusus).⁵⁰

Adapun sebagian kemaslahatan dunia dan kemafsadatan dunia dapat diketahui dengan akal sehat, dengan pengalaman dan kebiasaan-kebiasaan manusia. Sedangkan kemaslahatan dunia dan akhirat serta kemafsadatan dunia dan akhirat tidak bisa diketahui kecuali dengan syari‘ah, yaitu melalui dalil *syara’* baik Al-Qur‘an, A-Sunnah, *Ijma’*, *Qiyas* yang diakui (mu‘tabar) dan istilah yang sah (akurat).

Tentang ukuran yang lebih konkret dari kemaslahatan ini, dijelaskan oleh Imam AL-Ghazali dalam *al Mustashfa*, Imam al- Syatibi dalam *al-Muwafaqat* dan ulama yang sekarang seperti Abu Zahrah, dan Abdul Wahab Khalaf. Apabila disimpulkan, maka persyaratan kemaslahatan tersebut adalah :

⁵⁰ Prof. Dr. Satria Effendi, M. Zein, M.A, *Op.cit*, hlm. 148

- a) Kemaslahatan itu harus sesuai dengan *maqashid al syari''ah*, semangat ajaran, dalil-dalil *kulli*⁵¹ dan dalil *goth''i* baik *wurud* maupun dalalahnya.
- b) Kemaslahatan itu harus meyakinkan, artinya kemaslahatan itu berdasarkan penelitian yang cermat dan akurat sehingga tidak meragukan bahwa itu bisa mendatangkan manfaat dan menghindarkan mudharat.
- c) Kemaslahatan itu membawa kemudahan dan bukan mendatangkan kesulitan yang di luar batas, dalam arti kemaslahatan itu bisa dilaksanakan..
- d) Kemaslahatan itu memberi manfaat kepada sebagian besar masyarakat bukan kepada sebagian kecil masyarakat.⁵²

Majelis Ulama Indonesia (MUI) dalam Musyawarah Nasional ke VII Tahun 2005, dalam keputusannya No. 6/MUNAS/VII/MUI/10/2005 memberikan kriteria sebagai berikut :

- a) Kemaslahatan menurut hukum Islam adalah tercapainya tujuan syariah (*maqashid al-syari''ah*), yang diwujudkan dalam bentuk terpeliharanya lima kebutuhan primer (*al-dharuriyat al-khams*), yaitu : agama, jiwa, akal, harta, dan keturunan.
- b) Kemaslahatan yang dibenarkan oleh syariah adalah kemaslahatan yang tidak bertentangan dengan *nash*.
- c) Yang berhak menentukan maslahat dan tidaknya sesuatu menurut syariah adalah lembaga yang mempunyai kompetensi di bidang syariah dan dilakukan melalui *ijtihad jamai*.⁵³

⁵¹ "Dalil *Kulli* yaitu dalil syar''i yang masing-masingnya menunjuk kepada satuan (hukum) yang bersifat menyeluruh. Dalil *kulli* adakalanya berupa al-Qur''an atau hadits yang bersifat menyeluruh"

⁵² Prof. H. A. Dzajuli, *Op.cit*, h. 29

⁵³ Sekretariat MUI-2005, Himpunan Keputusan Musyawarah Nasional VII MUI tahun 2005, h. 156

d) Masalah yang *mu'tabaroh* (dapat diterima) ialah masalah-masalah yang bersifat hakiki, yaitu meliputi lima jaminan dasar :⁵⁴

1. Keselamatan keyakinan agama
2. Keselamatan jiwa
3. Keselamatan akal
4. Keselamatan keturunan
5. Keselamatan harta benda

Kelima jaminan dasar itu merupakan tiang penyangga kehidupan dunia agar umat manusia dapat hidup aman dan sejahtera. Melihat tujuan dari operasi perbaikan/penyempurnaan alat kelamin ini, maka operasi tersebut termasuk menjaga keturunan. Yaitu menjaga kelestarian umat manusia agar tetap hidup dan berkembang sehat dan kokoh, baik pekerti serta agamanya. Namun berbeda dengan operasi pergantian jenis kelamin, bila dikaitkan dengan Teori maqashid Syariah maka operasi pergantian jenis kelamin bertentangan dengan tujuan syariah. Hal ini dikarenakan Operasi pergantian jenis kelamin dilakukan oleh orang yang sudah terlahir dengan kelamin yang normal sehingga melanggar kodrat yang telah diberikan oleh Allah.SWT.

⁵⁴ Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqh*, terj. Saefullah Ma'shum dkk, (Jakarta : Pustaka Firdaus, 1994), hlm. 425

