BAB IV

PERLINDUNGAN HAK UNTUK MELANJUTKAN KETURUNAN DALAM SURROGATE MOTHER (PERSPEKTIF HAM)

A. Pengaturan HAM dalam menjamin hak untuk melanjutkan keturunan

A.1. Jaminan hak untuk melanjutkan keturunan dalam hukum HAM internasional

Melanjutkan keturunan di dalam perkawinan yang sah merupakan salah satu hak asasi manusia (HAM) yang diakui keberadaannya dalam hukum internasional maupun hukum nasional. Di dalam ketentuan pasal 16 ayat (1) DUHAM menerangkan bahwa,

Laki-laki dan perempuan yang sudah dewasa, dengan tidak dibatasi kebangsaan, kewarganegaraan atau agama, berhak untuk menikah dan untuk membentuk keluarga. Mereka mempunyai hak yang sama dalam soal perkawinan, di dalam masa perkawinan dan perceraian.

Berdasarkan ketentuan diatas, berarti setiap orang memiliki hak yang sama untuk melanjutkan keturunan dan membentuk suatu keluarga di dalam perkawinan. Pasal 16 ayat (3) DUHAM menerangkan bahwa, "Keluarga adalah kesatuan yang alamiah dan fundamental dari masyarakat dan berhak mendapatkan perlindungan negara." Ketentuan tersebut menyatakan bahwa negara wajib mengakui dan memberikan perlindungan kepada keluarga mulai dari tahap pembentukannya.

Konvensi Wina dan Program Aksi tahun 1993, menegaskan bahwa komitmen negara dalam memenuhi kewajibannya terhadap ketentuan diatas. negara mempunyai kewajiban untuk melindungi dan memajukan hak tersebut. Kewajiban negara tersebut meliputi tindakan-tindakan legislatif, administratif,

peradilan, dan praktik yang diperlukan untuk memastikan bahwa hak-hak yang diperhatikan dilaksanakan sebesar mungkin. Pasal 2 DUHAM menegaskan bahwa:

Setiap orang berhak atas semua hak dan kebebasan-kebebasan yang tercantum di dalam deklarasi ini dengan tidak ada kekecualian apapun, seperti pembedaan ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pandangan lain, asal-usul kebangsaan atau kemasyarakatan, hak milik, kelahiran ataupun kedudukan lain.

Selanjutnya, tidak akan diadakan pembedaan atas dasar kedudukan politik, hukum atau kedudukan internasional dari negara atau daerah dari mana seseorang berasal, baik dari negara yang merdeka, yang berbentuk wilayah-wilayah perwalian, jajahan, atau yang berada di bawah batasan kedaulatan yang lain.

Sebagai tindak lanjut dari DUHAM, pasal 23 ayat (2) ICCPR mengakui hak laki-laki dan perempuan yang berada di dalam usia perkawinan untuk menikah, termasuk menjamin kebebasan untuk melanjutkan keturunan dan membentuk keluarga sebagai bagian dari hak asasi manusia. Hak membentuk keluarga pada dasarnya menyatakan tentang kemungkinan untuk melahirkan anak-anak dan hidup bersama tanpa perlakuan diskriminasi maupun pembedaan dalam bentuk apapun. ¹

Di samping itu, Indonesia sebagai negara peratifikasi ICCPR mengemban kewajiban yang harus dipenuhi termasuk melarang segala bentuk diskriminasi sebagaimana yang diatur di dalam bagian II ICCPR, sebagai berikut:

Pasal 2

(1) Setiap negara pihak pada kovenan ini berjanji untuk menghormati dan menjamin hak-hak yang diakui dalam kovenan ini bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan tunduk pada wilayah hukumnya, tanpa pembedaan apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lainnya.

¹ Komentar Umum 19 ICCPR Paragraf 5.

(2) Apabila belum diatur dalam ketentuan perundang-undangan atau kebijakan lainnya yang ada, setiap negara pihak dalam kovenan ini berjanji untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan, sesuai dengan proses konstitusinya dan dengan ketentuan-ketentuan dalam kovenan ini, untuk menetapkan perundang-undangan atau kebijakan lain yang diperlukan untuk memberlakukan hak-hak yang diakui dalam kovenan ini.

Pasal 3

Negara pihak kovenan ini berjanji untuk menjamin hak-hak yang sederajat dari laki-laki dan perempuan untuk menikmati semua hak sipil dan politik yang diatur dalam kovenan ini.

Pasal 26

Semua orang berkedudukan sama di hadapan hukum dan berhak atas perlindungan hukum yang sama tanpa diskriminasi apapun. Dalam hal ini hukum harus melarang diskriminasi apapun, dan menjamin perlindungan yang sama dan efektif bagi semua orang terhadap diskriminasi atas dasar apapun seperti ras, warna, jenis kelamin, bahasa, agama, politik, atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lain.

Ketentuan pasal 2 ayat (1) dan pasal 26 mencerminkan prinsip non-diskriminasi terkait kesetaraan di depan hukum dan perlindungan hukum yang sama. Oleh karena itu ICCPR mewajibkan setiap negara pihak untuk menghormati dan menjamin hak-hak yang termuat di dalam kovenan bagi semua orang yang berada di wilayahnya dan menjadi subjek yurisdiksinya tanpa membedakan atas dasar apapun, seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pendapat politik atau lainnya, asal usul sosial atau kebangsaan, kepemilikian, status kelahiran atau status lainnya. Prisip nondiskriminasi ini juga tercermin di dalam pasal 3 ICCPR yang mewajibkan negara untuk menjamin persamaan penikmatan hak sipil politik bagi laki-laki dan perempuan. Kemudian pasal 2 ayat (2) memberikan suatu kerangka luas

² Komentar umum 18 ICCPR Paragraf 1.

dimana hak-hak yang dinyatakan secara khusus dalam kovenan harus dimajukan dan dilindungi.³

Terhadap masyarakat yang mengalami diskriminasi karena mempunyai kondisi-konsisi yang khusus, kovenan mewajibkan negara-negara pihak untuk mengambil langkah afirmatif untuk mengurangi atau menghapuskan kondisi-kondisi yang menyebabkan diskriminasi yang dilarang oleh kovenan. Selain itu kovenan mewajibkan negara-negara pihak untuk mengambil langkah afirmatif bagi masyarakat untuk mengurangi atau menghapuskan kondisi-kondisi yang menyebabkan diskriminasi yang dilarang oleh kovenan. Tindakan seperti itu dapat mencakup pemberian perlakuan khusus bagi kelompok masyarakat yang mengalami diskriminasi tersebut dalam bidang tertentu dibandingkan dengan kebanyakan masyarakat lainnya.⁴

Menurut pandangan Komite HAM (*Human Rights Comitee*) PBB, pasal 26 tidak hanya menduplikasi jaminan yang disediakan oleh pasal 2, tetapi juga berkaitan dengan kewajiban negara-negara pihak dalam pembuatan peraturan perundang-undangan dan pelaksanaannya. Dengan demikian, ketika suatu negara membuat suatu peraturan perundang-undangan, maka peraturan tersebut harus sesuai dengan ketentuan pasal 26, yaitu bahwa isi peraturan perundang-undangan tersebut tidak boleh bersifat diskriminatif.⁵

Selain itu kebebasan setiap orang untuk membentuk keluarga juga diatur di dalam Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya atau *International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights* (ICESCR), sebagai berikut:

³ Komentar umum 31 ICCPR Paragraf 5.

⁴ Komentar Umum 18 ICCPR Paragraf 10.

⁵ Komentar umum 18 Paragraf 12.

Pasal 10

(1) Negara pihak pada kovenan ini mengakui bahwa perlindungan atas bantuan seluas mungkin harus diberikan kepada keluarga yang merupakan kelompok alamiah dan mendasar dari satuan masyarakat, terutama terhadap pembentukannya, dan sementara itu keluarga bertanggung jawab atas perawatan dan pendidikan anak-anak yang masih dalam tanggungan. Perkawinan harus dilangsungkan berdasarkan persetujuan yang sukarela dari calon mempelai.

Jaminan terhadap hak tersebut direfleksikan di dalam ketentuan kovenan sebagai berikut:

Pasal 2

(2) Negara pihak pada kovenan ini berjanji untuk menjamin bahwa hak-hak yang diatur di dalam kovenan ini akan dilaksanakan tanpa diskriminasi apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lainnya, asalusul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lainnya.

Pasal 3

Negara pihak pada kovenan ini berjanji untuk menjamin hak yang sama antara laki-laki dan perempuan untuk menikmati semua hakhak ekonomi, sosial, dan budaya yang tercantum dalam kovenan ini.

Pasal 5

- (1) Tidak ada satu hal pun dalam kovenan ini yang dapati ditafsirkan sebagai memberikan hak kepada suatu negara, perorangan atau kelompok, untuk terlibat dalam suatu kegiatan atau melaksanakan tindakan apapun, yang bertujuan untuk menghancurkan hak-hak dan kebebasan-kebebasan yang diakui dalam kovenan ini, atau untuk membatasi hak-hak tersebut dalam tingkat yang lebih besar daripada yang diperbolehkan dalam kovenan ini.
- (2) Tidak ada satupun pembatasan atau pengurangan hak asasi manusia yang mendasar yang diakui atau berada di negara manapun berdasarkan kekuatan hukum, konvensi, peraturan atau kebiasaan, akan diterima, dengan alasan bahwa kovenan ini tidak mengakui hak-hak tersebut, atau mengakuinya pada tingkat yang lebih rendah.

Dimensi kontraktual dari kovenan-kovenan tersebut menentukan bahwa setiap negara pihak pada perjanjian untuk mentaati kewajiban-kewajibannya

berdasarkan perjanjian. Sesuai dengan prinsip yang dinyatakan pada pasal 26 Konvensi Wina 23 Mei 1969 tentang Hukum Perjanjian, "negara-negara pihak diwajibkan untuk melaksanakan kewajiban-kewajibannya berdasarkan konvensi dengan itikad baik (pacta sunt servanda"). Lebih lanjut ketentuan pasal 27 menegaskan bahwa "suatu negara pihak tidak dapat menggunakan ketentuan-ketentuan dalam hukum nasionalnya sebagai alasan atas kegagalannya dalam melaksanakan perjanjian".

Dengan demikian maka kebijakan-kebijakan yang dibuat oleh negara baik dalam pengaturan maupun pelaksanaan harus mendukung pemenuhan HAM.

A.2. Jaminan hak untuk melanjutkan keturunan di dalam konstitusi

Sebagai wujud penghormatan atas HAM, UUDNRI 1945 telah mengamanatkan pengakuan, penghormatan, dan perlindungan HAM dalam penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Salah satu dari HAM tersebut ialah hak untuk melanjutkan keturunan sebagaimana diatur dalam pasal 28B ayat (1), yaitu:

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

Artinya, setiap orang mendapatkan hak dan perlakuan yang sama untuk melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah. Perkawinan yang sah adalah perkawinan yang dicatatkan oleh lembaga yang berwenang, sehingga hak sebagai warga negara beserta keturunannya dijamin oleh negara. Suatu tindakan diskriminatif yang dapat membatasi pemenuhan hak tersebut tidak dapat dibenarkan.

Di dalam ketentuan pasal 28I ayat (2) UUD, negara wajib memberikan perlindungan bagi warga negaranya yang mendapatkan perlakuan diskriminatif sebagai jaminan atas HAM. Berdasarkan prinsip tanggung jawab (principle of responsibility), negara perlu mengambil langkah atau tindakan tertentu untuk menghormati, melindungi, dan memenuhi HAM setiap warga negaranya. Tanggung jawab negara di dalam penegakan HAM, diatur secara jelas di dalam konstitusi sebagai berikut:

Pasal 28I

- (4) Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tangggung 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.

A.3. Jaminan hak untuk melanjutkan keturunan dalam hukum HAM nasional

Dalam rangka menjalankan amanat UUDNRI 1945 untuk mengakui, menghormati, dan memenuhi pelaksanaan HAM dalam penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara; Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) mengeluarkan Tap MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang HAM yang mana pada pasal 2 lampiran piagam HAM menyebutkan bahwa "setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah."

Di dalam ketentuan pasal 1 Tap MPR tersebut menyatakan bahwa lembaga-lembaga tinggi negara dan seluruh aparatur pemerintah ditugaskan untuk menghormati, menegakkan, dan menyebarluaskan pemahaman mengenai hak asasi manusia kepada seluruh masyarakat. Ketentuan pasal 43 Piagam

HAM memberikan jaminan terhadap perlindungan, pemajuan, dan penegakan HAM terutama menjadi tanggung jawab pemerintah. Lebih lanjut pada pasal 44 menegaskan bahwa penegakan dan perlindungan hak asasi manusia yang sesuai dengan prinsip hukum yang demokratis, maka dijamin, diatur, dan dituangkan di dalam peraturan perundang-undangan.

UU HAM tak luput mengatur kebebasan warga negara untuk berkeluarga dan melanjutkan keturunan, sebagaimana yang diatur di dalam pasal 10 sebagai berikut.

(1) Setiap orang berhak untuk membentuk suatu keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.

Komitmen pemenuhan HAM ini direfleksikan ke dalam beberapa ketentuan di dalam UU HAM, sebagai berikut:

Pasal 2

Negara Republik Indonesia mengakui dan menjunjung tinggi hak asasi manusia dan kebebasan dasar manusia sebagai hak yang secara kodrati melekat pada dan tidak terpisahkan dari manusia, yang harus dilindungi, dihormati, dan ditegakkan demi peningkatan martabat kemanusiaan, kesejahteraan, kebahagiaan, dan kecerdasan serta keadilan.

Pasal 5

(1) Setiap orang diakui sebagai manusia pribadi yang berhak menuntut dan memperoleh perlakuan serta perlindungan yang sama sesuai dengan martabat kemanusiaannya di depan hukum.

Pasal 8

Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia terutama menjadi tanggung jawab pemerintah.

Dengan demikian, hak untuk melanjutkan keturunan dan membentuk keluarga merupakan HAM yang telah diakui keberadaannya di dalam hukum internasional dan hukum nasional. Konsekuensi dari keberadaan hak tersebut

adalah negara wajib untuk menghormati (*to respect*), melindungi (to protect), dan memenuhi (*to fulfill*) nya bagi setiap warga negara.

B. Jaminan terhadap hak untuk melanjutkan keturunan dalam *surrogate*mother yang tunduk pada ketentuan pasal 1320 BW

B.1. Arti penting keturunan dalam sebuah ikatan perkawinan

Pada dasarnya, membentuk sebuah keluarga merupakan prioritas utama di dalam sebuah perkawinan. Sebuah keluarga masih dirasa belum lengkap jika belum dikaruniai seorang anak. Kehadiran anak menjadi tanda bagi kesempurnaan perkawinan serta melahirkan harapan akan semakin sempurnanya kebahagiaan perkawinan tersebut seiring pertumbuhan dan perkembangan anak.⁶

Menurut Duvall, tugas keluarga yang utama adalah untuk mendapatkan keturunan sebagai generasi penerus. Melahirkan anak merupakan kebanggaan bagi keluarga yang merupakan saat-saat yang dinantikan.⁷ Secara umum kehadiran anak dalam keluarga dapat dilihat dari faktor yang menguntungkan orangtua dari segi psikologis, ekonomis, dan sosial⁸, diantaranya:

1. Anak dapat lebih mengikat tali perkawinan. Pasangan suami istri merasa lebih puas dalam perkawinan dengan melihat perkembangan emosi dan fisik anak. Kehadiran anak juga telah mendorong komunikasi antara suami istri karena mereka merasakan pengalaman bersama anak mereka.

⁶ Sri Lestari, **Psikologi Keluarga: Penanaman Nilai dan Penanganan Konflik dalam Keluarga,** Jakarta, Kencana Prenada Media Group, 2012, hal. 37.

⁷ Nasrul Effendy, **Dasar-Dasar Keperawatan Kesehatan Masyarakat**, Jakarta, Penerbit Buku Kedokteran EGC, 1997, hal. 36.

⁸ Evelyn Suleeman, Hubungan-hubungan Dalam Keluarga, dalam T.O. Ihromi (Ed), Bunga Rampai Sosiologi Keluarga, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia, 1997, hal. 106-107.

- Orangtua merasa lebih muda dengan membayangkan masa muda mereka melalui kegiatan anak mereka.
- 3. Anak merupakan simbol yang menghubungkan masa depan dan masa lalu. Dalam kaitan ini, orang tua sering menemukan kebahagiaan diri mereka dalam anak-anak mereka. Kepribadian, sifat, nilai, dan tingkah laku mereka ditujukan lewat anak-anak mereka.
- 4. Orangtua memiliki makna dan tujuan hidup dengan adanya anak.
- 5. Anak merupakan sumber kasih sayang dan perhatian.
- 6. Anak dapat meningkatkan status seseorang. Pada beberapa masyarakat, individu baru mempunyai hak suara setelah ia memiliki anak.
- 7. Anak merupakan penerus keturunan. Untuk mereka yang menganut sistem patrilineal seperti Cina, Korea, Taiwan, Suku Batak, adanya anak laki-laki sangat diharapkan karena laki-laki akan meneruskan garis keturunan yang diwarisi lewat nama keluarga. Keluarga yang tidak memiliki anak dianggap tidak dianggap memiliki garis keturunan dan keluarga itu akan dianggap punah.
- 8. Anak merupakan pewaris harta pusaka. Bagi masyarakat yang menganut sistem matrilineal, anak perempuan sebagai penerus keturunan, juga bertindak sebagai pewaris dan penjaga harta pusaka yang diwarisinya. Sedangkan anak laki-laki hanya mempunyai hak guna atau hak pakai. Sebaliknya, pada masyarakat yang menganut sistem patrilineal, anak laki-lakilah yang mewariskan harta pusaka.
- 9. Anak juga memiliki nilai ekonomis yang penting. Di daerah pedesaan Jawa, anak sudah dapat membantu orang tua pada usia yang sangat muda.

Hadirnya seorang anak dirasa begitu penting di dalam suatu perkawinan. Bahkan ketidakmampuan seorang istri untuk memberikan keturunan dapat dijadikan dasar untuk menikah lagi atau bercerai. Di dalam pasal 4 UUP menjelaskan bahwa pengadilan dapat memberi izin kepada seorang suami untuk beristri lebih dari seorang apabila istri tidak dapat melahirkan keturunan. Lebih lanjut, seorang suami dapat menceraikan istrinya karena alasan tidak dapat memberikan keturunan. Ketentuan ini memang tidak diatur secara jelas di dalam UUP. Pasal 19 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya disebut PP Perkawinan), menentukan alasan-alasan perceraian sebagai berikut:

- a. Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabuk, pemadat, penjudi, dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan;
- b. Salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama 2 (dua) tahun berturutturut tanpa izin pihak lain lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain di luar kemampuannya;
- c. Salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung;
- d. Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan pihak yang lain;
- e. Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami/istri;
- f. Antara suami dan istri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga.

Menurut ketentuan pasal 16 PP perkawinan, disebutkan bahwa, pengadilan hanya memutuskan untuk mengadakan sidang pengadilan untuk menyaksikan perceraian apabila memang terdapat alasan-alasan seperti yang dimaksud pada pasal 19. Berdasarkan ketentuan di dalam UUP dan PP Perkawinan, tidak memiliki keturunan bukan merupakan alasan yang disyaratkan undang-undang untuk mengajukan perceraian. Namun di dalam putusan Mahkamah Agung Nomor 164/Pdt.G/2012/PA.Clg., majelis hakim mengabulkan permohonan suami sebagai pemohon untuk bercerai dengan istrinya sebagai termohon. Di dalam duduk perkara, dikatakan bahwa pada awalnya kehidupan rumah tangga Pemohon dan Termohon rukun dan harmonis. Namun sejak Januari 2011 ketentraman mulai tidak harmonis dengan adanya perselisihan terus menerus yang disebabkan antara lain karena Termohon belum memberikan keturunan. Di dalam putusannya, majelis hakim memberikan pertimbangan sebagai berikut:

- 1) Menimbang bahwa yang menjadi permasalahan dalam perkara ini pada pokoknya Pemohon mohon agar diberi izin untuk menjatuhkan talak terhadap Termohon dengan alasan bahwa rumah tangga Pemohon dengan Termohon tidak rukun, sering terjadi perselisihan dan pertengkaran yang disebabkan karena Termohon belum punya keturunan, yang mengakibatkan antara Pemohon dan Termohon berpisah ranjang;
- Menimbang selanjutnya mengacu pada ketentuan penjelasan pasal 39 ayat
 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Jo. Pasal 19
 huruf f Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 jo. Pasal 116 huruf f
 Kompilasi Hukum Islam, suatu permohonan perceraian dipandang beralasan

hukum dan tidak melawan hak apabila didasarkan pada alasan antara lain bahwa suami istri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga;

- 3) Meskipun tidak secara tegas menyebutkan batasan secara limitatif tentang makna perselisihan dan pertengkaran, akan tetapi patut dipahami bahwa selain perselisihan dan pertengkaran fisik, situasi rumah tangga dimana suami isteri pisah ranjang dan masing-masing suami isteri sudah tidak lagi secara sempurna memenuhi hak dan kewajibannya sebagai suami isteri, secara kontekstual patut dimaknai sebagai perselisihan dan pertengkaran di dalam rumah tangga;
- 4) Bahwa oleh karena antara Pemohon dan Termohon telah terjadi perselisihan sejak setahun yang lalu (sejak Januari 2011), bahkan kemudian sudah dua bulan antara Pemohon dan Termohon pisah ranjang dan masing-masing sudah tidak memenuhi hak dan kewajibannya secara sempurna, sementara Majelis Hakim telah tidak henti-hentinya menasehati pemohon agar mengurungkan niatnya namun tidak berhasil, Pemohon telah beri'tizam untuk bercerai, Majelis Hakim patut menilai bahwa rumah tangga Pemohon dan Termohon telah pecah dan tidak dapat dipertahankan lagi, karena itu permohonan Pemohon telah beralasan hukum sebagaimana ketentuan-ketentuan pasal seperti tersebut diatas dan tidak melawan hak.

Dengan demikian, meskipun tidak diatur dengan jelas di dalam undangundang mengenai ketidakmampuan seorang istri untuk memberikan keturunan, pada praktiknya hal ini dapat dijadikan alasan perceraian. Hakim dapat mempertimbangkan bahwa hal tersebut dapat menjadi penyebab dari suatu perselisihan dan pertengkaran di dalam keluarga. Dengan kata lain, kasus ini menujukkan betapa pentingnya memiliki keturunan untuk menjaga keharmonisan berumah tangga.

B.2. Surrogate mother sebagai upaya untuk melanjutkan keturunan

Pada umumnya untuk memperoleh seorang anak dilakukan dengan upaya kehamilan secara alamiah. Namun tidak semua suami istri dapat memiliki keturunan dengan cara tersebut. Dalam beberapa kasus diantaranya ditemukan pasangan yang mengalami infertilitas. Infertilitas adalah suatu kondisi di mana setelah setahun berumah tangga dengan persetubuhan yang tidak memakai pelindung, tetapi belum terjadi kehamilan. Saat ini infertilitas merupakan masalah kesehatan yang penting dan ditemukan pada 10% - 15% pasangan suami istri. Hal ini biasanya disebabkan karena berbagai faktor seperti masalah hormonal, penyakit menular seksual, dan gangguan-gangguan kesuburan lainnya.

Dalam era globalisasi sekarang ini terlihat bahwa pendukung kemajuan suatu negara banyak ditentukan dengan keunggulan teknologi. Kondisi seperti ini mendorong setiap negara untuk memiliki keunggulan terknologi. Lester C. Thurow mengungkapkan akan ada tujuh industri kunci abad mendatang, yaitu: elektronika mikro, bioteknologi, industri material baru, pesawat terbang sipil, telekomunikasi, robot plus peralatan mesin, dan komputer plus perangkat lunaknya. Secara khusus John Naisbitt dan Patricia Aburdene menyebutkan bahwa kehadiran bioteknologi akan berkuasa di dalam kehidupan kita. Tidak

⁹ Syafrudin, *et.al.*, **Kebidanan Komunitas**, Jakarta, Penerbit Buku Kedokteran EGC, 2009, hal.

¹⁰ Dwi Anita Suryandari, *et.al.*, **Analisis Mikrodelesi Kromosom Y Pada Pria Azoospermia di Indonesia**, Jurnal Makara Kesehatan, Volume 10, Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, Jakarta, 2006, hal 45.

ada sains lain yang dapat memiliki kekuatan begitu besar untuk mengubah jalannya pekembangan organisme hidup kecuali bioteknologi. Secara umum dapat dikatakan bahwa bioteknologi adalah ilmu terapan proses biologi. Menurut *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD), bioteknologi adalah suatu penerapan prinsip ilmiah dan rekayasa pengolahan bahan oleh agen biologi untuk menyediakan barang dan jasa.

Di dalam ilmu kedokteran, perkembangan yang begitu pesat di bidang biologi dan ilmu kedokteran membuat etika kedokteran tidak mampu lagi menampung keseluruhan permasalahan yang berkaitan dengan kehidupan. Etika kedokteran berbicara tentang bidang medis dan profesi kedokteran saja, terutama hubungan dokter dengan pasien, keluarga, masyarakat dan teman sejawat. Oleh karena itu, sejak tiga dekade terakhir telah dikembangkan bioetika atau disebut juga etika biomedis¹⁴, yang merupakan bioteknologi dalam bidang ilmu kedokteran. Menurut Bertens, bioetika atau bioetika medis merupakan studi interdisipliner tentang masalah yang ditimbulkan oleh perkembangan di bidang biologi dan ilmu kedokteran baik skala mikro maupun makro, masa kini dan masa mendatang. Bioetika selain membicarakan bidang medis seperti abortus, eutanasia, transplantasi organ, teknologi reproduksi buatan dan rekayasa genetik, membahas pula masalah kesehatan, faktor budaya yang berperan dalam lingkup kesehatan, hak pasien, moralitas penyembuhan

¹¹ Muhammad Djumhana, **Hukum Dalam Perkembangan Bioteknologi,** Bandung, Citra Aditya Bakti, 1995, hal. 33.

¹² Ibid, hal. 34.

¹³ Ibid, hal. 35.

¹⁴ M. Jusuf Hanafiah, *et.al.*, **Etika Kedokteran dan Hukum Kesehatan**, Jakarta, Penerbit Buku Kedokteran EGC, 2009, hal. 3.

tradisional, dan sebagainya. Bioetika memberi perhatian yang besar pula terhadap penelitian kesehatan pada manusia dan hewan percobaan.¹⁵

Perkembangan bioetika dalam hal reproduksi buatan, dianggap sebagai suatu upaya medis untuk mendapatkan anak bagi pasangan suami istri yang tidak bisa memperoleh anak melalui cara alamiah. Cara ini diantaranya dapat dilakukan dengan melakukan inseminasi buatan. Cara yang digunakan para ahli medis dalam melakukan inseminasi buatan pada manusia adalah sama dengan yang dilakukan pada hewan, yaitu dengan mengambil sperma laki-laki, kemudian menginjeksikan ke dalam vagina atau rahim wanita. Upaya medis melalui inseminasi buatan ini dilakukan karena beberapa sebab, diantaranya adalah karena terjadinya penyumbatan saluran telur, sehingga sperma sulit merapat dan menyatu dengan ovum (sel telur). Dalam rangka mendapatkan keturunan bagi keluarga (suami istri) yang sulit mendapatan keturunan melalui cara alamiah, para ahli medis juga menawarkan cara lain, yaitu melalui bayi tabung.

Bayi tabung diproses dengan cara mengambil sperma laki-laki dan ovum wanita, kemudian mempertemukan sperma dan ovum dan memprosesnya ke dalam tabung (di luar rahim). Setelah terjadi pembuahan (embrio), lalu embrio itu dimasukkan ke dalam rahim wanita kembali. Ada dua cara yang ditempuh para ahli medis untuk mendapatkan anak melalui bayi tabung.¹⁷

1) Tandur Alih Gamet Intra Tuba (TAGIT), yaitu dengan cara mengambil sperma suami dan ovum istri, kemudian dicampurkan (fertilisasi). Hasil fertilisasi itu kemudian langsung di tanamkan ke dalam saluran telur (tubae

¹⁷ Ibid, hal. 729-730.

¹⁵ Ibid, hal. 3-4.

¹⁶ Ensiklopedi Hukum Islam Jilid 3, Ichtiar Baru van Hoeve, Jakarta, 1997, hal. 729.

fallopii) istri. Dengan cara ini, menurut para ahli medis, proses kehamilan istri lebih mendekati cara alamiah, karena hasil fertilisasi antara sperma dan ovum di luar rahim langsung dimasukkan ke dalam saluran telur istri yang merupakan tempat alamiah sperma membuahi ovum setelah terjadinya ejakulasi (pancaran sperma) melalui hubungan seksual.

2) Fertilitatio in Vitro (FIV), yaitu dengan cara mengambil sperma suami dan ovum istri, kemudian difertilisasikan di dalam tabung gelas atau cawan petri (in vitro). Setelah terjadi fertilisasi, embrio disimpan dalam inkubator selama 18-20 jam. Setelah itu embrio dimasukkan ke dalam rahim istri. Dengan cara ini, jalur sampainya embrio ke rahim dapat dipercepat, karena tidak melalui tubae fallopii istri lagi.

Penyebab sulitnya pasangan tidak dapat memperoleh keturunan dengan cara alamiah tidak hanya disebabkan karena adanya masalah infertilitas. Terkadang terdapat kondisi yang tidak biasa *(unusual condition)* dimana seorang perempuan tidak dapat mengandung karena memiliki kecacatan pada organ reproduksinya. Hal ini dapat disebabkan oleh berbagai macam penyakit yang diderita, antara lain: ¹⁸

- a) Karsinoma serviks, ovarium atau rahim;
- b) Mioma uterin besar (fibroid)
- c) Endometriosis berat;
- d) Pendarahan uterin disfungsional krisis (pendarahan pasca menopause, metroragia);
- e) Gejala prolaps pada uterin.

¹⁸ Barbara Engram, **Rencana Asuhan Keperawatan Medikal Bedah**, Jakarta, Penerbit Buku Kedokteran EGC, 1999, hal. 654.

Dalam kondisi tersebut, seorang wanita diharuskan melakukan suatu operasi pengangkatan rahim (histerektomi) demi menyelamatkan jiwa dan nyawanya. Histerektomi meliputi pengangkatan rahim, dan biasanya juga leher rahim. Kekhawatiran yang muncul dengan histerektomi salah satunya adalah hilangnya kemampuan untuk memiliki keturunan. 19

Di Indonesia, prevalensi histerektomi belum diketahui secara pasti. Data dari bagian Obstetri Ginekologi Rumah Sakit Cipto Mangunkusumo Jakarta menunjukkan bahwa setiap tahun kurang lebih 230 tindakan histerektomi dilakukan dengan bermacam-macam tujuan seperti mengatasi pendarahan dan kanker serviks. Histerektomi banyak dialami oleh wanita usia produktif. Usia wanita yang mengalami histerektomi berada dalam rentang usia 20-49 tahun. Pada kondisi seperti ini, seorang wanita masih dapat memproduksi sel telur. Namun ia harus kehilangan rahimnya, sehingga dapat dipastikan ia tidak dapat lagi mengandung karena tempat berkembangnya janin sudah tidak ada.

Dalam kondisi seperti ini tidak menutup kemungkinan untuk melakukan surrogate mother atau yang biasa disebut dengan perjanjian sewa rahim sebagai upaya untuk mendapatkan keturunan. Teknik melakukan surrogate mother diawali dengan proses bayi tabung, dimana sel sperma dan sel telur (dari suami istri yang sah) dipertemukan dalam suatu tabung gelas atau cawan petri. Setelah terjadi pembuahan, embrio yang dihasilkan dimasukkan ke dalam rahim wanita lain (ibu pengganti). Hal ini disebabkan karena kondisi seorang

¹⁹ Evelyn Billings, *et.al.*, **Metode Ovulasi Billings**, Jakarta, Kepustakaan Populer Gramedia, 2006, hal. 179.

²⁰ R. Khairiyatul Afiyah, Kualitas Hidup Perempuan Yang Mengalami Histerektomi Serta Faktor-faktor Yang Mempengaruhinya di Wilayah DKI Jakarta: Study Grounded Theory, Tesis tidak diterbitkan, Fakultas Ilmu Keperawatan, Universitas Indonesia, Depok, Telah diuji pada 13 Juli 2010, hal. 2.

wanita yang tidak dapat lagi mengandung karena telah kehilangan rahimnya. Setelah melahirkan, maka ibu pengganti harus memberikan bayi yang dilahirkannya kepada pasangan tersebut.

B.3. Surrogate mother dalam perspektif pasal 1320 BW tentang syarat sah perjanjian

Menurut pasal 1313 BW, "perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih". Di dalam pengaturan BW, terdapat beberapa macam perjanjian antara lain: (a) jual beli, (b) tukar menukar, (c) hibah, (d) persekutuan, (e) pinjam pakai, (f) pinjam meminjam, (g) pemberian kuasa, (h) untung-untungan, (i) sewa menyewa, (j) penanggungan, (k) penitipan barang, dan (l) perkumpulan. Suatu perjanjian dapat dikatakan sah apabila telah memenuhi syarat sah perjanjian yang terdapat di dalam pasal 1320 BW yang terdiri dari:

- (i) sepakat,
- (ii) cakap,
- (iii) suatu hal tertentu, dan
- (iv) causa yang halal.

Syarat subjektif berupa sepakat dan cakap dapat terpenuhi apabila sudah disepakati perjanjian oleh orang-orang yang cakap menurut hukum, dimana para pihak bukan merupakan orang yang belum dewasa dan dibawah pengampuan. Syarat ketiga dan keempat disebut dengan syarat objektif, yakni berkaitan dengan prestasi sebagai pokok perjanjian, serta pelaksanaannya tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum.

Untuk dapat melakukan *surrogate mother* secara sah, maka para pihak harus memenuhi baik syarat subjektif maupun objektif di dalam ketentuan pasal 1320 BW. Syarat sepakat dan cakap dapat terpenuhi apabila perjanjian sudah disepakati oleh para pihak yang cakap menurut hukum, dimana para pihak bukan merupakan orang yang belum dewasa dan di bawah pengampuan. Persoalan lain terkait keabsahan *surrogate mother* adalah mengenai syarat objektif berupa objek dan *causa* yang halal.

Suatu objek perjanjian dapat ditentukan dari jenis prestasi yang akan dilakukan. Pasal 1234 BW menentukan macam-macam prestasi di dalam sebuah perikatan, yakni untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu. Dengan kata lain, wujud sebuah prestasi dapat berupa barang maupun jasa. Berdasarkan pengertian dari *surrogate mother*, prestasi yang diberikan adalah berupa jasa untuk mengandung, melahirkan, dan menyerahkan bayi yang dikandung kepada orangtua biologis. Atau dengan kata lain, objek dari perjanjian ini adalah berupa jasa.

Dalam hal ini, penggunaan kata sewa rahim sebagai terjemahan dari surrogate mother adalah tidak tepat. Jika melihat pada konstruksi perjanjian, surrogate mother tidak ada kaitannya dengan perjanjian sewa-menyewa. Pasal 1548 tentang perjanjian sewa menyewa menjelaskan bahwa:

Sewa menyewa adalah suatu perjanjian, dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk memberikan kepada pihak yang lainnya kenikmatan dari sesuatu barang, selama waktu tertentu dan dengan pembayaran sesuatu harga, yang oleh pihak tersebut belakangan itu disanggupi pembayarannya.

Dari ketentuan pasal tersebut, dapat dilihat unsur pokok dari perjanjian sewa menyewa adalah barang dan harga. Ketentuan tersebut menerangkan

bahwa kewajiban salah satu pihak adalah menyerahkan barang untuk dinikmati oleh pihak lain. Kemudian pihak lain memiliki kewajiban untuk membayar harga sewa. Dengan kata lain, terjadi penyerahan kekuasaan kepada orang lain atas barang yang disewa. Jika ketentuan pasal tersebut diterapkan di dalam konstruksi perjanjian sewa rahim, akan menimbulkan kekaburan mengenai barang apa yang disewakan. Apabila barang yang dimaksud adalah rahim, maka akan timbul pertanyaan mengenai termasuk jenis benda apakah sebuah rahim, serta bagaimana untuk menentukan penguasaan (bezit), penyerahan (levering), pembebanan (bezwaring), serta daluarsa (verjaring) dari sebuah rahim.

Untuk memudahkan dalam memahami perbedaan antara perjanjian sewa menyewa dan *surrogate mother*, dapat dilihat pada skema berikut ini:



Gambar 4.1. merupakan skema perjanjian sewa menyewa dengan objeknya berupa rumah. Pada gambar tersebut dapat dilihat bahwa pemilik (landlord) sepakat untuk menyewakan rumahnya kepada pihak penyewa (tenant) dengan jangka waktu dan harga yang telah disepakati. Dari skema tersebut dapat dilihat unsur pokok dari perjanjian tersebut adalah rumah sebagai objek dan ada harga yang disepakati. Dari kedua unsur pokok tersebut lebih lanjut dapat ditentukan mengenai penguasaan (bezit), penyerahan (levering), pembebanan (bezwaring), serta daluarsa (verjaring) dari objek perjanjian.

Penguasaan (bezit) objek dari gambar 1 dipegang oleh penyewa sebagai pemegang hak (bezitter), yang diberikan secara langsung (levering) dari pemilik berdasarkan perjanjian yang telah disepakati. Daluarsa (verjaring) dari perjanjian tersebut dengan kata lain adalah jangka waktu dari penyewaan rumah tersebut. Sebuah rumah sebagai objek perjanjian, dapat dilakukan pembebanan oleh pemilik sesuai dengan jenis bendanya, yakni hipotik sebagai benda tidak bergerak.

Hal tersebut berbeda dengan apa yang terdapat pada gambar 4.2. Dari skema tersebut dapat dilihat dimana suami istri melakukan pembuahan diluar cara alamiah dengan menggunakan metode bayi tabung. Kemudian hasil pembuahan tersebut dimasukkan ke dalam rahim ibu pengganti, dimana ia akan mengandung dan melahirkan hasil pembuahan tersebut. Ketika ibu pengganti sudah melahirkan bayi yang dikandungnya, maka ia harus menyerahkan bayi yang telah dikandungnya kepada suami istri tersebut.

Pada skema *surrogate mother*, perjanjian ini tidak dapat disamakan dengan perjanjian sewa menyewa karena tidak terdapat dua unsur pokok dari perjanjian sewa menyewa, yakni objek yang berupa benda serta harga. Objek dari perjanjian ini tidak dapat merujuk kepada rahim, sebab tidak dapat ditentukan perihal penyerahan, pembebanan, dan daluarsa dari objek tersebut. Dengan kata lain, perjanjian ini tidak dapat dikatakan sebagai perjanjian sewa rahim maupun sewa menyewa rahim. Berikut merupakan tabel perbandingan antara perjanjian sewa menyewa dan *surrogate mother*.

Tabel 4.1. Perbandingan perjanjian sewa menyewa dan *surrogate mother*.

	Sewa menyewa	Surrogate mother
Jenis Prestasi	Memberikan sesuatu	Berbuat sesuatu
Objek	Rumah	Jasa
Penguasaan	Penyewa	x
Penyerahan	Langsung	x
Pembebanan	Hipotik	Je J x
Daluarsa	Berdasarkan kontrak	x

Secara terminologi, kata "surrogate" jika diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dapat berarti wakil; pengganti; atau wali.²¹ Oleh karena itu, surrogate mother lebih tepat dikatakan sebagai perjanjian jasa ibu pengganti.

Polemik lain terkait *surrogate mother* adalah mengenai *causa* yang halal. Bagi pihak yang tidak setuju dengan adanya *surrogate mother* (Putri Wijaya Wardhani, 2011; Desriza Ratman, 2012; Fajar Bayu Setiawan, dkk, 2013) mendasarkan argumentasinya pada aspek pemenuhan syarat objektif berupa *causa* yang halal dari pasal 1320 BW. Putri Wijaya Wardani memberikan

²¹ John M. Echols, *et,al.* **Kamus Inggris Indonesia,** Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hal. 571.

analisis bahwa praktek *surrogate mother* bukan merupakan upaya kehamilan yang dapat dilakukan menurut Undang-undang Kesehatan, sehingga dengan demikian syarat *causa* yang halal tidak terpenuhi.²² Hal serupa juga dikemukakan pada penelitian yang lain. Selain itu, Fajar Bayu Setiawan, dkk, beralasan bahwa secara kesusilaan, *surrogate mother* tidak sesuai dengan tata susila yang ada di masyarakat.²³ Lebih lanjut Desriza Ratman menambahkan bahwa praktik ini bertentangan dengan kesusilaan dan ketertiban umum, sebab:²⁴

- a. Tidak sesuai dengan norma moral dan adat istiadat atau kebiasaan umumnya masyarakat Indonesia atau lingkungannya.
- b. Bertentangan dengan kepercayaan yang dianut salah satu agama (Islam) karena terdapat unsur pokok yang mengharamkan praktik *surrogate mother*, yaitu unsur zina.
- c. Akan menjadi pergunjingan di dalam masyarakat sehingga wanita surrogate mother kemungkinan besar akan dikucilkan dari pergaulan.
- d. Terlebih bila status dari wanita *surrogate mother* adalah gadis atau janda. Dari beberapa hasil penelitian diatas, meskipun terdapat asas kebebasan berkontrak, perjanjian tersebut dianggap tidak memenuhi syarat objektif dari pasal 1320 BW jo. pasal 1337 BW, sehingga akibat hukum dari perjanjian tersebut adalah batal demi hukum.

Pasal 1320 BW tidak memberikan pengertian dari *causa*. *Hoge Raad* sejak tahun 1927 mengartikan *causa* sebagai sesuatu yang menjadi tujuan para

²² Putri Wijaya Wardani, **Analisis "Perjanjian"** *Fertilisasi In Vitro* **Ke Dalam Rahim** *Surrogate Mother* **Dalam Pengaturan Hukum Perdata di Indonesia**, Skripsi tidak diterbitkan, Malang, Fakultas Hukum, Universitas Brawijaya, 2010, hal. 86.

²³ Fajar Bayu Setiawan, dkk., Op.Cit., hal. 70.

²⁴ Desriza Ratman, Op.Cit., hal. 111-112.

pihak.²⁵ Jika *causa* diartikan sebagai tujuan dari sebuah perjanjian, maka tujuan dari *surrogate mother* adalah untuk memperoleh keturunan. Pasal 1337 BW menyebutkan bahwa suatu sebab adalah terlarang apabila bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum.

UUK. Menurut ketentuan pasal 127 ayat (1) huruf a, upaya kehamilan di luar cara alamiah dapat dilakukan dengan menggunakan metode bayi tabung, dimana hasil pembuahan harus ditanamkan di dalam rahim dari mana sel telur berasal. Jika ditafsirkan secara gramatikal, di dalam ketentuan pasal tersebut terdapat suatu kontradiksi norma. Dikatakan bahwa undang-undang mengakui adanya suatu kondisi di mana pasangan suami istri sewaktu-waktu dapat membutuhkan suatu upaya kehamilan di luar cara alamiah. Tetapi ketentuan "ditanamkan di dalam rahim istri dari mana ovum itu berasal", justru menuntut adanya suatu kondisi alamiah bagi seorang wanita untuk dapat mengandung. Atau dengan kata lain terdapat pengaturan perbedaan pengaturan terhadap kondisi tertentu dengan syarat yang ditetapkan. Ketentuan ini jelas tidak dapat diterapkan kepada seorang wanita yang telah kehilangan rahim akibat suatu penyakit.

Selain itu terdapat kekurangan norma yang termuat di dalam PMK. Ketentuan pasal 2 ayat (3) menerangkan bahwa "Pelayanan teknologi reproduksi berbantu hanya dapat diberikan kepada pasangan suami istri yang terikat perkawinan yang sah dan sebagai upaya akhir untuk memperoleh keturunan serta berdasarkan pada suatu indikasi medik." Artinya, upaya

²⁵ Salim H.S., **Hukum Kontrak: Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak**, Op.Cit., hal. 34.

medis melalui metode fertilisasi in-vitro dan pemindahan embrio (PIV-PE) dengan menggunakan peralatan dan cara-cara yang mutakhir diperbolehkan bagi pasangan suami istri yang mengalami kesulitan kehamilan dengan didasarkan pada suatu indikasi medik. Indikasi medik yang dimaksud di dalam peraturan ini meliputi:

BRAWIUA

- a. Hanya faktor tuba;
- b. Faktor lain pada wanita selain tuba;
- c. Faktor pria;
- d. Banyak faktor;
- e. Faktor tidak diketahui.

Ketentuan mengenai kualifikasi indikasi medik pada huruf (b), (c), (d), dan (e) tidak dijelaskan apa saja dan sejauh mana kualifikasi mengenai hal tersebut. Jika melihat pada kasus histerektomi, tindakan tersebut hanya dapat dilakukan berdasarkan suatu indikasi medik. Bila dilakukan penafsiran secara ekstensif, histerektomi juga merupakan indikasi medik yang dimaksud dalam ketentuan PMK. Hanya saja ketentuan di dalam PMK tidak memberikan kesempatan untuk dilakukannya praktik *surrogate mother*. Atau dengan kata lain terdapat kekosongan norma di dalam ketentuan PMK.

Adanya kontradiksi dan kekosongan norma dalam peraturan terkait menyebabkan timbulnya berbagai macam penafsiran sehingga berakibat pada kesulitan dalam pelaksaannya. Berdasarkan analisis dari penafsiran kedua peraturan perundang-undangan tersebut dapat dikatakan bahwa peraturan tersebut belum memberikan rasa keadilan dan kepastian hukum terhadap suami istri yang memiliki kondisi yang tidak biasa (unusual condition) yang

disebabkan karena suatu alasan medis. Dimana upaya kehamilan di luar cara alamiah merupakan satu-satunya cara untuk memperoleh keturunan biologis. Oleh karena itu, *causa* yang terlarang tidak bisa mengacu kepada ketentuan UUK dan PMK.

Ketentuan selanjutnya terkait *causa* yang dilarang adalah apabila bertentangan dengan kesusilaan. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, kesusilaan adalah perihal susila; adat istiadat yang baik; sopan santun; kesopanan; keadaban; dan pengetahuan tertentu tentang adab.²⁶

Kesusilaan sebagai terminologi hukum dalam peraturan perundang-undangan merupakan norma kabur. Artinya, isinya tidak dapat ditetapkan secara persis, sehingga lingkupnya tidak jelas. Kekaburan norma menyebabkan ruang multi tafsir yang melahirkan ketidakpastian hukum. Sesungguhnya kekaburan norma semacam ini berkenaan dengan perintah dari pembentuk undang-undang kepada hakim guna menyelesaikan putusan untuk menyelesaikan berbagai peristiwa yang sifatnya kasuistis karena aturan umum yang lebih konkrit dan terkait langsung dengan kasus tidak dapat diberikan. Aturan ini berkaitan dengan keseluruhan kejadian yang tidak dapat diramalkan, sehingga dipandang lebih bijak untuk membuat aturan tetap fleksibel (lentur) dengan menggunakan pengertian yang 'kabur'. 27

Dalam Putusan Pengadilan Militer Surabaya Nomor: 169-K/PM.III-12/AD/VII/2012, majelis hakim memberikan rumusan tentang perbuatan kesusilaan sebagai penafsiran berdasarkan KUHP pasal 281 ke-1 adalah

²⁶ Departemen Pendidikan Nasional, **Kamus Besar Bahasa Indonesia**, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hal. 1363.

²⁷ Aries Harianto, **Ringkasan Disertasi: Makna "Tidak Bertentangan Dengan Kesusilaan Sebagai Syarat Sah Perjanjian Kerja"**, Disertasi tidak diterbitkan, Malang, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, 2013, hal. 2.

perbuatan yang melanggar perasaan malu yang berhubungan dengan nafsu birahi orang lain. Rumusan kesusilaan secara detail dapat ditemukan dalam Putusan Pengadilan Militer Balikpapan Nomor: PUT-09-K/PM I-07 AD/III/2011 yang dalam pertimbangan putusannya majelis hakim merumuskan pengertian kesusilaan yakni perbuatan atau tindakan yang melanggar kesopanan/sopan santun dan keadaban di bidang kesusilaan yang harus berhubungan dengan kelamin dan atau bagian badan tertentu yang lainnya yang pada umumnya dapat menimbulkan perasaan malu, jijik, atau terangsangnya nafsu birahi orang lain yang melihatnya misalnya seperti meraba-raba buah dada seorang perempuan, meraba-raba kemaluan wanita, mencium, memperlihatkan alat kemaluan, dan lain sebagainya.²⁸

Di dalam Peraturan Pemerintah Nomor 13 Tahun 2013 tentang Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri, menentukan jabatan/pekerjaan yang tidak sesuai dengan kemanusiaan dan kesusilaan yang termuat di dalam pasal 35, antara lain (a) pelacur; (b) penari erotis; (c) milisi atau tentara bayaran; dan (d) jabatan atau pekerjaan yang dilarang di negara penerima. ²⁹ Jadi dapat disimpulkan bahwa hakikat makna kesusilaan berkaitan dengan segala hal yang dapat membangkitkan nafsu birahi, sesuatu yang berhubungan dengan prostitusi, atau tindakan yang tidak dapat dibenarkan secara moral.

Dalam hubungan ini, jika makna kesusilaan tersebut dikaitkan dengan surrogate mother, hal ini ada tidak kaitannya sama sekali. Surrogate mother bukan merupakan suatu perbuatan yang dapat membangkitkan nafsu birahi

²⁸ Ibid, hal, 84.

²⁹ Ibid, hal. 82.

orang lain maupun suatu bentuk prostitusi. Praktik ini memanfaatkan kecanggihan teknologi di bidang kedokteran, sehingga tidak memerlukan kontak fisik antara suami-istri dengan ibu pengganti. Dengan demikian, *causa* dari *surrogate mother* adalah tidak bertentangan dengan kesusilaan serta tidak terdapat unsur perbuatan yang amoral.

Selanjutnya terkait dengan *causa* terlarang apabila bertentangan dengan ketertiban umum. Pengertian ketertiban umum tidak dijelaskan di dalam BW, sehingga tidak ada batasan yang umum mengenai hal tersebut. Di dalam peraturan perundangan-undangan di Indonesia, pengertian ketertiban umum dapat dilihat pada Peraturan Daerah Provinsi DKI Jakarta Nomor 8 Tahun 2007 tentang Ketertiban Umum. Pada ketentuan umum dijelaskan bahwa ketertiban umum adalah suatu keadaan dimana pemerintah dan rakyat dapat melakukan kegiatan secara tertib dan teratur. Pengertian ketertiban umum di dalam Peraturan Daerah tersebut mencakup ketertiban di dalam penggunaan fasilitas publik, seperti tertib jalan, angkutan jalan, angkutan sungai, jalur hijau, taman, tempat umum, saluran, kolam, lepas pantai, tempat usaha, dan lain sebagainya.

Pengertian tersebut tidak dapat diterapkan di dalam kasus *surrogate mother*, karena tidak berhubungan dengan penggunaan fasilitas publik sebagai mana yang diatur di dalam Peraturan Daerah Provinsi DKI Jakarta. Oleh karena undang-undang tidak memberikan pengertian dari ketertiban umum, maka dapat merujuk kepada putusan hakim. Hanya saja hingga saat ini belum ada putusan hakim yang memberikan pengertian dan batasan dari ketertiban umum.

Menurut ketentuan dalam Prinsip Siracusa tentang Pembatasan Hak-hak Sipil dan Politik (Siracusa Principle on the Limination and Derogation of Provision in the International Covenant on Civil and Political Rights 1984), ketertiban umum dapat diartikan sebagai sejumlah aturan yang menjamin keberlangsungan hidup masyarakat atau seperangkat prinsip-prinsip dasar yang dianut masyarakat. Menghormati hak asasi manusia merupakan bagian dari ketertiban umum.

Berdasarkan dari penjabaran di atas, maka dapat ditarik beberapa kesimpulan bahwa:

- a. Perjanjian *surrogate mother* bukan merupakan perjanjian sewa rahim, sebab konstruksi perjanjian tersebut tidak berkaitan dengan perjanjian sewa-menyewa. Objek perjanjian sewa menyewa adalah benda, sedangkan objek dari *surrogate mother* adalah jasa. Oleh sebab itu, perjanjian ini lebih tepat dikatakan sebagai perjanjian jasa ibu pengganti.
- b. Causa yang dilarang berdasarkan undang-undang tidak dapat mengacu kepada UUK dan PMK dikarenakan kedua peraturan tersebut memiliki kontradiksi dan kekaburan norma yang dapat menyebabkan berbagai macam penafsiran.
- c. Surrogate mother bukan merupakan suatu perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan serta tidak terdapat unsur perbuatan yang amoral.

Dengan demikian, *surrogate mother* telah memenuhi semua syarat sah perjanjian yang diatur di dalam ketentuan pasal 1320 BW, sehingga perjanjian ini adalah sah serta memiliki dasar hukum perjanjian yang jelas.

B.4. Jaminan HAM terhadap perjanjian *surrogate mother* untuk melanjutkan keturunan.

Prokreasi (vootplanting) atau reproduksi merupakan suatu upaya manusia untuk dapat melanjutkan keturunannya sebagai suatu hak yang melekat secara kodrati. Secara naluriah, manusia selalu ingin memperoleh keturunan sebagai penerus generasi meski memiliki keterbatasan fisik maupun biologis yang menyebabkan dirinya tidak mampu memiliki keturunan secara alamiah. Pesatnya perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi memberikan solusi berupa teknik kehamilan diluar cara alamiah yang telah diatur ketentuannya di dalam UUK dan aturan pelaksanaannya. Hanya saja, upaya tersebut belum dapat memenuhi seluruh kebutuhan reproduksi manusia yang memiliki keterbatasan seperti di dalam kasus histerektomi.

Kasus *surrogate mother* merupakan suatu contoh dimana seseorang berupaya untuk mendapatkan keturunan biologis dalam keterbatasannya sebagai seorang wanita. Di Indonesia, praktik ini masih merupakan hal yang tabu dan jarang terungkap. Akan tetapi tidak menutup kemungkinan di masa yang akan datang praktik ini akan menjadi suatu kebutuhan bagi orang-orang yang benar-benar membutuhkan, mengingat saat ini prevalensi kasus histerektomi dialami oleh wanita yang berada pada usia produktif. Namun di sisi lain, UUK dan PMK hanya mengatur upaya kehamilan di luar cara alamiah yang dilakukan dengan metode bayi tabung.

Metode bayi tabung tidak dapat diterapkan pada wanita yang telah kehilangan rahimnya akibat suatu hiserektomi yang disebabkan karena mengidap penyakit tertentu. Bagi wanita yang telah kehilangan rahimnya, upaya yang dapat ditempuh untuk mendapatkan keturunan biologis adalah dengan melakukan praktik *surrogate mother*. Hanya saja hingga saat ini belum ada peraturan perundang-undangan yang mengaturnya dengan jelas.

Melanjutkan keturunan untuk membentuk keluarga di dalam perkawinan yang sah telah diatur sebagai hak asasi manusia yang dijunjung tinggi keberadaannya oleh masyarakat dunia termasuk Indonesia. Sebagai wujud penghormatan atas eksistensi hak tersebut, Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) memuat ketentuan dan perlidungan untuk menjamin kelangsungan hak tersebut di dalam DUHAM, serta ditindaklanjuti ke dalam kovenan ICCPR dan ICESCR. Hampir semua negara di dunia ini mengakui HAM sebagai bagian hakiki dari konstitusi mereka, tak terkecuali Indonesia. Sebagai negara yang telah mengadopsi DUHAM ke dalam konstitusi dan meratifikasi berbagai kovenan HAM internasional, pemerintah berkewajiban untuk mengakui dan mendukung di dalam pemenuhan HAM.

Salah satu bentuk dukungan negara terhadap eksistensi HAM adalah memberikan perlindungan di dalam pemenuhan HAM setiap warga negara. Perlindungan ini harus diberikan dengan peraturan hukum agar pemenuhannya bisa dipaksakan. Di dalam upaya untuk melanjutkan keturunan dan membentuk keluarga, perlindungan HAM juga diperlukan termasuk di dalam upayanya melakukan surrogate mother. Beberapa asumsi yang menyatakan bahwa surrogate mother tidak dapat dilakukan karena bertentangan dengan syarat objektif perjanjian, secara normatif tidak terbukti. Di dalam konteks hukum perjanjian, surrogate mother telah memenuhi syarat sah perjanjian sebagaimana yang diatur di dalam pasal 1320 BW. Hanya saja terdapat

pembatasan terhadap perjanjian ini di dalam hukum publik, yakni ketentuan di dalam UUK dan PMK.

Hukum publik merupakan hukum yang mengatur hubungan antara warga negara dengan negara yang menyangkut kepentingan umum, sebaliknya hukum privat hanya mengatur hubungan antar subjek hukum. Apabila terjadi pertentangan antar keduanya, hukum publik lebih diutamakan daripada hukum privat. Dalam kasus *surrogate mother*, jika UUK dan PMK sebagai hukum publik lebih diutamakan dan mengesampingkan pasal 1320 BW sebagai hukum privat, maka hal ini dapat berpotensi menimbulkan perusakan dalam prinsipprinsip HAM, terutama prinsip non-diskriminasi. Hal ini disebabkan karena UUK dan PMK memiliki kontradiksi dan kekosongan norma di dalam ketentuannya berkaitan dengan upaya kehamilan di luar cara alamiah yang berpotensi menimbulkan perlakuan yang dapat menghambat pemenuhan hak untuk melanjutkan keturunan bagi orang-orang yang memiliki kondisi yang tidak biasa.

Menurut ketentuan pasal 127 ayat (1) huruf a UUK menyebutkan, "upaya kehamilan di luar cara alamiah hanya dapat dilakukan oleh pasangan suami istri yang sah dengan ketentuan hasil pembuahan sperma dan ovum dari suami istri yang bersangkutan ditanamkan dalam rahim istri dari mana ovum berasal." Pertentangan norma di dalam ketentuan tersebut dapat dilihat dari pernyataan "upaya kehamilan di luar cara alamiah dapat dilakukan" dengan pernyataan "ditanamkan dalam rahim istri di mana ovum berasal". Pada pernyataan yang pertama, undang-undang mengakui bahwa terdapat orang-orang yang tidak mampu untuk memiliki keturunan secara alamiah, sehingga

membutuhkan upaya di luar cara alamiah. Di dalam pernyataan yang kedua, undang-undang memberikan solusi untuk mendapatkan keturunan di luar cara alamiah dengan menanamkan hasil pembuahan di dalam rahim istri dari mana ovum berasal. Artinya, undang-undang mengakui orang-orang yang memiliki kondisi yang tidak biasa, tetapi memberikan perlakuan yang biasa.

Jika undang-undang mengakui ada orang yang memiliki kondisi khusus, seharusnya undang-undang memberikan perlakuan yang berbeda dari kebanyakan orang. Ketentuan tersebut tentu tidak dapat diterapkan kepada wanita yang telah menjalani histerektomi. Atau dengan kata lain terdapat kesesatan norma (contradictio interminis) dengan pengakuan yang telah diberikan undang-undang itu sendiri.

Kualifikasi terhadap upaya kehamilan di luar cara alamiah yang ditentukan UUK dapat dilihat pada PMK. Menurut ketentuan pasal 2 ayat (3), upaya kehamilan di luar cara alamiah tersebut hanya dapat diberikan kepada pasangan suami istri berdasarkan pada suatu indikasi medik. Indikasi yang dimaksud hanya terbatas pada masalah infertilitas, diataranya: (a) hanya faktor tuba, (b) faktor lain pada wanita selain tuba, (c) faktor pria, (d) banyak faktor, dan (e) faktor tidak diketahui. Kualifikasi tersebut dirasa masih kabur, sebab PMK tidak menjelaskan sejauh mana batasan indikasi tersebut, terutama pada poin (b), (c), (d), dan (e). Jika ditafsirkan secara ekstensif, histerektomi juga dapat dikategorikan sebagai suatu indikasi medik, sebab histerektomi dapat disebabkan oleh salah satu faktor yang termasuk di dalam kualifikasi indikasi medik sebagaimana yang diatur di dalam ketentuan PMK.

Permasalahan lain terkait ketentuan PMK adalah adanya kekurangan norma (*vacuum of norm*). Jika histerektomi termasuk sebagai salah satu dari indikasi medik yang ditetapkan, maka seharusnya ketentuan mengenai *surrogate mother* harus diatur di dalam PMK. Tetapi pada kenyataannya, PMK hanya mengatur mengenai metode bayi tabung. Metode tersebut tidak dapat diterapkan kepada seorang wanita yang telah menjalani histerektomi.

Berdasarkan analisis tersebut, dapat dikatakan bahwa kedua peraturan tersebut belum memberikan rasa keadilan dan kepastian hukum bagi setiap orang, terutama orang-orang yang memiliki kondisi khusus (*unusual condition*), atau dengan kata lain kelompok rentan. Di dalam penjelasan pasal 5 ayat (3) UU HAM, kelompok rentan terdiri dari orang yang lanjut usia, anakanak, fakir miskin, wanita hamil, dan penyandang cacat. Menurut Zehra Arat, kelompok rentan (*vulnerable*) terdiri dari anak-anak, wanita, penyandang cacat, buruh migran, dan pengungsi. ³⁰

Pada pemaparan di atas memang tidak disebutkan secara eksplisit bahwa ketidakmampuan seorang wanita untuk melahirkan keturunan merupakan bagian dari kelompok rentan. Di dalam ketentuan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1997 tentang Penyandang Cacat, dijelaskan bahwa penyandang cacat adalah setiap orang yang mempunyai fungsi fisik dan/atau mental, yang dapat mengganggu atau merupakan rintangan dan hambatan baginya untuk melakukan secara selayaknya, yang terdiri dari:

- a. penyandang cacat fisik;
- b. penyandang cacat mental;

³⁰ Zehra F. Kabasakal Arat, *Human Rights Worldwide*, ABC-CLIO Inc, Santa Barbara-California, 2006, hal. 35.

c. penyandang cacat fisik dan mental.

Lebih lanjut di dalam penjelasan undang-undang tersebut, yang dimaksud dengan cacat fisik adalah kecacatan yang mengakibatkan gangguan pada fungsi tubuh, antara lain gerak tubuh, penglihatan, pendengaran, dan kemampuan bicara. Sedangkan cacat mental adalah kelainan mental dan/atau tingkah laku, baik cacat bawaan maupun akibat dari penyakit. Kemudian yang dimaksud dengan cacat fisik dan mental adalah keadaan seseorang yang menyandang dua jenis kecacatan sekaligus.

Peraturan lain terkait dengan penyandang disabilitas adalah Konvensi Hak-hak Penyandang Disabilitas (Convention on the Rights Of Persons With Disabilities) yang telah diratifikasi ke dalam Undang-undang Nomor 19 Tahun 2011. Di dalam ketentuan pasal 1 dijelaskan bahwa penyandang disabilitas termasuk mereka yang memiliki keterbatasan fisik, mental, intelektual, atau sensorik dalam jangka waktu lama di mana ketika berhadapan dengan berbagai hambatan, hal ini dapat menghalangi partisipasi penuh dan efektif mereka dalam masyarakat berdasarkan kesetaraan dengan yang lainnya.

Berdasarkan kedua peraturan diatas, ketidakmampuan seorang wanita untuk mengandung dan melahirkan keturunan tidak dapat digolongkan sebagai penyandang disabilitas. Sebab pengertian disabilitas hanya sebatas pada ketidakmampuan secara fisik, mental, intelektual, atau sensorik. Namun dalam pengertian yang lebih luas, ketidakmampuan seorang wanita untuk mengandung dan melahirkan keturunan dapat dikategorikan sebagai penyandang disabilitas. Menurut Undang-undang Diskriminasi Cacat atau

Dissability Discrimination Ordinance (OOD) 1992, pengertian cacat atau disabilitas meliputi:

- a. hilangnya seluruh atau sebagian fungsi jasmaniah dan mental; atau
- b. hilangnya semua atau sebagian anggota tubuh; atau
- c. adanya organisme dalam tubuh yang menyebabkan suatu penyakit atau sakit; atau
- d. adanya organisme dalam tubuh yang berpotensi menyebabkan suatu penyakit atau sakit; atau
- e. tidak berfungsinya, kelainan bentuk, atau kerusakan sebagian dari tubuh; atau
- f. gangguan atau kerusakan yang menyebabkan seseorang memiliki kesulitan belajar dibandingkan orang lain; atau
- g. gangguan, penyakit, atau sakit yang mempengaruhi persepsi seseorang pada realitas, emosi atau penilaian, atau yang mengakibatkan perilaku seseorang terganggu;

dan yang termasuk dalam dissabilitas juga meliputi:

- h. disabilitas yang saat ini ada; atau
- i. sebelumnya ada tapi kini tidak ada lagi; atau
- j. mungkin ada di masa depan (termasuk karena adanya kecenderungan genetik); atau
- k. diperkirakan ada pada seseorang.

Berdasarkan ketentuan tersebut, seorang wanita yang tidak dapat mengandung dan melahirkan keturunan karena telah menjalani histerektomi dapat dikategorikan sebagai disabilitas yang disebabkan oleh adanya organisme yang menyebabkan suatu penyakit. Sehubungan dengan itu, seorang wanita yang tidak dapat mengandung akibat histerektomi juga dapat digolongkan ke dalam kelompok rentan.

Permasalahan yang dialami oleh kelompok rentan muncul ketika diperlakukan secara sama dengan orang kebanyakan. Jika perlakuan yang sama ini terus diberikan, maka akan terjadi perbedaan secara terus-menerus. Oleh karena itu, negara diizinkan untuk mengambil tindakan afirmatif (affirmative action), yakni memberikan perlakuan secara lebih kepada kelompok rentan tertentu yang hak nya tidak terwakili. Dalam hal ini tidak terwakili oleh ketentuan suatu perundang-undangan yang berlaku.

Perlindungan hak secara khusus sudah diatur di dalam komentar umum 18 ICCPR. Negara dapat mengambil langkah afirmatif (diksriminasi positif) untuk mengurangi atau menghapuskan kondisi yang menyebakan perlakuan diskriminatif yang dilarang oleh kovenan. Tindakan tersebut dapat mencakup pemberian perlakuan khusus bagi kelompok masyarakat yang berbeda dengan kebanyakan penduduk lainnya, dalam hal ini kelompok rentan. Berkaitan dengan hal tersebut, melakukan *surrogate mother* untuk memperoleh keturunan yang dilatarbelakangi karena adanya keterbatasan kondisi yang disebabkan atas alasan medis adalah wajar. Karena hal tersebut menyebabkan suatu kondisi yang tidak memungkinkan seorang wanita untuk mengandung. Kehilangan fungsi dari salah satu organ tubuh manusia tidak berarti menghilangkan eksistensi seseorang sebagai manusia. Sebagai orang yang memiliki kondisi yang tidak biasa, mereka berhak atas suatu perlindungan khusus yang diberikan oleh negara. Salah satu bentuk perlindungan tersebut

adalah dengan memberikan jaminan HAM terhadap upaya untuk melanjutkan keturunan dalam *surrogate mother* ke dalam suatu peraturan perundang-undangan khususnya bagi orang-orang yang memiliki keterbatasan.

Di samping itu, ketentuan UUK yang membatasi hak seseorang untuk melakukan *surrogate mother* secara hierarki vertikal bertentangan dengan konstitusi, dan secara horizontal bertentangan dengan UU HAM beserta instumen HAM lainnya.

serta bertentangan dengan UU HAM secara horizontal. Oleh karena itu, ketentuan yang membatasi seseorang untuk melakukan *surrogate mother* sebagai upaya untuk melanjutkan keturunan perlu untuk dikritisi lebih lanjut dengan alasan:

- a. Indonesia memiliki instrumen HAM nasional beserta instrumen HAM internasional yang telah diratifikasi. Konsekuensinya negara wajib menghormati (to respect), melindungi (to protect), dan memenuhi (to fulfill) keberlangsungannya setiap orang. Tetapi pada kenyataannya negara justru membatasi.
- b. Hak atas kebebasan untuk melajutkan keturunan dan membentuk keluarga di dalam perkawinan yang sah merupakan hak asasi manusia yang telah dijamin oleh negara di dalam pasal 28B ayat (1) UUDNRI 1945, pasal 2 Tap MPR, dan pasal 10 ayat (1) UU HAM. Selain itu hak ini turut diatur didalam konvensi internasional yang telah diratifikasi, yaitu pasal 16 ayat (1) DUHAM, pasal 23 ayat (1) ICCPR, dan pasal 10 ayat (1) ICESCR.
- c. Melanjutkan keturunan dalam *surrogate mother* yang dilakukan karena alasan medis merupakan tindakan yang dapat diterima baik secara medis

maupun hukum. Karena hal tersebut telah menyebabkan suatu kondisi dimana seorang istri tidak mampu untuk mengemban tugasnya sebagai wanita untuk mengandung dan melahirkan keturunan.

Dengan demikian, pembatasan yang diatur di dalam UUK yang menutup kemungkinan bagi suami istri untuk melanjutkan keturunan melalui *surrogate mother* adalah inkonstitusional serta bertentangan dengan prinsip yang terkandung di dalam HAM, terutama dalam pemenuhan hak sipil bagi setiap orang yang memiliki kondisi khusus untuk melanjutkan keturunan dan membentuk keluarga di dalam perkawinan yang sah.

