

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

1. Kajian Umum Tentang Hak Asasi Manusia

1.1. Pengertian dan Konsep Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia (HAM) dalam bahasa Prancis disebut "*Droit L'Homme*", yang artinya hak-hak manusia, sedangkan dalam bahasa Inggris disebut "*Human Rights*". Seiring dengan perkembangan ajaran negara hukum, dimana manusia atau warga negara mempunyai hak-hak utama dan mendasar yang wajib dilindungi oleh pemerintah, maka muncul istilah "*Basic Rights*" atau "*Fundamental Rights*". Bila diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia adalah merupakan hak-hak dasar manusia atau lebih dikenal dengan istilah "hak asasi manusia".¹

Membicarakan hak asasi manusia berarti membicarakan dimensi kehidupan manusia. HAM ada bukan karena diberikan oleh masyarakat dan kebaikan dari negara, melainkan berdasarkan martabatnya sebagai manusia.² Pengertian hak asasi manusia sebagai hak-hak menurut hukum mempunyai pengertian yang lebih luas, bukan saja hak-hak alamiah atau hak moral saja, tetapi juga meliputi hak-hak menurut hukum yang dibuat oleh badan yang berwenang dalam negara. Yang dimaksud dengan hak dalam pembicaraan mengenai hak asasi manusia diartikan sebagai suatu lingkungan keadaan atau daerah kebebasan bertindak dimana pemerintah tidak mengadakan pembatasannya, sehingga membiarkan kepada individu atau perseorangan

¹ Ramdlon Naning, **Gatra Ilmu Negara**, Liberty, Yogyakarta, 1982, hal. 97.

² Franz Magnis Suseno, **Etika Politik: Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern**, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, hal. 121.

untuk memilih sendiri. Oleh karena itu, hak mengandung arti membatasi kekuasaan berdaulat dari pemerintah.³

Terdapat berbagai batasan mengenai HAM. Hendarmin Ranadirekasa memberikan definisi tentang HAM pada hakikatnya adalah seperangkat ketentuan atau aturan untuk melindungi warga negara dari kemungkinan penindasan, pemasungan, dan atau pembatasan ruang gerak warga negara oleh negara, artinya ada pembatasan-pembatasan tertentu yang diberlakukan pada warga negara agar hak warga negara yang paling hakiki terlindungi dari kesewenang-wenangan penguasa. Sementara itu, Mahfud MD mengartikan HAM sebagai hak yang melekat pada martabat manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan, dan hak tersebut dibawa manusia sejak lahir kemuka bumi sehingga hak tersebut bersifat fitri (kodrati), bukan merupakan pemberian manusia atau negara. Dari dua pengertian diatas, bisa disimpulkan bahwa HAM adalah hak dasar yang melekat pada setiap individu sejak dilahirkan ke muka bumi dan bukan merupakan pemberian manusia atau negara yang wajib dilindungi oleh negara.⁴

Dengan definisi diatas kita bisa melihat bagaimana posisi HAM dengan hukum yang dibuat oleh negara. Keberadaan HAM mendahului hukum, dengan kata lain bahwa hak asasi manusia adalah hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia sepanjang hidupnya sebagai anugerah Tuhan, bersifat universal, dan harus dilindungi secara hukum atau diformalkan

³ I Made Subawa, **Hak Asasi Manusia Bidang Ekonomi Sosial dan Budaya Menurut Perubahan UUD 1945**, Jurnal Kertha Patrika, Fakultas Hukum Universitas Udayana, Denpasar, 2008, hal. 2.

⁴ Muladi, **Hak Asasi Manusia: Hakekat, Konsep, dan Implikasinya dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat**, Refika Aditama, Bandung, 2005, hal. 39.

kedalam seperangkat aturan hukum yang ada. Pada umumnya, prinsip HAM terdiri dari:⁵

- a. *Universal*; dimiliki oleh setiap orang tanpa memperdulikan ras, kewarganegaraan, budaya, jenis kelamin, usia, kepercayaan atau kebiasaan.
- b. *Indivisible*; tidak dapat terpisahkan dari setiap orang, melainkan dimiliki sebagai suatu kesatuan bagi setiap orang.
- c. *Inalienable*; tidak dapat dicabut oleh individu maupun kelompok.
- d. *Inabrogable*; tidak dapat diberikan kepada orang lain, baik secara sukarela atau ditukar dengan hak-hak yang lain.

Menurut A. Ridwan Halim, hak asasi manusia memiliki sifat-sifat yang khas, yakni sebagai berikut:⁶

- a. *selalu melekat pada harkat, martabat, dan wibawa (harga diri) setiap orang*. Sebagai manusia yang terhormat, apalagi bila yang bersangkutan sudah terpandang dan terkenal.
- b. *utuh dan bulat, tidak dapat dibagi-bagi*, melainkan merupakan satu “*paket kesatuan*”, *keleluasaan pribadi (privacy)* untuk menikmati kehidupan dan penghidupannya sendiri bersama keluarganya tanpa gangguan dari pihak manapun, selama orang itu tidak mengganggu hak asasi orang lain.
- c. *bersifat kekal dan universal*, artinya umum dan sama sifat dan wujudnya dimana-mana dalam segala bangsa dan masa.
- d. *berasal dari anugerah Tuhan* bagi manusia sebagai pribadi kodrati, sehingga bukan berasal dari hasil usaha manusia.
- e. *karena itu, tidak dapat dikurangi*, apabila sampai diserahkan atau dipertukarkan.
- f. *esensi dan eksistensinya bagi setiap orang merupakan hal yang mutlak/absolut* atau “*harga mati*”, tidak dapat ditawar-tawar lagi.
- g. *tidak ada jangka waktunya, tidak ada dalursanya* karena hak asasi akan selalu mengikuti kehidupan orang yang bersangkutan selama hayat dikandung badan.
- h. *tidak terhitung harga atau nilainya, tidak terhingga manfaatnya* bagi pemiliknya.

Isi daripada hak asasi manusia hanya dapat ditelusuri lewat penelusuran aturan hukum dan moral yang berlaku dalam masyarakat. John Locke (1632-1704) yang dikenal sebagai bapak hak asasi manusia, dalam bukunya yang berjudul “*Two Treatises On Civil Government*”, menyatakan tujuan negara

⁵ Jim Ife, *Human Rights From Below: Achieving Rights Through Community Development*, Cambridge University Press, Melbourne, 2009, hal. 84.

⁶ A. Ridwan Halim, *Pengantar Hukum Indonesia Dalam Tanya Jawab*, Ghalia, Jakarta, 2007, hal. 153.

adalah untuk melindungi hak asasi manusia warga negaranya. Manusia sebelum hidup bernegara atau dalam keadaan alamiah (*status naturalis*) telah hidup dengan damai dengan haknya masing-masing, yaitu hak untuk hidup, hak atas kemerdekaan, dan hak atas penghormatan terhadap harta miliknya, yang semuanya itu merupakan propertinya.⁷ Pengakuan hak asasi manusia di abad modern dipertegas kembali oleh Presiden Franklin D. Roosevelt yang disampaikan pada tahun 1941, yang dikenal dengan *Four Freedoms*, yang isinya:⁸

- a. *freedom to speech* (kebebasan berbicara),
- b. *freedom to religion* (kebebasan beragama),
- c. *freedom from want* (kebebasan dari kemiskinan),
- d. *freedom from fear* (kebebasan dari ketakutan).

Menurut Scott Davidson, menegakkan hak asasi, tiga hal yang perlu mendapatkan perhatian adalah sebagai berikut:⁹

Pertama, hak-hak itu secara kodrati inheren, universal, dan tidak dapat dicabut; dimiliki setiap individu, semata-mata karena mereka adalah manusia.

Kedua, perlindungan terbaik atas hak-hak asasi tersebut hanya pada negara demokrasi.

Ketiga, batas-batas pelaksanaan hak hanya dapat ditetapkan dan dicabut oleh undang-undang.

1.2. Pengaturan HAM di Indonesia

1.2.1. HAM Dalam Konstitusi

Serangkai dengan kebebasan, manusia mempunyai keperluan-keperluan dan kepentingan-kepentingan. Keperluan dan kepentingan berbeda antara kepentingan yang satu dan yang lain. Jika semua manusia

⁷ I Made Subawa, Op.Cit., hal. 3.

⁸ A. Masyhur Effendi, dkk, HAM Dalam Dimensi/Dinamika Yuridis, Sosial, dan Politik, & Proses Penyusunan/Aplikasi Hukum Hak Asasi Manusia Dalam Masyarakat, Ghalia Indonesia, Bogor, 2007, hal 45.

⁹ Ibid, hal. 46.

memiliki keperluan dan kepentingan, sedang objek dari kepentingan dan keperluan itu sama, maka objek tersebut akan menjadi perebutan antar manusia. Suasana seperti ini membutuhkan adanya masyarakat orang, berkelompok kecil atau besar, yaitu bangsa dan negara.¹⁰ Di dalam setiap negara, terdapat suatu aturan dasar tertulis (*basic law*) dan merupakan suatu peraturan tertinggi yang berisi keseluruhan sistem ketatanegaraan yang biasa disebut Undang-undang Dasar atau Konstitusi (Latin: *Constituo*). Di dalam konstitusi yang dikenal sebagai UUDNRI 1945 Negara Republik Indonesia, disebutkan bahwa Indonesia adalah negara hukum. Salah satu ciri dari negara hukum adalah adanya jaminan atas hak asasi manusia.

Untuk mewujudkan mekanisme penegakan antar pemerintah yang efektif, perlindungan HAM internasional terus mengandalkan sistem perlindungan HAM nasional yang berfungsi dengan baik. Transformasi standar HAM internasional menjadi hukum domestik hampir sepenuhnya diserahkan pada hukum konstitusi nasional. Agar negara-negara mematuhi perjanjian-perjanjian HAM internasional, tidak ada persyaratan untuk mentransformasikan perjanjian-perjanjian tersebut kata per kata ke dalam hukum konstitusi nasional. Tapi lebih kepada pelaksanaan seluruh kewajiban yang terkandung di dalam hukum internasional ke dalam hukum domestik.¹¹

Sebagai sebuah negara demokrasi yang berdaulat, Indonesia

¹⁰ Moh. Tolchah Mansoor, **Hukum, Negara, masyarakat, Hak-Hak Asasi Manusia dan Islam**, Alumni, Bandung, 1979, hal. 18.

¹¹ Manfred Nowak, **Pengantar Pada Rezim HAM Internasional**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, hal. 37.

menyadari akan pentingnya menjunjung tinggi nilai-nilai HAM di dalam menjaga tatanan kehidupan bernegara, berpemerintahan, dan bermasyarakat. Demokrasi dapat tumbuh subur bilamana HAM dihormati. Sebaliknya HAM akan dihormati bilamana demokrasi dipraktekkan.¹² Dalam pengertian modern, ketiadaan perlindungan secara tegas atas HAM bisa menjadikan sistem pemerintahan dimaksud tidak demokratis. Pandangan senada diberikan oleh Program Aksi Montreal yang menyatakan “nilai-nilai demokratis dibutuhkan untuk penikmatan HAM.” Bahkan Deklarasi dan Rencana Aksi Wina 1993, yang merupakan konsensus global, menyatakan bahwa hubungan HAM dan demokrasi bersifat “saling tergantung (*interdependent*) dan saling menguatkan (*mutually reinforcing*)”. Ini tidak terlepas dari tujuan Deklarasi itu sendiri yang mendorong supaya komunitas internasional dapat mendorong, memperkuat dan memajukan demokrasi dalam kaitannya dengan upaya promosi dan perlindungan HAM.¹³

Di samping itu, keterkaitan antara HAM dan demokrasi terletak pada tujuan dari demokrasi itu sendiri. Demokrasi sebagai sistem pemerintahan secara esensi ditujukan untuk memberikan kesejahteraan rakyatnya. Dalam kaitannya dengan itu, HAM dinyatakan sebagai “batasan terendah bagi perilaku manusia yang dapat ditolerir” bukanlah “ideal yang paling agung”. Sebagai konsekuensinya, ketika sebuah negara menganut sebuah sistem yang menginginkan supaya rakyatnya sejahtera, maka, baik

¹² Nurul Qamar, **Hak Asasi Manusia dalam Negara Hukum Demokrasi**, Jakarta, Sinar Grafika, 2013, hal. 21.

¹³ Pranoto Iskandar, **Hukum Hak Asasi Manusia Internasional**, IMR Press, Cianjur, 2012, hal. 69.

secara langsung atau tidak ia akan dituntut untuk melindungi HAM sebagai prioritas utamanya.¹⁴

UUDNRI 1945 memiliki sejarah yang panjang dalam penegakan hak asasi manusia. Pada awal disahkannya UUDNRI 1945 sebenarnya tidak banyak memberikan perhatian kepada hak asasi manusia (HAM). UUDNRI 1945 hanya berbicara mengenai HAM universal dalam 2 hal, yakni Sila kedua Pancasila yang meletakkan asas *“kemanusiaan yang adil dan beradab”* dan pasal 29 yang memberikan jaminan *“kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan beribadah”*. Selebihnya UUDNRI 1945 hanya berbicara mengenai hak warga negara. Antara hak asasi manusia dan hak warga negara jelas berbeda. Hak asasi manusia mendasarkan diri pada paham bahwa secara kodrati manusia dimanapun mempunyai hak-hak bawaan yang tidak bisa dipindah, diambil, atau dialihkan, sedangkan hak warga negara hanya mungkin diperoleh karena seseorang memiliki status sebagai warga negara.¹⁵

Indonesia tercatat telah mengalami beberapa kali perubahan konstitusi. Dimulai dari UUDNRI 1945, Konstitusi RIS 1949, UUDS 1950. Hingga pada akhirnya kembali pada UUDNRI 1945 yang telah mengalami amandemen di tahun 1999, 2000, 2001, dan 2002. Adapun rincian pengaturan HAM di dalam UUDNRI 1945 setelah amandemen adalah sebagai berikut:

Hak untuk hidup	Pasal 28A Pasal 28I ayat (1)
Hak atas pengakuan jaminan, perlindungan, dan	Pasal 28D ayat (1)

¹⁴ Ibid, hal. 71.

¹⁵ Moh. Mahfud MD, **Hukum dan Pilar-Pilar Demokrasi**, Gama Media, Yogyakarta, 1999, hal. 107-108.

kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.	
Hak atas kesempatan sama dalam pemerintahan	Pasal 28D ayat (3)
Hak atas status kewarganegaraan dan hak berpindah	Pasal 28D ayat (4) Pasal 28E ayat (1)
Hak atas kebebasan beragama	Pasal 28E ayat (1) Pasal 28I ayat (1)
Hak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.	Pasal 28E ayat (2) Pasal 28I ayat (1)
Hak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat	Pasal 28E ayat (3)
Hak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi	Pasal 28F
Hak atas rasa aman dan bebas dari ancaman	Pasal 28G ayat (1)
Hak bebas dari penyiksaan	Pasal 28G ayat (2) Pasal 28I ayat (1)
Hak untuk memperoleh suaka politik	Pasal 28G ayat (2)
Hak untuk tidak diperbudak	Pasal 28I ayat (1)
Hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum	Pasal 28I ayat (1)
Hak untuk tidak dituntut atas hukum yang berlaku surut	Pasal 28I ayat (1)
Hak untuk tidak diperlakukan diskriminatif	Pasal 28I ayat (2)
Hak untuk membentuk keluarga dan memiliki keturunan	Pasal 28B ayat (1)

1.2.2. HAM dalam Undang-undang HAM

Pengaturan HAM lebih lanjut diatur di dalam Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Indonesia sebagai anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) mengemban tanggung jawab moral dan hukum untuk menjunjung tinggi dan melaksanakan DUHAM yang ditetapkan oleh PBB, serta berbagai instrumen internasional lainnya mengenai hak asasi manusia yang telah diterima oleh Indonesia.

Adapun muatan HAM di dalam UU HAM adalah sebagai berikut:

Hak untuk hidup	Pasal 9
Hak untuk berkeluarga dan melanjutkan keturunan	Pasal 10

Hak mengembangkan diri	Pasal 11 s/d Pasal 16
Hak memperoleh keadilan	Pasal 17 s/d Pasal 19
Hak atas kebebasan pribadi	Pasal 20 s/d Pasal 27
Hak atas rasa aman	Pasal 28 s/d Pasal 35
Hak atas kesejahteraan	Pasal 36 s/d Pasal 42
Hak turut serta dalam pemerintahan	Pasal 43 s/d Pasal 44
Hak wanita	Pasal 45 s/d Pasal 51
Hak anak	Pasal 52 s/d Pasal 66

1.2.3. HAM dalam Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (ICCPR)

Hak-hak sipil dan politik merupakan hak-hak generasi pertama yang sering dikenal dengan “hak-hak tradisional”. Hak-hak ini merupakan kelompok hak yang pertama kali muncul dalam sejarah perlindungan HAM yang kemudian melahirkan *International Covenant of Civil and Political Rights* atau Kovenan Internasional tentang Hak-hak sipil dan Politik (ICCPR).¹⁶

ICCPR merupakan salah satu dokumen hukum internasional yang membentuk undang-undang HAM internasional. Atas dasar ini maka dapat dikatakan bahwa ICCPR adalah salah satu dokumen internasional yang sangat fundamental dalam rezim hukum HAM internasional, terutama terkait dengan perlindungan hak-hak sipil dan politik.¹⁷ Naturnya memiliki kekuatan mengikat terhadap para negara pesertanya, telah menjadikannya tidak hanya sebatas sebagai ungkapan moralitas belaka. Tapi lebih jauh telah menjadi alat pemaksa bagi negara pesertanya.¹⁸

¹⁶ Pranoto Iskandar, Op.Cit., hal. 377.

¹⁷ Ibid., hal. 385.

¹⁸ Ibid., hal. 387.

ICCPR telah diratifikasi ke dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Ratifikasi Kovenan Hak Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik. Hal ini merupakan suatu langkah yang dilakukan sebagai upaya untuk menghormati dan menjamin hak-hak sipil dan politik yang berada dalam wilayah negara tanpa pembedaan terhadap apapun. Substansi hak sipil dan politik yang diatur di dalam ICCPR adalah sebagai berikut:

Hak untuk hidup	Pasal 6
Hak untuk bebas dari penyiksaan	Pasal 7
Hak bebas dari perbudakan	Pasal 8
Hak atas kebebasan dan keamanan pribadi	Pasal 9
Kebebasan bergerak dan memiliki tempat tinggal	Pasal 12
Hak atas kedudukan yang sama di hadapan pengadilan dan badan peradilan.	Pasal 14
Hak memperoleh keadilan	Pasal 15
Hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum	Pasal 16
Hak atas perlindungan pribadi	Pasal 17
Hak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama	Pasal 18
Hak atas kebebasan menyatakan pendapat	Pasal 19
Hak untuk memperoleh informasi	Pasal 19
Hak untuk bebas dari berbagai propaganda untuk peperangan dan kebencian	Pasal 20
Hak untuk berkumpul	Pasal 21
Hak untuk berserikat	Pasal 22
Hak untuk membentuk keluarga	Pasal 23
Hak anak	Pasal 24
Hak untuk berpartisipasi dalam kehidupan publik	Pasal 25
Hak atas persamaan di depan hukum	Pasal 26
Hak kelompok minoritas	Pasal 27

2. Kajian Umum Tentang Perlindungan Hak Asasi Manusia

HAM merupakan hak-hak yang bersifat mendasar dan inheren dengan jati diri manusia karena kodratnya sebagai manusia yang berlaku secara universal. Oleh karena itu dibutuhkan suatu perlindungan HAM sebagai upaya untuk menjamin serta melindungi kepentingan subjek hukum. Perlindungan ini tidak lain ditujukan kepada manusia agar dapat hidup sebagaimana manusia yang seutuhnya. Dalam hal ini, menekankan peran negara sebagai bagian dari organ politik kekuasaan terhadap negara dalam bertanggung jawab terhadap keberlangsungan hak-hak warga negaranya.

Konsepsi tanggung jawab negara di dalam perlindungan HAM dapat dilihat di dalam ketentuan pasal 28I ayat (4) dan (5) yang menyatakan,

- (4) Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah.
- (5) Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.

Hal serupa turut diatur oleh Tap MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia (selanjutnya disebut Tap MPR) sebagai bentuk komitmen negara di dalam perlindungan HAM.

Pasal 1

Menugaskan kepada lembaga-lembaga Tinggi Negara dan seluruh Aparatur Pemerintah, untuk menghormati, menegakkan dan menyebarluaskan mengenai hak asasi manusia kepada seluruh masyarakat.

Pasal 2

Menugaskan kepada Presiden Republik Indonesia dan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia untuk meratifikasi berbagai instrumen Perserikatan Bangsa-bangsa tentang Hak Asasi Manusia, sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945.

Ketentuan tersebut merupakan kunci di dalam melihat tanggung jawab konstitusional yang harus dilakukan oleh negara untuk melaksanakan upaya-upaya pemajuan HAM. Dengan memasukkan HAM ke dalam berbagai peraturan perundang-undangan, membuat HAM memiliki dasar hukum yang kuat.

Mekanisme perlindungan HAM dibagi menjadi mekanisme formal dan mekanisme nonformal. Mekanisme formal dapat ditempuh melalui lembaga-lembaga negara, yaitu:¹⁹

- a. Mahkamah Konstitusi;
- b. Komisi Nasional Hak Asasi Manusia;
- c. Komisi Perlindungan Anak Indonesia;
- d. Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan;
- e. Ombudsman Nasional Republik Indonesia;
- f. Pengadilan Hak Asasi Manusia;
- g. Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban.

Sedangkan di luar mekanisme formal, tersedia pula mekanisme non formal yang dijalankan oleh lembaga-lembaga non pemerintah seperti LSM, pers, pengacara, maupun organisasi keagamaan. Lembaga-lembaga tersebut memiliki peran penting di dalam memberikan advokasi terhadap perlindungan HAM.²⁰

Dengan demikian, tanggung jawab negara terhadap perlindungan HAM tidak bisa terpisahkan dalam upaya melindungi dan memajukan HAM warga negaranya, terutama di dalam membangun instrumen hukum sebagai sarana untuk melindungi HAM.

¹⁹ Suparman Marzuki, **Mekanisme Perlindungan HAM**, disampaikan pada Training Lanjutan Untuk Dosen Hukum dan HAM, Jogjakarta, 8-10 Juni 2011, hal. 6.

²⁰ Ibid, hal. 7

3. Kajian Umum Tentang Hukum Perikatan

3.1. Pengertian Perjanjian

Menurut buku ke III BW, hukum perikatan terdiri dari dua golongan besar²¹, yaitu:

1. Hukum perikatan yang berasal dari undang-undang.
2. Hukum perikatan yang berasal dari perjanjian.

Di dalam buku ke III BW mengatur tentang *verbintenissenrecht*, dimana tercakup pula istilah *overeenkomst*. Dikenal tiga terjemahan dari *verbintenis*, yaitu perikatan, perutusan, dan perjanjian. Sedangkan *overeenkomst* ada dua terjemahan, yaitu perjanjian dan persetujuan. Dalam uraian selanjutnya terjemahan *overeenkomst* disebut perjanjian dan terjemahan *verbintenis* disebut perikatan.²² Pengertian berdasarkan pasal 1313 BW perjanjian adalah “*Suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lainnya atau lebih.*” Sedangkan definisi dari perjanjian menurut para sarjana juga diartikan secara berbeda-beda pula, yaitu antara lain:

a. Menurut Handri Raharjo

Perjanjian adalah suatu hubungan hukum di bidang harta kekayaan yang didasari kata sepakat antara subjek hukum yang satu dengan yang lain, dan diantara mereka (para pihak/subjek hukum) saling mengikatkan dirinya sehingga subjek hukum yang satu berhak atas prestasi dan begitu juga subjek hukum yang lain berkewajiban untuk melaksanakan prestasinya

²¹ Munir Fuady, **Hukum Kontrak: Pengertian, Teori, dan Visi**, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hal. 1.

²² Handri Raharjo, **Hukum Perjanjian di Indonesia**, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2009, hal. 41.

sesuai dengan kesepakatan yang telah disepakati para pihak tersebut serta menimbulkan akibat hukum.”²³

b. Menurut Subekti

Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.²⁴

c. Menurut R. Wirjono Prodjodikoro

Perjanjian adalah suatu perhubungan hukum mengenai harta benda antara dua pihak dalam mana suatu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan sesuatu hal atau untuk tidak melakukan sesuatu hal, sedang pihak lain berhak menuntut pelaksanaan janji itu.²⁵

d. Menurut R. Setiawan

Persetujuan adalah suatu perbuatan hukum, dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan.²⁶

e. Menurut Abdulkadir Muhammad

Perjanjian adalah suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan.²⁷

Dari rumusan perjanjian diatas dapat disimpulkan bahwa unsur-unsur perjanjian adalah²⁸:

²³ Ibid, hal. 42.

²⁴ Subekti, **Pokok-Pokok Hukum Perdata**, Intermasa, Jakarta, 2010, hal. 122.

²⁵ R. Wirjono Projudikoro, **Asas-Asas Hukum Perjanjian**, Sumur Bandung, Jakarta, 1989, hal. 9.

²⁶ R. Setiawan, **Pokok-Pokok Hukum Perikatan**, Binacipta, Bandung, 1987, hal. 49.

²⁷ Abdulkadir Muhammad, **Hukum Perikatan**, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1990, hal. 78.

- a. ada para pihak;
- b. ada persetujuan antara pihak-pihak tersebut;
- c. ada tujuan yang akan dicapai;
- d. ada prestasi yang akan dilaksanakan;
- e. ada bentuk tertentu, baik lisan maupun tulisan;
- f. ada syarat-syarat tertentu.

3.2. Syarat Sah Perjanjian

Syarat sah perjanjian merupakan segala sesuatu yang harus dipenuhi agar suatu perjanjian memiliki suatu kekuatan yang mengikat secara hukum. pasal 1338 BW menyatakan bahwa “*semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.*” Artinya, suatu perjanjian dapat berlaku sebagai undang-undang dan diikuti para pihak apabila telah memenuhi:

- a. Kesepakatan (*toesteming/izin*) kedua belah pihak

Kesepakatan adalah persesuaian kenyataan kehendak antara satu orang atau lebih dengan pihak lainnya. Yang sesuai adalah pernyataannya, karena kehendak itu tidak dapat dilihat/diketahui orang lain. Menurut Sudikno Mertokusumo, ada lima cara terjadinya persesuaian pernyataan kehendak, yaitu dengan:²⁹

- 1) bahasa yang sempurna dan tertulis;
- 2) bahasa yang sempurna dan secara lisan;

²⁸ P.N.H. Simanjuntak, **Pokok-Pokok Hukum Perdata Indonesia**, Djambatan, Jakarta, 1999, hal. 332.

²⁹ Salim H.S., **Hukum Kontrak: Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak**, Jakarta, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hal. 33.

3) bahasa yang tidak sempurna asal dapat diterima oleh pihak lawan.

Karena dalam kenyataannya seringkali seseorang menyampaikan dengan bahasa yang tidak sempurna tetapi dimengerti oleh pihak lawannya;

4) bahasa isyarat asal dapat diterima oleh pihak lawannya;

5) diam atau membisu, tetapi asal dipahami atau diterima pihak lawan.

Pada dasarnya, cara yang paling banyak dilakukan oleh para pihak, yaitu dengan bahasa yang sempurna secara lisan dan secara tertulis. Tujuan dari pembuatan perjanjian secara tertulis adalah agar memberikan kepastian hukum bagi para pihak dan sebagai alat bukti yang sempurna, di kala timbul sengketa di kemudian hari.

b. Kecakapan bertindak

Kecakapan bertindak adalah kecakapan atau kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum. Perbuatan hukum adalah perbuatan yang akan menimbulkan akibat hukum. Orang-orang yang mengadakan perjanjian haruslah orang-orang yang cakap dan mempunyai wewenang untuk melakukan perbuatan hukum, sebagaimana yang ditentukan oleh undang-undang. Orang yang cakap dan berwenang untuk melakukan perbuatan hukum adalah orang yang sudah dewasa.³⁰ Ukuran kedewasaan menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan adalah 21 tahun dan atau sudah kawin.

c. Adanya objek perjanjian (*Onderwerp der Overeenkomst*)

Di dalam berbagai literatur disebutkan bahwa yang menjadi objek perjanjian adalah prestasi (pokok perjanjian). Prestasi adalah apa yang menjadi

³⁰ Ibid, hal. 33-34.

kewajiban debitur dan apa yang menjadi hak kreditur. Prestasi ini terdiri dari perbuatan positif dan negatif.³¹ Prestasi terdiri atas:

1. Memberikan sesuatu,
 2. Berbuat sesuatu, dan
 3. Tidak berbuat sesuatu (pasal 1234 BW).
- d. Adanya causa yang halal (*Geoorloofde Oorzaak*)

Dalam pasal 1320 BW, tidak dijelaskan pengertian *orzaak* (causa yang halal). Di dalam pasal 1337 BW hanya disebutkan causa yang terlarang apabila bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum. Hoge Raad sejak tahun 1927 mengartikan *orzaak* sebagai sesuatu yang akan menjadi tujuan para pihak.

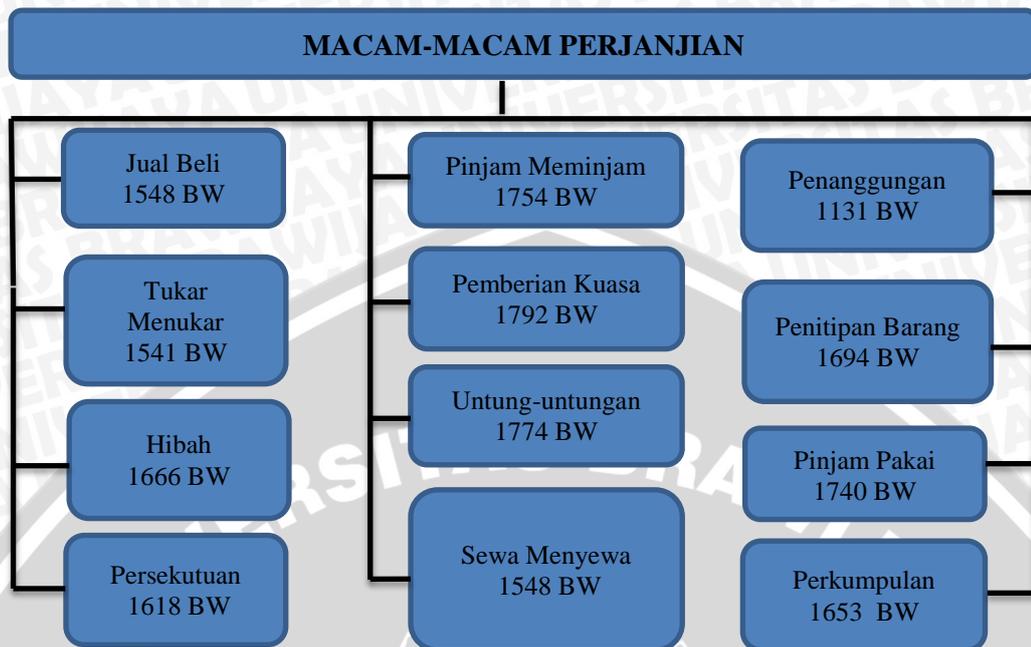
Syarat yang pertama dan kedua disebut syarat subjektif, karena menyangkut pihak-pihak yang mengadakan perjanjian. Sedangkan syarat ketiga dan keempat disebut syarat objektif, karena menyangkut objek perjanjian. Apabila syarat yang pertama dan kedua tidak terpenuhi maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan. Tetapi apabila syarat ketiga dan keempat tidak terpenuhi maka perjanjian itu batal demi hukum. Artinya bahwa dari semula perjanjian itu dianggap tidak ada.³²

3.3. Macam-macam Perjanjian

Di dalam pengaturan BW, macam-macam perjanjian dapat digolongkan sebagai berikut:

³¹ Ibid, hal. 34.

³² Ibid, hal 34-35.



3.4. Hapusnya Perjanjian

Menurut R. Setiawan, suatu perjanjian dapat hapus karena:³³

- a. Para pihak menentukan berlakunya perjanjian untuk jangka waktu tertentu.
- b. Undang-undang menentukan batas waktu berlakunya suatu perjanjian (pasal 1066 ayat (3) BW).
- c. Salah satu pihak meninggal dunia.
- d. Salah satu pihak (dalam hal ini terjadi bila salah satu pihak lalai melaksanakan prestasinya maka pihak yang lain dengan sangat terpaksa memutuskan perjanjian secara sepihak) atau kedua belah pihak menyatakan menghentikan perjanjian.
- e. Karena putusan hakim.

³³ R. Subekti, Op.Cit., hal. 64.

- f. Tujuan perjanjian telah dicapai dengan kata lain dilaksanakannya objek perjanjian atau prestasi.
- g. Dengan persetujuan para pihak.

4. Kajian Umum Tentang *Surrogate Mother*

Teknik *surrogate mother* atau sewa rahim awalnya merupakan metode dari proses bayi tabung, dimana sel sperma suami dipertemukan dengan sel telur istri dan dilakukan pembuahan di laboratorium yang kemudian dibiakkan menjadi *zygote*. *Zygote* inilah yang ditanamkan kembali ke rahim wanita yang mempunyai sel telur. Pada kasus sewa rahim, *zygote* tersebut ditanamkan pada rahim wanita lain yang telah disepakati dalam sebuah perjanjian untuk mengandungnya dan melahirkannya. *Zygote* yang lainnya dapat disimpan atau dibekukan dan akan dipakai lagi apabila suaminya meninggal dan akan dipakai lagi jika suatu saat suaminya meninggal dunia dan sang istri masih menginginkan anak dari benih suaminya. Atau dalam hal lain, sel sperma juga bisa dibekukan dan dipakai lagi apabila sang suami meninggal dunia.³⁴

Kasus *surrogate mother* yang sebenarnya adalah apabila sel telur berasal dari sang ibu biologis. Sementara itu, bila sel telur berasal dari donor, maka tidak dapat dikatakan sebagai kasus *surrogate mother*. Esensi dari *surrogate mother* adalah adanya pengalihan hak mengandung dan melahirkan dari seorang wanita yang dialihkan kepada wanita lain dengan sejumlah imbalan dengan dalih apapun baik secara medis maupun estetis.³⁵ Bentuk-bentuk kemungkinan penyewaan rahim, antara lain:³⁶

³⁴ Desriza, *Op.Cit.*, hal. 40

³⁵ Ibid, hal. 40-41.

³⁶ Radin Seri Nabaha, **Penyewaan Rahim Dalam Pandangan Islam**, American Open University, Cairo, 2004, hal. 4-5.

1. Bentuk pertama

Benih istri (ovum) disenyawakan dengan benih suami (sperma), kemudian dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Kaedah ini digunakan dalam keadaan istri memiliki benih yang baik, tetapi rahimnya dibuang karena pembedahan, kecacatan akibat penyakit yang kronik, atau sebab-sebab lain.

2. Bentuk kedua

Sama dengan bentuk pertama, kecuali benih yang telah disenyawakan dibekukan dan dimasukkan ke dalam rahim ibu pengganti selepas kematian pasangan suami istri itu.

3. Bentuk ketiga

Ovum istri disenyawakan dengan sperma lelaki lain (bukan suaminya) dan dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Keadaan ini apabila suami mandul dan istri ada halangan atau kecacatan pada rahimnya tapi benih istri dalam keadaan baik.

4. Bentuk keempat

Sperma suami disenyawakan dengan ovum wanita lain, kemudian dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Keadaan ini berlaku apabila istri ditimpa penyakit pada ovari dan rahimnya tidak mampu memikul tugas kehamilan, atau istri telah mencapai tahap putus haid (menopause).

Dari keempat bentuk *surrogate mother* tersebut, yang memenuhi kriteria *surrogate mother* yang sebenarnya adalah bentuk nomor 1, 2, dan 3. Atau yang biasa disebut dengan *gestational agreement* atau *gestational surrogate*.

Menurut Faith Merino, ada beberapa tipe *surrogacy* yang penting untuk dipertimbangkan oleh para pihak sebelum melakukan *surrogate mother*, diantaranya:³⁷

1. *Traditional Surrogacy*

Traditional surrogacy terdiri atas inseminasi buatan yang dilakukan antara ibu pengganti dengan sperma dari suami atau donor. Karena yang dibuahi adalah sel telur milik ibu pengganti, maka ia memiliki hubungan genetik dengan janin yang kandunginya. Sang janin dapat memiliki hubungan genetik atau tidak dengan sang ayah, tergantung dari sperma yang digunakan untuk pembuahan.

2. *Gestational Surrogacy*

Gestational surrogacy lebih disukai oleh pasangan suami istri yang ingin memiliki ikatan biologis dengan si anak, dengan asumsi suami dan/atau istri memiliki sperma dan sel telur yang matang. Proses dari *gestational surrogacy* diawali dengan pembuahan yang dilakukan dengan metode bayi tabung dengan satu atau lebih embrio yang tidak memiliki hubungan genetik dengan ibu pengganti. Dalam banyak kasus, pasangan suami istri menyiapkan sel telur dan sperma yang dimiliki agar memperoleh anak yang memiliki hubungan biologis dengan suami istri tersebut.

³⁷ Faith Merino, **Global Issues: Adoption and Surrogate Pregnancy**, Infobase Publishing, New York, 2010, hal. 17.