

TESIS

**KEDUDUKAN HUKUM PERJANJIAN
SURROGATE MOTHER (IBU SUROGASI)
ATAS INDIKASI MEDIS
DI INDONESIA**

Diajukan untuk memenuhi salah satu syarat ujian guna memperoleh gelar
Magister Hukum (M.H) Program Magister Ilmu Hukum



OLEH :

NAMA : JON MADI

NOMOR MAHASISWA : 181 022 118

BIDANG KAJIAN UTAMA : HUKUM BISNIS

**PROGRAM MAGISTER (S2) ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
UNIVERSITAS ISLAM RIAU
PEKANBARU
2022**

**KEDUDUKAN HUKUM PERJANJIAN
SURROGATE MOTHER (IBU SUROGASI)
ATAS INDIKASI MEDIS
DI INDONESIA**

NAMA : JON MADI
NOMOR MAHASISWA : 181 022 118
BIDANG KAJIAN UTAMA : HUKUM BISNIS

Telah Dipertahankan Di Depan Tim Penguji
Pada Tanggal 06 Januari 2022
Dan Dinyatakan Lulus

TIM PENGUJI

Ketua

Dr. Admiral, S.H., M.H

Sekretaris

Dr. Rosyidi Hamzah, S.H., M.H

Anggota

Dr. Desi Apriani, SH., M.H

Mengetahui :
Direktur Program Pascasarjana
Universitas Islam Riau

Prof. Dr. H. Yusri Munaf, S.H., M.Hum

TESIS

**KEDUDUKAN HUKUM PERJANJIAN
SURROGATE MOTHER (IBU SUROGASI)
ATAS INDIKASI MEDIS
DI INDONESIA**

**NAMA : JON MADI
NOMOR MAHASISWA : 181 022 118
BIDANG KAJIAN UTAMA : HUKUM BISNIS**

Telah Diperiksa Dan Disetujui Oleh Dosen Pembimbing :

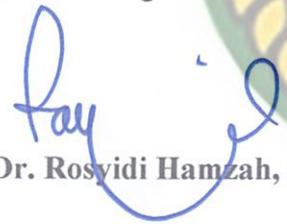
Pembimbing I

Tanggal


Dr. Admiral, SH, MH

Pembimbing II

Tanggal


Dr. Rosyidi Hamzah, SH, MH

Mengetahui :
Ketua Program Studi


Dr. Sarizki Febrianto, SH, MH

BERITA ACARA BIMBINGAN TESIS

Telah dilakukan bimbingan Tesis terhadap :

Nama : Jon Madi
 NPM : 181 022 118
 Bidang Kajian Utama : Hukum Bisnis
 Pembimbing I : Dr. Admiral SH, MH
 Pembimbing II : Dr. Rosyidi Hamzah SH, MH
 Judul Tesis : Kedudukan Hukum Perjanjian *Surrogate Mother* (Ibu Surogasi)
 Atas Indikasi Medis di Indonesia

Perpustakaan Universitas Islam Riau

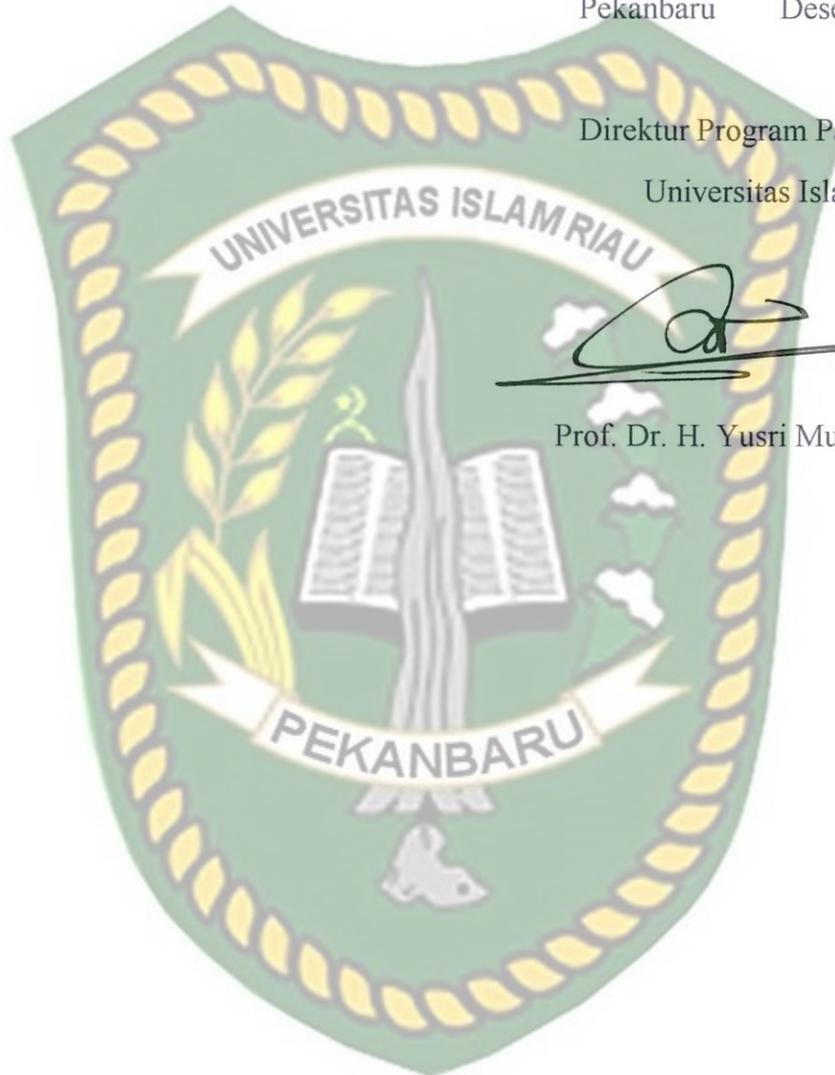
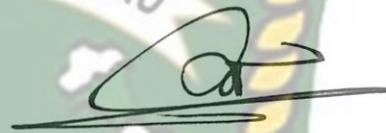
Dokumen ini adalah Arsip Milik :

No.	Tanggal	Berita Bimbingan	Pembimbing I	Pembimbing II
1	1 /9/ 2021	- Koreksi judul - Metode penulisan - Sumber kepustakaan		Fauzil.
2	24/9/ 2021	- Materi pembahasan - Latar belakang penelitian - tinjauan umum penelitian		Fauzil.
3	7 /10/2021	- Pembahasan materi - Pemahaman materi - Fokus pembahasan		Fauzil.
4	12 /10/ 2021	- Tujuan penelitian dan pembahasan - Perubahan kesimpulan		Fauzil.
5	20 /10/ 2021	- Format judul - Kata kunci - Sistematika daftar isi	~	
6	8 /11/ 2021	- Sistematika BAB II - Konsep Operasional - Sumber rujukan utama - Pisahkan analisa data dengan penarikan kesimpulan	~	
7	18 /11/ 2021	- Substansi tesis Konsistensi redaksional Uraian hasil penelitian Pertegas syarat sah perjanjian	~	

8	6/12 2021	- Substansi tesis lanjutan Tegaskan 3 teori hukum relevan Penelitian2 sebagai pembanding Fokus pembahasan Kesesuaian hasil penelitian dan saran		
---	-----------	--	---	--

Pekanbaru Desember 2021

Direktur Program Pascasarjana
Universitas Islam Riau

Prof. Dr. H. Yusri Munaf, SH. M.Hum



PROGRAM PASCASARJANA UNIVERSITAS ISLAM RIAU

Jalan KH. Nasution No. 113 Gedung B Pascasarjana Universitas Islam Riau
Marpoyan Damai, Pekanbaru, Riau

SURAT KETERANGAN BEBAS PLAGIAT

Nomor: 289/A-UIR/5-PPS/2021

Program Pascasarjana Universitas Islam Riau menerangkan:

Nama : JON MADI
NPM : 181022118
Program Studi : Ilmu Hukum

Telah melalui proses pemeriksaan kemiripan karya ilmiah (tesis) menggunakan aplikasi *Turnitin* pada tanggal 14 Desember 2021 dan dinyatakan memenuhi syarat batas maksimal tingkat kemiripan tidak melebihi 30 % (tiga puluh persen).

Demikian surat keterangan bebas plagiat ini dibuat sesuai dengan keadaan sebenarnya, untuk dapat digunakan sebagaimana mestinya.

Mengetahui
Ketua Prodi. Magister Ilmu Hukum


Dr. Surizki Febrianto, S.H., M.H

Pekanbaru, 14 Desember 2021
Staf Pemeriksa


Meini Giva Putri, S.Pd.

Lampiran :

- Turnitin Originality Report
- Arsip *meinigiva*

Turnitin Originality Report

Processed on: 14-Dec-2021 10:28 WIB
ID: 1729817824
Word Count: 27064
Submitted: 1

Similarity Index		Similarity by Source	
24%		Internet Sources:	26%
		Publications:	7%
		Student Papers:	16%

KEDUDUKAN HUKUM PERJANJIAN SURROGATE MOTHER (IBU SUROGASTI) ATAS INDIKASI MEDIS DI INDONESIA By

Jon Madi

4% match (Internet from 23-Mar-2021)

<http://repositori.usu.ac.id/bitstream/handle/123456789/14079/150200145.pdf?isAllowed=y&sequence=1>

1% match (Internet from 16-Mar-2021)

<http://repositori.usu.ac.id/bitstream/handle/123456789/4253/140200140.pdf?isAllowed=y&sequence=1>

1% match (Internet from 16-Apr-2021)

<http://e-journal.iainpekalongan.ac.id/index.php/jhi/article/download/2391/1652/>

1% match (Internet from 30-Aug-2017)

<http://repository.usu.ac.id/bitstream/handle/123456789/24945/Chapter%20II.pdf;sequence=3>

1% match (Internet from 11-Oct-2017)

<http://repository.usu.ac.id/bitstream/handle/123456789/59226/Chapter%20II.pdf?isAllowed=y&sequence=3>

1% match ()

Elvina, Sista Noor. "PERLINDUNGAN HAK UNTUK MELANJUTKAN KETURUNAN DALAM SURROGATE MOTHER", *Kumpulan Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum*, 2014

1% match (Internet from 20-Nov-2020)

<https://dakwahkehatanu.blogspot.com/2016/02/hukum-sewa-rahim-dalam-agama-islam.html>

1% match (Internet from 18-Feb-2021)

<http://repository.uinjkt.ac.id/dspace/bitstream/123456789/51805/1/RIDWAN%20BAHRUDIN-FSH.pdf>

1% match (Internet from 08-Mar-2016)

<http://ejournal.undip.ac.id/index.php/mmh/article/download/10467/8343>

1% match (Internet from 23-Oct-2015)

<http://www.komnasham.go.id/sites/default/files/dok-publikasi/buku%20Satpol%20PP.pdf>

1% match (Internet from 17-Mar-2021)

<http://repository.uinsu.ac.id/11022/1/skripsi%20mam%20Bukhor%20.pdf>

1% match (Internet from 23-Nov-2020)

<https://watawasoubilhaqqi.blogspot.com/2018/06/transfer-embrio-ke-rahim-lain.html>

1% match (Internet from 07-Oct-2021)

<https://adoc.pub/hukum-kontrak-1-pola-pengaturan-kontrak-dalam-kuhperdata.html>

1% match (Internet from 19-Nov-2019)

<http://ejournal.uin-suka.ac.id/pusat/panangkaran/article/download/0102-06/1144>

1% match (Internet from 04-Apr-2020)

<https://www.scribd.com/document/416388465/Tesis>

1% match (Internet from 05-Sep-2019)

<https://docplayer.info/146911112-Tinjauan-yuridis-tentang-pencantuman-klausula-eksonerasi-dalam-perjanjian-kredit-bank-studi-kasus-bank-mandiri-kota-mataram-skripsi.html>

1% match (Internet from 30-Jun-2021)

<https://core.ac.uk/download/pdf/198224916.pdf>

1% match ()

Selian, Muhammad Ali Hanafiah. "SURROGATE MOTHER; TINJAUAN HUKUM PERDATA DAN ISLAM", 'Fakultas Hukum Universitas Pembangunan Nasional Veteran Jakarta', 2018

1% match (Internet from 05-Sep-2021)

<https://text-id.123dok.com/document/y6e4dooz-perjanjian-sewa-menyewa-rahim-dengan-mempergunakan-ibu-pengganti-dari-perspektif-kitab-undang-undang-hukum-perdata.html>

1% match (Internet from 21-Jun-2017)

<http://repository.unpas.ac.id/28021/3/BAB%20II%20skripsi.pdf>

1% match (Internet from 16-Oct-2019)

<https://www.yumpu.com/id/document/view/12692058/jurnal-penelitian-dan-pengukuran-psikologi-unj>

1% match (Internet from 03-Aug-2018)

<http://eprints.walisongo.ac.id/8073/1/132111001.pdf>



UNIVERSITAS ISLAM RIAU

PROGRAM PASCASARJANA

Jalan Kaharuddin Nasution No. 113 Pekanbaru 28281 Riau
Telp. (+62) (761) 674717 – 7047726 Fax. (+62) (761) 674717

SURAT KEPUTUSAN DIREKTUR PROGRAM PASCASARJANA UNIVERSITAS ISLAM RIAU
NOMOR : 058/KPTS/PPS-UIR/2020
TENTANG PENUNJUKAN PEMBIMBING PENULISAN TESIS MAHASISWA
PROGRAM MAGISTER (S2) ILMU HUKUM PPS UIR

DIREKTUR PROGRAM PASCASARJANA UNIVERSITAS ISLAM RIAU

- Menimbang :
1. Bahwa penulisan tesis merupakan tugas akhir dan salah satu syarat bagi mahasiswa dalam menyelesaikan studinya pada Program Magister (S2) Ilmu Hukum PPS – UIR.
 2. Bahwa dalam upaya meningkatkan mutu penulisan dan penyelesaian tesis, perlu ditunjuk pembimbing yang akan memberikan bimbingan kepada mahasiswa tersebut.
 3. Bahwa nama – nama dosen yang ditetapkan sebagai pembimbing dalam Surat Keputusan ini dipandang mampu dan mempunyai kewenangan akademik dalam melakukan pembimbingan yang ditetapkan dengan Surat Keputusan Direktur Program Pascasarjana Universitas Islam Riau.
- Mengingat :
1. Undang – Undang Nomor : 12 Tahun 2012 Tentang Pendidikan Tinggi
 2. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor : 8 Tahun 2012 Tentang Kerangka Kualifikasi Nasional Indonesia
 3. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor : 37 Tahun 2009 Tentang Dosen
 4. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor : 66 Tahun 2010 Tentang Pengelolaan dan Penyelenggaraan Pendidikan
 5. Peraturan Menteri Pendidikan Nasional Nomor : 63 Tahun 2009 Tentang Sistem Penjaminan Mutu Pendidikan
 6. Peraturan Menteri Pendidikan dan kebudayaan Republik Indonesia Nomor : 49 Tahun 2014 Tentang Standar Nasional Pendidikan Tinggi
 7. Statuta Universitas Islam Riau Tahun 2018
 8. Peraturan Universitas Islam Riau Nomor : 001 Tahun 2018 Tentang Ketentuan Akademik Bidang Pendidikan Universitas Islam Riau

MEMUTUSKAN

- Menetapkan :
1. Menunjuk :

No.	Nama	Jabatan Fungsional	Bertugas Sebagai
1.	Dr. Admiral, S.H., M.H	Lektor	Pembimbing I
2.	Dr. Rosyidi Hamzah S.H., M.H	Lektor	Pembimbing II

Untuk Penulisan Tesis Mahasiswa :

- Nama : JON MADI
N P M : 181022118
Program Studi / BKU : Ilmu Hukum / Hukum Bisnis
Judul Proposal Tesis : "ANALISA PERJANJIAN SURROGATE MOTHER (IBU PENGGANTI) ATAS INDIKASI MEDIS MENURUT PASAL 1320 AYAT 4 DAN PASAL 1337 KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA"
2. Tugas – tugas pembimbing adalah memberikan bimbingan kepada mahasiswa Program Magister (S2) Ilmu Hukum dalam penulisan tesis
 3. Dalam pelaksanaan bimbingan supaya diperhatikan usul dan saran dari forum seminar proposal dan ketentuan penulisan tesis sesuai dengan Buku Pedoman Program Magister (S2) Ilmu Hukum.
 4. Kepada yang bersangkutan diberikan honorarium, sesuai dengan peraturan yang berlaku di Universitas Islam Riau
 5. Keputusan ini mulai berlaku pada tanggal ditetapkan dengan ketentuan bila terdapat kekeliruan segera ditinjau kembali.
- KUTIPAN : Disampaikan kepada yang bersangkutan untuk dapat diketahui dan diindahkan.

DITETAPKAN DI : PEKANBARU
PADA TANGGAL : 11 Februari 2020

Direktur



Tembusan disampaikan kepada :

1. Rektor Universitas Islam Riau di Pekanbaru.
2. Ketua Program Magister (S2) Ilmu Hukum PPS UIR di Pekanbaru.



Dokumen ini adalah Arsip Milik :

Perpustakaan Universitas Islam Riau

SURAT PERNYATAAN

Yang bertanda tangan di bawah ini :

Nama : Jon Madi
NPM : 181 022 118
Program Studi : Ilmu Hukum
Tempat / Tanggal Lahir : Padang / 23 Mei 1968
Alamat Rumah : Jalan Utama Sari Nomor 56 Tangkerang Selatan
Pekanbaru
Judul Tesis : **Kedudukan Hukum Perjanjian *Surrogate Mother* (Ibu Surogasi) Atas Indikasi Medis di Indonesia**

Dengan ini menyatakan bahwa Tesis ini merupakan hasil karya saya sendiri dan tidak dibuatkan oleh orang lain serta sepengetahuan saya, Tesis ini belum pernah ditulis oleh orang lain. Untuk itu, bila dikemudian hari Tesis ini terbukti merupakan hasil karya orang lain atau hasil mencontek Tesis/karya ilmiah orang lain (plagiat), maka gelas Magister Hukum (M.H) yang telah saya peroleh bersedia untuk dibatalkan.

Demikian surat pernyataan ini dibuat dengan sesungguhnya tanpa adanya paksaan dari pihak manapun.

Pekanbaru, Desember 2021

Yang Menyatakan



Jon Madi

TESIS

**KEDUDUKAN HUKUM PERJANJIAN
SURROGATE MOTHER (IBU SUROGASI)
ATAS INDIKASI MEDIS
DI INDONESIA**

Diajukan untuk memenuhi salah satu syarat ujian guna memperoleh gelar
Magister Hukum (M.H) Program Magister Ilmu Hukum



OLEH :

NAMA : JON MADI NOMOR

MAHASISWA : 181 022 118

BIDANG KAJIAN UTAMA : HUKUM BISNIS

**PROGRAM MAGISTER (S2) ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
UNIVERSITAS ISLAM RIAU PEKANBARU
2022**

TESIS

**KEDUDUKAN HUKUM PERJANJIAN
SURROGATE MOTHER (IBU SUROGASI)
ATAS INDIKASI MEDIS
DI INDONESIA**

**NAMA : JON MADI NOMOR
MAHASISWA : 181 022 118
BIDANG KAJIAN UTAMA : HUKUM BISNIS**

Telah Diperiksa Dan Disetujui Oleh Dosen Pembimbing :

Pembimbing I

Tanggal

Dr. Admiral, SH, MH

Pembimbing II

Tanggal

Dr. Rosyidi Hamzah, SH, MH

Mengetahui : Ketua
Program Studi

Dr. Surizki Febrianto, SH., MH

**KEDUDUKAN HUKUM PERJANJIAN
SURROGATE MOTHER (IBU SUROGASI)
ATAS INDIKASI MEDIS
DI INDONESIA**

NAMA : JON MADI
NOMOR MAHASISWA : 181 022 118
BIDANG KAJIAN UTAMA : HUKUM BISNIS

Telah Dipertahankan Di Depan Tim Penguji
Pada Tanggal 06 Januari 2022
Dan Dinyatakan Lulus

TIM PENGUJI

Ketua

Sekretaris

Dr. Admiral, S.H., M.H

Dr. Rosyidi Hamzah, S.H., M.H

Anggota

Dr. Desi Apriani, SH., M.H

Mengetahui :
Direktur Program Pascasarjana
Universitas Islam Riau

Prof. Dr. H. Yusri Munaf, S.H., M.Hum

SURAT PERNYATAAN

Yang bertanda tangan di bawah ini :

Nama : Jon Madi
NPM : 181 022 118
Program Studi : Ilmu Hukum
Tempat / Tanggal Lahir : Padang / 23 Mei 1968
Alamat Rumah : Jalan Utama Sari Nomor 56 Tangkerang Selatan
Pekanbaru
Judul Tesis : **Kedudukan Hukum Perjanjian *Surrogate Mother* (Ibu Surogasi) Atas Indikasi Medis di Indonesia**

Dengan ini menyatakan bahwa Tesis ini merupakan hasil karya saya sendiri dan tidak dibuatkan oleh orang lain serta sepengetahuan saya, Tesis ini belum pernah ditulis oleh orang lain. Untuk itu, bila dikemudian hari Tesis ini terbukti merupakan hasil karya orang lain atau hasil mencontek Tesis/karya ilmiah orang lain (plagiat), maka gelas Magister Hukum (M.H) yang telah saya peroleh bersedia untuk dibatalkan.

Demikian surat pernyataan ini dibuat dengan sesungguhnya tanpa adanya paksaan dari pihak manapun.

Pekanbaru, 06 Januari 2022

Yang Menyatakan

Jon Madi

ABSTRAK

Wanita yang tidak memilikirahimataurahimnyatelahdiangkatatausecaramedistidakbolehhamil karenapenyakitertentu, masihbisamemilikianakgenetikmelaluisurrogate mother. Surrogate motheradalahwanita yang bersedia hamil, melahirkan dan menyerahkan bayi yang dilahirkannyakepadapasangansuami-istripemilikibenih. Hal inibiasanyadisepakatidengansuatuperjanjian.

Penelitianinibertujuanuntukmengetahui dan memahamibagaimanakedudukanperjanjiansurrogate motheratasindikasimedis di Indonesia ditinjauadaryasarat-sahnyasuatuperjanjianberdasarkanPasal 1320 dan Pasal 1337 KUHPerdato. Selainitu, penelitianinijuga untukmengetahuiapahambatandalampenerapanperjanjiansurrogate motheratasindikasimedis di Indonesia.

Penelitianinimerupakanpenelitianhukumnormatif yang dilakudenganmeneliti data sekunderberupaperaturanperundang-undangan, buku-buku dan jurnalilmiah hukumsertakaryailmiah lain yang berkaitandenganperjanjiansurrogate mother. Sifatpenelitianiniadalahpreskriptifyangmemberikangambarantentangkedudukan perjanjiansurrogate motheratasindikasimedisberdasarkanPasal 1320 dan Pasal 1337 KUHPerdato.

Dari hasilpenelitiandi dapatkanbahwakedudukanhukumperjanjiansurrogate motheratasindikasimedisbelummemiliki kepastiansecarayuridisdalamKUHPerdato. Hambatanpenerapanperjanjiansurrogate mother di Indonesia adalahadanya Fatwa MUI yang melarang.

Kata kunci : **Kedudukan, Perjanjian, Surrogate Mother, Indikasi Medis**

ABSTRACT

Women who do not have their uterus or uterus removed or medically prohibited from becoming pregnant because of certain diseases can still have genetic children through surrogate mothers. Surrogate mothers are women who are willing to get pregnant, give birth and deliver their babies to husband and wife couples who own the seeds. This is usually agreed upon by an agreement.

This study aims to determine and understand how the position of the surrogate mother agreement for medical indications in Indonesia in terms of the validity of an agreement based on Article 1320 and Article 1337 of the Civil Code. In addition, this study is also to find out what are the obstacles in the implementation of the surrogate mother agreement for medical indications in Indonesia.

This research is a normative legal research conducted by examining secondary data in the form of statutory regulations, legal scientific books and journals as well as other scientific works related to the surrogate mother agreement. The nature of this research is prescriptive which provides an overview of the position of the surrogate mother agreement for medical indications based on Article 1320 and Article 1337 of the Civil Code.

From the results of the study, it was found that the legal position of the surrogate mother agreement for medical indications does not yet have juridical certainty in the Civil Code. The obstacle to implementing the surrogate mother agreement in Indonesia is the MUI Fatwa which prohibits it.

Key words :Legality, Agreement, Surrogate Mother, Medical Indication

KATA PENGANTAR

Segala puji dan syukur Penulis panjatkan kepada Allah SWT, Tuhan Yang Maha Kuasa, atas segala rahmat dan karunia yang telah dilimpahkan-Nya sehingga penulisan tesis yang berjudul “Kedudukan Hukum Perjanjian *Surrogate Mother* (Ibu Surogasi) Atas Indikasi Medis di Indonesia” ini dapat Penulis selesaikan. Tesis ini merupakan salah satu syarat untuk menyelesaikan studi dan memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Islam Riau.

Penghargaan yang setinggi-tingginya atas doa dan dukungan dari pihak-pihak yang telah membantu dalam penulisan tesis ini. Ucapan terima kasih yang sebesar-besarnya Penulis sampaikan kepada :

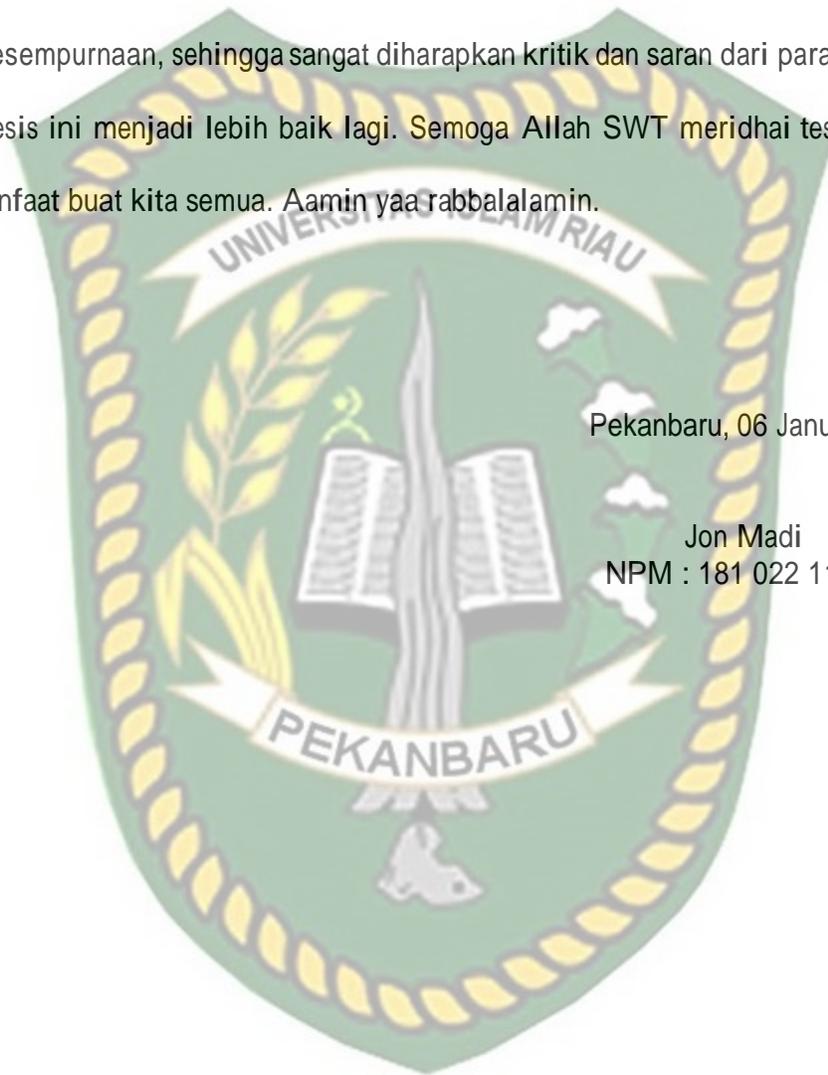
1. Bapak Prof. Dr. Syafrinaldi, SH, MCL. Rektor Universitas Islam Riau.
2. Bapak Prof. Dr. H. Yusri Munaf, SH. MHum, Direktur Program Pascasarjana Universitas Islam Riau.
3. Bapak Dr. Surizki Febrianto, SH., MH. Ketua Program Studi Ilmu Hukum, atas segala dorongan untuk tetap menjaga semangat belajar dan menyelesaikan tesis ini.
4. Bapak Dr. Admiral, SH, MH. atas segala ilmu yang diajarkan, dukungan dan bimbingan yang telah diberikan dalam pembuatan Tesis ini.

5. Bapak Dr. Rosyidi Hamzah, SH, MH. atas segala saran, pertimbangan, dukungan dan bimbingan yang telah diberikan dalam pembuatan tesis ini.
6. Bapak dan Ibu Dosen Program Studi Ilmu Hukum Universitas Islam Riau yang tidak dapat Penulis sebutkan satu persatu, atas segala ilmu yang diajarkan serta bimbingan yang diberikan selama pendidikan dan penyelesaian tesis ini.
7. Seluruh jajaran dan staf administrasi Program Pascasarjana Universitas Islam Riau yang secara langsung atau tidak langsung telah member bantuan kepada Penulis dalam menyelesaikan penulisan tesis ini.
8. Istriku tercinta dr. Neilul Hikmi dan Anak-anakku tersayang, Salsa Hadistri Dine, Raisa Adila Dine dan Keisya Shofia Dine yang telah merelakan waktunya serta memberikan dorongan setulus hati dalam menyelesaikan studi Magister Hukum pada Program Pascasarjana Universitas Islam Riau.
9. Seluruh rekan-rekan Magister Hukum Angkatan XXXII pada Program Pascasarjana Universitas Islam Riau, yang sama-sama berjuang saling mendukung serta saling member sumbang saran pemikiran, kritikan dan motivasi sehingga penulisan tesis dapat diselesaikan.

Semoga tesis ini dapat bermanfaat bagi perkembangan ilmu pengetahuan tentang hukum, khususnya dalam bidang hukum yang berkaitan dengan hak-hak reproduksi manusia. Penulis menyadari bahwa tesis ini masih jauh dari kesempurnaan, sehingga sangat diharapkan kritik dan saran dari para pembaca agar tesis ini menjadi lebih baik lagi. Semoga Allah SWT meridhai tesis ini dan bermanfaat buat kita semua. Aamin yaa rabbalamin.

Pekanbaru, 06 Januari 2021

Jon Madi
NPM : 181 022 118



DAFTAR ISI

HalamanJudul	HalamanPernyataanKeaslian	
HalamanPengesahan/PersetujuanBimbingan		
Halaman Tim Penguji		
Abstrak	i
Abstract	ii
Kata Pengantar	iii
Daftar Isi	v
BAB I PENDAHULUAN		
A. LatarBelakangMasalah	1
B. RumusanMasalah	8
C. Tujuan danKegunaanPenelitian	8
D. KerangkaTeori	9
E. KonsepOperasional	28
F. MetodePenelitian	30
BAB II TINJAUAN UMUM		
A. HukumPerjanjian/Kontrak	35

B. Indikasi Medis <i>Surrogate Mother</i> (Ibu Surogasi)	62
C. Perjanjian <i>Surrogate Mother</i>	68
D. Hak Memiliki Keturunan	77

BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Kedudukan Hukum Perjanjian <i>Surrogate Mother</i> Atas Indikasi Medis	82
B. Hambatan Penerapan Perjanjian <i>Surrogate Mother</i>	132

BAB IV PENUTUP

A. Kesimpulan	156
B. Saran	157

Daftar Pustaka



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Alinea ke-empat Pembukaan Undang-Undang Dasar (UUD) 1945 menyatakan bahwa Pemerintah Negara Indonesia melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.¹ Salah satu pokok pikiran yang terkandung dalam pembukaan UUD 1945 tersebut adalah negara hendak mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Keadilan sosial menurut Suryawaskito memiliki tiga prinsip yaitu : keadilan atas dasar hak, keadilan atas dasar jasa dan keadilan atas dasar kebutuhan. Keadilan atas dasar hak diperhitungkan berdasarkan hak untuk diterima oleh seseorang. Keadilan atas dasar jasa diperhitungkan berdasarkan besar jasa yang telah diberikan seseorang. Sedangkan keadilan atas dasar kebutuhan adalah berdasarkan apa yang dibutuhkan seseorang.²

Salah satu kebutuhan manusia adalah memiliki anak. Anak merupakan karunia yang diberikan Allah SWT kepada pasangan yang dikehendaki-Nya.

¹ Undang-Undang Dasar RI 1945.

² Cristian Siregar, *Pancasila, Keadilan Sosial dan Persatuan Indonesia*, Jurnal Humaniora, Vol. 5, No. 1. April 2014, hal. 43.

Anak merupakan tempat orang tua mencurahkan kasih sayang. Anak juga merupakan perhiasan dalam kehidupan berumah tangga.³ Melestarikan keturunan yang baik merupakan tujuan disyari'atkannya pernikahan.⁴

Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2019, pengertian perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.⁵ Membentuk keluarga mengandung makna adanya anak atau keturunan.⁶

Membentuk keluarga dan memiliki anak, dijamin UUD 1945. Pada amandemen kedua UUD 1945, ditambahkan BAB XA yang mengatur tentang Hak Asasi Manusia. Dalam BAB XA ini terdapat pasal-pasal yang menjamin hak rakyat Indonesia untuk membentuk keluarga dan memiliki anak/keturunan. Pasal 28 B Ayat (1), menyatakan bahwa setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.⁷

Allah menciptakan manusia laki-laki dan perempuan. Keduanya diberi naluri saling tertarik dan saling mencintai. Tujuannya adalah untuk melahirkan keturunan dan berkembangnya manusia, memelihara kepastian garis keturunan

³ Budhy Munawar-Rachman, Ensiklopedi Nurcholish Madjid, *Pemikiran Islam di Kanvas Peradaban*, Mizan, Jakarta, 2006, hal. 200.

⁴ Ahmad Atabik, Khoridatul Mudhiyah, *Pernikahan dan Hikmahnya Perspektif Hukum Islam*, Yudisia, Vol. 5, No. 2, Desember 2014, hal 302.

⁵ Mohd. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995. hal. 43.

⁶ D.Y. Witanto, *Hukum Keluarga Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin*, Prestasi Pustaka, Jakarta, 2012. hal. 4.

⁷ Undang- Undang Dasar 1945

dan mendidik generasi baru. Allah tetapkan pernikahan sebagai jalan satu- satunya yang mengikat laki-laki dan perempuan sebagai suami-istri.⁸

Keturunan atau anak menentukan status sosial pasangan suami-istri. Sejarah kebudayaan manusia menunjukkan bahwa nasib wanita-wanita yang mandul biasanya sangat tragis. Mereka dihina, diolok-olok, diejek, disindir dan dipandang rendah. Wanita yang tidak memiliki anak diceraiakan, dikucilkan atau disingkirkan dari masyarakat setelah suaminya meninggal.⁹

Salah satu faktor wanita tidak dapat hamil adalah karena tidak memiliki rahim atau rahimnya telah dioperasi dan diangkat. Selain itu, ada wanita yang karena kondisi tubuhnya tidak boleh hamil. Keadaan ini menyebabkan wanita tersebut tidak bisa hamil dan tidak bisa memiliki keturunan.

Saat ini, teknologi kedokteran telah menemukan solusi untuk pasangan suami-istri yang tidak bisa hamil secara alamiah. Ada program inseminasi¹⁰, bayi tabung¹¹ dan lain sebagainya. Kemajuan teknologi kedokteran tersebut, dapat digunakan untuk menolong pasangan suami-istri yang tidak bisa punya keturunan atau anak.¹²

⁸ Muhammad Thalib, *Manajemen Keluarga Sakinah*, Pro-U, Yogyakarta 2007. hal. 26-27.

⁹ Kartini Kartono, *Psikologi Wanita (Jilid 2), Mengenal Wanita dan Sebagai Ibu dan Nenek*, Mandar Maju, Bandung, 2007. hal. 10.

¹⁰ Inseminasi buatan atau inseminasi artifisial (bahasa Inggris: *artificial insemination*, AI) adalah pemasukan secara sengaja sel sperma ke dalam rahim atau serviks seorang wanita dengan tujuan memperoleh kehamilan melalui inseminasi (*fertilisasi in vivo*) dengan cara selain hubungan seksual.

¹¹ Bayi tabung adalah proses pembuahan atau pertemuan sel telur dan sperma terjadi di dalam sebuah piring kaca berbentuk tabung dan setelah menjadi embrio dimasukan ke dalam rahim.

¹² Said Aqil Husin al-Munawar, *Hukum Islam dan Pluralitas Sosial*, Penamadani, Jakarta, 2004. hal. 104.

Salah satu pengembangan metode bayi tabung adalah jika istri tidak bisa atau tidak boleh hamil tetapi sel telurnya masih baik. Pasangan ini masih bisa memiliki anak melalui bantuan wanita lain. Metodenya dengan cara mengimplantasikan embrio yang berasal dari benih pasangan suami-istri pada rahim wanita lain.¹³

Pasangan suami-istri mandul karena istri tidak memiliki rahim atau tidak boleh hamil membutuhkan bantuan wanita lain untuk mengandung embrio yang akan menjadi anak mereka agar tetap bisa mempunyai anak. Hal ini memerlukan perlakuan khusus. Perlakuan khusus ini dimungkinkan karena dalam UUD 1945 Pasal 28 H, Ayat (2) menyatakan bahwa setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan.¹⁴

Wanita yang bersedia menggantikan peran sebagai seorang ibu untuk mengandung embrio yang berasal dari pasangan lain dikenal sebagai *surrogate mother* (ibu surogasi).¹⁵ *Surrogate mother* adalah seorang wanita yang setuju mengandung anak pasangan lain karena istrinya mandul atau secara fisik tidak mampu menumbuhkembangkan janin dalam kandungannya yang didasarkan atas sebuah perjanjian atau pembayaran.¹⁶

¹³ Errol R. Norwitz, John O. Schorge, *At a Glance Obstetri dan Ginekologi*, terj. Diba Artsiyanti, Erlangga, Jakarta, 2007. hal. 53.

¹⁴ Undang-Undang Dasar 1945

¹⁵ Muhammad Ali Hanafiah Selian, *Surrogate Mother; Tinjauan hukum Perdata dan Islam*, Jurnal Yuridis Vol. 4 No. 2, Desember 2017. hal. 133.

¹⁶ Sonny Dewi, Susilowati Suparto, Deviana Yuanitasari, *Aspek Hukum Sewa Rahim dalam Perspektif Hukum Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2016. hal. 12.

Menurut Fred Amelen, *surrogate mother* adalah seorang wanita yang mengikatkan dirinya melalui suatu perjanjian dengan pihak lain (suami-istri) untuk menjadi hamil, sampai melahirkan sesuai kesepakatan. Kemudian bayi tersebut diserahkan kepada pihak suami-istri dengan mendapatkan imbalan berupa materi yang telah disepakati.¹⁷

Pendapat lain mengatakan *surrogate mother* adalah pasangan suami-istri yang tidak bisa memiliki keturunan melakukan pembuahan di luar rahim. Embrio hasil pembuahan dititipkan pada wanita lain untuk mengandung. Pasangan suami-istri ini membayar kepada wanita tersebut berdasarkan kesepakatan bersama sebagai sewa/upah, serta akan menyerahkan anak yang dilahirkan.¹⁸

Surrogate mother merupakan alternatif bagi pasangan yang tidak bisa memiliki keturunan, melalui program bayi tabung dengan “menyewa” rahim wanita lain.¹⁹ Pada mulanya program *surrogate mother* dapat diterima oleh masyarakat. Namun seiring perkembangannya, mulai timbul berbagai persoalan perbedaan pandangan sehingga menjadi pro dan kontra.²⁰

Secara biologis, anak yang dilahirkan oleh *surrogate mother* adalah anak dari pasangan suami-istri pemilik embrio. Ada pendapat yang

¹⁷ Freed Amelen, *Kapita Selekta Hukum Kesehatan*, Cet.1, Grafika Tamajaya, Jakarta, 1991. hal. 117.

¹⁸ Muhammad Ali Hanafiah Selian, Op. Cit., hal. 132

¹⁹ Khairatunnisa, *Keberadaan Sewa Rahim Dalam Perspektif Hukum Perdata*, Jurnal Lex Privatum, Vol. 3. No. 1. Jan-Mar 2015. hal. 222.

²⁰ David Lahia, *Aspek Hukum Terhadap Bayi Tabung Dan Sewa Rahim Dari Perspektif Hukum Perdata*, Jurnal Lex Privatum Vol. 5. No. 4. Juni 2017. hal. 131.

menggolongkan anak *surrogate mother* berdasarkan status perkawinan wanita surogasinya. Jika wanita surogasinya adalah gadis atau janda, maka anak yang dilahirkan dari *surrogate mother* adalah anak di luar perkawinan.²¹ Anak tersebut menjadi anak sah jika wanita surogasinya terikat dalam perkawinan.²²

Penanaman embrio pada rahim ibu surogasi, biasanya disepakati melalui suatu perjanjian. Dalam perjanjian tersebut, wanita yang “meminjamkan” rahimnya harus mau mengandung, melahirkan dan menyerahkan bayi yang dilahirkan dengan imbalan sejumlah materi. Perjanjian inilah yang disebut sebagai perjanjian *surrogate mother*.²³

Pengaturan tentang perjanjian di Indonesia secara umum, di atur dalam Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata). Syarat sahnya suatu perjanjian ditentukan dalam Pasal 1320 KUHPerdata. Pasal ini menentukan empat syarat dalam membuat suatu perjanjian yaitu (a) kesepakatan (b) kecakapan (c) hal tertentu (d) kausa yang halal.²⁴

Selain harus memenuhi syarat sah, suatu perjanjian juga tidak boleh dilakukan jika terdapat sebab yang terlarang. Sebab yang terlarang dalam suatu perjanjian dinyatakan dalam Pasal 1337 KUHPerdata yang berbunyi : Suatu

²¹ Desriza Ratman, *Surrogate Mother Dalam Perspektif Etika dan Hukum, Bolehkah Sewa Rahim di Indonesia*. Elex Media Komputindo. Jakarta.. 2012, hal. 123

²² Muhammad Ali Hanafiah Selian, Op. Cit. hal. 133.

²³ Radin Seri Nabahah, *Penyewaan Rahim Menurut Pandangan Islam*, 2007. hal. 2.

²⁴ Zulfirman. *Hak Dasar Manusia dalam Hukum Kontrak Indonesia: Analisis Kritis Syarat Kontrak*. Jurnal Penelitian Hukum Dejure, Vol. 17, No. 2, Juni 2017. hal 156.

sebab adalah terlarang, jika sebab itu dilarang oleh undang-undang atau bila sebab itu bertentangan dengan kesusilaan atau dengan ketertiban umum.²⁵

Di Indonesia perjanjian *surrogate mother* dilakukan secara diam-diam. *Surrogate mother* di Indonesia pernah terjadi di Mimika, Papua. Pada tahun 2004, seorang wanita bernama S didiagnosa dokter bahwa ia tidak bisa hamil karena kandungannya terinfeksi parah. Menurut adat suku Key, bila pasangan menikah belum dikaruniai anak, maka suami harus menceraikan istrinya.²⁶

S dan B memutuskan untuk melakukan program bayi tabung di Surabaya, namun hasil pemeriksaan menunjukkan bahwa S tidak bisa hamil. Dokter menjelaskan bahwa program bayi tabung dapat juga dilakukan dengan cara menanamkan hasil pembuahan pada rahim wanita lain. Cara ini dilakukan oleh S dan B dengan bantuan M yang merupakan adik dari S.²⁷

Hukum belum mampu memberi perlindungan terhadap seluruh aspek kebutuhan manusia. Demikian juga dengan kebutuhan manusia untuk memiliki keturunan melalui *surrogate mother*. Saat ini belum ada hukum yang mengaturnya. Sehingga kedudukan hukum perjanjian *surrogate mother* belum memiliki kepastian hukum.²⁸

²⁵ Kitab Undang-Undang Hukum perdata

²⁶ Agnes Sri Rahayu, *Penerapan Hak Reproduksi Perempuan Terhadap Perjanjian Sewa Menyewa Rahim Dalam Kerangka Hukum Perdata Indonesia*, Tesis tidak diterbitkan, Program Pasca Sarjana Universitas Katolik Soegijapranata, Semarang, 2009. hal. 87.

²⁷ *Ibid.* hal. 88.

²⁸ Salim HS, *Bayi Tabung: Tinjauan Aspek Hukum*, Cet.1, Sinar Grafika, Jakarta, 1993. hal. 144.

Berdasarkan latar belakang masalah yang telah diuraikan di atas, maka penulis tertarik untuk melakukan penelitian tentang perjanjian *surrogate mother*. Fokus penelitian ini adalah tentang kedudukan hukum perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis ditinjau berdasarkan Pasal 1320 dan Pasal 1337 KUHPerdata dan hambatan dalam penerapannya. Penelitian ini berjudul **“Kedudukan Hukum Perjanjian *Surrogate Mother* (Ibu Surogasi) Atas Indikasi Medis di Indonesia”**.

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana kedudukan hukum perjanjian *surrogate mother* (ibu surogasi) atas indikasi medis di Indonesia ?
2. Apa hambatan dalam penerapan perjanjian *surrogate mother* (ibu surogasi) atas indikasi medis di Indonesia ?

C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian

1. Tujuan Penelitian

- a. Untuk mengetahui dan memahami kedudukan hukum perjanjian *surrogate mother* (ibu surogasi) berdasarkan Pasal 1320 dan pasal 1337 KUHPerdata.
- b. Untuk mengetahui hambatan penerapan perjanjian *surrogate mother* (ibu surogasi) Indonesia.

2. Kegunaan Penelitian

- a. Sebagai salah satu syarat dalam memperoleh gelar Magister Hukum (M.H) pada Program Pasca Sarjana, Universitas Islam Riau.
- b. Sebagai suatu konsep pemikiran terhadap perjanjian *surrogate mother* agar dapat lebih dipahami kedudukannya dalam hukum.
- c. Sebagai bahan rujukan dan pembandingan bagi peneliti lain yang berminat dalam mendalami perjanjian *surrogate mother*.

D. Kerangka Teori

1. Keadilan hukum

John Rawls dalam *A Theory of Justice*, mengatakan bahwa keadilan adalah kebajikan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam sistem pemikiran. Setiap orang memiliki kehormatan yang mendasar pada keadilan, sehingga seluruh masyarakat sekalipun tidak bisa membatalkannya. Karena itu dalam masyarakat yang adil, kebebasan warga negara dianggap mapan. Hak-hak yang dijamin oleh keadilan tidak tunduk pada tawar menawar politik atau kalkulasi kepentingan sosial.²⁹

Prinsip-prinsip keadilan bagi struktur dasar masyarakat merupakan tujuan dari kesepakatan. Hal ini adalah prinsip yang akan diterima orang-orang yang bebas dan rasional untuk memenuhi kepentingan mereka. Prinsip ini akan

²⁹ John Rawls, *Teori Keadilan: Dasar-Dasar Filsafat Politik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, Cet. Kedua, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2011. hal. 3-4.

mengatur semua persetujuan dan menentukan jenis kerja sama sosial yang bisa dilakukan. Cara pandang terhadap prinsip keadilan ini, disebut John Rawls keadilan sebagai *fairness*.³⁰

Dalam keadilan sebagai *fairness*, konsep tentang hak didahulukan daripada konsep tentang manfaat. Prioritas asas hak daripada asas manfaat dalam keadilan sebagai *fairness*, merupakan konsep utama keadilan dan tidak boleh melahirkan kecenderungan dan sikap-sikap yang bertentangan dengan dua prinsip keadilan.³¹

Dua prinsip keadilan yang dikemukakan oleh John Rawls, yaitu :
Pertama : Setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Kedua : Ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa sehingga (a) dapat diharapkan memberi keuntungan pada semua orang dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang.³²

Setiap rakyat Indonesia berhak mendapat perlakuan yang adil dalam semua segi kehidupan. Keadilan juga menjadi tuntunan untuk memenuhi kebutuhan hidup baik jasmani maupun rohani. Perlakuan sikap yang adil dapat diwujudkan dalam bentuk penghormatan terhadap hak-hak orang lain serta memberi bantuan/pertolongan kepada orang lain.³³

³⁰ Ibid. hal. 12-13.

³¹ Ibid. hal. 35.

³² Ibid. hal 72.

³³ Rozikin Daman, *Pancasila Dasar Falsafah Negara*, Rajawali Press, Jakarta, 1992. hal. 103.

Keadilan sosial yang tertuang dalam Pancasila, menurut Suryawaskito ada tiga prinsip, yaitu keadilan atas dasar hak, keadilan atas dasar jasa dan keadilan atas dasar kebutuhan. Keadilan atas dasar hak adalah keadilan yang diperhitungkan berdasarkan hak untuk diterima oleh seseorang. Keadilan atas dasar jasa adalah keadilan yang diperhitungkan berdasarkan jasa yang telah diberikan seseorang. Sedangkan keadilan atas dasar kebutuhan adalah keadilan yang diperhitungkan berdasarkan yang dibutuhkan seseorang.³⁴

2. Kebebasan berkontrak

Perikatan diatur dalam Buku III KUH Perdata. Pasal 1233 KUH Perdata menyatakan bahwa "Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan atau karena undang-undang". Setiap kewajiban perdata terjadi karena dikehendaki pihak-pihak terkait dalam perikatan yang mereka buat, atau karena ditentukan oleh peraturan perundang-undangan. Perikatan berarti hubungan hukum antara dua atau lebih orang dalam bidang/lapangan harta kekayaan, yang melahirkan kewajiban pada salah satu pihak.³⁵

Kebebasan berkontrak disebutkan dalam beberapa istilah seperti *Freedom of Contract*, *Liberty of Contract* dan *Party Otonomy*. Kebebasan berkontrak telah diakui dan dianut sebagai suatu asas hukum dalam perjanjian

³⁴ Cristian Siregar, *Pancasila, Keadilan Sosial dan Persatuan Indonesia*, Jurnal Humaniora, Vol. 5, No. 1, April. 2014. hal. 43.

³⁵ Mulajadi Kartini, Gunawan Widjaja, *Perikatan Pada Umumnya*. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003. hal. 17.

oleh negara-negara di dunia pada umumnya. Sehingga asas kebebasan berkontrak menjadi asas hukum yang bersifat universal.³⁶

Latar belakang lahirnya asas kebebasan berkontrak menurut Mariam Badruzaman adalah adanya paham individualisme yang lahir pada zaman Yunani. Diteruskan oleh kaum *Epicuristen* dan berkembang pesat pada zaman *renaissance* melalui ajaran-ajaran Hugo de Grecht, Thomas Hobbes, Jhon Locke dan Rosseau. Menurut paham individualisme, setiap orang bebas untuk memperoleh apa yang dikehendakinya.³⁷

Hugo Grotius berpendapat bahwa hak untuk mengadakan perjanjian adalah salah satu hak asasi manusia. Perjanjian adalah suatu tindakan suka rela dari seseorang dimana ia berjanji sesuatu kepada orang lain dengan maksud bahwa orang lain itu akan menerimanya. Pendekatan hukum alam terhadap kebebasan berkontrak sebagai suatu kebebasan manusia yang fundamental. Hukum alam menekankan tentang perlu adanya kebebasan bagi manusi. Hal itu berlaku juga terhadap hal yang berkaitan dengan kontrak.³⁸

Adam Smith mengatakan bahwa ketentuan perundang-undangan seyogyanya tidak digunakan untuk mencampuri kebebasan berkontrak. Ia berpendapat bahwa menurut sistem kebebasan berkontrak, penguasa hanya

³⁶ Sutan Remi Syahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993. hal.70.

³⁷ Salim H.S., *Hukum Perjanjian Teori dan Tehnik Penyusunan Perjanjian*, Cet. 8, Sinar Grafika, Jakarta, 2011. hal. 9.

³⁸ Sutan Remi Syahdeini, *op. cit.* hal.19.

mempunyai kewajiban melindungi masyarakat dari tindak kekerasan dan invasi dari masyarakat lain. Melindungi masyarakat dari ketidakadilan dan penindasan yang dilakukan oleh masyarakat lain. Menyediakan prasarana umum yang tidak dapat disediakan, dibangun dan dipelihara sendiri oleh masyarakat.³⁹

Pengertian kebebasan berkontrak dalam *common law*:⁴⁰

1. Tidak seorang pun terikat untuk membuat kontrak apapun jika ia tidak menghendakinya.
2. Setiap orang memiliki pilihan dengan siapa ia akan membuat kontrak.
3. Orang dapat membuat berbagai macam (bentuk) kontrak.
4. Orang dapat membuat berbagai kontrak dengan isi dan persyaratan yang dipilihnya.

Asas kebebasan berkontrak menurut hukum perjanjian Indonesia meliputi ruang lingkup sebagai berikut:⁴¹

1. Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian.
2. Kebebasan untuk memilih dengan siapa ia ingin membuat perjanjian.
3. Kebebasan untuk menentukan atau memilih kausa dari perjanjian yang dibuatnya.
4. Kebebasan untuk menentukan objek perjanjian.

³⁹ *Ibid.* hal. 20.

⁴⁰ Sri Rahayu Oktoberina, Niken Savitri (Ed.), *Butir-butir Pemikiran dalam Hukum Memperingati 70 Tahun Prof. Dr.B. Arief Sidharta*, Aditama, Bandung, 2008. hal. 269.

⁴¹ Sutan Remi Syahdeini, *op. cit.* hal.10.

5. Kebebasan untuk menentukan syarat-syarat suatu perjanjian, termasuk kebebasan untuk menerima atau menyimpang dari ketentuan undang-undang yang bersifat opsional.

Asas kebebasan berkontrak merupakan suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk :⁴²

1. Membuat atau tidak membuat suatu perjanjian.
2. Mengadakan perjanjian dengan siapapun.
3. Menentukan isi dari perjanjian, pelaksanaan, persyaratan.
4. Menentukan bentuk dari perjanjian apakah itu tertulis atau lisan.

Menurut asas kebebasan berkontrak, seseorang mempunyai pilihan yang bebas untuk mengadakan perjanjian. Di dalam asas ini terkandung pandangan bahwa orang bebas untuk melakukan atau tidak melakukan perjanjian, bebas dengan siapa ia mengadakan perjanjian, bebas tentang apa yang diperjanjikan dan bebas untuk menetapkan syarat-syarat perjanjian.⁴³

3. Hukum progresif

Hukum progresif dimulai dari suatu asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya. Hukum progresif merupakan koreksi terhadap kelemahan sistem hukum modern yang sarat dengan birokrasi serta ingin membebaskan diri dari dominasi hukum liberal. Secara lebih spesifik,

⁴² Salim H.S., *Hukum Perjanjian Teori dan Tehnik Penyusunan Perjanjian*, loc. cit

⁴³ Peter Mahmud Marzuki, *Batas-batas Kebebasan Berkontrak; Perlindungan Hukum Para Pihak Dalam Pengikatan Jaminan Fidusia; Kedudukan Perjanjian Arbitrase Menurut UU No. 30/1999*, Yuridika, Vol. 18. No. 3. Mei 2003. hal. 197.

hukum progresif bisa disebut sebagai “hukum yang pro-rakyat” dan “hukum yang pro-keadilan”.⁴⁴

Hukum progresif selalu peka terhadap perubahan-perubahan yang terjadi dalam masyarakat, baik lokal, nasional maupun global. Hukum progresif tidak ingin mempertahankan *status-quo*.⁴⁵ Hukum progresif tidak melihat hukum sebagai suatu produk final, melainkan yang secara terus menerus harus dibangun. Hukum dilihat sebagai suatu proses. Hukum progresif lebih memilih konsep perubahan dan pengubahan.⁴⁶

Hukum progresif menghendaki agar cara ber hukum tidak mengikuti model *status-quo*, melainkan secara aktif mencari dan menemukan *avenues* baru sehingga manfaat kehadiran hukum dalam masyarakat lebih meningkat. Oleh karena itu, hukum progresif sangat setuju dengan pikiran-pikiran kreatif dan inovatif dalam hukum untuk menembus kebuntuan dan kemandekan.⁴⁷

4. Perjanjian dan sahnya perjanjian

a. Perjanjian

Istilah perjanjian atau kontrak berasal dari bahasa Belanda, yaitu *verbinten* dan *overeenkomst*.⁴⁸ Dikenal 3 terjemahan *Verbentenis*, yaitu

⁴⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif ; Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Cet. 1. Genta Publishing, Yogyakarta, 2009. hal. 1-2.

⁴⁵ Ibid. hal. 18.

⁴⁶ Ibid. hal. 21.

⁴⁷ Ibid. hal. 96.

⁴⁸ Meria Utama, M Arfiana Novera, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak dan Arbitrase*. Cet. 1, Tunggal Mandiri, Malang, 2014. hal. 5.

perikatan, perutusan dan perjanjian. Sedangkan *Overeenkomst* ada 2 terjemahan, yaitu perjanjian dan persetujuan. Pasal 1313 KUHPerdara menyatakan : “Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih”.⁴⁹

Beberapa pengertian perjanjian atau kontrak yang dikemukakan oleh ahli, yaitu :⁵⁰

1. Menurut Lawrence M. Friedman : kontrak adalah seperangkat hukum yang hanya mengatur aspek tertentu dari pasar dan mengatur jenis perjanjian tertentu.
2. Menurut Michael D. Bayles : kontrak adalah aturan hukum yang berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian atau persetujuan.
3. Menurut Van Dunne : kontrak adalah suatu hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan hukum.

Menurut Subekti, suatu perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain atau dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Dari peristiwa ini timbul suatu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan.⁵¹ Abdul Kadir Muhammad memberikan pengertian perikatan adalah suatu hubungan hukum yang terjadi antara satu orang dengan orang lain karena suatu peristiwa atau keadaan.⁵²

⁴⁹ Handri Raharjo, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, Pustaka Yustitia, Yogyakarta, 2009. hal. 41.

⁵⁰ Meria Utama, M Arfiana Novera, *loc. cit.*

⁵¹ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet. 27, Intermasa, Jakarta 2014. hal. 1.

⁵² Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 2004. hal. 6.

Perikatan yang lahir dari perjanjian, memang dikehendaki oleh para pihak yang membuat perjanjian. Perikatan yang lahir dari undang-undang, diadakan oleh undang-undang diluar kemauan para pihak. Apabila dua orang mengadakan suatu perjanjian, maka antara mereka berlaku suatu perikatan hukum. Mereka terikat satu sama lain karena janji yang telah mereka berikan. Tali perikatan ini barulah putus, jika janji itu sudah dipenuhi.⁵³

Secara garis besar, KUHPerdota mengklasifikasikan jenis-jenis perjanjian sebagai berikut :⁵⁴

1. Perjanjian timbal balik dan perjanjian sepihak

Perjanjian timbal balik adalah perjanjian yang membebani hak dan kewajiban kepada kedua belah pihak. Perjanjian sepihak adalah perjanjian yang memberikan kewajiban kepada satu pihak dan hak kepada pihak lainnya.

2. Perjanjian percuma dan perjanjian dengan alas hak membebani

Perjanjian percuma adalah perjanjian yang hanya memberikan keuntungan kepada satu pihak. Perjanjian dengan alas hak yang membebani adalah perjanjian dimana terhadap prestasi dari pihak yang satu selalu terdapat kontra prestasi dari pihak lainnya, sedangkan kedua prestasi tersebut ada hubungannya menurut hukum.

3. Perjanjian bernama dan tidak bernama

⁵³ Subekti, *op.cit.* hal. 3.

⁵⁴ Abdul Kadir Muhamad, *Hukum Perjanjian*, Citra Aditya Abadi, Bandung, 2014. hal. 86.

Perjanjian bernama adalah perjanjian yang mempunyai nama sendiri, yang terbatas, misalnya jual beli, sewa menyewa. Sedangkan perjanjian tidak bernama adalah perjanjian yang tidak mempunyai nama tertentu dan jumlahnya tidak terbatas.

4. Perjanjian kebendaan dan perjanjian obligatoir

Perjanjian kebendaan adalah perjanjian memindahkan hak milik dalam perjanjian jual-beli. Perjanjian kebendaan sebagai pelaksanaan dari perjanjian obligatoir. Perjanjian obligatoir adalah perjanjian yang menimbulkan perikatan, artinya timbul hak dan kewajiban para pihak.

5. Perjanjian konsensual dan perjanjian real

Perjanjian konsensual adalah perjanjian yang timbul karena ada perjanjian kehendak antara pihak-pihak. Perjanjian real adalah perjanjian disamping ada perjanjian kehendak juga sekaligus harus ada penyerahan nyata atas barang yang diperjanjikan.

b. Sahnya perjanjian

Perjanjian dapat dibuat secara bebas mengenai apa saja asalkan tidak melanggar peraturan perundang-undangan, ketertiban umum dan kesusilaan. Ini dikenal dengan asas kebebasan berkontrak. Dilihat dari syarat sahnya perjanjian dan asas kebebasan berkontrak, maka isi perjanjian dapat dibedakan menjadi

bagian inti (*wesenlijk oordeel*) yaitu unsur *essensialia* dan bagian yang bukan inti (*non wesenlijk oordeel*) yaitu unsur *naturalia* dan unsur *aksidentalialia*.⁵⁵

Unsur *essensialia* merupakan unsur yang biasanya dijumpai dalam perjanjian. Namun tanpa pencantuman unsure inipun, suatu perjanjian tetap sah dan mengikat para pihak yang membuatnya, kecuali dinyatakan sebaliknya. Unsur *aksidentalialia* merupakan suatu syarat yang tidak mutlak harus ada, tetapi dicantumkan juga oleh para pihak untuk keperluan tertentu dengan maksud tertentu sebagai penegasan dan suatu kepastian.⁵⁶

Pasal 1320 KUHPerdara menentukan sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat yaitu :⁵⁷

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya.
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan.
3. Suatu hal tertentu.
4. Suatu sebab yang halal.

Dua syarat yang pertama dinamakan syarat subjektif, karena mengenai orang-orangnya atau subjek yang mengadakan perjanjian. Sedangkan dua syarat terakhir dinamakan syarat-syarat objektif, karena mengenai perjanjiannya sendiri atau objek dari perbuatan hukum yang akan dilakukan.⁵⁸

⁵⁵ Salim H.S., *Hukum Perjanjian Teori dan Teknik Penyusunan Perjanjian*, op. cit. hal. 26.

⁵⁶ *Ibid*. hal. 27.

⁵⁷ Subekti, op.cit. hal. 17.

⁵⁸ *Ibid*

Sepakat dimaksudkan bahwa kedua subjek yang mengadakan perjanjian itu harus bersepakat, setuju atau seiya-sekata mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian yang diadakan itu. Apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu juga dikehendaki oleh pihak yang lain. Mereka menghendaki sesuatu yang sama secara timbal balik.⁵⁹

Orang yang membuat suatu perjanjian harus cakap menurut hukum. Setiap orang yang sudah dewasa atau aqil-baliq dan sehat pikirannya, adalah cakap menurut hukum. Dalam Pasal 1330 KUHPerdara disebut orang-orang yang tidak cakap untuk membuat suatu perjanjian adalah :⁶⁰

1. Orang-orang yang belum dewasa.
2. Mereka yang ditaruh dibawah pengampuan.
3. Orang-orang perempuan dalam hal-hal yang ditetapkan oleh undang-undang dan semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat perjanjian-perjanjian tertentu.

Syarat ketiga suatu perjanjian disebutkan bahwa suatu perjanjian harus mengenai suatu hal tertentu. Barang yang dimaksud dalam perjanjian paling sedikit harus disebutkan jenisnya. Keberadaan dan jumlah tidak harus disebutkan.⁶¹ Menurut Pasal 1333 KUHPerdara, barang yang menjadi objek suatu perjanjian haruslah tertentu, setidaknya haruslah ditentukan jenisnya,

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.* hal. 19.

sedangkan jumlahnya tidak perlu ditentukan, asalkan saja kemudian dapat ditentukan atau diperhitungkan.

Dalam Pasal 1334 Ayat 1 KUHPerdara ditentukan bahwa barang-barang yang baru akan ada di kemudian hari juga dapat menjadi objek suatu perjanjian. Barang-barang yang seketika belum ada dapat menjadi objek suatu perjanjian. Istilah “belum ada” dapat menjadi mutlak (absolut) seperti halnya orang menjual padi yang akan ditanam tahun depan. Juga dapat berarti relatif seperti orang menjual yang sudah berwujud beras tetapi, waktu itu masih menjadi milik orang lain dan akan jatuh ketangan sipenjual.⁶²

Syarat ke-empat untuk suatu perjanjian yang sah harus adanya suatu sebab yang halal. Suatu sebab ini dimaksud tiada lain dari pada isi perjanjian. Sebab itu bukan sesuatu yang menyebabkan seseorang membuat perjanjian. Sesuatu yang menyebabkan atau mendorong seseorang membuat perjanjian, pada dasarnya tidak dipedulikan oleh undang-undang.⁶³

Dalam Pasal 1335 KUHPerdara dinyatakan bahwa : Suatu persetujuan tanpa sebab atau dibuat berdasarkan suatu sebab yang palsu atau yang terlarang, tidak mempunyai kekuatan. Berdasarkan Pasal ini, maka perjanjian akan batal jika isi perjanjian merupakan sesuatu yang dilarang hukum. Hal yang dilarang hukum dalam perjanjian, dinyatakan dalam Pasal 1337 KUHPerdara yang

⁶² Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Cet. 9, Mandar Maju, Bandung, 2011. hal. 21.

⁶³ Subekti, *loc.cit.*

berbunyi : Suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang atau apabila berlawanan dengan kesusilaan atau ketertiban umum.⁶⁴

Secara umum dikatakan bahwa undang-undang tidak mensyaratkan suatu kontrak adalah sah jika tertulis. Dengan demikian kontrak secara lisan atau dengan isyarat saja sudah dianggap sah secara yuridis. Pada prinsipnya tidak ada kewajiban suatu kontrak dibuat secara tertulis. Asalkan telah dipenuhinya syarat-syarat sahnya satu kontrak, maka kontrak tersebut sah.⁶⁵

5. *Surrogate mother*

Surrogate mother atau dikenal dengan “sewa rahim” adalah penanaman embrio dari pasangan suami-istri ke rahim wanita lain. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia “sewa” diartikan sebagai pemakaian (pinjaman) sesuatu dengan membayar uang sewa. Kata “rahim” bermakna kandungan atau peranakan. Maka dapat diartikan bahwa “sewa rahim” merupakan pemakaian (peminjaman) rahim dengan memberi atau membayar uang sewa.⁶⁶

Surrogate mother adalah wanita yang bersedia mengandung benih dari pasangan suami-isteri, dengan menerima suatu imbalan tertentu.⁶⁷ Perjanjian *surrogate mother* adalah perjanjian seorang wanita yang mengikatkan dirinya

⁶⁴ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

⁶⁵ Munir Fuady, *Hukum Kontrak*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hal. 83.

⁶⁶ Muhammad Ali Hanafiah, *loc. cit.*

⁶⁷ Nurul Alifah Rahmawati. *Fenomena Surrogate Mother (Ibu Pengganti) dalam Perspektif Islam Ditinjau dari Hadis*. Jurnal Nuansa, Vol. 14, No. 2, Juli – Desember 2017. hal. 412.

dengan pihak lain (suami-istri) untuk menjadi hamil dan setelah melahirkan menyerahkan anak atau bayi tersebut.⁶⁸

Bentuk-bentuk *surrogate mother* :⁶⁹

- a. Benih isteri (ovum) disenyawakan dengan benih suami (sperma), kemudian dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Hal ini dilakukan jika benih isteri baik, tetapi rahimnya telah diangkat, cacat, ada penyakit atau sebab-sebab yang lain.
- b. Sama dengan bentuk pertama, tetapi benih yang telah disenyawakan dimasukkan ke dalam rahim ibu surogasi setelah kematian suaminya.
- c. Ovum isteri disenyawakan dengan sperma lelaki lain dan dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Hal ini dilakukan jika suami mandul dan rahim isteri tidak bisa untuk hamil, tetapi benih isteri baik.
- d. Sperma suami disenyawakan dengan ovum wanita lain, kemudian dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Keadaan ini berlaku apabila isteri ditimpa penyakit pada ovarium dan rahimnya sehingga tidak bisa hamil atau isteri yang telah mencapai tahap putus haid (*menopause*).
- e. Sperma suami dan ovum isteri disenyawakan, kemudian dimasukkan ke dalam rahim isteri lain dari suami yang sama.

Dalam praktiknya, *surrogate mother* yang dilakukan secara umum ada dua jenis yaitu :⁷⁰

⁶⁸ Aditya Wiguna Sanjaya, *Aspek hukum Sewa Rahim (Surrogate Mother) Dalam Perspektif Hukum Perdata dan Hukum Pidana*, Jurnal Rechtsens, Vol. 5, No. 2, Desember 2016. hal. 38.

⁶⁹ Muhammad Ali Hanafiah Selian, *op.cit.* hal. 135.

a. Sewa rahim semata (*gestational surrogacy*)

Embrio yang berasal dari sperma suami dan sel telur istri yang dipertemukan melalui teknologi bayi tabung, ditanamkan dalam rahim wanita lain.

b. Sewa rahim dengan keikutsertaan sel telur (*genetic surrogacy*)

Sel telur yang membentuk embrio adalah sel telur wanita surogasi, sedangkan sperma adalah sperma si suami. Pertemuan sperma dan sel telur pada tipe kedua ini dapat melalui inseminasi buatan atau melalui persetubuhan antara suami dengan wanita surogasi tersebut.

Tujuan dilakukannya *surrogate mother* adalah:⁷¹

- 1) Agar wanita yang tidak bisa atau tidak boleh hamil karena menderita penyakit atau kecacatan bisa memiliki anak.
- 2) Agar wanita yang rahimnya telah diangkat, bisa memiliki anak.
- 3) Wanita yang ingin memiliki anak tetapi tidak mau hamil, melahirkan dan menyusukan anak atau wanita yang ingin menjaga kecantikan tubuhnya dengan mengelak dari akibat kehamilan.
- 4) Wanita yang ingin memiliki anak tetapi telah putus haid (*menopause*).
- 5) Wanita yang ingin mencari pendapatan dengan menyewakan rahimnya kepada orang lain.

⁷⁰ *Ibid.* hal. 134.

⁷¹ Nurul Alifah Rahmawati. *Op.cit.* hal. 413.

6. Indikasi medis *surrogate mother*

Menurut Danny Wiradharma, setiap tindakan medis yang dilakukan harus memenuhi tiga syarat :⁷²

1. Memiliki indikasi medis ke arah suatu tujuan perawatan yang kongkrit.
2. Dilakukan menurut ketentuan yang berlaku di dalam ilmu kedokteran
3. Telah mendapat persetujuan tindakan dari pasien .

Pada *surrogate mother*, yang menjadi indikasi medis dilakukannya tindakan tersebut adalah wanita yang tidak bisa hamil atau tidak boleh hamil. Alasan tidak bisa hamil atau tidak boleh hamil dapat dikelompokkan pada tiga kelompok yaitu :

1. Kelainan bawaan rahim

Secara garis besar penyebab infertilitas dapat dibagi menjadi faktor tuba dan pelvik (35%), faktor lelaki (35%), faktor ovulasi (15%), faktor idiopatik (10%) dan faktor lain (5%). Faktor lain termasuk fibroid, polip endometrium dan kelainan rahim.⁷³

Anomali organ genital perempuan dapat disebabkan oleh beberapa mekanisme yang dapat disingkat sebagai CAFÉ (*Canalization, Agenesis, Fusion and Embryonic rest*). Kegagalan dalam pembentukan

⁷² Ngesti Lestari, "Masalah Malpraktek Etik Dalam Praktek Dokter", Kumpulan Makalah Seminar tentang Etika dan Hukum Kedokteran diselenggarakan oleh RSUD. Dr. Saiful Anwar, Malang, 2001. hal. 87-88.

⁷³ Andon Hestiantoro, *Infertilitas*, Ilmu Kandungan, Ed. 3, Cet. 1, Bina Pustaka Sarwono Prawirohardjo, Jakarta, 2011. hal. 425.

(agenesis) akan mengakibatkan organ genitalia tersebut tidak terbentuk sama sekali (vagina dan uterus tidak terbentuk).⁷⁴

Meskipun kelainan ini dapat ditangani dengan membuat vagina, namun ilmu kedokteran belum mampu membuat rahim. Transplantasi rahim telah diupayakan, tetapi masih dalam tahap percobaan. Wanita yang tidak dapat hamil namun masih memiliki ovarium, dapat memiliki keturunan melalui *fertilisasi in vitro* dan surogasi.⁷⁵

2. Operasi pengangkatan rahim

Operasi pengangkatan rahim (*histerektomi*) sering terjadi, baik karena tumor rahim (mioma) maupun karena perdarahan banyak setelah melahirkan (perdarahan *post partum*). *Histerektomi* adalah tindakan pengangkatan rahim dengan pembedahan.⁷⁶ Prevalensi *histerektomi* di Indonesia antara 13-37 %.⁷⁷

3. Penyakit atau keadaan yang tidak membolehkan wanita hamil

Risiko terjadinya komplikasi saat hamil dan bersalin yang dapat menyebabkan kecacatan, kesakitan atau kematian pada ibu atau bayi.⁷⁸

⁷⁴ Kanadi Sumapraja, *Kelainan Kongenital Pada Sistem Reproduksi dan Masalah Kelainan Pertumbuhan Seks*. Ilmu Kandungan, Ed. 3, Cet. 1, Bina Pustaka Sarwono Prawirohardjo, Jakarta, 2011. hal. 153.

⁷⁵ Thomas Obinchemti Egbe et all, *A case of Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser syndrome in a low-resource tertiary hospital in Douala, Cameroon*, SAGE Open Medical Case Reports, Vol. 7, 2019. hal. 1-2.

⁷⁶ Manuaba, *Ilmu Kebidanan dan Penyakit Kandungan*, EGC, Jakarta, 1998. hal. 26

⁷⁷ Ghozali, S., Junizaf, Santosa. *Perangai seksual pasca histerektomi total*. Indonesia J. Obstet Gynecol. Vol. 24, No. 2, 2004. hal. 82

⁷⁸ Poedji Rochijati, *Skrining Antenatal pada Ibu Hamil*, Airlangga University Press, Surabaya, 2003. hal. 26.

Kehamilan risiko tinggi adalah kehamilan yang disertai atau cenderung terjadi keadaan yang membahayakan ibu dan janinnya, termasuk keadaan yang dapat menimbulkan kelainan fisik dan mental pada bayi.⁷⁹

Beberapa penyakit yang dapat mempengaruhi kehamilan serta membahayakan ibu dan janin antara lain *hipertensi*, gagal ginjal, diabetes, gondok, kanker, kelainan *kardiovaskuler*, TBC, *lupus eritematosus*, malnutrisi berat, keterbelakangan mental, kecanduan alkohol dan narkotika, *psikosis* dan penyakit-penyakit *neurologis*.⁸⁰

Surrogate mother secara tegas tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. Beberapa pendapat yang menyatakan *surrogate mother* dilarang adalah berdasarkan interpretasi masing-masing. Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan dan Peraturan Pemerintah Nomor 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi mengatur tentang upaya kehamilan berbantu seperti bayi tabung.

Demikian juga halnya dengan Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 43 Tahun 2015 Tentang Penyelenggaraan Pelayanan Reproduksi Dengan Bantuan Atau Kehamilan Di Luar Cara Alamiah. Permenkes ini mengatur tentang teknis pelaksanaan program bayi tabung, namun tidak menyebutkan dengan jelas tentang *surrogate mother*.

⁷⁹ Rukmono Siswihanto, dkk. *Kehamilan Risiko Tinggi*, Laboratorium Penelitian Kesehatan dan Gizi Masyarakat, Jurnal Fakultas Kedokteran UGM, Yogyakarta, 2009. hal. 8.

⁸⁰ *Ibid.* hal. 5.

E. Konsep Operasional

Penelitian ini merupakan analisa tentang kedudukan hukum perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis, agar bisa dipahami serta kemungkinan untuk diterapkan di Indonesia. Analisa dilakukan dengan mengacu pada Pasal 1320 KUHPerdara tentang syarat sahnya suatu perjanjian serta Pasal 1337 KUHPerdara tentang sebab terlarang dalam suatu perjanjian.

Kedudukan hukum adalah adanya suatu kepastian hukum dalam suatu perbuatan. Menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu : Pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan. Kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu, individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh negara terhadapnya.⁸¹

Perjanjian hanya akan memiliki akibat hukum jika memenuhi dua syarat. Syarat pertama yaitu tujuan perjanjian mempunyai dasar yang pantas atau patut. Syarat kedua yaitu perjanjian harus mengandung sifat yang sah.⁸² Dua syarat tersebut menentukan kedudukan hukum suatu perjanjian.

Kedudukan hukum dalam penelitian ini adalah kepastian hukum boleh atau tidaknya perjanjian *surrogate mother* dilakukan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang ada. Legalitas dan keabsahan perjanjian *surrogate*

⁸¹ Abdulkadir Muhammad, Hukum Perikatan, Alumni, Bandung, 1982. hal. 20

⁸² Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia Dalam Perspektif Perbandingan*, FH UII Press, Yogyakarta, 2014, hal. 190.

mother dianalisa berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia.

Perjanjian menurut Pasal 1313 KUHPerdata, adalah suatu perbuatan satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih lainnya. Menurut Subekti, perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal.⁸³

Perjanjian *surrogate mother* dalam penelitian ini adalah kesepakatan seorang wanita yang mengikatkan dirinya dengan pihak lain (suami-istri) untuk menjadi hamil dan setelah melahirkan akan menyerahkan bayi tersebut kepada pasangan suami-istri yang membuat perikatan dengan dirinya.⁸⁴ Embrio yang ditanamkan kedalam rahim wanita tersebut merupakan benih yang berasal dari suami-isteri yang sah terikat perkawinan.⁸⁵

Indikasi medis merupakan alasan atau sebab dilakukannya suatu tindakan medis.⁸⁶ Pada penelitian ini, indikasi medis dilakukannya perjanjian *surrogate mother* adalah wanita yang tidak bisa hamil karena tidak memiliki rahim baik bawaan dari lahir maupun rahimnya diangkat karena suatu sebab atau wanita yang tidak boleh hamil karena memiliki penyakit yang dapat membahayakan nyawanya jika hamil.

⁸³ Subekti, *op. cit.* hal. 1.

⁸⁴ Aditya Wiguna Sanjaya, *loc. cit*

⁸⁵ Muhammad Ali Hanafiah Selian, *op.cit.* hal. 135.

⁸⁶ Ngesti Lestari, *loc. cit.*

F. Metode Penelitian

1. Jenis dan Sifat Penelitian

Jenis penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif. Penelitian hukum normatif adalah penelitian hukum dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder.⁸⁷ Pada penelitian ini penulis memfokuskan bahasan berdasarkan asas-asas hukum untuk mengetahui kedudukan hukum perjanjian *surrogate mother* menurut ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia.

Menurut Peter Mahmud Marzuki, penelitian hukum normatif bersifat preskriptif dimana objek ilmu hukum merupakan koherensi antara norma hukum dan prinsip hukum serta antara tingkah laku individu dengan norma hukum. Sebagai ilmu yang bersifat preskriptif, ilmu hukum mempelajari tujuan hukum, nilai-nilai keadilan, validitas aturan, konsep-konsep dan norma-norma hukum.⁸⁸ Penelitian ini bertujuan untuk memberikan gambaran atau merumuskan masalah sesuai dengan keadaan atau fakta.⁸⁹

2. Objek Penelitian

Objek penelitian hukum normatif menjadikan norma hukum yang berlaku sebagai pusat kajiannya. Sistem norma dalam arti yang sederhana yaitu

⁸⁷ Soerjono Soekanto, Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Cet. 18, RajaGrafindo Persada, Depok, 2018. hal. 13.

⁸⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011. hal. 35.

⁸⁹ Salim HS, Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2013. hal. 9.

sistem kaidah atau aturan. Penelitian hukum normatif memiliki objek kajian tentang kaidah atau aturan hukum yang terkait dengan suatu peristiwa hukum.⁹⁰

Penelitian ini dilakukan dengan maksud untuk memberikan argumentasi hukum sebagai dasar penentu apakah suatu peristiwa sudah benar atau salah serta bagaimana sebaiknya peristiwa itu menurut hukum.⁹¹ Objek penelitian ini adalah norma-norma hukum yang berkaitan dengan perjanjian *surrogate mother* ditinjau berdasarkan Pasal 1320 Ayat 4 dan Pasal 1337 KUHPerdara.

3. Data dan Sumber Data

Data yang dijadikan sebagai bahan kajian dalam penelitian ini adalah data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, sekunder dan tersier.

- a. Bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang memiliki kekuatan hukum mengikat, terdiri dari peraturan perundang-undangan, yaitu :
 1. Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945.
 2. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata
 3. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia
 4. Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan
 5. Peraturan Pemerintah Nomor 13 Tahun 2013 tentang Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri.

⁹⁰ Mukti Fajar, *Dualisme Penelitian Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2015. hal. 36

⁹¹ *Ibid*

6. Peraturan Pemerintah Nomor 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi.
 7. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 44 Tahun 2010 Tentang Ketentraman, Ketertiban Dan Perlindungan Masyarakat Dalam Rangka Penegakan Hak Asasi Manusia.
 8. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 26 Tahun 2020 Tentang Penyelenggaraan Ketertiban Dan Ketentraman Masyarakat serta Perlindungan Masyarakat.
 9. Peraturan Menteri Kesehatan No. 039/Menkes/SK/I/2010 tentang Penyelenggaraan Pelayanan Teknologi Reproduksi Berbantu.
 10. Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 43 Tahun 2015 Tentang Penyelenggaraan Pelayanan Reproduksi Dengan Bantuan Atau Kehamilan Di Luar Cara Alami.
 11. Surat Keputusan Dirjen Pelayanan Medik Depkes RI Tahun 2000 tentang Pedoman Pelayanan Bayi Tabung di Rumah Sakit.
 12. Peraturan perundang-undangan lain yang terkait.
- b. Bahan hukum sekunder yaitu bahan hukum yang terdiri dari buku atau jurnal hukum mengenai prinsip-prinsip dasar (asas hukum), pandangan para ahli hukum (doktrin) dan hasil penelitian hukum. Dalam penelitian ini menggunakan bahan hukum sekunder yaitu :
1. Buku-buku ilmiah terkait.

2. Dokumen-dokumen terkait.
 3. Makalah-makalah terkait.
 4. Jurnal-jurnal terkait.
 5. Bahan hukum sekunder lain-lain yang berhubungan dengan permasalahan dalam penelitian ini.
- c. Bahan hukum tersier yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum tersier meliputi kamus, kamus hukum dan lain sebagainya.

4. Analisa Data

Analisa data untuk jenis penelitian normatif berupa metode preskriptif yaitu metode analisa yang memberikan penilaian tentang objek yang diteliti apakah benar atau salah atau apa yang seharusnya menurut hukum.⁹² Data diolah secara sistematis dari bahan yang diperoleh berupa hukum tertulis. Selanjutnya dilanjutkan ketahap pemeriksaan dan pengelompokan serta pembahasan. Hasil Analisa bahan hukum akan diinterpretasikan menggunakan metode interpretasi (a) sistematis, (b) gramatikal dan (c) teleologis.⁹³

Interpretasi sistematis yaitu menginterpretasikan secara sistematis naskah hukum yang ada. Jika yang dijelaskan adalah pasal suatu undang-undang, maka ketentuan yang sama dalam peraturan lainnya juga harus

⁹² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cet. 2. Kencana, Jakarta, 2008, hal. 40

⁹³ Jimly Asshiddiqie, *Teori dan Aliran Penafsiran Hukum Tata Negara*, Ind. Hill. Co, Jakarta, 1997. hal. 17-18.

dijadikan acuan. Untuk menafsirkan ini dicari ketentuan yang saling terhubung dan dapat menentukan maknanya.⁹⁴

Interpretasi gramatikal yaitu metode penafsiran hukum pada makna teks yang di dalam kaidah hukum. Penafsiran ini bertitik tolak pada makna menurut pemakaian bahasa sehari-hari atau makna teknis-yuridis yang lazim atau dianggap sudah baku.⁹⁵ Interpretasi gramatikal dalam penelitian ini terkait dengan makna teks dalam perjanjian *surrogate mother*.

Interpretasi teleologis merupakan metode penafsiran yang difokuskan pada penguraian atau formulasi kaidah-kaidah hukum menurut tujuan dan jangkauannya. Penafsiran teleologis memiliki fokus perhatian bahwa fakta pada norma hukum mengandung tujuan untuk kepentingan tertentu. Penafsiran ini selanjutnya memperhitungkan konteks kemasyarakatan.⁹⁶

5. Metode Penarikan Kesimpulan

Metode penarikan kesimpulan pada penelitian ini menggunakan metode deduktif. Metode deduktif merupakan cara menarik kesimpulan berdasarkan pemikiran yang bersifat umum, kemudian disimpulkan menjadi yang bersifat khusus atau dari kaidah yang bersifat umum kepada yang bersifat khusus.⁹⁷

⁹⁴ Ph. Visser't Hoft, Penemuan Hukum (Terj. B. Arief Shidarta). Bandung, Lab. Hukum FH Universitas Parahiyangan. 2001. hal. 25.

⁹⁵ *Ibid*

⁹⁶ *Ibid*. hal. 30

⁹⁷ Ishaq, *Metode Penelitian Hukum dan Penulisan Skripsi, Tesis, serta Disertasi*, Alfabeta, Bandung, 2017. hal. 5.

BAB II TINJAUAN

UMUM

A. Hukum Perjanjian/Kontrak

Hukum yang ada tidak memadai mengatur atau menyelesaikan semua masalah yang timbul di masyarakat. Meski demikian, hukum harus memberikan penyelesaian yang adil terhadap semua masalah tersebut. Hukum memiliki fungsi melayani kepentingan masyarakat. Hukum memiliki aspek kepastian hukum dan juga harus memenuhi kebutuhan masyarakat akan keadilan.⁹⁸

Perjanjian sebagai instrumen hukum untuk memfasilitasi pertukaran hak dan kewajiban diharapkan berlangsung secara adil, pasti dan efisien sesuai dengan kesepakatan para pihak. Pertukaran ini menjadi otoritas para pihak, kecuali dalam batas-batas tertentu timbul intervensi, baik dari undang-undang maupun dari lembaga hukum tertentu. Intervensi ini lebih ditujukan untuk menjaga proses hukum pertukaran hak dan kewajiban berlangsung secara adil, pasti dan efisien.⁹⁹

Charless L. Knapp dan Nathan M. Crystal mengatakan *contract is an aggrement between two or more persons not merely a shared belief, but*

⁹⁸ Muhammad Syaifuddin, *Hukum Kontrak : Memahami Kontrak dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik dan Praktik hukum*, Cet. 2, Mandar Maju, Bandung, 2016, hal. 46.

⁹⁹ *Ibid.* hal, 9.

common understanding as to something that is to be done in the future by one or both of them. Artinya, kontrak adalah suatu persetujuan antara dua orang atau lebih tidak hanya memberikan kepercayaan, tetapi secara bersama saling pengertian untuk melakukan sesuatu pada masa mendatang oleh seseorang atau keduanya dari mereka.¹⁰⁰

Menurut teori yang dikemukakan oleh Van Dunne, perjanjian adalah “suatu hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum.” Teori tersebut tidak hanya melihat perjanjian semata, tetapi juga harus dilihat perbuatan sebelumnya. Ada tiga tahap dalam membuat perjanjian menurut teori, yaitu :¹⁰¹

1. Tahap *Pracontractual*, yaitu adanya penawaran dan penerimaan.
2. Tahap *contractual*, yaitu adanya persesuaian pernyataan kehendak antara para pihak.
3. Tahap *post contractual*, yaitu pelaksanaan perjanjian.

Pendapat ini tidak hanya mengkaji definisi kontrak, tetapi ia juga menentukan unsur-unsur yang harus dipenuhi supaya suatu transaksi dapat disebut kontrak. Ada tiga unsur kontrak, yaitu :¹⁰²

1. *The agreement fact between the parties* (adanya fakta kesepakatan antara kedua belah pihak).

¹⁰⁰ Salim HS. *Hukum Kontrak Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*. Cet. 14, Sinar Grafika, Jakarta, 2019: 26

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

2. *The agreement as writen* (persetujuan dibuat secara tertulis).
3. *The set rights and duties created by* (1) and (2) (adanya orang yang berhak dan berkewajiban membuat (1) kesepakatan dan (2) persetujuan tertulis).

Mariam Darus Badruzaman mengartikan perjanjian atau kontrak sebagai pembuatan hukum yang menimbulkan perikatan. Hubungan hukum yang terjadi diantara dua orang atau lebih di dalam lapangan kekayaan. Pihak yang satu berhak atas prestasi dan pihak lainnya wajib memenuhi prestasi. R. Wirjono Prodjodikoro menegaskan pengertian persetujuan (perjanjian/kontrak) ialah hubungan hukum mengenai harta benda antara dua pihak yang mana satu pihak berjanji melakukan atau tidak melakukan sesuatu hal, sedang pihak lain berhak menuntut kontrak itu.¹⁰³

Hartkamp memaparkan ciri atau karakteristik lain dari kontrak, yaitu :¹⁰⁴

1. Kontrak bentuknya bebas, namun beberapa kontrak tertentu memiliki bentuk khusus dipersyaratkan oleh peraturan perundang-undangan.
2. Tindakan hukum harus terbentuk oleh atau melalui kerja sama dari dua atau lebih pihak.
3. Pernyataan kehendak yang berkesuaian tersebut tergantung satu dengan lainnya.

¹⁰³ Muhammad Syaifuddin , *op.cit.* hal, 22.

¹⁰⁴ *Ibid*, hal. 20.

4. Kehendak dari para pihak harus ditujukan untuk menimbulkan akibat hukum.
5. Akibat hukum ini ditimbulkan demi kepentingan satu pihak dan atas beban pihak lainnya atau demi kepentingan dan atas beban kedua belah pihak.

Abdul Kadir Muhammad menguraikan unsur-unsur dalam suatu perjanjian atau kontrak, yaitu :¹⁰⁵

- a. Ada pihak-pihak, minimal dua orang yang terdiri dari subjek hukum berupa manusia dan badan hukum (*recht person*). Dalam hal para pihak adalah manusia, maka orang tersebut harus telah dewasa dan cakap.
- b. Ada persetujuan antara pihak berdasarkan kebebasan untuk mengadakan tawar menawar (*bargaining*) atau konsensus dalam suatu perjanjian.
- c. Ada satu atau beberapa tujuan tertentu yang ingin dicapai, yang tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum, kebiasaan yang diakui masyarakat dan kesusilaan.
- d. Ada prestasi yang harus dilaksanakan oleh satu pihak dan dapat dituntut oleh pihak lainnya, begitu pula sebaliknya.
- e. Ada bentuk tertentu yang dapat dibuat secara tertulis dalam suatu akta autentik maupun di bawah tangan, bahkan dapat dibuat secara lisan.
- f. Ada syarat-syarat tertentu menurut undang-undang, agar suatu kontrak yang dibuat menjadi sah.

¹⁰⁵ *Ibid*, hal. 22-23.

1. Hubungan perjanjian/kontrak dan perikatan

Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Dari peristiwa ini, timbul suatu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan. Perjanjian menerbitkan perikatan antara dua orang yang membuatnya. Dalam bentuknya, perjanjian itu berupa rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis.¹⁰⁶

Hubungan perikatan dan perjanjian adalah bahwa perjanjian menerbitkan perikatan. Perjanjian adalah sumber perikatan, disamping sumber-sumber lain. Perjanjian juga dinamakan persetujuan, karena kedua pihak setuju untuk melakukan sesuatu. Sedangkan pengertian kontrak lebih sempit karena ditujukan kepada perjanjian atau persetujuan tertulis.¹⁰⁷

Perikatan paling banyak diterbitkan oleh suatu perjanjian, tetapi ada juga sumber lain yang melahirkan perikatan. Perjanjian merupakan sumber penting yang melahirkan perikatan. Sumber lain adalah undang-undang. Ada perikatan yang lahir dari perjanjian dan ada perikatan yang lahir dari undang-undang.¹⁰⁸

Perikatan yang lahir dari perjanjian, memang dikehendaki oleh dua orang atau dua pihak yang membuatnya. Perikatan yang lahir dari undang-undang, diluar kemauan para pihak yang bersangkutan. Apabila dua orang mengadakan suatu perjanjian, maka mereka bermaksud supaya antara mereka

¹⁰⁶ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet. 27. Intermedia, Jakarta, 2014, hal. 1.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

berlaku suatu perikatan hukum. Mereka terikat satu sama lain karena janji. Perikatan berakhir kalau semua janji sudah dipenuhi oleh para pihak.¹⁰⁹

R. Subekti, mengartikan perjanjian atau kontrak adalah “suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain atau dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal. Dari peristiwa ini, timbullah suatu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan “perikatan”. Oleh karena itu, perjanjian menerbitkan suatu perikatan antara dua orang yang membuatnya.¹¹⁰

Perikatan yang bersumber dari kontrak pada prinsipnya mempunyai kekuatan yang sama dengan perikatan yang bersumber dari perundang-undangan. Dasar hukum dari kekuatan suatu kontrak tersebut adalah pasal 1338 ayat (1) KUHPdata yang mengatakan bahwa suatu kontrak yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.¹¹¹

2. Hak mengadakan perjanjian/kontrak

Hugo Grotius menegaskan bahwa hak untuk mengadakan kontrak adalah hak asasi manusia yang dilindungi oleh *supreme body of law*, dilandasi oleh nalar manusia yang disebutnya sebagai hukum alam. Hak untuk membuat kontrak sebagai hak asasi manusia, memberikan pemahaman bahwa pembuatan kontrak adalah refleksi dari pelaksanaan hak asasi manusia.¹¹²

¹⁰⁹ *Ibid*, hal, 3.

¹¹⁰ Muhammad Syaifuddin, *loc. cit.*

¹¹¹ Munir Fuady, *op. cit.* hal. 23.

¹¹² Muhammad Syaifuddin, *op. cit.* hal. 18.

Grotius memahami kontrak adalah suatu perbuatan sukarela seseorang yang membuat janji tentang sesuatu kepada orang lain dengan penekanan bahwa masing-masing akan menerima dan melaksanakannya sesuai dengan yang telah diperjanjikan. Kontrak dibuat berdasarkan kehendak dan kekuatan personal dari individu-individu yang membuatnya, didukung oleh harta kekayaan milik mereka, yang dapat dialihkan berdasarkan kontrak tersebut.¹¹³

Herlien Budiono memberi pengertian kontrak atau perjanjian adalah pembuatan hukum yang menimbulkan, berubahnya, hapusnya hak atau menimbulkan suatu hubungan hukum. Kontrak atau perjanjian menimbulkan akibat hukum yang merupakan tujuan para pihak. Jika suatu perbuatan hukum adalah kontrak atau perjanjian, maka orang-orang yang melakukan tindakan hukum disebut pihak-pihak.¹¹⁴

3. Fungsi filosofis perjanjian/kontrak

Kontrak mempunyai fungsi filosofis untuk mewujudkan keadilan bagi para pihak yang membuat kontrak, bahkan bagi pihak ketiga yang mempunyai kepentingan hukum terhadap kontrak tersebut. Terkait fungsi filosofis kontrak dalam mewujudkan keadilan, terdapat teori “Peranan Hukum Kontrak dalam Masyarakat Modern” yang dikembangkan oleh Robert A. Hillman.¹¹⁵

¹¹³ *Ibid.* hal. 19.

¹¹⁴ *Ibid.* hal. 24.

¹¹⁵ *Ibid.* hal. 37.

Teori ini menegaskan bahwa *“Contract law serves an important role facilitating private arrangements and supporting freedom of exchange”*, artinya hukum kontrak menyediakan suatu peranan dalam memfasilitasi hubungan hukum keperdataan dan mendukung kebebasan pertukaran kepentingan dalam masyarakat.¹¹⁶

Menurut Kronman, hukum kontrak menegakkan prinsip keadilan distributif. Untuk memastikan distribusi sumber daya dalam masyarakat. Cakupan keadilan distributif sangat luas sebagai basis hukum kontrak. Beaucham dan Bowie mengajukan lima prinsip yang harus ditegakkan agar keadilan distributif terwujud, yaitu apabila diberikan:¹¹⁷

1. Kepada setiap orang bagian yang sama.
2. Kepada setiap orang sesuai dengan kebutuhan individualnya.
3. Kepada setiap orang sesuai dengan haknya.
4. Kepada setiap orang sesuai dengan usaha individualnya.
5. Kepada setiap orang sesuai dengan jasanya (*merit*).

4. Fungsi yuridis perjanjian/kontrak

Kontrak mempunyai fungsi yuridis untuk mewujudkan kepastian hukum bagi para pihak yang membuatnya, bahkan bagi pihak ketiga yang mempunyai kepentingan hukum terhadap kontrak tersebut. Kontrak memberikan jawaban

¹¹⁶ *Ibid*, hal. 38.

¹¹⁷ *Ibid*, hal. 39.

atas kebutuhan hukum ekonomi yang konkrit dalam masyarakat dan sekaligus ditujukan untuk menjamin terwujudnya kepastian hukum.¹¹⁸

Makna kepastian hukum dalam kontrak mencakup sejumlah aspek yang saling berkaitan, yaitu: .¹¹⁹

1. Perlindungan terhadap subjek hukum kontrak (orang dan badan hukum) dari kesewenang-wenangan subjek hukum kontrak lainnya.
2. Subjek hukum kontrak harus dapat menilai akibat hukum dari perbuatannya, baik akibat dari tindakan maupun kesalahan/kelalaian.

Menurut Herlien Budiono tentang kepastian hukum dalam menciptakan keadilan :¹²⁰

“Kepastian hukum tidak selalu menghasilkan keadilan. Kepastian hukum hanya dapat ditetapkan kasus per kasus. Bobot argumentasi untuk kepastian hukum dalam kasus yang berbeda satu sama lain akan beragam sesuai dengan ukuran yang pada gilirannya akan berubah-ubah sesuai waktu dan tempat terjadinya kasus tersebut sebagaimana akan muncul dan dipertimbangkan di dalam putusan pengadilan. Argumentasi yuridis yang akan diterapkan, selain mempertimbangkan kepastian hukum, juga dilandasi oleh pertimbangan akan keadilan yang dituangkan dalam putusan akhir pengadilan.”

¹¹⁸ Ibid, hal. 47.

¹¹⁹ Ibid, hal. 48.

¹²⁰ Ibid, hal. 49.

5. Jenis perjanjian/kontrak

Para ahli di bidang kontrak tidak ada kesatuan pandangan tentang pembagian kontrak. Ada ahli yang mengkajinya dari sumber hukumnya, namanya, bentuknya, aspek kewajibannya, maupun aspek larangannya. Berikut jenis-jenis kontrak berdasarkan pembagiannya.¹²¹

a. Kontrak menurut sumber hukumnya

Merupakan penggolongan kontrak yang didasarkan pada tempat kontrak itu ditemukan, yaitu :

1. Perjanjian yang bersumber dari hukum keluarga.
2. Perjanjian yang bersumber dari kebendaan, yaitu berhubungan dengan peralihan hukum benda atau peralihan hak milik.
3. Perjanjian obligatoir, yaitu perjanjian yang menimbulkan kewajiban.
4. Perjanjian yang bersumber dari hukum acara, yang disebut dengan *bewijsovereenkomst*.
5. Perjanjian yang bersumber dari hukum publik, yang disebut dengan *publieck rechtelijke overeenkomst*.

b. Kontrak menurut namanya

Penggolongan ini didasarkan pada nama perjanjian yang tercantum di dalam Pasal 1319 KUHPerdara dan Artikel 1355 NBW. Dalam Pasal 1319 KUHPerdara dan Artikel 1355 NBW hanya disebutkan dua

¹²¹ Salim HS. *Op. cit*, hal. 27-32.

macam kontrak menurut namanya, yaitu kontrak *nominaat* (bernama) dan kontrak *innominaat* (tidak bernama).

Kontrak *nominaat* adalah kontrak yang dikenal dalam KUHPerdara. Termasuk kontrak *nominaat* adalah jual-beli, tukar-menukar, sewa-menyewa, hibah, penitipan barang, pinjam pakai, pinjam-meminjam dan lain-lain. Kontrak *innominaat* adalah kontrak yang timbul, tumbuh dan berkembang di masyarakat. Jenis kontrak ini belum dikenal dalam KUHPerdara. Termasuk kontrak *innominaat* adalah *leasing*, beli sewa, *franchise*, kontrak sewa rahim, *joint venture*, kontrak karya, keagenan, *production sharing* dan lain-lain.

c. Kontrak menurut bentuknya

Kontrak menurut bentuknya dapat dibagi menjadi dua macam, yaitu kontrak lisan dan tertulis. Kontrak lisan adalah kontrak atau perjanjian yang dibuat cukup dengan lisan. Kontrak tertulis adalah kontrak yang dibuat dalam bentuk tulisan. Kontrak ini dibagi menjadi dua macam, yaitu dalam bentuk akta di bawah tangan dan akta notaris.

Akta di bawah tangan adalah akta yang dibuat dan ditandatangani oleh para pihak. Akta notaris merupakan akta yang dibuat oleh atau dihadapan Notaris.

d. Kontrak timbal balik

Kontrak timbal balik merupakan perjanjian yang dilakukan para pihak menimbulkan hak dan kewajiban pokok. Perjanjian timbal balik

dibagi menjadi dua, yaitu timbal balik sempurna dan sepihak. Kontrak timbal balik sempurna menimbulkan kewajiban pokok bagi satu pihak, sedangkan pihak lain wajib melakukan sesuatu. Perjanjian sepihak menimbulkan kewajiban hanya bagi satu pihak.

e. Perjanjian cuma-cuma atau dengan alas hak dan kewajiban
Perjanjian cuma-cuma merupakan perjanjian yang menimbulkan keuntungan bagi salah satu pihak. Sedangkan perjanjian dengan alas hak dan kewajiban merupakan perjanjian disamping prestasi pihak yang satu senantiasa ada kontra prestasi dari pihak lain.

f. Perjanjian berdasarkan sifatnya
Perjanjian menurut sifatnya dibagi menjadi dua macam, yaitu perjanjian kebendaan (*zakelijke overeenkomst*) dan perjanjian obligatoir. Perjanjian kebendaan adalah suatu perjanjian yang menimbulkan hak kebendaan, diubah atau dilenyapkan untuk memenuhi perikatan. Sedangkan perjanjian obligatoir merupakan perjanjian yang menimbulkan kewajiban dari para pihak.

Disamping itu, dikenal juga jenis perjanjian lain dari sifatnya, yaitu perjanjian pokok dan perjanjian *accessoir*. Perjanjian pokok merupakan perjanjian yang utama, yaitu perjanjian pinjam-meminjam uang, baik kepada individu maupun lembaga perbankan. Sedangkan perjanjian *accessoir* merupakan perjanjian tambahan, seperti perjanjian pembebanan hak tanggungan atau fidusia.

g. Perjanjian dari aspek larangannya

Penggolongan perjanjian berdasarkan larangannya merupakan penggolongan perjanjian dari aspek tidak diperkenankan para pihak untuk membuat perjanjian yang bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.

Dari berbagai jenis perjanjian yang dipaparkan di atas maka jenis atau pembagian yang paling asasi adalah pembagian berdasarkan namanya, yaitu kontrak *nominaat* dan *innominaat*. Dari kedua perjanjian ini maka lahirlah perjanjian-perjanjian jenis lainnya.

Vollmar mengemukakan kontrak jenis yang ketiga antara bernama dan tidak bernama yaitu kontrak campuran, yaitu kontrak yang didalamnya terdapat ketentuan-ketentuan khusus yang sebagian menyimpang dari ketentuan umum. Contoh kontrak campuran adalah sewa rumah penginapan yang menyewakan kamar-kamar (kontrak sewa-menyewa), sekaligus juga menyediakan makanan (kontrak jual beli) dan pelayanan (kontrak untuk melakukan jasa-jasa).¹²²

6. Asas-asas perjanjian/kontrak

a. Asas konsensualisme

Asas konsensualisme disimpulkan dari Pasal 1320 ayat (1) KUHPerdato. Pasal ini menentukan salah satu syarat sahnya perjanjian, yaitu kesepakatan kedua belah pihak. Asas konsensualisme merupakan asas yang menyatakan

¹²² Muhammad Syaifuddin, *op. cit*, hal. 151

bahwa perjanjian pada umumnya cukup dengan kesepakatan kedua belah pihak. Kesepakatan merupakan persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh kedua belah pihak.¹²³

b. Asas *pacta sunt servanda*

Asas *pacta sunt servanda* disebut juga dengan asas kepastian hukum. Asas ini berhubungan dengan akibat perjanjian. Hakim atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, sebagaimana layaknya sebuah undang-undang. Tidak boleh melakukan intervensi terhadap substansi kontrak yang dibuat para pihak.¹²⁴ Asas ini berdasarkan Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara yang berbunyi “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya.”¹²⁵

c. Asas itikad baik (*goede trouw*)

Asas itikad baik disimpulkan dari Pasal 1338 Ayat (3) KUHPerdara yang menyatakan bahwa suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Para pihak harus melaksanakan substansi kontrak berdasarkan kemauan baik. Asas itikad baik dibagi dua yaitu, itikad baik nisbi dan itikad baik mutlak. Itikad baik nisbi, memperhatikan sikap dan tingkah laku nyata dari subjek. Itikad baik mutlak, penilaiannya terletak pada akal sehat dan keadilan, dibuat ukuran yang objektif untuk menilai keadaan menurut norma-norma yang ada.¹²⁶

¹²³ Salim HS. *op. cit*, hal. 10.

¹²⁴ *Ibid*

¹²⁵ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

¹²⁶ Salim HS. *op. cit*, hal. 10-11.

d. Asas kepribadian (personalitas)

Asas kepribadian menentukan bahwa seseorang yang akan melakukan dan atau membuat kontrak hanya untuk kepentingan dirinya. Hal ini terdapat dalam Pasal 1315 dan Pasal 1340 KUHPerdara. Pasal 1315 KUHPerdara berbunyi: “Pada umumnya seseorang tidak dapat mengadakan perikatan atau perjanjian selain untuk dirinya sendiri.” Pasal 1340 KUHPerdara berbunyi: “Perjanjian hanya berlaku antara pihak yang membuatnya.”¹²⁷

Pengecualian asas ini diintrodusir dalam Pasal 1317 KUHPerdara, yang berbunyi: “Dapat pula perjanjian diadakan untuk kepentingan pihak ketiga, bila suatu perjanjian yang dibuat untuk diri sendiri atau suatu pemberian kepada orang lain, mengandung suatu syarat semacam itu.” Pasal ini mengkonstruksikan bahwa seseorang dapat mengadakan perjanjian untuk kepentingan pihak ketiga dengan syarat yang ditentukan. Pasal 1318 KUHPerdara, juga mengatur perjanjian untuk kepentingan ahli waris dan orang-orang yang memperoleh hak dari padanya.¹²⁸

7. Asas-asas hukum kontrak mengarahkan substansi hukum kontrak

a. Asas kepatutan

Asas kepatutan mengarahkan substansi atau isi kontrak yang disepakati harus memperhatikan perasaan keadilan dalam masyarakat. Perasaan keadilan dalam masyarakat akan menentukan hubungan hukum para pihak itu patut atau

¹²⁷ *Ibid*, hal. 12.

¹²⁸ *Ibid*, hal. 13.

tidak patut, adil atau tidak adil. Asas kepatutan disebut juga asas kepantasan pada tataran moral dan akal sehat. Patut mencakup elemen moral, yakni berkaitan dengan penilaian baik atau buruk dan elemen akal sehat, yakni penilaian yang sesuai dengan hukum-hukum logika.¹²⁹

Pemberlakuan asas kepatutan dalam suatu kontrak mengandung dua fungsi, yaitu:¹³⁰

1) Fungsi melarang

Kontrak yang bertentangan dengan asas kepatutan itu dilarang atau tidak dapat dibenarkan. Contohnya: dilarang membuat kontrak pinjam-meminjam uang dengan bunga yang sangat tinggi karena bertentangan dengan asas kepatutan (*reasonability*).

2) Fungsi menambah

Kontrak dapat ditambah dengan atau dilaksanakan asas kepatutan untuk mengisi kekosongan dalam pelaksanaan suatu kontrak, yang tanpa tambahan tersebut, maka tujuan kontrak tidak tercapai.

b. Asas moral

Asas moral tampak dalam kontrak yang menimbulkan perikatan wajar. Suatu perbuatan sukarela dari seseorang tidak menimbulkan hak baginya untuk menggugat kontraprestasi dari pihak lainnya. Asas moral ini terdapat dalam Pasal 1339 KUHPerdara yang memuat ketentuan limitatif bahwa kontrak tidak

¹²⁹ Muhammad Syaifuddin, *op. cit.* hal. 102.

¹³⁰ *Ibid*, hal. 102-103.

boleh bertentangan dengan kesusilaan sebagai moral yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat.¹³¹

Kant menegaskan bahwa hukum adalah keseluruhan kondisi dengan mana kehendak dari individu dapat digabungkan dengan kehendak yang lain dalam ruang lingkup suatu hukum. Terkait pemikiran Kant tersebut, Fichte menjelaskan bahwa hubungan hukum antar pribadi yang secara timbal balik mengatur pengakuan kebebasan masing-masing menentukan pilihan nilai-nilai pandangan hidupnya, tidak terlepas dari nilai moralitas.¹³²

Terdapat hubungan erat antara moral dan hukum, bahwa konsep kewajiban hukum itu secara orisinal merupakan konsep khusus dari moral tentang apa yang seharusnya dilakukan atau tidak dilakukan. Oleh karena itu ada kewajiban moral untuk menghormati kemerdekaan orang lain secara mutlak.¹³³

Berdasarkan makna asas moral, dapat dipahami bahwa kebebasan individu yang mengikatnya secara kontraktual terhadap individu lainnya, dibatasi oleh kewajiban moralnya yang mengarahkan kontrak itu diadakan, dilaksanakan dan diputuskan. Sesuai dengan nilai-nilai yang dianggap baik dan merefleksikan penghormatan terhadap harkat dan martabat manusia yang baik.¹³⁴

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid*, hal. 104.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

c. Asas kebiasaan

Asas kebiasaan mengarahkan suatu kontrak tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang diatur secara tegas dalam undang-undang, yurisprudensi dan sebagainya, tetapi juga hal-hal yang menjadi kebiasaan masyarakat umum.¹³⁵

d. Asas ganti kerugian

Asas ganti kerugian memberikan hak kepada setiap pihak yang dirugikan untuk menuntut ganti rugi atas tidak dipenuhinya atau dilanggarnya atau diabaikannya suatu ketentuan dalam kontrak oleh pihak lain. Penentuan ganti rugi adalah tugas dari pembuat kontrak untuk memberikan pembuktian dan batas ganti kerugian tersebut.¹³⁶

e. Asas ketetapan waktu

Asas ketetapan waktu mengharuskan setiap kontrak ada batas waktu berakhirnya, yang merupakan kepastian penyelesaian prestasi. Asas ini sangat penting dalam kontrak-kontrak tertentu, misalnya kontrak-kontrak yang berkaitan dengan proyek konstruksi dan proyek keuangan yang harus diselesaikan tepat waktu sesuai dengan yang telah diperjanjikan¹³⁷

f. Asas keadaan memaksa

Asas keadaan memaksa mengarahkan setiap kontrak mencantumkan klausula keadaan memaksa (*force majeure* atau *overmacht*) dalam kontrak. Hal ini sebagai antisipasi bila terjadi hal-hal diluar kemampuan manusia atau

¹³⁵ *Ibid*, hal. 105.

¹³⁶ *Ibid*, hal. 106.

¹³⁷ *Ibid*, hal. 107.

diakibatkan oleh kejadian alam, seperti banjir, gempa bumi, angin puting beliung, hujan meteor dan sebagainya.¹³⁸

g. Asas pilihan hukum

Asas pilihan hukum berlaku bagi kontrak yang mengandung unsur internasional, yaitu para pihak berbeda kewarganegaraan dan memiliki sistem hukum yang berbeda. Asas pilihan hukum ini penting, karena tidak semua pihak asing setuju kontraknya diatur menurut hukum kontrak Indonesia. Sebelum para pihak menyepakati substansi kontrak, maka harus tentukan dahulu hukum mana yang akan mereka gunakan dalam melaksanakan kontrak tersebut.¹³⁹

h. Asas penyelesaian sengketa

Asas penyelesaian sengketa menghendaki setiap kontrak tertulis mencantumkan secara tegas bentuk dan mekanisme hukum penyelesaian sengketa hukum di antara para pihak yang membuat kontrak.¹⁴⁰

8. Syarat sah perjanjian/kontrak

Syaratnya sahnya suatu perjanjian terdapat di dalam KUHPerdara. Dalam hukum Eropa Kontinental, syarat sahnya perjanjian diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara atau Pasal 1365 Buku IV NBW (BW Baru) Belanda. Pasal 1320 KUH Perdata menentukan empat syarat sahnya perjanjian, yaitu:¹⁴¹

- 1) Adanya kesepakatan kedua belah pihak.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid*, hal. 108.

¹⁴⁰ *Ibid*, hal. 109.

¹⁴¹ Salim HS, *op. cit*, hal. 33-34.

2) Kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum.

3) Adanya objek.

4) Adanya kausa yang halal.

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

Yang dimaksud dengan kesepakatan adalah persesuaian pernyataan kehendak antara satu orang atau lebih dengan pihak lainnya. Yang sesuai itu adalah pernyataan, karena kehendak tidak dapat diketahui orang lain. Ada lima cara terjadinya persesuaian pernyataan kehendak, yaitu :

1) Bahasa yang sempurna dan tertulis.

2) Bahasa yang sempurna secara lisan.

3) Bahasa yang tidak sempurna asal dapat diterima oleh pihak lawannya. 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 asal dipahami atau diterima pihak lawan.

Cara yang paling banyak dilakukan oleh para pihak, yaitu dengan bahasa yang sempurna secara lisan dan secara tertulis. Tujuannya pembuatan perjanjian secara tertulis adalah agar memberikan kepastian hukum bagi para pihak dan sebagai alat bukti yang sempurna, jika 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 yang akan mengadakan perjanjian haruslah orang yang cakap dan mempunyai wewenang untuk melakukan perbuatan hukum. Orang yang cakap dan berwenang untuk melakukan perbuatan hukum adalah orang yang sudah dewasa. Ukuran kedewasaan adalah telah berumur 21 tahun dan atau sudah kawin.

Orang yang tidak berwenang untuk melakukan perbuatan hukum:

- 1) Anak di bawah umur (*minderjarigheid*).
- 2) Orang yang ditaruh di bawah pengampunan.
- 3) Istri (Pasal 1330 KUH Perdata). Dalam perkembangannya istri dapat melakukan perbuatan hukum, sebagaimana yang diatur dalam Pasal 31 Nomor 1 1874 jo. SEMA No. 3 Tahun 1963.

c. Adanya objek perjanjian (*onderwerp der overeenkomst*)

Objek perjanjian adalah prestasi (pokok perjanjian). Prestasi adalah apa yang menjadi kewajiban satu pihak dan apa yang menjadi hak pihak lainnya. Prestasi ini terdiri dari perbuatan positif dan negatif. Prestasi terdiri atas:

- 1) Memberika sesuatu.
- 2) Berbuat sesuatu.
- 3) Tidak berbuat sesuatu.

d. Adanya kausa yang halal (*geoorloofde oorzaak*)

Dalam Pasal 1320 KUHPerdara tidak dijelaskan pengertian *orzaak* (kausa yang halal). Dalam Pasal 1337 KUHPerdara hanya disebutkan kausa yang terlarang. Suatu sebab adalah terlarang apabila bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum. Hoge Raad (Mahkamah Agung Belanda) sejak tahun 1927 mengartikan *orzaak* sebagai sesuatu yang menjadi tujuan para pihak.

Syarat pertama dan kedua disebut syarat subjektif, karena menyangkut pihak-pihak yang membuat perjanjian. Syarat ketiga dan keempat disebut syarat objektif, karena menyangkut objek perjanjian. Jika syarat pertama dan kedua tidak terpenuhi maka perjanjian itu dapat dibatalkan. Salah satu pihak dapat mengajukan kepada pengadilan untuk membatalkan perjanjian yang disepakati. Jika para pihak tidak ada yang keberatan maka perjanjian itu tetap dianggap sah. Jika syarat ketiga dan keempat tidak terpenuhi maka perjanjian itu batal demi hukum. Dari semula perjanjian itu dianggap tidak ada.¹⁴²

Undang-undang menyatakan bahwa suatu perjanjian sejak semula sudah batal (*nietig*), jika mengandung syarat yang mengharuskan suatu pihak untuk melakukan suatu perbuatan yang sama sekali tidak mungkin dilaksanakan atau yang bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.¹⁴³

¹⁴² *Ibid*, hal. 34-35.

¹⁴³ Subekti. *Pokok-Pokok Hukum Perdata*. Intermedia, Jakarta. 2006, hal. 129.

Bertentangan dengan undang-undang, misalnya perjanjian untuk melakukan kejahatan. Bertentangan dengan kesusilaan, misalnya perjanjian satu pihak meninggalkan agamanya untuk memeluk agama lain. Bertentangan dengan ketertiban umum, misalnya, kontrak pengangkutan barang yang melebihi daya muat dan dapat membahayakan ketertiban umum..¹⁴⁴

9. Sebab atau kausa yang tidak dilarang

a. Pengertian sebab atau kausa yang tidak dilarang

Pengertian sebab atau kausa yang tidak dilarang (*eene geoorlofde oorzaak*) tidak dijelaskan dalam pasal 1320 KUHPerdara. Oleh karena itu, untuk memahami pengertian sebab atau kausa yang tidak dilarang sebagaimana dimaksud Pasal 1320 KUHPerdara, perlu merujuk kepada doktrin atau pendapat ahli hukum kontrak dan yurisprudensi.¹⁴⁵

Kausa berasal dari bahasa latin yang mempunyai ragam makna. Vollmar memberikan pengertian sebab atau kausa yang tidak dilarang sebagai maksud atau tujuan dari kontrak. Subekti menjelaskan bahwa sebab adalah isi kontrak itu sendiri. Kausa merupakan prestasi dan kontraprestasi yang saling diperlukan oleh para pihak. Herlien Budiono menjelaskan bahwa kata “kausa” dalam ilmu hukum mengandung pengertian sebagai dasar yang melandasi hubungan hukum di bidang kekayaan.¹⁴⁶

¹⁴⁴ *Ibid*, hal. 137.

¹⁴⁵ Muhammad Syaifuddin, *op. cit*, hal. 131.

¹⁴⁶ *Ibid*.

Menurut Niewenhuis, sebab atau kausa menunjuk pada hubungan tujuan (*causa finalis*), yaitu apa yang menjadi tujuan atau yang hendak dicapai para pihak pada saat pembuatan kontrak. Penjelasan Niewenhuis tersebut sikron dengan Keputusan Hoge Raad, bahwa kausa sebagai tujuan bersama yang hendak dicapai para pihak (*gezamenlijke doel*) pada saat kontrak dibuat.¹⁴⁷

Mahkamah Agung mempunyai pendapat yang sama dengan Putusan Hoge Raad, yang tercermin dalam Putusan MA No. 268K/Sip/1971, yang berpendapat bahwa alasan atau kausa yang diperbolehkan (*een geoorloofde oorzaak*) berdasarkan Pasal 1320 KUHPerdara, merupakan suatu “tujuan bersama” dari kedua belah pihak yang menjadi dasar pembuatan kontrak.¹⁴⁸

Menurut Herlien Budiono, harus dibedakan antara kausa yang halal dalam pengertian “tujuan” dan dalam kaitannya dengan “motif”. Kausa yang halal dalam kontrak jual beli rumah tujuannya adalah beralihnya hak milik rumah dari penjual kepada pembeli dengan pembayaran dari pembeli kepada penjual. Motif penjual rumah mungkin untuk melunasi hutangnya. Motif pembeli rumah mungkin untuk anaknya. Hukum tidak memperhatikan motivasi dalam pembuatan kontrak, sepanjang tujuannya memiliki kausa yang halal.¹⁴⁹

Herlien Budiono lebih lanjut menjelaskan bahwa motif penting bagi hakim dalam menentukan kausa suatu kontrak. Hakim akan menelaah motif yang menggerakkan para pihak dalam pembuatan kontrak. Hakim sebelum

¹⁴⁷ *Ibid*, hal. 131-132.

¹⁴⁸ *Ibid*, hal. 132.

¹⁴⁹ *Ibid*.

menjatuhkan putusan akan mempertimbangkan motif yang menjadi pokok sengketa kontrak, mempunyai kausa halal atau tidak halal.¹⁵⁰

b. Kriteria/ukuran sebab atau kausa yang tidak dilarang

Menurut Analisa Yahanan, Muhammad Syaifuddin dan Yunial Laili Mutiari, kriteria atau ukuran sebab atau kausa suatu kontrak yang tidak dilarang, adalah:¹⁵¹

1. Kontrak yang dibuat tidak boleh bertentangan dengan undang-undang. Misalnya, kontrak untuk melakukan pembunuhan.
2. Kontrak yang dibuat tidak bertentangan dengan kesusilaan (tidak sama di seluruh daerah).
Di daerah tertentu suatu perbuatan dianggap bertentangan dengan kesusilaan, tetapi di daerah lain dianggap tidak bertentangan dengan kesusilaan. Bergantung pada nilai-nilai yang dianut dalam masyarakat. Misalnya, kontrak dengan seorang artis film yang berpakaian sangat minim atau mempertontonkan auratnya.
3. Kontrak tidak boleh bertentangan dengan ketertiban umum.
Misalnya, kontrak pengangkutan barang yang melebihi daya muat alat pengangkut yang dapat membahayakan ketertiban umum.

Pengertian kausa atau sebab yang tidak dilarang sebagaimana dimaksud Pasal 1320 KUHPerdara, harus dihubungkan dengan Pasal 1335 KUHPerdara

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*, hal. 133.

yang menyatakan bahwa “Suatu kontrak yang dibuat tanpa sebab atau dibuat dengan sebab yang palsu atau terlarang tidak mempunyai kekuatan”. Suatu kontrak tidak sah (batal demi hukum) atau tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, jika kontrak tersebut mempunyai sebab atau kausa palsu.¹⁵²

Maksud dan tujuan kontrak, menurut teori *interessenjurisprudenz* yang dikembangkan oleh Endermann, harus dinilai berdasarkan situasi, kondisi dan fakta yang diketahui para pihak pada saat pembuatan kontrak. Jika maksud dan tujuan yang dilarang tidak merupakan maksud dan tujuan bersama para pihak atau jika hanya satu diantara dua pihak yang mempunyai maksud dan tujuan yang dilarang oleh undang-undang, maka kontrak tersebut dianggap mempunyai kausa yang halal.¹⁵³

Untuk menentukan apakah suatu kontrak batal, maka harus fokus pada apa yang menjadi rasio (alasan pertimbangan yang mendasari) larangan tersebut. Ini mengakibatkan adanya kemungkinan bahwa suatu kontrak tetap sah, meskipun kontrak terbentuk dengan adanya cacat pada kehendaknya.¹⁵⁴

Sebab atau kausa dalam kontrak tidak berarti adalah maksud dan tujuan yang hendak diwujudkan sebagai tujuan objektif. Jika larangannya adalah untuk membuat kontrak, tidak berarti bahwa sebab atau kausanya dilarang. Jika pembuatan kontrak oleh para pihak mengakibatkan dilanggarnya suatu undang-

¹⁵² *Ibid*, hal. 134.

¹⁵³ *Ibid*.

¹⁵⁴ *Ibid*, hal. 134-135.

undang, maka rasio dari larangan menurut undang-undang itu yang menentukan batalnya suatu kontrak.¹⁵⁵

Terkait kesusilaan sebagai kriteria/ukuran dari sebab atau kausa yang tidak dilarang, tidak dijelaskan dalam KUHPPerdata. Kesusilaan merupakan norma-norma sosial kemasyarakatan yang tidak tertulis yang dianggap baik dan diikuti oleh masyarakat. Norma-norma kesusilaan itu diciptakan dan dikembangkan sesuai dengan nilai-nilai yang dianggap baik yang dianut oleh masyarakat.¹⁵⁶

Kesusilaan berbeda makna dan cakupan menurut tempat dan waktu. Kesusilaan yang baik di tempat tertentu, belum tentu dianggap baik di tempat lain. Apa yang dahulu dianggap bertentangan dengan nilai-nilai kesusilaan yang baik, saat ini justru diterima sebagai suatu kewajaran. Terjadinya perubahan cara pandang ini menjadikan beragamnya pemahaman mengenai makna “kesusilaan yang baik” saat ini.¹⁵⁷

Kriteria/ukuran bertentangan dengan ketertiban umum sebagai sebab atau kausa yang tidak dilarang, juga tidak dijelaskan dalam KUHPPerdata. Menurut Cohen, suatu perbuatan bertentangan dengan ketertiban umum jika bertentangan dengan asas-asas pokok dalam tatanan masyarakat. Berbeda dengan kesusilaan, titik tolak ketertiban umum adalah elemen kekuasaan.¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.* hal. 136.

Sehingga dipahami bahwa perbuatan hukum kontraktual yang maksud dan tujuannya dilarang oleh undang-undang, dipandang pula sebagai perbuatan hukum yang bertentangan dengan ketertiban umum dan bertentangan dengan kesusilaan. Dengan demikian, maka makna bertentangan dengan ketertiban umum sulit ditegaskan.¹⁵⁹

B. Indikasi Medis *Surrogate Mother* (Ibu Surogasi)

Indikasi medis merupakan sebabkan dilakukannya suatu pemeriksaan dan terapi atau tindakan. Indikasi medis memiliki dua definisi yang berbeda yaitu sebagai pertanda dan sebagai alasan atau sebab. Indikasi medis sebagai pertanda adalah kondisi yang menampilkan tanda-tanda atau menunjukkan perkembangan kearah tertentu. Indikasi medis sebagai alasan adalah sebab atau tujuan dilakukan pengobatan atau tindakan tertentu.

Sekitar 50-80 juta pasangan di dunia mengalami mandul. Pasangan mandul di negara berkembang lebih tinggi yaitu sekitar 30%, di bandingkan negara maju hanya 5-8%. Di Eropa mencapai 14%, sedangkn di Asia 30,8%, di Kamboja 10% dan di Indonesia 21,3%. Penyebab mandul dari faktor istri 65%, faktor suami 20% dan yang tidak diketahui 15%.¹⁶⁰

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Ni Wayan Ariati Trisna Dewi, Anom Suardika, Ryan Saktika Mulyana. *Faktor penyebab infertilitas pasien program IVF (In Vitro Fertilization) di Klinik Graha Tunjung Rsup Sanglah*. Intisari Sains Medis. 2019, Vol. 10, No. 3. hal. 741.

Faktor utama penyebab mandul pada istri adalah tidak ada rahim. *Agenesis Mullerian* atau aplasia müllerian atau sindrom Mayer-Rokitansky- Küster-Hause, atau *agenesis* vagina, memiliki insiden 1 per 4.500-5.000 wanita. *Agenesis Mullerian* disebabkan tidak berkembangnya *duktus Mulleri* secara embriologis, sehingga mengakibatkan tidak terbentuknya vagina, rahim atau keduanya.¹⁶¹

Pilihan masa depan pasien untuk memiliki anak adalah dengan, adopsi anak atau *surrogate mother* (ibu surogasi) gestasional. Teknik reproduksi berbantuan dengan menggunakan *surrogate mother* telah terbukti berhasil untuk wanita dengan *agenesis mullerian*.¹⁶²

Setiap perempuan memiliki rahim yang berbeda-beda. Macam-macam rahim yang dimiliki oleh wanita yaitu:¹⁶³

1. Tidak ada rahim

Tidak semua wanita memiliki rahim. Ada wanita yang rahimnya tidak tumbuh (*agnesis*). *Agnesis* terjadi karena jaringan embrio yang membangun organ tertentu tidak ada. Hal inilah yang menyebabkan seorang wanita tidak mengalami haid dan tidak bisa memiliki anak.

2. Rahim tidak tumbuh sempurna

¹⁶¹Anne-Marie E. Amies Oelschlager. *Müllerian Agenesis: Diagnosis, Management, and Treatment*. ACOG Committee Opinion. American College of Obstetricians and Gynecologist. January 2018. Vol. 131, No. 1. hal. 36

¹⁶²Ibid. hal 38

¹⁶³ Amru Sofian, *Sinopsis Obstetri Fisiologi Dan Patologi*, EGC, Jakarta, 2012, hal. 50.

Pada wanita yang memiliki rahim tidak sempurna, kapasitas rahimnya kurang. Rahim normal memiliki ukuran diameter sekitar 7 cm, jika rahim berukuran kurang dari itu, maka akan menyebabkan wanita kesulitan untuk hamil. Kelainan ini terjadi karena hormon kewanitaan yang kurang.

3. Rahim ganda

Rahim ganda terjadi karena proses penyatuan rahim yang tidak sempurna, yaitu memiliki 2 rongga rahim yang sangat sempit. Rahim ganda ini membuat wanita sulit hamil. Wanita tersebut mungkin saja hamil, namun tinggi resiko keguguran atau kelahiran prematur sangat tinggi, karena rahim yang kecil.

4. Rahim bersekat

Kelainan ini disebabkan sekat yang tidak terkikis sempurna. Seperti kasus rahim ganda, kondisi rahim bersekat ini akan meningkatkan resiko keguguran dan kelainan prematur.

5. Rahim bertanduk

Rahim bertanduk menyebabkan rongga rahim ganda, namun bisa hamil. Kelainan ini bisa diperbaiki jika penderitanya ingin memiliki rahim yang normal melalui operasi.

6. Rahim bentuk hati

Rahim berbentuk seperti hati karena adanya sekat yang menempel di bagian dinding atas rahim. Kondisi ini menyulitkan proses reproduksi.

Selain kelainan bawaan, beberapa keadaan menyebabkan rahim diangkat yang dikenal dengan sebutan histerektomi. Histerektomi berasal dari bahasa Yunani yakni *hystera* yang berarti “rahim” dan *ektomia* yang berarti “pemotongan”. Histerektomi berarti operasi pengangkatan rahim. Akibat dari histerektomi ini adalah si wanita tidak bisa hamil dan tidak bisa mempunyai anak lagi.¹⁶⁴

Wanita tak jarang mengalami berbagai penyakit yang berkaitan dengan organ reproduksinya. Penyakit itu diantaranya kanker rahim, kanker mulut rahim dan tumor jinak rahim. Penyakit-penyakit tersebut sangat membahayakan bagi seorang wanita, bahkan dapat mengancam jiwanya, karena itu, perlu tindakan medis untuk mengatasinya. Menghadapi penyakit-penyakit tersebut tindakan medis yang harus dilakukan adalah histerektomi.¹⁶⁵

Wanita yang melakukan histerektomi memiliki alasan masing-masing. Alasan-alasan melakukan histerektomi adalah:¹⁶⁶

1. *Menorrhagia* atau menstruasi berlebihan. Darah menstruasi yang berlebihan bisa membahayakan nyawa pasien.

¹⁶⁴Manuaba I.B.G. *Ilmu Kebidanan Penyakit Kandungan dan Keluarga Berencana Untuk Pendidikan Bidan*. Jakarta: EGC ; 2012. hal. 30.

¹⁶⁵ *Ibid.* hal. 32.

¹⁶⁶Erna Setyaningrum, *Asuhan Kegawatdaruratan Maternitas (Asuhan Kebidanan Patologi)*, iN Media, Bogor, 2014, hal. 165.

2. Endometriosis yaitu sel-sel lapisan dalam dinding rahim ditemukan di luar dinding rahim.
3. Penyakit radang panggul yaitu terinfeksi sistem reproduksi oleh bakteri. Jika parah atau sudah menyebar dibutuhkan tindakan histerektomi.
4. Tumor jinak yang tumbuh di rahim.
5. Kekenduran rahim karena jaringan yang menopang rahim lemah.
6. Adenomiosis yaitu terdapatnya jaringan dinding bagian dalam rahim yang menyebar ke dalam otot rahim.
7. Kanker atau tumor ganas rahim dan organ reproduksi lainnya

Selain tidak memiliki rahim, beberapa wanita tidak boleh hamil karena penyakit yang membahayakan nyawanya. Salah satunya adalah wanita dengan penyakit jantung. Kehamilan dengan penyakit jantung berisiko pada ibu karena dapat memperburuk penyakit dan kematian ibu. Risiko pada janin dapat menyebabkan cacat bawaan dan pertumbuhan janin terhambat, lahir prematur dan lahir mati. Konseling pra-kehamilan akan memberikan informasi tentang risiko dan membantu wanita membuat keputusan melanjutkan kehamilan atau tidak serta memungkinkan perencanaan atau pencegahan kehamilan.¹⁶⁷

¹⁶⁷Stary Homena Rampengan. *Penyakit Jantung Pada Kehamilan*. Badan Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, Jakarta, 2014. hal. 177.

Perlu dipertimbangan efek penyakit jantung pada kehamilan serta risiko ibu dan janin. Efek pengobatan atau intervensi selama kehamilan dan perburukan penyakit jantung serta risiko kematian ibu. Hal ini perlu didiskusikan tentang boleh hamil, ditunda atau dihindari. Menggunakan metode lain untuk memiliki anak jika kehamilan tidak dianjurkan. Jika harapan hidup ibu terbatas, maka perlu adanya diskusi yang tepat untuk memiliki bayi dengan *surrogacy* atau adopsi.¹⁶⁸

Kategori penyakit jantung berdasarkan gejala yang berkaitan dengan kapasitas fungsional dari *New York Heart Association (NYHA)* :¹⁶⁹

1. Kelas I Tidak ada batasan aktivitas fisik. Aktifitas fisik sehari-hari tidak menimbulkan kelelahan, berdebar atau sesak nafas.
2. Kelas II Terdapat batasan aktivitas ringan. Tidak terdapat keluhan saat istirahat, namun aktivitas fisik sehari-hari menimbulkan kelelahan, berdebar atau sesak nafas.
3. Kelas III Terdapat batasan aktivitas yang bermakna. Tidak terdapat keluhan saat istirahat, Namun aktivitas fisik ringan menyebabkan kelelahan, berdebar atau sesak nafas
4. Kelas IV Tidak dapat melakukan aktivitas fisik tanpa keluhan. Terdapat gejala saat istirahat. Keluhan meningkat saat melakukan aktivitas.

¹⁶⁸ *Ibid.* hal. 178.

¹⁶⁹Bambang B. Siswanto. *Pedoman Tatalaksana Gagal Jantung PP PERKI*. Edisi Kedua. Jakarta. 2020. hal 24

Bila seorang ibu hamil dengan kelainan jantung kelas III dan IV ada dua kemungkinan penatalaksanaan yaitu : terminasi kehamilan atau meneruskan kehamilan dengan tirah baring total dan pengawasan ketat serta dalam posisi setengah duduk. Kelas III sebaiknya tidak hamil, kalau hamil pasien harus dirawat di rumah sakit selama kehamilan, persalinan dan nifas serta dibawah pengawasan ahli penyakit dalam dan ahli kebidanan atau dapat dipertimbangkan untuk dilakukan abortus terapeutik. Kelas IV tidak boleh hamil.¹⁷⁰

C. Perjanjian *Surrogate Mother* (Ibu Surogasi)

Transformasi atau perubahan sosial menyangkut transformasi semua sistem yang mengatur masyarakat, baik politik, ekonomi, sosial, religious, maupun psikologis.¹⁷¹ Transformasi atau perubahan sosial terjadi karena adanya perubahan kondisi sosial primer dalam unsur biologis, ekonomis, agama dan politik. Perubahan kebutuhan sosial menyebabkan pergeseran yang mendorong adanya perubahan-perubahan pada unsur lain, termasuk sistem kerja hukum.¹⁷²

¹⁷⁰Cho L. *Heart Disease and Pregnancy*. Available from : http://my.clevelandclinic.org/heart/women/conditions_pregnancy.aspx Diakses pada : Oktober 2021. Pukul 19.00 WIB.

¹⁷¹Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*. Cet. 2. Pustaka Setia. Bandung, 2014, hal. 43.

¹⁷²*Ibid*, hal. 45.

Faktor yang banyak mempengaruhi perubahan sosial adalah terjadinya penemuan-penemuan baru dalam bidang ilmu pengetahuan dan teknologi.¹⁷³ Salah satu kemajuan dibidang kedokteran adalah ditemukannya metode pembuahan di luar rahim atau dikenal dengan sebutan *In Vitro Fertilization* (IVF) pada tahun 1970-an.¹⁷⁴

Pada IVF terjadi penyatuan benih laki-laki dengan benih wanita pada suatu cawan petri. Setelah terjadinya pembuahan, diimplantasikan atau ditanam di rahim. Biasanya ditanamkan pada rahim wanita yang punya benih. Bisa juga ditanamkan pada rahim wanita lain. Untuk hal ini dilakukan melalui suatu perjanjian sewa yang dikenal dengan istilah *surrogate mother*.¹⁷⁵

Surrogate mother adalah seorang wanita mengandung anak yang benihnya berasal dari pasangan lain dan setelah melahirkan memberikan anak tersebut kepada pasangan dari mana benih berasal.¹⁷⁶ Pada *surrogate mother*, sperma dan ovum pasangan suami-istri diproses dalam tabung, lalu dimasukkan ke dalam rahim wanita lain yang disebut *surrogate mother*.¹⁷⁷

Hal ini umumnya dilakukan dengan membuat perjanjian antara wanita calon *surrogate mother* dengan pasangan suami-istri yang ingin menggunakan jasanya. *Surrogate mother* diberi biaya untuk kebutuhan selama mengandung,

¹⁷³ *Ibid.* hal. 46.

¹⁷⁴ Desriza Ratman. *op. cit*, hal. 2.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Sonny Dewi Judiasih, *op. cit*, hal. 11

¹⁷⁷ *Ibid*, hal. 13

saat melahirkan dan setelah melahirkan. Setelah melahirkan harus menyerahkan anak tersebut kepada pasangan pemilik benih.¹⁷⁸

Perjanjian *surrogate mother* adalah perjanjian antara seorang wanita dengan pihak lain (pasangan suami-istri) untuk hamil dari pembuahan pasangan suami-istri yang ditanamkan ke dalam rahimnya. Setelah melahirkan menyerahkan bayi kepada pasangan suami-istri tersebut berdasarkan perjanjian yang dibuat (*gestational agreement*).¹⁷⁹

Perikatan *surrogate mother* pada awalnya banyak terdapat pada negara-negara yang sistem hukumnya memperbolehkan terjadinya donasi sel gamet, yaitu sel sperma dan sel ovum.¹⁸⁰ *Surrogate mother* berkembang pada dekade terakhir, sejak ditemukannya cara fertilisasi di luar rahim.¹⁸¹ *Surrogate mother* merupakan satu-satunya upaya bagi wanita infertil yang bermasalah pada rahimnya agar bisa memperoleh keturunan secara genetik.

Infertilitas dapat disebabkan oleh pihak istri maupun suami. Penyebab infertilitas dari faktor istri 65%, faktor suami 20%, kondisi lain dan tidak diketahui 15%. Penelitian lain menunjukkan penyebab infertilitas dari pihak istri adalah tuba (27,4%), tidak diketahui (24,5%), masalah menstruasi (20%), uterus (9,1%), ovarium (3,6%), kelainan seksual (2,7%).¹⁸²

¹⁷⁸. *Ibid.*

¹⁷⁹ Desriza Ratman. *op. cit.*, hal. 3-4.

¹⁸⁰ *Ibid.* hal. 37.

¹⁸¹ *Ibid.* hal. 35.

¹⁸² Anastasia Oktarina, Adnan Abadi, Ramli Bachsin, *Faktor-faktor yang Memengaruhi Infertilitas pada Wanita di Klinik Fertilitas Endokrinologi Reproduksi*. MKS, Vol. 46, No. 4,

Surrogate mother terjadi karena istri tidak bisa mengandung disebabkan kelainan pada rahimnya. Peran istri untuk hamil dan melahirkan dialihkan kepada wanita lain dengan imbalan materi atau sukarela. Namun selanjutnya, terjadi pergeseran makna dan substansi. Substansi awal sebagai alternatif karena ada kelainan medis (cacat bawaan atau penyakit) beralih kearah sosial dan eksploitasi rahim.¹⁸³ Perikatan *surrogate mother* dengan memberi imbalan balas jasa, maka *surrogate mother* dikenal dengan istilah sewa rahim..¹⁸⁴

Penyewa bukan lagi karena alasan medis, tetapi beralih karena alasan kosmetika dan estetika serta “malas” hamil dan melahirkan. Pihak yang disewa, menjadikan rahimnya sebagai alat mencari nafkah (terutama masyarakat status ekonomi rendah). Menyewakan rahim telah menjadi pekerjaan bagi perempuan di sejumlah negara.¹⁸⁵

Dalam pelaksanaannya, *surrogate mother* dilakukan dalam berbagai bentuk dan jenis. Begitu juga calon *surrogate mother* harus memenuhi syarat tertentu. Sehingga praktik *surrogate mother* ini tidak membahayakan bagi wanita calon *surrogate mother*.

1. Bentuk-bentuk *surrogate mother* :¹⁸⁶
 - a. Benih istri (ovum) disenyawakan dengan benih suami (sperma), dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Hal ini dilakukan pada istri

Oktober 2014. hal. 296

¹⁸³ Desriza Ratman. *op. cit*, hal. 37.

¹⁸⁴ *Ibid.* hal. 35-36

¹⁸⁵ *Ibid.* hal. 38-39.

¹⁸⁶ *Ibid.* hal. 41.

memiliki benih yang baik, tetapi rahimnya telah diangkat, cacat atau ada penyakit atau sebab-sebab lain sehingga tidak bisa hamil.

- b. Sama dengan bentuk yang pertama, tetapi benih yang telah disenyawakan dibekukan dan dimasukkan ke dalam rahim *surrogate mother* setelah kematian suami pasangan tersebut.
- c. Ovum istri disenyawakan dengan sperma lelaki lain (bukan suaminya) dan dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Keadaan ini dilakukan bila suami mandul dan istri tidak ada rahim atau cacat, tetapi benih istrinya baik.
- d. Sperma suami disenyawakan dengan ovum wanita lain, kemudian dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Keadaan ini dilakukan bila ada penyakit pada indung telur istri serta rahimnya tidak baik atau istri telah putus haid (*menopause*).

2. Jenis *surrogate mother* :¹⁸⁷

a. *Traditional surrogacy*

Ovum berasal dari *surrogate mother* yang dibuahi oleh sperma suami dari pasangan suami-istri. Setelah melahirkan bayi tersebut diserahkan dan diasuh oleh dan pasangan suami-istri. Jadi, yang menjadi ayah dan ibu genetik/biologisnya adalah laki-laki dari pasangan suami-istri dan *surrogate mother* yang memberikan ovum.

b. *Gestational surrogacy*

¹⁸⁷ Sonny Dewi Judiasih, *op. cit.* hal. 14-15.

Kehamilan yang berasal dari sel telur atau ovum wanita yang telah dibuahi oleh sperma suaminya, kemudian dikandung dalam rahim wanita lain hingga melahirkan. Anak yang dilahirkan *surrogate mother* pada *gestational surrogacy*, secara genetik/biologis membawa gen pasangan suami istri dari mana sperma dan ovum berasal, bukan wanita yang mengandung dan melahirkan bayi.

3. Syarat menjadi *surrogate mother* :¹⁸⁸

- a. Usia tidak lebih dari 40 tahun.
- b. Sehat jasmani dan rohani.
- c. Punya rahim yang sehat.
- d. Status dalam keadaan menikah
- e. Telah mempunyai anak.
- f. Ada persetujuan dari suaminya.

Tidak semua wanita yang menjadi *surrogate mother* meminta imbalan atau bayaran. Ada juga wanita yang bersedia menjadi *surrogate mother* tanpa imbalan atau bayaran dengan berbagai alasan. Alasan wanita yang mau menjadi *surrogate mother* tanpa kompensasi apapun antara lain :¹⁸⁹

- a. Wanita ingin hamil sempurna dan melahirkan anak di rumah karena kecewa melahirkan di rumah sakit.

¹⁸⁸ *Ibid.* hal. 5.

¹⁸⁹ *Ibid.* hal. 7.

- b. Wanita itu ingin mengalami rasanya mempunyai seorang anak karena dia tidak pernah hamil disebabkan suaminya telah menjalani vasektomi.
- c. Wanita lain menyatakan bahwa setelah menjadi *surrogate mother* dan melahirkan, dia akan menjadi lebih baik.

Indonesia tidak mempunyai ketentuan yang mengatur *surrogate mother*. Praktik hukum di Indonesia menyiratkan bahwa pelaksanaan *surrogate mother* tidak boleh dilakukan. Namun faktanya, praktik *surrogate mother* tetap terjadi di beberapa wilayah di Indonesia dan dilakukan masyarakat secara diam-diam dengan cara kekeluargaan.¹⁹⁰ Di media sosial banyak ditemukan ibu-ibu muda yang berasal dari Indonesia mendaftarkan diri menjadi *surrogate mother*.¹⁹¹

Di Papua *surrogate mother* tidak dipermasalahkan karena dilakukan dalam lingkup keluarga. Ada ponakan yang “menyewa rahim” tantenya agar bisa mendapatkan anak. Kasus sewa rahim yang sempat muncul adalah pada Januari 2009, ketika artis Zarima Mirafsur diberitakan melakukan sewa rahim untuk pasangan suami-istri pengusaha. Zarima dikatakan mendapat imbalan mobil dan uang Rp. 50 juta. Tetapi kabar tersebut telah dibantah Zarima.¹⁹²

Surrogate mother di Indonesia berpedoman pada Pasal 127 Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan dan Permenkes No. 73/Menkes/PER/II/1999 tentang Penyelenggaraan Pelayanan Teknologi Reproduksi Buatan. Kedua peraturan ini hanya memperbolehkan pembuahan di

¹⁹⁰ *Ibid.* 57.

¹⁹¹ *Ibid.* 61

¹⁹² *Ibid.*

luar rahim terbatas pada pasangan suami istri yang terikat perkawinan sah (Pasal 14) dan ancaman bagi tenaga medis yang melakukannya (Pasal 10).¹⁹³

Terhadap praktik *surrogate mother*, pemerintah harus menentukan langkah sesuai hukum positif. Baik secara hukum perikatan keperdataan maupun hukum lain guna menghindari persengketaan.¹⁹⁴ *Surrogate mother* yang sebenarnya adalah apabila sel telurnya berasal dari sang ibu biologis. Bila sel telur berasal dari donor maka itu bukan *surrogate mother*.

Peraturan yang dapat dikatakan secara tidak langsung menyangkut mengenai *surrogate mother* dapat dilihat dari beberapa ketentuan sebagai berikut:¹⁹⁵

1. Undang-undang No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan
2. Peraturan Pemerintah No. 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi
3. Peraturan Menteri Kesehatan No. 039 Menkes/SK/010 tentang Penyelenggaraan Pelayanan Teknologi Reproduksi Berbantu
4. Fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI) pada Tanggal 6 Mei 2006

Selain itu ada beberapa aturan yang dianggap bisa dikaitkan dengan *surrogate mother*. Berdasarkan Pasal 10 Ayat (1) UU RI No. 39 tahun 1999 tentang HAM dinyatakan “Dalam upaya melanjutkan keturunan diharuskan melalui perkawinan yang sah”.¹⁹⁶ Untuk kepastian hukum, perlu dibuatnya

¹⁹³ Desriza Ratman. *op. cit.* hal. 4-5.

¹⁹⁴ *Ibid.* hal. 40.

¹⁹⁵ Sonny Dewi Judiasih, *op.cit.* hal. 57-60.

¹⁹⁶ Desriza Ratman. *op.cit.* hal. 43.

peraturan atau petunjuk pelaksanaan *surrogate mother* agar tertib. Negara perlu mengatur *surrogate mother* secara khusus.¹⁹⁷

Pada situasi terjadinya semacam kekosongan atau kemandekan hukum seperti pada praktik *surrogate mother* ini, maka perlu ditinjau dari sudut pandang hukum progresif. Konsep hukum progresif bertitik tolak dari pemikiran “*Hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.*”¹⁹⁸

Hukum bukan merupakan suatu institusi yang absolut dan final, melainkan sangat bergantung pada bagaimana manusia melihat dan menggunakannya. Manusia yang merupakan penentu. Hukum progresif menempatkan posisi dalam hubungan erat manusia dan masyarakat. Hukum progresif memiliki tipe responsive, dimana hukum selalu dikaitkan pada tujuan-tujuan diluar narasi tekstual hukum itu sendiri.¹⁹⁹

Hukum progresif tidak melihat hukum dari kaca mata hukum itu sendiri, melainkan dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai serta akibat-akibat yang ditimbulkannya.²⁰⁰ Hukum ada tidak semata-mata untuk dirinya sendiri, tetapi untuk tujuan dan makna sosial yang melampaui logika hukum.

¹⁹⁷ Sonny Dewi Judiasih, *op.cit.* hal. 62.

¹⁹⁸ Satjipto Rahardjo. *op.cit.* hal. 2.

¹⁹⁹ *Ibid.* hal 5-6.

²⁰⁰ *Ibid.* hal 7.

Sekalipun Negara hukum, tetapi tidak semuanya secara total harus dilakukan dengan dan melalui hukum.²⁰¹

D. Hak Memiliki Keturunan

1. Hak memiliki keturunan menurut hukum Islam

Setiap manusia yang hidup bersama dalam ikatan perkawinan akan mendambakan keluarga yang harmonis dan selalu diridhai Allah SWT. Namun demikian, banyak keluarga yang gagal mengupayakan keharmonisannya sehingga terjadi perceraian. Dampak perceraian mengakibatkan timbul berbagai masalah antara lain pecahnya keluarga tersebut dari ikatan tali perkawinan, hubungan kekeluargaan menjadi renggang.²⁰²

Menurut al-Faruqi, perkawinan merupakan pemenuhan terhadap tujuan Tuhan agar melahirkan keturunan. Tujuan perkawinan adalah untuk melahirkan keturunan, mencintai, mendukung, menghibur, menuntun, mendidik, menolong, dan menemani. Perkawinan dianggap sebagai media pemenuhan tujuan Ilahi, karena perkawinan akan melahirkan hubungan manusia yang luas dan kompleks antara satu sama lain saling mengikat.²⁰³

Dalam *at-Tanzīl al-Hakīm*, disebutkan perkawinan memiliki dua landasan, yaitu, hubungan seksual dan hubungan kemanusiaan dalam

²⁰¹ *Ibid.* hal 21.

²⁰² Armansyah Matondang, *Faktor-faktor yang Mengakibatkan Perceraian dalam Perkawinan*, Jurnal Ilmu Pemerintahan dan Sosial Politik, Vol. 2, No. 2, 2014, hal. 142.

²⁰³ Isma'il Raji Al-Faruqi, *Tauhid* (terj), Pustaka, Bandung, 1988, hal. 139.

bermasyarakat. sebagaimana firman Allah dalam Al-Quran surat An-Nahl, ayat 72 yang artinya : “Allah menjadikan bagi kamu istri-istri dari jenis kamu sendiri dan menjadikan dari istri-istri kamu itu, anak-anak dan cucu-cucu dan dia pula yang menciptakan manusia dari air, lalu dia jadikan manusia itu punya keturunan dan “musaharah” dan adalah Tuhanmu Maha Kuasa”.²⁰⁴

Tujuan perkawinan adalah menjaga keturunan yang sah, sehingga anak-anak mengenal ibu, bapak dan nenek moyangnya. Mereka merasa tenang dan damai dalam masyarakat dan masyarakatpun menemukan kedamaian karena anggota mereka jelas nasabnya. Tanpa pernikahan yang sah, tidak akan langgeng manusia di muka bumi ini. Dengan pernikahan manusia berkembang biak melalui lahirnya anak laki-laki dan atau perempuan.²⁰⁵

Menurut Imam al-Ghazali, dikutip dari Said Agil Husin al-Munawwar mengatakan tujuan perkawinan, yaitu: (1) memperoleh anak, (2) menyalurkan syahwat, (3) menghibur hati, (4) mengelola rumah tangga, dan (5) untuk melaksanakan kewajiban kemasyarakatan. Puncak kebahagiaan rumah tangga adalah dikaruniai anak. Kehadiran anak selalu dinantikan dan diharapkan pasangan suami-istri. Kehadiran anak di dalam pernikahan adalah suatu keharusan dan kebanggaan.²⁰⁶

²⁰⁴ Santoso, *Hakekat Perkawinan Menurut Undang-Undang Perkawinan, Hukum Islam dan Hukum Adat*, Yudisia, Vol. 7, No. 2, Desember 2016, hal. 417.

²⁰⁵ A.Darussalam, *Pernikahan Endogami Perspektif Islam dan Sains*, Thadis, Vol. 8. No.1. 2017, hal. 2

²⁰⁶ Nurul Alifah Rahmawati, Hirma Susilawati, *op.cit.* hal. 407-408

Tujuan perkawinan menurut hukum Islam adalah :²⁰⁷

1. Berbakti kepada Allah.
2. Memenuhi atau mencukupkan kodrat hidup manusia yang telah menjadi hukum bahwa antara pria dan wanita saling membutuhkan.
3. Mempertahankan keturunan umat manusia.
4. Melanjutkan perkembangan dan ketentraman hidup rohaniyah.
5. Mendekatkan dan saling menimbulkan pengertian antar golongan manusia untuk men jaga keselamatan hidup.

2. Hak memiliki keturunan dalam perspektif hukum positif

Faktor belum memiliki keturunan, merupakan salah satu penyebab terjadinya perceraian. Pertengkaran sering terjadi disebabkan karena pasangan belum memiliki keturunan. Terjadi saling tuduh bahwa salah satu pihak mandul dan tidak bisa mendapatkan anak. Akibat pertengkaran ini, maka istri yang paling kena dampaknya karena dituduh tidak mampu memberi keturunan.²⁰⁸

Bagi wanita yang menikah, memiliki keturunan adalah sebuah keinginan yang wajar. Peran wanita sebagai istri akan lengkap dengan hadirnya anak dalam keluarga. Kenyataannya, terdapat sebagian wanita yang sulit memperoleh keturunan. *World Health Organization* (WHO) memperkirakan 8-12% pasangan mengalami kesulitan untuk memiliki anak dan tersebar di seluruh

²⁰⁷ Santoso, *op.cit.* hal. 418.

²⁰⁸ *Ibid*, hal. 149.

Negara. 17% pasangan yang menikah lebih dari dua tahun belum pernah hamil. WHO menyatakan penyebab infertilitas 36% pada suami dan 64% pada istri..²⁰⁹

Wanita menikah yang tidak memiliki anak akan mengalami tekanan dalam masyarakat. Wanita yang mandul mengalami berbagai macam reaksi seperti depresi, rasa bersalah, *helpness*, cemas dan takut. Wanita yang tidak memiliki anak dianggap salah. Persepsi seperti itu terbentuk karena didukung oleh nilai dan budaya setempat. Adat, kebiasaan dan religi banyak suku di dunia menegaskan bahwa wanita yang tidak melahirkan anak adalah inferior.²¹⁰

Hampir setiap bangsa di dunia ini selalu menyalahkan dan melemparkan tanggung jawab kepada wanita apabila tidak mampu melahirkan seorang anak. Dikalangan orang Yahudi dan Muslim, bangsa-bangsa di Afrika dan Indian Amerika, ketidakhadiran anak dijadikan sebab utama pria untuk menceraikan istrinya. Bahkan UU Perkawinan tahun 1974 yang mengatur ketentuan perkawinan Indonesia menyatakan bahwa seorang suami diizinkan menikah dengan lebih dari satu wanita, bila wanita yang dinikahi sebelumnya tidak mampu melahirkan anak.²¹¹

Stigma yang diterima oleh keluarga tanpa anak dinilai sebagai keluarga yang gagal, karena tidak ada keturunan atau pewaris. Keluarga tanpa anak, oleh masyarakat cenderung didiskredit, direndahkan, dipandang sebelah mata atau

²⁰⁹ Nurhasyanah, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penerimaan Diri pada Wanita Infertilitas*, Jurnal Penelitian dan Pengukuran Psikologi Vol. 1, No.1, Oktober 2012, hal. 143.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*

bahkan mendapat prasangka seperti karma atau penyakit. Stigma keluarga tanpa anak sebagai keluarga gagal, membuat suami istri mengalami ketidaknyamanan, apalagi jika pernikahan telah berlangsung cukup lama.²¹²

Keluarga yang tidak memiliki keturunan menghadapi banyak tantangan, salah satunya adalah mempertahankan kondisi harmoni sosial. Terdapat berbagai upaya untuk mempertahankan keluarga atau pasangan mereka baik internal maupun eksternal. Secara internal mereka meningkatkan kualitas komunikasi dengan pasangan. Secara eksternal mereka menerima dukungan keluarga dan teman yang memahami kondisi mereka. Selain itu, mereka juga menghadapi stigma negatif sebagai keluarga mandul dan keluarga gagal.²¹³

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia (HAM), Pasal 10, Ayat (1) berbunyi “Setiap orang berhak membentuk suatu keluarga dan melanjutkan keturunan melalui pernikahan yang sah”.²¹⁴ Lingkup HAM sebagai konsep yang kodrati, universal dan abadi salah satunya adalah hak untuk melanjutkan keturunan.²¹⁵ UUD 1945, Pasal 28B Ayat (1) menyatakan bahwa : Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.²¹⁶

²¹² Abdul Malik Iskandar, Hasanuddin Kasim , Harifuddin Halim, *Upaya Pasangan Suami Istri yang tidak mempunyai Anak dalam mempertahankan Harmonisasi Keluarganya*, Jurnal Society, Vo. 7, No. 2, 2019, hal. 149.

²¹³ *Ibid*, hal. 160.

²¹⁴ Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia

²¹⁵ Suprin Na'a, *Sebuah Kontemplasi Tentang Klasifikasi Hak-Hak Asasi Manusia*, Jurnal Wawasan Hukum, Vol. 22 No. 01 Februari 2010. hal. 133

²¹⁶ Undang-Undang Dasar RI 1945

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Kedudukan Hukum Perjanjian *Surrogate Mother* Atas Indikasi Medis

1. Perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis ditinjau dari keadilan hukum

Konsep keadilan telah dikemukakan oleh banyak ahli sesuai sudut pandang masing-masing. Substansinya adalah mengenai sikap moral yang benar terkait hubungan antar manusia dalam kehidupan bersama di dalam masyarakat atau negara.²¹⁷ Peran konsepsi keadilan adalah menunjukkan hak-hak dan kewajiban dasar serta hal yang mempengaruhi stabilitas.²¹⁸

Berbagai konsepsi tentang keadilan dilahirkan dari pandangan masyarakat tentang kebutuhan alamiah manusia serta peluang-peluang dalam kehidupan. Prinsip-prinsip dasar dari keadilan bagi struktur masyarakat merupakan tujuan dari kesepakatan. Prinsip ini akan mengatur semua persetujuan masyarakat dalam menentukan jenis kerjasama sosial yang akan mereka buat.²¹⁹

Prinsip keadilan adalah hasil dari persetujuan dan tawar menawar yang *fair*. Keadilan sebagai *fairness* mengungkapkan bahwa prinsip keadilan

²¹⁷ Ahmad Fadlil Sumadi, *Hukum dan Keadilan Sosial dalam Perspektif Hukum Ketatanegaraan*, Jurnal Konstitusi, Vol. 12, No. 4, Desember 2015. hal. 857.

²¹⁸ John Rawls, *op.cit.* hal. 7.

²¹⁹ *Ibid.* hal. 11-12

disepakati dalam situasi ideal yang *fair*.²²⁰ Keadilan sebagai *fairness* terdiri dari dua bagian : (1) Interpretasi atas situasi awal dan atas persoalan pilihan yang ada, dan (2) Seperangkat prinsip yang akan disepakati.²²¹

Keadilan sebagai *fairness* merupakan contoh dari teori kontrak. Terminologi kontrak menyatakan bahwa prinsip keadilan dianggap sebagai prinsip yang akan dipilih oleh pribadi-pribadi yang rasional.²²² Setiap orang memiliki kehormatan mendasar pada keadilan, sehingga seluruh masyarakat sekalipun tidak bisa membatalkannya. Atas dasar ini, keadilan menolak jika lenyapnya kebebasan bagi sejumlah orang dapat dibenarkan oleh hal lebih besar yang didapatkan orang lain.²²³

Keadilan sosial memiliki pengertian yang lebih luas lagi, yaitu keadaan yang memungkinkan setiap individu dan kelompok dalam masyarakat dapat berkembang secara maksimal. Negara berkewajiban mewujudkan keadilan sosial melalui kebijakan dan usaha-usaha konkret (aktif) dan berkewajiban mencegah timbulnya ketidakadilan (pasif).²²⁴

Hakekat keadilan sosial yaitu keadilan dalam hubungan manusia dengan dirinya sendiri, manusia dengan sesama, manusia dengan bangsa dan negara

²²⁰ *Ibid.* hal. 13-14.

²²¹ *Ibid.* hal. 17.

²²² *Ibid.* hal. 18.

²²³ *Ibid.* hal. 4.

²²⁴ Ahmad Fadlil Sumadi. *op. cit.* hal. 859-860.

serta manusia dengan Tuhannya.²²⁵ Menurut Darmodiharjo, keadilan sosial menuntut supaya manusia hidup dengan layak dalam masyarakat. Masing- masing harus diberi kesempatan menurut *menselijke waardigheid* (kepatutan kemanusiaan).²²⁶

Rumusan keadilan menurut Suryawaskito ada tiga prinsip, yaitu : keadilan atas dasar hak, keadilan atas dasar jasa, dan keadilan atas dasar kebutuhan. Keadilan atas dasar hak adalah keadilan yang diperhitungkan berdasarkan hak untuk diterima oleh seseorang. Keadilan atas dasar jasa adalah keadilan yang diperhitungkan berdasarkan seberapa besar jasa yang telah diberikan seseorang. Sedangkan keadilan atas dasar kebutuhan adalah keadilan yang diperhitungkan berdasarkan apa yang dibutuhkan seseorang.²²⁷

Salah satu kebutuhan manusia yang mendasar adalah memiliki anak. Anak merupakan tempat orang tua mencurahkan kasih sayang dan merupakan perhiasan dalam kehidupan berumah tangga. Firman Allah SWT dalam Alquran Surat alKahfi, ayat 46 mengatakan “Harta dan anak-anak adalah perhiasan kehidupan dunia tetapi amalan kebajikan yang terus menerus adalah lebih baik pahalanya di sisi Tuhanmu serta lebih baik untuk menjadi harapan.”²²⁸

²²⁵ Ferry Irawan Febriansyah, *Keadilan Berdasarkan Pancasila Sebagai Dasar Filosofis dan Ideologis Bangsa*, DiH Jurnal Ilmu Hukum Vol. 13. No. 25. Februari 2017, hal 13.

²²⁶ Darji Darmodiharjo, Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2008, hal. 156-157.

²²⁷ Roro Fatikhin, *op. cit.* hal 307,

²²⁸ Budhy Munawar Rachman, *loc. cit.*

Membentuk keluarga dan memiliki anak, dijamin dalam UUD 1945. Dalam BAB XA terdapat pasal yang menjamin hak rakyat Indonesia untuk membentuk keluarga dan memiliki anak atau keturunan. Pasal 28 B Ayat (1), menyatakan bahwa Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah. Melanjutkan keturunan berarti memiliki anak.²²⁹

Pada keadaan tertentu, seorang wanita tidak dapat hamil karena tidak memiliki rahim sejak lahir atau karena kelainan yang menyebabkan rahimnya dioperasi dan diangkat. Ada juga wanita yang karena keadaan tubuhnya sendiri tidak dibolehkan hamil. Keadaan ini menyebabkan wanita tersebut tidak bisa memiliki keturunan. Jika wanita tersebut ingin memiliki anak membutuhkan bantuan wanita lain yang bersedia mengandung embrio yang berasal dari pasangan suami istri yang wanitanya tidak bisa atau tidak boleh hamil.

Penanaman embrio pada wanita lain yang bersedia mengandung benih pasangan lain dikenal sebagai *surrogate mother*. *Surrogate mother* lebih dikenal dengan sebutan “sewa rahim”. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia “sewa” di artikan sebagai pemakaian (pinjaman) sesuatu dengan membayar uang sewa, sedangkan arti kata “rahim” bermakna kandungan atau peranakan. Maka dapat diartikan istilah “sewa rahim” merupakan pemakaian (peminjaman) rahim dengan memberi/membayar uang sewa.²³⁰

²²⁹ Undang-Undang Dasar 1945

²³⁰ Muhammad Ali Hanafiah Selian, *loc. cit.*

Beberapa kepustakaan mengartikan *surrogate mother* dengan istilah “sewa rahim”. Namun, pemakaian kata sewa rahim, dapat menimbulkan salah memahami karena seolah-olah rahim dijadikan sebagai benda atau objek yang disewakan kepada pihak lain. Hal ini akan menjadi stigma negatif bagi wanita yang bersedia menjadi calon *surrogate mother*. Sehingga dengan sendirinya akan menjadikan *surrogate mother* sulit diterima ditengah masyarakat.

Surrogate mother adalah seorang wanita yang mengandung embrio yang berasal dari pasangan suami-istri lain. Dalam mengandung embrio tersebut, tidak hanya sebatas rahim tempat embrio tumbuh dan berkembang, namun berkaitan erat dengan seluruh fungsi tubuh wanita tersebut. Agar bisa dipahami secara lebih objektif, pemakaian istilah *surrogate mother* lebih tepat diartikan dengan istilah “ibu surogasi”. Pemakaian istilah ibu surogasi menunjukkan peran yang digantikan oleh wanita tersebut adalah peran seorang ibu.

Untuk menerapkan perjanjian *surrogate mother*, harus ada indikasi medis yang jelas. Indikasi medis adalah kondisi yang menyebabkan dilakukannya suatu pemeriksaan dan terapi atau yang menjadi alasan dilakukannya tindakan. Definisi indikasi medis dalam ilmu kedokteran memiliki dua definisi yang berbeda yaitu sebagai pertanda dan sebagai alasan atau sebab.

Indikasi medis dalam pengertian pertanda adalah kondisi tertentu yang menampilkan tanda-tanda bahwa harus diperlakukan dengan cara tertentu atau menunjukkan perkembangan kearah tertentu. Gejala yang muncul juga bisa

menjadi indikasi penyakit dan dokter dapat menggunakan gejala sebagai salah satu cara untuk mendiagnosis penyakit. Indikasi medis dalam pengertian alasan adalah merupakan sebab atau tujuan yang membenarkan dilakukan pengobatan atau tindakan tertentu.

Indikasi dilakukannya *surrogate mother* atau ibu surogasi adalah:²³¹

1. Seseorang wanita tidak mempunyai harapan untuk mengandung secara biasa kerana ditimpa penyakit atau kecacatan yang menghalangnya dari mengandung dan melahirkan anak.
2. Rahim wanita tersebut diangkat karena pembedahan.
3. Wanita yang ingin memiliki anak tetapi tidak mau memikul beban kehamilan, melahirkan dan menyusukan anak serta ingin menjaga kecantikan tubuhnya dengan mengelak dari akibat kehamilan.
4. Wanita yang ingin memiliki anak tetapi telah putus haid (*menopause*).
5. Wanita yang ingin mencari pendapatan dengan menyewakan rahimnya kepada orang lain.

Tidak semua indikasi tersebut diatas, merupakan indikasi medis untuk dilakukannya praktik *surrogate mother*. Yang dapat dikatakan sebagai indikasi medis dalam perjanjian *surrogate mother* adalah wanita dari pasangan suami-istri tidak bisa hamil karena ditimpa penyakit atau kecacatan pada rahim yang menghalangnya untuk hamil dan melahirkan anak atau rahim wanita tersebut telah diangkat melalui pembedahan.

²³¹ Nurul Alifah Rahmawati. *op. cit.* hal. 413.

Dalam pelaksanaannya, *surrogate mother* memiliki berbagai bentuk, yaitu :²³²

- a. Benih isteri (*ovum*) disenyawakan dengan benih suami (sperma), kemudian dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Kaedah ini digunakan jika isteri memiliki benih yang baik, tetapi rahimnya telah diangkat, cacat atau ada penyakit serta sebab-sebab lain.
- b. Sama dengan bentuknya dengan yang pertama, kecuali benih yang telah disenyawakan dibekukan dan dimasukkan ke dalam rahim ibu surogasi setelah kematian pasangan suami isteri itu.
- c. *Ovum* isteri disenyawakan dengan sperma lelaki lain (bukan suaminya) dan dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Keadaan ini bila suami mandul dan isteri ada cacat pada rahimnya tetapi benihnya baik.
- d. Sperma suami disenyawakan dengan *ovum* wanita lain, kemudian dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Keadaan ini berlaku apabila isteri ditimpa penyakit pada ovarium dan rahimnya sehingga tidak bisa hamil atau isteri yang telah mencapai tahap putus haid (*menopause*).
- e. Sperma suami dan *ovum* isteri disenyawakan, kemudian dimasukkan ke dalam rahim isteri yang lain dari suami yang sama. Dalam keadaan ini isteri yang lain sanggup mengandungkan anak suaminya dari isteri yang tidak bisa hamil.

²³² Muhammad Ali Hanafiah Selian, *Surrogate Mother; Tinjauan hukum Perdata dan Islam*, Jurnal Yuridis Vol. 4 No. 2, Desember 2017. Hal. 135

Dari berbagai indikasi dan bentuk *surrogate mother* tersebut, maka bentuk yang merupakan indikasi medis adalah benih isteri (*ovum*) disenyawakan dengan benih suami (sperma), kemudian dimasukkan ke dalam rahim wanita lain. Hal ini dilakukan karena isteri tidak bisa hamil disebabkan tidak memiliki rahim atau tidak boleh hamil karena penyakit yang dideritanya.

Bentuk-bentuk *surrogate mother* lain seperti embrio dimasukan ke rahim wanita lain setelah kematian salah satu pasangan suami-istri, tidak boleh dilakukan. Begitu juga bila *ovum* atau sperma berasal dari donor, maka perjanjian *surrogate mother* ini juga tidak boleh dilakukan. Berkaitan dengan indikasinya, maka pelaksanaan *surrogate mother* selain atas indikasi medis tidak boleh dilakukan.

Beberapa alasan yang bukan indikasi medis seperti wanita yang tidak mau hamil, melahirkan dan menyusui serta ingin menjaga kecantikan tubuhnya. Indikasi lain, seperti wanita yang telah putus haid (*menopause*) ingin memiliki anak. Begitu juga sebaliknya, jika wanita yang menjadi ibu surogasi karena ingin mencari pendapatan dengan menyewakan rahimnya kepada orang lain, maka perjanjian *surrogate mother* ini tidak boleh dilakukan.

Dengan demikian, dapat dipahami bahwa *surrogate mother* (ibu surogasi) atas indikasi medis adalah jika wanita pemilik sel telur (*ovum*), secara medis dibuktikan tidak memiliki rahim untuk hamil atau secara medis tidak boleh hamil karena memiliki penyakit tertentu yang membahayakan wanita

tersebut jika hamil. Wanita ini berhak untuk mendapat perlakuan khusus yang dijamin UUD 1945 agar bisa memiliki anak atau keturunan.

Selain memiliki indikasi medis yang jelas dalam pelaksanaan *surrogate mother*, wanita yang akan menjadi ibu surogasi harus memenuhi syarat kesehatan secara medis. Syarat kesehatan calon ibu surogasi adalah tidak memiliki kelainan yang dapat membahayakan kesehatannya atau dapat menyebabkan kematian jika dia hamil. Selain syarat kesehatan, wanita tersebut harus dalam keadaan menikah dan telah mempunyai anak hidup yang cukup.

Untuk penerapan perjanjian *surrogate mother* ini tentu memerlukan perlakuan khusus. Wanita yang tidak memiliki rahim atau tidak boleh hamil karena menderita penyakit tertentu, berhak untuk mendapat perlakuan khusus agar bisa memiliki anak. Hak untuk memperoleh perlakuan khusus tersebut dijamin oleh UUD 1945 Pasal 28 H, Ayat (2) yang menyatakan bahwa setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan.²³³

Perjanjian *surrogate mother* ditinjau dari keadilan hukum, sebagaimana keadilan yang dikemukakan oleh John Rawls bahwa keadilan itu tidak bisa dibatalkan oleh seluruh masyarakat. Pasangan suami-istri yang tidak memiliki keturunan karena istrinya tidak bisa dan tidak boleh hamil, perlu diperlakukan

²³³ Undang-Undang Dasar 1945

secara adil. Salah satu prinsip keadilan menurut Suryawaskito adalah keadilan atas dasar kebutuhan.

Surrogate mother merupakan satu-satunya cara bagi pasangan suami-istri yang tidak bisa atau tidak boleh hamil untuk memenuhi kebutuhan mereka memperoleh keturunan. Keadilan untuk memperoleh keturunan ini sejalan dengan keadilan sebagai *fairness* yang dikemukakan oleh John Rawls. Wajar dan layak apabila pasangan suami-istri tersebut mengambil sikap untuk melakukan *surrogate mother*. Hak untuk memperoleh keturunan juga dijamin oleh Undang-Undang HAM.

2. Perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis ditinjau dari asas kebebasan berkontrak

Hugo Grotius berpendapat bahwa hak untuk mengadakan perjanjian adalah salah satu hak asasi manusia. Perjanjian adalah suatu tindakan suka rela dari seseorang dimana ia berjanji sesuatu kepada orang lain dengan maksud bahwa orang lain itu akan menerimanya. Pendekatan hukum alam terhadap kebebasan berkontrak sebagai suatu kebebasan manusia yang fundamental. Hukum alam menekankan tentang perlu adanya kebebasan bagi manusia. Hal itu berlaku juga terhadap hal yang berkaitan dengan kontrak.²³⁴

Adam Smith mengatakan bahwa ketentuan perundang-undangan seyogyanya tidak digunakan untuk mencampuri kebebasan berkontrak. Ia

²³⁴ Sutan Remi Syahdeini, *op. cit.* hal.19.

berpendapat bahwa menurut sistem kebebasan berkontrak, penguasa hanya mempunyai kewajiban melindungi masyarakat dari tindak kekerasan dan invasi dari masyarakat lain. Melindungi masyarakat dari ketidakadilan dan penindasan yang dilakukan oleh masyarakat lain. Menyediakan prasarana umum yang tidak dapat disediakan, dibangun dan dipelihara sendiri oleh masyarakat.²³⁵

Asas kebebasan berkontrak merupakan suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk :²³⁶

5. Membuat atau tidak membuat suatu perjanjian.
6. Mengadakan perjanjian dengan siapapun.
7. Menentukan isi dari perjanjian, pelaksanaan, persyaratan.
8. Menentukan bentuk dari perjanjian apakah itu tertulis atau lisan.

Menurut asas kebebasan berkontrak, seseorang mempunyai pilihan yang bebas untuk mengadakan perjanjian. Di dalam asas ini terkandung pandangan bahwa orang bebas untuk melakukan atau tidak melakukan perjanjian, bebas dengan siapa ia mengadakan perjanjian, bebas tentang apa yang diperjanjikan dan bebas untuk menetapkan syarat-syarat perjanjian.²³⁷

Berdasarkan asas kebebasan berkontrak, maka perjanjian *surrogate mother* memiliki asas yang mendasar untuk bisa dilaksanakan. Walaupun setiap orang bebas membuat perjanjian, namun tidak bisa membuat suatu kesepakatan

²³⁵ *Ibid.* hal. 20.

²³⁶ Salim H.S., *Hukum Perjanjian Teori dan Tehnik Penyusunan Perjanjian*, *loc. cit*

²³⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Batas-batas Kebebasan Berkontra.*; *loc. cit.*

sebebas-bebasnya. Sebagai negara hukum, setiap perbuatan hukum yang dilakukan di Indonesia harus memenuhi syarat dan ketentuan yang berlaku. Untuk mengetahui perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis sah secara hukum, maka perlu ditinjau dari ketentuan dan syarat sahnya suatu perjanjian berdasarkan Pasal 1320 dan Pasal 1337 KUHPerduta.

2.1. Kedudukan hukum perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis menurut Pasal 1320 KUHPerduta

Untuk mengikat kedua belah pihak serta mencegah timbulnya sengketa dikemudian hari, maka dalam melakukan *surrogate mother* haruslah diikat dengan suatu perjanjian. Perjanjian ini disebut perjanjian *surrogate mother*. Perjanjian *surrogate mother* merupakan perjanjian antara pasangan suami istri dengan pihak wanita yang bersedia untuk hamil. Embrio yang dikandung wanita tersebut berasal dari pasangan suami istri yang sah. Setelah melahirkan nanti, maka wanita tersebut akan menyerahkan anak yang dikandungnya kepada pasangan suami istri tersebut. Agar perjanjian *surrogate mother* ini sah, maka harus memenuhi syarat sahnya suatu perjanjian sebagaimana yang telah diatur oleh undang-undang.

Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal. Dari peristiwa itu timbullah suatu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan. Dalam bentuknya, perjanjian itu berupa suatu rangkaian

perkataan yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis. Perjanjian merupakan sumber terpenting yang melahirkan perikatan.²³⁸

Agar suatu perjanjian dapat dilaksanakan oleh para pihak serta dapat dipertanggungjawabkan secara hukum, maka perjanjian yang dibuat para pihak harus sah menurut hukum. Jika suatu perjanjian dibuat tidak memenuhi syarat sahnya suatu perjanjian menurut hukum, maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan atau batal demi hukum. Ketentuan Pasal 1320 KUHPerdara menentukan sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat yaitu :²³⁹

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya.
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan.
3. Suatu hal tertentu.
4. Suatu sebab yang halal.

Syarat 1 dan 2 dinamakan syarat-syarat subjektif karena mengenai subjek yang mengadakan perjanjian, sedangkan syarat 3 dan 4 dinamakan syarat-syarat objektif karena mengenai objek perjanjian. Apabila syarat-syarat subjektif tidak dipenuhi, maka perjanjian dapat dibatalkan oleh hakim atas permintaan salah satu para pihak. Meminta pembatalan perjanjian ini dibatasi dalam waktu 5 tahun (Pasal 1454 BW). Bila syarat objektif yang tidak dipenuhi, maka perjanjiannya batal demi hukum. Artinya dari semula tidak pernah ada

²³⁸ Subekti, *loc. cit.*

²³⁹ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

perjanjian dan tidak pernah ada perikatan. Sehingga tidak ada dasar untuk saling menuntut di muka hakim.²⁴⁰

1. Sepakat mereka yang mengikat dirinya.

Sepakat atau juga dinamakan perizinan, dimaksud bahwa dua subjek yang mengadakan perjanjian itu harus bersepakat, setuju atau seia-sekata mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian yang diadakan. Mereka menghendaki sesuatu yang sama secara timbal balik.²⁴¹ Kedua belah pihak dalam suatu perjanjian harus mempunyai kemauan yang bebas untuk mengikatkan diri dan kemauan itu harus dinyatakan.²⁴²

Pernyataan kemauan seorang bermaksud supaya pihak lain dalam suatu perhubungan hukum tahu adanya kemauan itu dan pihak lain tersebut dapat menentukan kemauannya akan menyetujui atau tidak. Para pihak harus saling mengucapkan atau menyatakan kemauan masing-masing. Berdasarkan pernyataan tersebutlah baru dapat dikatakan tercipta suatu persetujuan atau kesepakatan antara kedua belah pihak.²⁴³

Sepakat menurut Harlen Budiono mencakup pengertian tidak saja sepakat mengikatkan diri, tetapi juga sepakat untuk mendapatkan prestasi. Masing-masing pihak mempunyai kewajiban dan berhak atas prestasi yang telah diperjanjikan. Menurut Sudikno Mertokusumo, kesepakatan adalah

²⁴⁰ Wirjono Prodjodikoro, *op. cit.* hal. 213.

²⁴¹ Subekti, *op. cit.* hal. 17.

²⁴² *Ibid.* hal . 135.

²⁴³ Wirjono Prodjodikoro. *Azas-Azas Hukum Perjanjian*. Cet. 9. Mandar Maju. Bandung. 2011. hal. 27.

persesuaian pernyataan kehendak antara satu orang atau lebih dengan pihak lainnya. Yang sesuai itu adalah pernyataannya, karena kehendak tidak dapat dilihat atau diketahui orang lain tanpa dinyatakan.²⁴⁴

Kesepakatan adalah persesuaian pernyataan kehendak antara satu orang atau lebih dengan pihak lainnya. Ada lima cara terjadinya persesuaian pernyataan kehendak, yaitu dengan :²⁴⁵

1. Bahasa yang sempurna dan tertulis.
2. Bahasa yang sempurna secara lisan.
3. Bahasa yang tidak sempurna asal dapat diterima oleh pihak lawan.
4. Bahasa isyarat asal dapat diterima oleh pihak lawan.
5. Diam atau membisu, tetapi asal dipahami atau diterima pihak lawan.

Perjanjian *surrogate mother* juga harus disepakati oleh para pihak sebelum dilaksanakan. Untuk bisa tercapainya kesepakatan dalam perjanjian *surrogate mother* harus ada pihak ketiga yaitu dokter yang menjelaskan tentang apa yang akan dilakukan terhadap calon ibu surogasi. Selain itu, dokter juga harus menjelaskan kenapa istri dari pasangan tersebut tidak bisa atau tidak boleh hamil sehingga dibutuhkan ibu surrogasi.

Dengan adanya pernyataan kehendak dari pasangan suami-istri kepada calon ibu surogasi serta adanya penjelasan medis dan teknis dari dokter, hal ini akan menjadikan kesepakatan dalam perjanjian ibu surogasi tersebut dapat

²⁴⁴ Muhammad Syaifuddin. *Op. cit.* hal. 112

²⁴⁵ Salim H.S. *Hukum Kontrak, Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak. op, cit.* hal. 33.

terhindar dari unsur pemaksaan, khilaf dan penipuan. Dengan demikian syarat sahnya perjanjian yang pertama, bahwa harus sepakat mereka yang mengikat dirinya terpenuhi.

2. Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian.

Orang-orang yang membuat perjanjian harus cakap menurut hukum. Pada dasarnya, setiap orang yang sudah dewasa atau akil baliq dan sehat pikirannya adalah cakap menurut hukum. Dalam Pasal 1330 KUHPerdara disebut orang-orang yang tidak cakap untuk membuat suatu perjanjian adalah:²⁴⁶

1. Orang yang belum dewasa.
2. Mereka yang ditaruh dibawah pengampunan.
3. Orang perempuan yang ditetapkan oleh undang-undang (istri) dan semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat perjanjian-perjanjian tertentu.

Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian atau kecakapan bertindak adalah kecakapan atau kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum. Perbuatan hukum adalah perbuatan yang akan menimbulkan akibat hukum. Orang-orang yang akan mengadakan perjanjian haruslah orang-orang yang cakap dan mempunyai wewenang untuk melakukan perbuatan hukum, sebagaimana yang ditentukan oleh undang-undang.²⁴⁷

²⁴⁶ Subekti, *op. cit.* hal. 17.

²⁴⁷ Salim H.S. *loc. cit.*

Menurut Annalisa Yahanan, Muhammad Syaifuddin dan Yunial Laili Mutiari, persyaratan kecakapan para pihak yang membuat kontrak sangat diperlukan karena hanya orang yang cakaplah yang mampu memahami, melaksanakan dan mempertanggungjawabkan akibat hukum suatu kontrak. Orang yang cakap menurut hukum memiliki kecakapan dan kemampuan serta mempertanggungjawabkan perbuatan hukum yang dibuatnya.²⁴⁸

Konsekuensi yuridis jika ada dari pihak-pihak dalam kontrak yang tidak cakap adalah :²⁴⁹

- a) Jika kontrak tersebut dilakukan oleh anak yang belum dewasa, maka kontrak tersebut batal demi hukum atas permintaan anak yang belum dewasa karena alasan kebelumdewasaannya.
- b) Jika kontrak tersebut dilakukan oleh orang yang berada dibawah pengampuan, maka kontrak tersebut batal demi hukum atas permintaan dari orang yang dibawah pengampuan semata-mata karena alasan dibawah pengampuannya.
- c) Terhadap kontrak yang dibuat oleh wanita yang bersuami, hanyalah batal demi hukum jika kontrak tersebut melampaui kekuasaannya.
- d) Terhadap kontrak yang dibuat oleh orang-orang yang dilarang oleh undang-undang melakukan perbuatan tertentu, maka mereka dapat

²⁴⁸ Muhammad Syaifuddin. *Op.cit.* hal. 123.

²⁴⁹ Munir Fuady. *Op. cit.* hal. 61-62.

menuntut pembatalan kontrak tersebut, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang.

KUHPerdata menempatkan istri sebagai orang yang tidak cakap membuat suatu kontrak. Dewasa ini ketentuan bahwa istri dianggap tidak cakap membuat kontrak, tidak berlaku lagi dengan alasan sebagai berikut :²⁵⁰

- a) Perkembangan emansipasi wanita di zaman sekarang yang menempatkan wanita sejajar dan sama haknya dengan pria.
- b) Dari semula yang dimaksudkan oleh KUHPerdata tentang ketidakcakapan istri hanyalah dalam bidang hukum kekayaan, bukan dalam bidang hukum lainnya.
- c) Dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2019, Pasal 31 menyatakan bahwa suami istri memiliki hak dan kedudukan yang seimbang dan masing-masing pihak berhak untuk melakukan perbuatan hukum termasuk membuat kontrak.
- d) Surat edaran Mahkamah Agung RI No. 3 Tahun 1963 juga menyatakan istri tetap cakap berbuat dengan mencabut Pasal 108 dan Pasal 110 KUHPerdata.
- e) Dalam praktek hukum sehari-hari, istri umumnya dianggap cakap membuat kontrak atas barang-barang yang dia kuasai dan/atau miliknya.

²⁵⁰ *Ibid.* hal. 70-71

Dalam perjanjian *surrogate mother* para pihak yang membuat perjanjian tentunya cakap menurut hukum. Pasangan suami-istri sebagai pihak yang akan menitipkan embrio mereka secara hukum telah dewasa dan memahami konsekuensi kontrak yang akan mereka buat. Begitu juga sebaliknya wanita calon ibu surogasi juga telah dewasa dan cakap menurut hukum untuk membuat kontrak.

Hal khusus dalam perjanjian *surrogate mother* yang berkaitan dengan wanita calon ibu surogasi, adalah kontrak atau perjanjian tersebut harus diketahui dan disetujui oleh suaminya. Dengan demikian perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis harus dilakukan antara pihak calon pasangan suami-istri yang akan menitipkan embrionya dengan pasangan suami-istri calon ibu surogasi.

Wanita calon ibu surogasi harus telah pernah hamil dan memiliki anak karena telah memiliki pengalaman serta memahami segala perubahan dan konsekuensi yang dapat timbul selama hamil, melahirkan dan pasca melahirkan. Begitu juga suami wanita calon ibu surogasi akan dapat memahami perubahan-perubahan, baik fisik maupun psikologis istrinya selama hamil, melahirkan dan pasca melahirkan.

Dengan demikian dapat dipahami bahwa dalam perjanjian *surrogate mother*, para pihak telah memenuhi syarat cakap dalam membuat perjanjian tersebut. Perjanjian ini dilakukan oleh para pihak yang masing-masing telah menikah dan masih terikat dalam pernikahan mereka. Bagi pihak calon ibu

surogasi, telah mempunyai pengalaman tentang hamil, melahirkan dan pasca melahirkan.

3. Suatu hal tertentu.

Suatu perjanjian harus mengenai suatu hal tertentu, artinya apa yang diperjanjikan merupakan hak-hak dan kewajiban kedua belah pihak jika timbul suatu perselisihan. Tidak diharuskan oleh undang-undang bahwa hal yang diperjanjikan sudah ada atau sudah ditangan.²⁵¹ Yang dimaksud dengan perihal tertentu adalah perihal yang merupakan objek dari suatu kontrak.²⁵²

Menurut Wirdjono Prodjodikoro, barang yang seketika belum ada dapat menjadi objek perjanjian. Istilah “belum ada” dapat berarti mutlak, misalnya perjanjian jual beli padi yang akan baru ditanamnya tahun depan. Namun istilah “belum ada” dapat juga berarti relatif, misalnya perjanjian orang akan menjual beras, tetapi saat itu masih menjadi milik orang lain yang akan jatuh ketangan si penjual.²⁵³

Annalisa Yahanan, Muhammad Syaifuddin dan Yunial Laili Mutiari mendefinisikan objek atau pokok persoalan tertentu atau dapat ditentukan, adalah dalam membuat kontrak, apa yang diperjanjikan harus jelas. Sama dengan pendapat Agus Yudha Hernoko, bahwa hal atau objek tertentu yang diatur dalam Pasal 1320 Ayat (3) KUHPerdara adalah prestasi yang menjadi pokok kontrak. Hal ini untuk memastikan sifat dan luasnya pernyataan yang

²⁵¹ Subekti, *op. cit.* hal. 19.

²⁵² Munir Fuady. *op.cit.* hal. 72.

²⁵³ Wirjono Prodjodikoro, *op. cit.* hal. 21.

menjadi kewajiban para pihak. Pernyataan yang tidak dapat ditentukan sifat dan luasnya kewajiban para pihak adalah tidak mengikat.²⁵⁴

Kontrak dibuat dengan tujuan untuk menimbulkan, mengubah atau mengakhiri perikatan. Sehingga kontrak dimaksud mewajibkan kepada para pihak yang membuatnya untuk melaksanakan prestasi berupa memberikan sesuatu, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu. Prestasi adalah kewajiban hukum kontrak yang harus tertentu atau dapat ditentukan, sehingga jelas apa yang menjadi hak dan kewajiban para pihak yang membuat kontrak. Namun demikian tidak berarti bahwa para pihak pada saat membuat kontrak harus sudah menegaskan secara terperinci apa yang menjadi hak serta kewajiban hukum kontraktualnya masing-masing.²⁵⁵

Didalam berbagai literatur disebutkan bahwa yang menjadi objek perjanjian adalah prestasi (pokok perjanjian). Prestasi adalah apa yang menjadi kewajiban dan hak para pihak. Prestasi terdiri dari perbuatan positif dan negatif seperti memberikan sesuatu, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu. Prestasi itu harus dapat ditentukan artinya isi perjanjian harus dipastikan dalam arti dapat ditentukan secara cukup.²⁵⁶

Pada perjanjian *surrogate mother*, yang menjadi objek perjanjian atau hal yang tertentu adalah ibu surogasi berkewajiban mengandung embrio yang berasal dari pasangan suami-istri yang membuat perjanjian dengannya. Selama

²⁵⁴ Muhammad Syaifuddin. *op. cit.* hal. 128.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Salim H.S. *op. cit.* hal. 34.

hamil ibu surogasi harus merawat kehamilannya sebagaimana dia merawat anaknya sendiri. Setelah melahirkan, maka bayi yang dikandungnya harus diserahkan kepada pasangan suami istri yang membuat perjanjian. Inilah prestasi yang harus dilakukan oleh ibu surogasi.

Pasangan suami istri yang menitipkan embrio juga memiliki prestasi yang harus mereka laksanakan, seperti menanggung semua biaya yang timbul dari proses surogasi tersebut serta membiayai perawatan selama hamil dan memberi biaya untuk asupan gizi yang cukup pada ibu surogasi. Selain itu, pasangan suami istri tersebut juga memiliki kewajiban untuk membiayai semua tindakan medis jika terjadi suatu keadaan yang membutuhkan tindakan medis selama hamil, melahirkan dan setelah melahirkan.

Selain prestasi masing-masing pihak tersebut, dalam perjanjian *surrogate mother* juga harus dijelaskan segala risiko yang dapat terjadi dan segala konsekuensinya, seperti jika terjadi kematian janin dalam kandungan, janin cacat atau tidak berkembang sempurna. Jika hal ini terjadi, maka pihak pasangan suami-istri harus tetap membiayai semua biaya yang timbul dan harus menerima apapun kondisi anak yang dikandung ibu surogasi. Hal ini harus jelas dinyatakan dalam perjanjian.

Begitu juga sebaliknya, jika terjadi keadaan yang bisa menimbulkan cacat atau kematian pada ibu surogasi akibat dari kehamilan tersebut, maka pihak pasangan suami-istri harus membiayai semua biaya yang timbul, memberi dana santunan atau sagu hati sesuai kesepakatan. Selain itu, pada keadaan

tertentu, jika meneruskan kehamilan akan membahayakan keselamatan ibu surogasi, maka kehamilan tersebut dapat dihentikan atas indikasi medis.

4. Suatu sebab yang halal.

Suatu sebab yang halal merupakan syarat ke-empat untuk sahnya perjanjian. Dalam Pasal 1320 KUHPerdara tidak dijelaskan pengertian kausa yang halal. Hoge Raad sejak tahun 1927 mengartikan kausa yang halal sebagai sesuatu yang menjadi tujuan para pihak.²⁵⁷ Vollmar memberikan pengertian sebab atau kausa yang tidak dilarang sebagai maksud atau tujuan dari kontrak. Herlien Budiono menjelaskan bahwa kausa dalam ilmu hukum mengandung pengertian sebagai dasar yang melandasi hubungan hukum.²⁵⁸

Suatu kontrak akan mempunyai akibat hukum jika memenuhi dua syarat. Pertama : tujuan kontrak mempunyai dasar yang pantas/patut. Kedua : harus mengandung sifat yang sah. Kontrak yang tidak memenuhi kedua syarat tersebut tidak menimbulkan akibat hukum yang mengikat bagi para pihak karena kontrak tersebut menurut undang-undang tidak mempunyai kausa.²⁵⁹

Sebab yang halal dimaksudkan tiada lain dari pada isi perjanjian. Sebab yang dimaksud disini, bukanlah sesuatu yang menyebabkan seseorang membuat perjanjian. Sesuatu yang menyebabkan seseorang membuat perjanjian atau dorongan jiwa untuk membuat perjanjian pada dasarnya tidak dipedulikan oleh

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ Muhammad Syaifuddin. *op. cit.* hal. 131.

²⁵⁹ *Ibid.*

undang-undang. Hukum pada dasarnya tidak menghiraukan apa yang ada dalam gagasan seseorang atau apa yang dicita-citakan seseorang. Yang diperhatikan oleh hukum adalah tindakan orang-orang dalam masyarakat.²⁶⁰

Syarat kausa yang legal merupakan mekanisme netralisasi terhadap prinsip kebebasan berkontrak. Terdapat kekhawatiran bahwa dengan prinsip kebebasan berkontrak yang terlalu bebas akan menimbulkan kontrak-kontrak yang dibuat secara ceroboh. Karena itu diperlukan semacam mekanisme agar prinsip kebebasan berkontrak tidak disalahgunakan atau asal-asalan.²⁶¹

Kontrak dikatakan tidak mempunyai kausa yang legal atau tidak memenuhi unsur kausa yang legal adalah jika :²⁶²

- a) Kontrak sama sekali tanpa kausa.
- b) Kontrak dibuat dengan kausa yang palsu.
- c) Kontrak dibuat dengan kausa yang terlarang.

Herlien Budiono membedakan antara kausa yang halal atau tidak dilarang dalam pengertian “tujuan” dengan kausa yang halal atau tidak dilarang dalam kaitannya dengan “motif”. Tujuan yang dimaksud adalah tujuan bersama para pihak, sedangkan motif merupakan tujuan masing-masing para pihak.²⁶³

Mahkamah Agung mempunyai pendapat tentang kausa yang halal, sebagaimana tercermin dari Putusan MA No. 268K/Sip/1971, yang berpendapat

²⁶⁰ Subekti, *loc. cit.*

²⁶¹ Munir Fuady. *op. cit.* hal. 73.

²⁶² *Ibid.* hal. 74.

²⁶³ Muhammad Syaifuddin. *op. cit.* hal. 132.

bahwa alasan atau kausa yang diperbolehkan berdasarkan Pasal 1320 KUH Perdata merupakan suatu “tujuan bersama” dari kedua belah pihak yang menjadi dasar pembuatan kontrak.²⁶⁴

Pada perjanjian ibu surogasi, yang menjadi kausa atau tujuan bersama para pihak adalah terjadinya kehamilan pada pihak ibu surogasi yang embrionya berasal dari pihak suami-istri. Setelah melahirkan maka ibu surogasi akan memberikan bayi tersebut kepada suami-istri yang membuat perjanjian dengannya. Jelas bahwa kausa atau sebab pada perjanjian ibu surogasi ada dua hal utama, yaitu : Pertama satu pihak hamil dengan embrio berasal dari pihak lain. Kedua pihak yang hamil akan memberikan bayi yang dilahirkannya kepada pihak lain.

Tujuan bersama para pihak ini, tidak dapat dikatakan halal atau tidak karena pada Pasal 1320 KUHPerdata tidak jelas apa yang dijadikan parameter untuk menentukan suatu hal itu merupakan suatu sebab yang halal atau tidak. Untuk itu perlu dikaitkan dengan hal-hal yang dilarang oleh hukum dalam membuat suatu perjanjian.

Hal yang dilarang hukum dalam suatu perjanjian, dinyatakan dalam Pasal 1337 KUHPerdata yang berbunyi : Suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum.²⁶⁵ Maksud kebebasan berkontrak adalah bebas untuk

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

menentukan isi dan macamnya perjanjian, sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan atau ketertiban umum.

2.2. Kedudukan hukum perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis menurut Pasal 1337 KUHPerdara

Pasal 1337 KUHPerdara memuat tentang sebab yang dilarang dalam membuat perjanjian. Pasal 1337 KUHPerdara berbunyi : Suatu sebab adalah terlarang, jika sebab itu dilarang oleh undang-undang atau bila sebab itu bertentangan dengan kesusilaan atau dengan ketertiban umum. Walaupun pasal 1320 KUHPerdara tidak menjelaskan apa kriteria suatu sebab yang halal, namun Pasal 1337 KUHPerdara ini dapat dijadikan sebagai parameter atau kriteria, suatu sebab yang halal.

1. Sebab yang dilarang oleh undang-undang

Perjanjian ibu surogasi secara tegas tidak diatur oleh undang-undang. Beberapa peraturan perundang-undangan yang ada, mengatur tentang bayi tabung atau kehamilan berbantu yang embrionya ditanamkan kedalam rahim istrinya sendiri. Termasuk pengaturan tentang embrio yang belum atau tidak ditanamkan saat itu. Ibu surogasi merupakan hal yang berbeda secara substantif dengan yang dimaksud kehamilan berbantu.

- a) Perjanjian ibu surogasi menurut Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan

Pasal 72 Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan menyatakan bahwa setiap orang berhak :²⁶⁶

- a. menjalani kehidupan reproduksi dan kehidupan seksual yang sehat, aman, serta bebas dari paksaan dan/atau kekerasan dengan pasangan yang sah.
- b. menentukan kehidupan reproduksinya dan bebas dari diskriminasi, paksaan, dan/atau kekerasan yang menghormati nilai-nilai luhur yang tidak merendahkan martabat manusia sesuai dengan norma agama.
- c. menentukan sendiri kapan dan berapa sering ingin bereproduksi sehat secara medis serta tidak bertentangan dengan norma agama.
- d. memperoleh informasi, edukasi, dan konseling mengenai kesehatan reproduksi yang benar dan dapat dipertanggungjawabkan.

Pasal 72 Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan ini mengatur tentang kesehatan reproduksi secara umum.

Dalam Pasal 74 mengatur tentang reproduksi berbantu, sebagai mana dinyatakan dalam Ayat :²⁶⁷

²⁶⁶ Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan

²⁶⁷ *Ibid.*

- (1) Setiap pelayanan kesehatan reproduksi yang bersifat promotif, preventif, kuratif, dan/atau rehabilitatif, termasuk reproduksi dengan bantuan dilakukan secara aman dan sehat dengan memperhatikan aspek-aspek yang khas, khususnya reproduksi perempuan.
- (2) Pelaksanaan pelayanan kesehatan reproduksi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan dengan tidak bertentangan dengan nilai agama dan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (3) Ketentuan mengenai reproduksi dengan bantuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Selanjutnya secara khusus tentang bayi tabung atau reproduksi berbantu ditegaskan dalam Pasal 127 Ayat :²⁶⁸

- (1) Upaya kehamilan di luar cara alamiah hanya dapat dilakukan oleh pasangan suami istri yang sah dengan ketentuan: a. hasil pembuahan sperma dan ovum dari suami istri yang bersangkutan ditanamkan dalam rahim istri dari mana ovum berasal; b. dilakukan oleh tenaga kesehatan yang mempunyai keahlian dan kewenangan untuk itu; dan c. pada fasilitas pelayanan kesehatan tertentu.

²⁶⁸ *Ibid.*

- (2) Ketentuan mengenai persyaratan kehamilan di luar cara alamiah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Pasal 127 Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan, jelas menyatakan bahwa hasil pembuahan ditanamkan dalam rahim istri dari mana ovum berasal. Hal ini tentunya tidak mungkin dilakukan pada wanita yang tidak mempunyai rahim, wanita yang rahimnya tidak memungkinkan untuk tumbuh kembang janin serta wanita yang secara medis tidak boleh hamil karena membahayakan dirinya. Dengan demikian jelas bahwa ada kekosongan hukum yang mengatur tentang ibu surogasi yang dilakukan atas indikasi medis.

- b) Perjanjian *surrogate mother* menurut Peraturan Pemerintah No. 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi
Peraturan Pemerintah No. 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi, merupakan pengaturan lebih lanjut untuk melaksanakan perintah Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan. Dalam Peraturan Pemerintah ini, diuraikan tentang reproduksi berbantu, sebagaimana terdapat dalam Pasal 1 angka 10, menyatakan : Reproduksi dengan bantuan atau kehamilan di luar cara alamiah adalah upaya memperoleh kehamilan di luar cara alamiah tanpa melalui proses

hubungan seksual antara suami dan istri apabila cara alami tidak memperoleh hasil.²⁶⁹

Jelas bahwa reproduksi berbantu dilakukan bila cara-cara alami untuk hamil tidak memberikan hasil. Tentu dalam hal ini pasangan tersebut memiliki peluang untuk hamil. Hal ini berbeda dengan wanita yang tidak bisa hamil karena secara medis tidak bisa atau tidak boleh hamil, sebagaimana istri dari pasangan yang memerlukan ibu surogasi. Peraturan Pemerintah No. 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi juga mengatur tentang persyaratan reproduksi berbantu, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 40 Ayat :²⁷⁰

- (1) Reproduksi dengan bantuan atau kehamilan di luar cara alamiah hanya dapat dilakukan pada pasangan suami isteri yang terikat perkawinan yang sah dan mengalami ketidaksuburan atau infertilitas untuk memperoleh keturunan.
- (2) Reproduksi dengan bantuan atau kehamilan di luar cara alamiah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilaksanakan dengan menggunakan hasil pembuahan sperma dan ovum yang berasal dari suami istri yang bersangkutan dan ditanamkan dalam rahim istri dari mana ovum berasal.

²⁶⁹ Peraturan Pemerintah No. 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi

²⁷⁰ *Ibid.*

(3) Reproduksi dengan bantuan atau kehamilan di luar cara alamiah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan sesuai dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi serta tidak bertentangan dengan norma agama.

(4) Reproduksi dengan bantuan atau kehamilan di luar cara alamiah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus dilakukan oleh tenaga kesehatan yang mempunyai kompetensi dan kewenangan.

Dalam Pasal 41 dinyatakan : Pasangan suami isteri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 39 ayat (1) yang ingin menggunakan pelayanan reproduksi dengan bantuan atau kehamilan di luar cara alamiah harus memenuhi persyaratan meliputi :²⁷¹

- a. Telah dilakukan pengelolaan infertilitas dengan tepat.
- b. Terdapat indikasi medis.
- c. Memahami prosedur konsepsi buatan secara umum.
- d. Mampu/cakap memberikan persetujuan tindakan kedokteran (*informed consent*).
- e. Mampu membiayai prosedur yang dijalani.
- f. Mampu membiayai persalinan dan membesarkan bayinya.
- g. Cakap secara mental.

Pada Pasal 43 lebih jelas bahwa wanita dari pasangan suami-istri yang dimaksud dalam Peraturan Pemerintah ini, memiliki rahim yang baik

²⁷¹ *Ibid.*

untuk bisa jadi tempat tumbuh kembang janin serta tidak dilarang hamil.

Hal ini dinyatakan dalam Pasal 43 Ayat :²⁷²

- (1) Kelebihan embrio hasil pembuahan di luar tubuh manusia (ferilisasi invitro) yang tidak ditanamkan pada rahim harus disimpan sampai lahirnya bayi hasil reproduksi dengan bantuan atau kehamilan di luar cara alamiah.
- (2) Penyimpanan kelebihan embrio sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat diperpanjang setiap 1 (satu) tahun atas keinginan pasangan suami-istri untuk kepentingan kehamilan berikutnya.
- (3) Kelebihan embrio sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilarang ditanam pada:
 - a. Rahim ibu jika ayah embrio meninggal atau bercerai
 - b. Rahim perempuan lain.
- (4) Dalam hal pasangan suami-istri pemiliknya tidak memperpanjang masa simpan kelebihan embrio, fasilitas pelayanan kesehatan penyelenggara reproduksi dengan bantuan atau kehamilan di luar cara alamiah harus memusnahkan kelebihan embrio.

Dari pasal-pasal yang tersebut diatas, dapat dinyatakan bahwa Peraturan Pemerintah No. 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi ini mengatur tentang reproduksi berbantu pada wanita yang memiliki rahim

²⁷² *Ibid.*

dan boleh hamil. Sehingga peraturan ini tidak dapat diberlakukan pada wanita yang tidak memiliki rahim atau secara medis dilarang hamil.

- c) Peraturan Menteri Kesehatan No. 039/Menkes/SK/I/2010 tentang Penyelenggaraan Pelayanan Teknologi Reproduksi Berbantu

Peraturan Menteri Kesehatan, sebagai peraturan pelaksana dari Peraturan Pemerintah yang mengatur tentang kesehatan reproduksi, pada prinsipnya juga mengatur tentang kesehatan reproduksi berbantu sebagaimana yang terdapat dalam pasal-pasal Undang-Undang tentang Kesehatan serta Peraturan Pemerintah tentang Kesehatan Reproduksi.

Pasal 1 Peraturan Menteri Kesehatan No. 039/Menkes/SK/I/2010 Tentang Penyelenggaraan Pelayanan Teknologi Reproduksi Berbantu, angka 1. Teknologi Reproduksi Berbantuan adalah upaya medis agar pasangan suami-istri yang sukar memperoleh keturunan, dapat memperolehnya melalui metoda fertilisasi in-vitro dan pemindahan embrio (FIV PE) dengan menggunakan peralatan dan cara-cara yang mutakhir.²⁷³ Dalam Pasal 1 angka 1 ini jelas bahwa yang diatur dalam peraturan ini adalah pasangan yang sukar memperoleh keturunan.

Pada Pasal 2 Ayat (2) berbunyi : Ruang lingkup peraturan menteri ini meliputi persyaratan, izin penyelenggaraan, pencatatan dan pelaporan, pembinaan dan pengawasan serta penelitian dan pengembangan. Dari

²⁷³ Peraturan Menteri Kesehatan No. 039/Menkes/SK/I/2010 Tentang Penyelenggaraan Pelayanan Teknologi Reproduksi Berbantu

Pasal 2 Ayat (2) ini jelas bahwa peraturan ini lebih mengatur pada hal-hal teknis pelaksanaan reproduksi berbantu.

Pasal 2 Ayat (3) berbunyi : Pelayanan Teknologi Reproduksi Berbantu hanya dapat diberikan pada pasangan suami-istri yang terikat perkawinan yang sah dan sebagai upaya akhir untuk memperoleh keturunan serta berdasarkan pada suatu indikasi medik. Pasal 2 Ayat (3) ini mengatur tentang syarat pasangan yang akan melakukan reproduksi berbantu.

- d) Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 43 Tahun 2015 Tentang Penyelenggaraan Pelayanan Reproduksi Dengan Bantuan Atau Kehamilan Di Luar Cara Alami

Peraturan Menteri Kesehatan yang terbaru tentang Kesehatan Reproduksi adalah Nomor 43 Tahun 2015. Pada Pasal 1 angka 1 dinyatakan bahwa : Pelayanan reproduksi dengan bantuan atau kehamilan di luar cara alami yang selanjutnya disebut dengan pelayanan teknologi reproduksi berbantu adalah upaya memperoleh kehamilan di luar cara alami tanpa melalui proses hubungan suami-istri (sanggama) apabila cara alami tidak memperoleh hasil, dengan mempertemukan spermatozoa suami dengan sel telur istri di dalam tabung.²⁷⁴

²⁷⁴ Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 43 Tahun 2015 Tentang Penyelenggaraan Pelayanan Reproduksi Dengan Bantuan Atau Kehamilan Di Luar Cara Alami

Pasal 14 Ayat (1) menyatakan, pelayanan teknologi reproduksi berbantu harus didahului dengan konseling dan persetujuan tindakan kedokteran (*informed consent*). Ayat (2) menyatakan, konseling dan persetujuan tindakan kedokteran sebagaimana dimaksud pada ayat (1) termasuk pengelolaan lebih lanjut terhadap kelebihan embrio. Ayat (3) menyatakan, kelebihan embrio sebagaimana dimaksud pada ayat (2) ditransfer ke dalam rahim isteri paling lama dalam waktu 2 tahun.

Dalam Peraturan Menteri Kesehatan ini seperti yang terdapat dalam pasal-pasal tersebut diatas, jelas bahwa aturan ini untuk reproduksi berbantu yang mana wanita dari pasangan tersebut memiliki rahim dan boleh hamil, tetapi tidak bisa hamil secara alamiah. Hal ini berbeda dengan pasangan suami-istri yang wanitanya tidak bisa hamil atau tidak boleh hamil.

- e) Surat Keputusan Dirjen Pelayanan Medik Depkes RI Tahun 2000 tentang Pedoman Pelayanan Bayi Tabung di Rumah Sakit
- Ketentuan yang tegas melarang surogasi adalah Surat Keputusan Dirjen Pelayanan Medik Depkes RI Tahun 2000 tentang Pedoman Pelayanan Bayi Tabung di Rumah Sakit yang menyatakan : Dilarang melakukan surogasi dalam bentuk apapun.²⁷⁵

²⁷⁵ Keputusan Dirjen Pelayanan Medik Depkes RI Tahun 2000 tentang Pedoman Pelayanan Bayi Tabung di Rumah Sakit

Surat Keputusan Dirjen Pelayanan Medik Depkes RI Tahun 2000 tentang Pedoman Pelayanan Bayi Tabung di Rumah Sakit ini merupakan pedoman teknis pelaksanaan dari Peraturan Menteri Kesehatan RI Nomor 73/MENKES/PER/II/1999 Tentang Penyelenggaraan Pelayanan Teknologi Reproduksi Buatan.

Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 73/MENKES/PER/II/1999 ini telah dinyatakan tidak berlaku lagi oleh Peraturan Menteri Kesehatan No. 039/Menkes/SK/I/2010 tentang Penyelenggaraan Pelayanan Teknologi Reproduksi Berbantu. Saat ini yang berlaku adalah Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 43 Tahun 2015 Tentang Penyelenggaraan Pelayanan Reproduksi Dengan Bantuan Atau Kehamilan Di Luar Cara Alami.

2. Bertentangan dengan kesusilaan

Kesusilaan mempunyai pengertian tentang budi bahasa, sopan santun, keadaban, adat istiadat dan tertib yang baik. Didalam prespektif masyarakat kesusilaan itu adalah kelakuan yang benar atau salah, khususnya dalam hal yang berhubungan dengan kejadian seksual.²⁷⁶ Menurut M. Sudrajat Bassar mengatakan kesusilaan ialah mengenai adat kebiasaan yang baik dalam berhubungan antara berbagai anggota masyarakat tetapi khusus yang sedikit

²⁷⁶ Leden Marpaung, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996, hal. 3.

banyaknya mengenai kelamin (seks). Sedangkan kesopanan pada umumnya mengenai adat kebiasaan yang baik.²⁷⁷

Wirjono Prodjodikoro membedakan antara kesopanan (*zeden*), yaitu adat kebiasaan yang baik dalam hubungan antara berbagai anggota masyarakat, sedangkan kesusilaan (*zedelijkheid*) yaitu adat istiadat yang baik, khususnya berkaitan dengan seks seseorang.²⁷⁸ Pengertian kesusilaan hendaknya tidak dibatasi pada pengertian kesusilaan dalam bidang seksual saja, tetapi juga meliputi hal-hal yang termasuk dalam penguasaan norma-norma keputusan bertingkah laku dalam pergaulan masyarakat.²⁷⁹

Norma kesusilaan menjadi ukuran yang penting dalam menilai suatu tindakan, memenuhi kriteria kesusilaan atau tidak memenuhi kriteria kesusilaan. Sistem norma memiliki kekurangan karena tergantung pada waktu dan tempat sehingga sifatnya tidak selesai dan tidak dapat selesai. Norma kesusilaan dapat mengalami perbedaan persepsi dan pemahaman sejauh mana norma kesusilaan itu berlaku juga mengalami perkembangan dari waktu ke waktu.²⁸⁰

Norma kesusilaan dalam suatu masyarakat dipakai untuk melihat baik-buruknya keputusan seseorang terhadap nilai-nilai yang diusung adalah nilai-

²⁷⁷ M. Sudrajat Bassar, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu Di dalam KUHP*, Remadja Karya, Bandung, 1986, Hal.170.

²⁷⁸ Wirjono Prodjodikoro, *Tindak-tindak Pidana Tertenu di Indonesia*, RefikaAditama, Bandung, 2002, hal 110.

²⁷⁹ Roeslan Saleh, *Pikiran-pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982. Hal. 10

²⁸⁰ Tri Wahyu Surya Lestari. *Komparasi Syarat Keabsahan "Sebab Yang Halal" Dalam Perjanjian Konvensional dan Perjanjian Syariah*. Yudisia, Vol. 8, No. 2, Desember 2017. hal.288.

nilai tentang kebaikan, baik berasal dari adat-istiadat atau kebiasaan turun-temurun, bisa juga berasal dari keyakinan yang diyakini oleh kelompok masyarakat tersebut yang berasal dari agama yang dianutnya.²⁸¹

Delik kesusilaan adalah delik yang berhubungan dengan (masalah) kesusilaan. Sedangkan pengertian dan batas-batas kesusilaan itu cukup luas dan dapat berbeda-beda menurut pandangan dengan nilai-nilai yang berlaku di masyarakat. Pada dasarnya setiap delik atau tindak pidana mengandung pelanggaran terhadap nilai-nilai kesusilaan, bahkan dapat dikatakan bahwa hukum itu sendiri merupakan nilai-nilai kesusilaan yang minimal (*das recht ist das ethische minimum*).²⁸²

Kesalahan kesusilaan ialah semua kesalahan yang menyangkut watak budi pekerti pribadi seseorang yang bernilai buruk dan perbuatannya mengganggu keseimbangan masyarakat. Misalnya melakukan perbuatan maksiat, berzina, berjudi, minum-minuman keras, dan sebagainya. Kesemuanya merupakan perbuatan asusila. Walaupun dalam hukum adat tidak dibedakan antara yang bersifat kejahatan dan pelanggaran, maka dapat dikatakan bahwa kesalahan kesopanan itu termasuk pelanggaran sedangkan kesalahan kesusilaan termasuk kejahatan.²⁸³

²⁸¹ Desriza Ratman. *op. cit.* hal. 81.

²⁸² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Ed. 2. Cet. 4, Kencana, Jakarta, 2014, hal. 251.

²⁸³ Hadikusma Hilman, *Hukum Pidana Adat*, Alumni, Bandung, 1989. hal. 80.

Kesusilaan memiliki keterkaitan dengan kesopanan, perasaan malu yang berhubungan dengan nafsu. Kesusilaan adalah tentang sesuatu yang merusak kesopanan. Sifat merusak tersebut tergantung pada pendapat umum, waktu dan tempat. Hal penting yang perlu diperhatikan adalah sejauh mana pelanggaran kesusilaan itu dilakukan. Hal ini perlu pengamatan hukum dengan mengacu pada norma adat istiadat yang ada.²⁸⁴

Terkait causa yang dilarang apabila bertentangan dengan kesusilaan. Dalam Putusan Pengadilan Militer Surabaya Nomor: 169-K/PM.III-12/AD/VII/2012, majelis hakim memberikan rumusan tentang perbuatan kesusilaan adalah perbuatan yang melanggar perasaan malu yang berhubungan dengan nafsu birahi orang lain.²⁸⁵ Rumusan kesusilaan secara detail dapat ditemukan dalam Putusan Pengadilan Militer Balikpapan Nomor: PUT-09-K/PM I-07 AD/III/2011 yang 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.²⁸⁶

²⁸⁴ R. Soesilo, *KUHP Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*, Politea, Bogor, 1996, hal. 177.

²⁸⁵ Putusan Pengadilan Militer Surabaya Nomor: 169-K/PM.III-12/AD/VII/2012

²⁸⁶ Putusan Pengadilan Militer Balikpapan Nomor: PUT-09-K/PM I-07 AD/III/2011

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.¹³ 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.²⁸⁷

Dari berbagai pengertian yang diuraikan diatas, maka dapat dipahami bahwa yang dimaksud dengan kesusilaan adalah hal-hal yang berkaitan dengan tingkah laku yang baik dan buruk. Tingkah laku yang baik dan buruk yang dimaksud adalah yang berkaitan dengan perilaku seksual. Dengan demikian dapat dipahami bahwa hal yang bertentangan dengan kesusilaan tentunya adalah perbuatan yang berkaitan dengan perilaku seseorang yang mengarah pada hubungan seksual yang tidak dibenarkan menurut agaman hukum dan adat istiadat.

Bertentangan dengan kesusilaan pengertiannya bersifat relatif dan tidak sama wujudnya di seluruh dunia, melainkan tergantung pada sifat-sifatnya

²⁸⁷ Peraturan Pemerintah Nomor 13 Tahun 2013 tentang Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri

hidup suatu negara dan masyarakat.²⁸⁸ Dengan demikian, dapat dipahami juga bahwa bertentangan dengan kesusilaan tidak memiliki batasan yang jelas dan tegas. Hal ini sangat tergantung pada norma-norma yang tumbuh dan hidup dalam suatu kelompok tertentu.

Berkaitan dengan Perjanjian *surrogate mother* apakah bertentangan dengan kesusilaan atau tidak, diperlukan analisa yang lebih dalam agar dapat dipahami dengan baik. Berdasarkan pengertian kesusilaan yang berkaitan dengan hubungan seksual, maka pelaksanaan atau tindakan yang dilakukan pada *surrogate mother* tidak berkaitan sama sekali dengan hubungan seksual.

Alasan perjanjian *surrogate mother* dinyatakan bertentangan dengan kesusilaan adalah:²⁸⁹

- 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.

Alasan yang dikemukakan diatas tidak memiliki dasar yang kuat untuk menyatakan bahwa perjanjian *surrogate mother* dinyatakan bertentangan dengan kesusilaan. Alasan dikatakan tidak sesuai dengan norma moral dan adat istiadat serta kebiasaan umum masyarakat Indonesia tidak berdasarkan data dan

²⁸⁸ Wirdjono Prodjodikoro. *op. cit.* hal. 38.

²⁸⁹ Desriza Ratman. *op. cit.* hal. 111-112.

fakta karena perjanjian *surrogate mother* tidak secara tegas dinyatakan dilarang oleh norma-norma adat yang ada di Indonesia.

Alasan unsur zina dalam praktik *surrogate mother* juga tidak sesuai dengan pengertian zina itu sendiri. Secara etimologi, kata zina berarti jahat. Secara terminologi, zina berarti hubungan seksual antara seorang laki-laki dan seorang perempuan melalui vagina, bukan dalam akad pernikahan atau yang menyerupai akad ini.²⁹⁰ *Surrogate mother* bukan merupakan suatu perbuatan yang dapat membangkitkan nafsu birahi orang lain. Praktik ini memanfaatkan kecanggihan teknologi di bidang kedokteran, sehingga tidak memerlukan kontak fisik antara suami-istri dengan ibu pengganti.

Dalam praktik *surrogate mother*, yang memasukan embrio kedalam rahim ibu surogasi adalah dokter. Pemilik embrio bahkan tidak bersentuhan serta tidak melihat bagaimana embrio mereka dimasukan dokter kedalam rahim ibu surogasi. Dengan demikian, dapat dipahami bahwa praktik atau pelaksanaan *surrogate mother* tidak dapat dikatakan memenuhi unsur zina. Dengan demikian, dapat dipahami bahwa *causa* dari perjanjian *surrogate mother* adalah tidak bertentangan dengan kesusilaan serta tidak terdapat unsur perbuatan yang amoral.

3. Bertentangan dengan ketertiban umum

²⁹⁰ M. Nurul Irfan. *Nasab dan Status Anak Dalam Hukum Islam*. Ed. 2, Cet. 1. Amzah, Jakarta. 2013. Hal. 33-34

Suatu pembuatan dan pelaksanaan kontrak tidak boleh melanggar prinsip kepentingan umum (*openbaar orde*). Sesuai prinsip hukum universal dan sangat mendasar bahwa kepentingan umum tidak boleh dikalahkan oleh kepentingan pribadi. Kontrak yang bertentangan dengan kepentingan/ketertiban umum, sudah pasti bertentangan dengan undang-undang yang berlaku.²⁹¹

Kausa hukum dalam perjanjian yang dikatakan terlarang bila bertentangan ketertiban umum, keamanan negara, keresahan dalam masyarakat. Suatu kontrak dapat menjadi tidak sah (*illegal*) jika bertentangan dengan *public policy*. Walaupun belum ada definisi *public policy* yang tegas, namun diartikan sebagai sesuatu yang berdampak negatif pada masyarakat atau mengganggu keamanan dan kesejahteraan masyarakat.²⁹²

Larangan kausa yang bertentangan dengan ketertiban umum, sukar untuk ditetapkan. Ketertiban umum itu adalah mengenai hal kepentingan masyarakat sebagai kebalikan dari kepentingan orang seorang, menjadi terinjakinjak atau tidak oleh suatu persetujuan.²⁹³ Ketertiban umum dimaknai sebagai hal-hal yang berkaitan dengan masalah kepentingan umum, keamanan negara, keresahan dalam masyarakat dan karenanya dapat dikatakan berkaitan masalah ketatanegaraan.²⁹⁴

²⁹¹ Munir Fuady, *op.cit*, hal. 82.

²⁹² Mariam Darus Badruzaman. *Perjanjian Baku (Standar), Perkembangannya di Indonesia*. Alumni, Bandung, 1980. Hal. 21.

²⁹³ Wirjono Prodjodikoro. *op. cit*. hal. 39

²⁹⁴ Tri Wahyu Surya Lestari, *loc. cit*.

Menurut penafsiran sempit, arti dan lingkup ketertiban umum yakni ketertiban yang hanya ditentukan oleh hukum yang sedang berlaku. Penafsiran luas tidak membatasi lingkup dan makna ketertiban umum pada ketentuan hukum positif saja, tetapi meliputi segala nilai-nilai dan prinsip-prinsip hukum yang hidup dan tumbuh dalam kesadaran masyarakat.²⁹⁵ Ketertiban umum memiliki makna luas dan bisa dianggap mengandung arti mendua (*ambiguity*). Dalam praktik telah timbul berbagai penafsiran tentang arti dan makna ketertiban umum, antara lain:²⁹⁶

a. Penafsiran sempit.

Menurut penafsiran sempit arti dan lingkup ketertiban umum:

1. Hanya terbatas pada ketentuan hukum positif saja.
2. Dengan demikian yang dimaksud dengan pelanggaran/bertentangan dengan ketertiban umum, hanya terbatas pada pelanggaran terhadap ketentuan peraturan perundang-undangan saja.

b. Penafsiran luas.

Penafsiran luas tidak membatasi lingkup dan makna ketertiban umum pada ketentuan hukum positif saja. Penafsiran luas ketertiban umum, yaitu :

1. Meliputi segala nilai-nilai dan prinsip-prinsip hukum yang hidup dan tumbuh dalam kesadaran masyarakat.

²⁹⁵ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hal. 56.

²⁹⁶ <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt4e3e380e0157a/apa-definisi-ketertiban-umum-> di akses pada tanggal 8 Januari 2021 pukul 22.05 WIB

2. Termasuk kedalamnya nilai-nilai kepatutan dan prinsip keadilan umum (*general justice principle*)

Ketertiban berasal dari kata “tertib” yang berarti teratur, menurut aturan dan rapi. Tertib juga diartikan sebagai ketertiban, kesejahteraan dan keamanan atau disamakan dengan ketertiban umum. Ketertiban diartikan sebagai aturan, peraturan, kesopanan, perikelakuan yang baik dalam pergaulan, keadaan teratur baik.²⁹⁷ Dalam kamus istilah hukum, tertib adalah keadaan dalam masyarakat berjalan seperti apa yang dikehendaki dan menjadi tujuan dari hukum dan segala sesuatu dilakukan sesuai dan selalu didasarkan pada hukum.²⁹⁸

Ketertiban umum dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 44 Tahun 2010 Tentang Ketentraman, Ketertiban Dan Perlindungan Masyarakat Dalam Rangka Penegakan Hak Asasi Manusia, diuraikan pada Pasal 1 angka 9 yang berbunyi : Ketentraman dan ketertiban umum adalah suatu keadaan dinamis yang memungkinkan pemerintah, pemerintah daerah dan masyarakat dapat melakukan kegiatannya dengan tentram, tertib dan teratur.²⁹⁹

Ketertiban umum juga dijelaskan Dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 26 Tahun 2020 Tentang Penyelenggaraan Ketertiban Dan Ketentraman Masyarakat serta Perlindungan Masyarakat pada Pasal 1 angka 4 yang berbunyi : Penyelenggaraan Ketertiban Umum dan Ketenteraman

²⁹⁷ S. Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Raja Grafindo, Jakarta, 2009, hal. 30.

²⁹⁸ Jonaedi Efendi dkk, *Kamus Istilah Hukum*, Kencana, Jakarta, 2016. hal. 188.

²⁹⁹ Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 44 Tahun 2010 Tentang Ketentraman, Ketertiban Dan Perlindungan Masyarakat Dalam Rangka Penegakan Hak Asasi Manusia

Masyarakat adalah upaya dan kegiatan yang diselenggarakan Satpol PP yang memungkinkan Pemerintah Pusat, Pemerintah Daerah dan masyarakat dapat melakukan kegiatannya dalam situasi dan kondisi yang tenteram, tertib dan teratur sesuai dengan kewenangannya untuk penegakan peraturan daerah dan peraturan kepala daerah.³⁰⁰

Ketertiban umum menurut Kollwijn memiliki beberapa variasi pengertian. Pertama : Ketertiban umum dalam hukum perikatan merupakan batasan dari asas kebebasan berkontrak. Kedua : Sebagai unsur pokok dalam “ketertiban dan kesejahteraan, keamanan” (*rust en veiligheid*). Ketiga : Sebagai pasangan dari “kesusilaan yang baik” (*goede zeden*). Keempat : Sebagai sinonim dari “ketertiban hukum” (*rechtsorde*). Kelima : “Keadilan.” Keenam : Sebagai pengertian dalam hukum acara pidana untuk jalannya peradilan yang adil. Ketujuh : Kewajiban hakim untuk mempergunakan pasal-pasal dari perundang-undangan tertentu.³⁰¹

Ketertiban umum (*public order/ordre public*) yang dipakai sebagai klausul pembatasan hak pada dasarnya sama dengan keamanan publik. Hal ini diperkuat dengan dimasukkannya frasa ‘ketertiban umum’ untuk mengganti frasa ‘keamanan publik’ (*public safety*) dalam Pasal 12 (3) Kovenan Sipil dan

³⁰⁰ Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 26 Tahun 2020 Tentang Penyelenggaraan Ketertiban Dan Ketentraman Masyarakat serta Perlindungan Masyarakat

³⁰¹ Yu Un Oppusunggu, *Pertemuan Ilmu Hukum dan Sosiologi dalam Penerapan Lembaga Ketertiban Umum*, Law, Society & Development, Vol. 2, No. 3, Agustus – November, 2008, hal. 3.

Politik seperti yang diusulkan oleh beberapa negara saat perumusan Kovenan Sipil dan Politik.³⁰²

Para pakar berpendapat bahwa konsep ketertiban umum dipakai untuk membatasi atau menegasikan hak-hak kontraktual yang bersifat privat. Ketertiban umum mewakili ungkapan kepentingan umum sebagai sebuah kolektivitas di mana hal ini juga mengimplikasikan adanya penghormatan terhadap hak asasi manusia dalam masyarakat.³⁰³

Pembatasan dan pengurangan hak-hak asasi manusia yang diatur di dalam Kovenan Sipil diterjemahkan secara lebih detil di dalam Prinsip-Prinsip Siracusa (*Siracusa Principles*). *Siracusa Principles* menyatakan bahwa ketertiban umum (*public order/ordre public*) yang digunakan dalam Kovenan (Hak Sipil dan Politik) harus diartikan sebagai sejumlah aturan yang menjamin berfungsinya masyarakat atau serangkaian prinsip-prinsip mendasar yang mendasari berdirinya masyarakat.³⁰⁴

Penghormatan terhadap hak asasi manusia merupakan bagian dari ketertiban umum (*public order/ ordre public*). *Siracusa Principles* juga menyatakan bahwa ketertiban umum harus ditafsirkan dalam konteks hak asasi manusia tertentu yang dibatasi berdasarkan ketertiban umum tersebut. Dengan

³⁰² Yosep Adi Prasetyo, Roichatul Aswidah, Asep Mulyana. *Kajian Komnas HAM terhadap Peraturan Daerah DKI Jakarta No. 8 Tahun 2007 tentang Ketertiban Umum. Komisi Nasional Hak Asasi Manusia*. Cet. 1. Jakarta Pusat. 2009. hal. 25.

³⁰³ *Ibid.* hal. 27.

³⁰⁴ *Ibid.* hal. 28

demikian, pembatasan hak yang didasarkan alasan ketertiban umum harus dilihat kasus per kasus.³⁰⁵

Pembatasan hak tertentu yang didasarkan pada alasan ketertiban umum haruslah sesuai dengan persyaratan ketertiban umum untuk kasus-kasus khusus. Hal itu hanya dapat dibenarkan dalam situasi atau tindakan seseorang yang merupakan ancaman yang cukup serius terhadap ketertiban umum. Oleh karena itu, perlu kontrol dari badan mandiri seperti lembaga politik (parlemen), badan peradilan (pengadilan) atau badan lainnya.³⁰⁶

Salah satu alasan perjanjian *surrogate mother* tidak sah (berdasarkan syarat keempat sahnya suatu perjanjian, yaitu: adanya sebab yang halal adalah : *surrogate mother* dianggap bertentangan dengan ketertiban umum karena:³⁰⁷

- a. Akan menjadi pergunjungan di dalam masyarakat sehingga wanita *surrogate mother* kemungkinan besar akan dikucilkan dari pergaulan.
- b. Terlebih lagi bila status wanita *surrogate mother* adalah gadis atau janda.

Berdasarkan pengertian ketertiban umum yang diuraikan diatas, dapat dipahami bahwa perjanjian *surrogate mother* pada prinsipnya tidak bersinggungan dengan ketertiban umum. Perjanjian *surrogate mother* tidak akan menyebabkan terjadinya gangguan ketertiban masyarakat, gangguan keamanan masyarakat apalagi gangguan keamanan negara. Menghormati hak asasi manusia juga merupakan bagian dari ketertiban umum. Upaya untuk bisa

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ *Ibid.* hal. 29

³⁰⁷ Desriza Ratman. *op.cit.* hal. 111-112.

memiliki keturunan, merupakan bagian dari hak asasi manusia yang harus dilindungi.

Jika ditinjau kasus perkasus sebagaimana salah satu prinsip Siracusa, nyata bahwa dalam perjanjian *surrogate mother* tidak akan berdampak apa-apa terhadap kehidupan masyarakat dimana ibu surogasi tersebut berada. Untuk mencegah agar tidak terjadi pergunjungan ditengah masyarakat, maka harus ditegaskan bahwa salah satu syarat calon ibu surogasi adalah memiliki suami. Tidak boleh gadis atau janda. Dalam perjanjian tersebut juga harus dibuat atau diketahui oleh masing-masing pasangan suami-isteri.

Dengan demikian dapat dipahami bahwa perjanjian *surrogate mother* tidak bertentangan dengan ketertiban umum. Untuk mencegah terjadinya risiko kegaduhan atau pergunjungan ditengah masyarakat, maka calon ibu surogasi harus wanita yang bersuami dan disetujui oleh suaminya untuk menjadi ibu surogasi. Hal ini dapat ditegaskan dalam menentukan kriteria atau syarat untuk menjadi calon ibu surogasi.

Selain itu, secara perlahan-lahan perlu dilakukan sosialisasi tentang apa yang dimaksud dengan surogasi, kenapa ada surogasi dan apa tujuan dilakukannya surogasi serta kenapa perlu ada perjanjian surogasi. Masyarakat Indonesia yang memiliki pemahaman yang kuat tentang pentingnya anak dalam kehidupan rumah tangga, akan bisa memaklumi dan menerima surogasi dalam kehidupan mereka.

3. Perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis ditinjau dari hukum progresif

Hukum progresif dimulai dari suatu asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya. Hukum progresif merupakan koreksi terhadap kelemahan sistem hukum modern yang sarat dengan birokrasi serta ingin membebaskan diri dari dominasi hukum liberal.³⁰⁸ Hukum progresif selalu peka terhadap perubahan-perubahan yang terjadi dalam masyarakat, baik lokal, nasional maupun global. Hukum progresif tidak ingin mempertahankan *status-quo*.³⁰⁹

Hukum progresif lebih memilih konsep perubahan dan pengubahan.³¹⁰ Hukum progresif menghendaki agar cara ber hukum tidak mengikuti model *status-quo*, melainkan secara aktif mencari dan menemukan *avenues* baru sehingga manfaat kehadiran hukum dalam masyarakat lebih meningkat. Oleh karena itu, hukum progresif sangat setuju dengan pikiran-pikiran kreatif dan inovatif dalam hukum untuk menembus kebuntuan dan kemandekan.³¹¹

Dengan mengacu pada konsep hukum progresif, dapat dikatakan bahwa perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis merupakan suatu terobosan hukum untuk mengisi kekosongan hukum positif saat ini. Menerapkan pandangan hukum progresif, maka perjanjian *surrogate mother* merupakan suatu terobosan yang inovatif dalam kebutuhan hukum manusia.

³⁰⁸ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif ; Sebuah Sintesa Hukum Indonesia. loc. cit*

³⁰⁹ Ibid. hal. 18.

³¹⁰ Ibid. hal. 21.

³¹¹ Ibid. hal. 96.

Perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis merupakan kesepakatan parah pihak yang saat ini belum memiliki aturan hukum yang membolehkan atau melarang. Kebutuhan pasangan suami-istri yang tidak bisa atau tidak boleh hamil untuk bisa memperoleh anak biologis atau genetik adalah melalui *surrogate mother*.

Dengan demikian, berdasarkan konsep hukum progresif, maka perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis dapat dibenarkan. Hal karena belum adanya aturan yang mengatur perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis serta perlu adanya suatu terobosan hukum dalam mengatasi kebuntuan dan kemandekan hukum.

B. Hambatan Penerapan Perjanjian *Surrogate Mother*

Perjanjian *surrogate mother* saat ini masih terdengar asing dalam perikatan yang terjadi di Indonesia. Sangat jarang atau hampir tidak pernah ditemukan adanya perjanjian *surrogate mother* yang dilakukan secara terbuka atau terang-terangan. Banyak perjanjian ini dilakukan secara diam-diam. Saat ini terdapat beberapa hambatan dalam penerapan perjanjian *surrogate mother*, terutama ditinjau dari sisi agama dan budaya masyarakat.

1. Fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI)

Fatwa MUI yang dikeluarkan pada 13 Juni 1979 tentang bayi tabung, berbunyi :³¹²

- a. Bayi tabung dengan sperma dan *ovum* dari pasangan suami isteri yang sah hukumnya mubah (boleh), sebab hak ini termasuk ikhtiar berdasarkan kaidah-kaidah agama.
- b. Bayi tabung dari pasangan suami-isteri dengan titipan rahim isteri yang lain hukumnya haram berdasarkan kaidah *Sadd az-zari'ah*, sebab hal ini akan menimbulkan masalah yang rumit dalam kaitannya dengan masalah warisan (khususnya antara anak yang dilahirkan dengan ibu yang mempunyai *ovum* dan ibu yang mengandung kemudian melahirkannya dan sebaliknya).
- c. Bayi tabung dari sperma yang dibekukan dari suami yang telah meninggal dunia hukumnya haram berdasarkan kaidah *Sadd az-zari'ah*, sebab hal ini akan menimbulkan masalah yang pelik, baik dalam kaitannya dengan penentuan nasab maupun dalam kaitannya dengan hak kewarisan.
- d. Bayi tabung yang sperma dan *ovum*-nya diambil dari selain pasangan suami isteri yang sah hukumnya haram, karena itu statusnya sama dengan hubungan kelamin antar lawan jenis di luar pernikahan yang sah

³¹² Najib Junaidi, *Penanaman Embrio Pada Rahim Istri Yang Lain (Analisis kritis Terhadap Fatwa MUI Tentang Kehamilan Berbantu)*, Jurnal Hukum Islam, Vol. 17. No. 2, Desember 2019. hal. 198.

(zina) dan berdasarkan kaidah *Saddaz-zari'ah*, yaitu untuk menghindarkan terjadinya perbuatan zina sesungguhnya.

Pada Fatwa MUI 1979 ini dengan jelas menyatakan bahwa *surrogate mother* hukumnya haram karena akan menimbulkan masalah warisan antara anak yang dilahirkan dengan ibu yang mempunyai *ovum* dan ibu yang mengandung kemudian melahirkannya dan sebaliknya.

Fatwa tersebut diperkuat dengan keputusan Ijtima Ulama Komisi Fatwa MUI seluruh Indonesia pada tanggal 26 Mei 2006 yang menyatakan bahwa transfer embrio hasil inseminasi buatan dengan sperma dan *ovum* dari suami-istri yang diletakkan di dalam rahim istri yang lain hukumnya haram. Argumentasinya adalah menolak *mafsadat* lebih diutamakan dari pada mendatangkan maslahat.³¹³

Fatwa MUI tahun 2006 tidak menyebutkan *mafsadat* yang terkandung di dalam praktik transfer embrio kedalam rahim istri yang lain, sehingga tidak dapat diketahui dengan jelas gagasan dalam fatwa MUI tersebut secara utuh. Maslahat dari praktik penanaman embrio pada rahim lain adalah lahirnya seorang anak dari rahim seorang perempuan yang secara medis tidak mampu mengandung dan melahirkan secara alami dan ketidakmampuan itu dapat diatasi melalui prosedur yang tidak melanggar larangan agama.³¹⁴

³¹³ *Ibid.* hal. 199.

³¹⁴ *Ibid.*

Syekh Yūsuf al-Qarḍāwī mengharamkan praktik penitipan embrio pada rahim istri yang lain karena akan menimbulkan kebingungan dalam menetapkan siapa ibu yang sebenarnya. Sejumlah ulama tetap pada pendirian semula yang membolehkan praktik bayi tabung dengan sperma dan *ovum* dari pasangan suami-istri yang sah, lalu embrionya ditanam pada rahim istri yang lain.³¹⁵

Pendapat ini didukung oleh Abdul Qādir al-Amirī (mantan hakim sharī'ah di Qatar), Ali Muhammad Yusuf al-Muhammadī (Guru Besar Sharī'ah Islāmiyyah di Qatar University), Muhammad Ali al-Taskhīrī (anggota Majma' al-Fiqh al-Islāmī), Arif Ali Arif (Guru Besar Fiqih dan Uṣūl Fiqh Universitas Antar Bangsa Malaysia) dan Hessah bint Abdul Aziz bin Abdullah Al-Sudais. Menurut mereka, praktik bayi tabung semacam ini diperbolehkan karena kedua perempuan itu adalah istri sah dari si pemilik sperma dan si istri yang lain mengandung embrio tersebut dengan sukarela. Ayah si anak dapat diketahui dengan jelas, keutuhan rumah tangga terwujud, payung keluarga tetap terjaga dan tidak terjadi kerancuan nasab.³¹⁶

Beberapa ulama sepakat mengharamkan inseminasi buatan dengan *surrogate mother*, karena hal ini menimbulkan banyak mudharatnya daripada manfaatnya. Beberapa mudharatnya antara lain :³¹⁷

³¹⁵ *Ibid.* hal. 200

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ Nurul Alifah Rahmawati, Hirma Susilawati, *op.cit.* hal. 419.

1. Percampuran nasab, padahal islam sangat menjaga kesucian/kehormatan kelamin dan kemurnian nasab, karena nasab itu ada kaitannya dengan kemahraman dan warisan.
2. Bertentangan dengan sunnatullah atau hukum alam.
3. Inseminasi pada hakikatnya sama dengan prostitusi, karena secara tidak langsung terjadi “penyiraman” sperma suami kepada wanita lain selain isterinya.
4. Kehadiran anak hasil inseminasi bisa menjadi sumber konflik dalam rumah tangga.
5. Bayi yang lahir, tidak mengalami kasih sayang yang alami, sehingga tidak terjalin hubungan keibuan secara alami dengan ibu biologisnya.

Pendapat Cendekiawan/ulama dan Lembaga yang mengharamkan Sewa Rahim :³¹⁸

1. As-Sayyid Sabiq, ahli fiqh berpendapat sewa rahim tidak diperbolehkan karena caranya telah dinyatakan oleh kebanyakan para ulama tidak diperbolehkan. Prinsip hukum muamalah adalah segala sesuatunya diperbolehkan, kecuali ada larangan dalam al-Qur'an dan sunnah. Tidak ditemukan bahasan terperinci mengenai sewa rahim dalam dua sumber utama tersebut, maka haruslah mengikuti ijma'. Dalam prinsip islam, niat baik tidak mengubah sesuatu yang haram menjadi halal.

³¹⁸ Muhammad Ali Hanafiah Selian, *op.cit.* hal 142-145

2. Yusuf Qaradhawi, dalam buku Fatwa-Fatwa Kontemporer Jilid 3 menulis bahwa semua ahli fiqih tidak membolehkan penyewaan rahim dalam berbagai bentuknya. Jika sel telur milik sang istri, tapi rahimnya milik wanita lain, tidak diperbolehkan karena akan menimbulkan kebingungan, siapakah ibu bayi tersebut. Apakah pemilik sel telur atau yang menderita dan menanggung rasa sakit karena hamil dan melahirkan.
3. Menurut Mu'tamar Tarjih Muhammadiyah tahun 1980, *surrogate mother* tidak dibenarkan menurut hukum Islam. Menanam benih pada rahim wanita lain haram hukumnya sebagaimana sabda Rasulullah SAW "Tidak halal bagi seorang yang beriman kepada Allah dan hari akhirat menyirami airnya ke ladang orang lain".
4. Pendapat Munas Alim Ulama Nahdlatul Ulama Di Sukorejo Situbondo Tahun 1983, menyatakan tidak sah dan haram hukumnya menyewa rahim bagi suami istri yang cukup subur dan sehat menghendaki seorang anak. Pendapat peserta munas berdasarkan hadis Nabi yang terdapat pada Tafsir Ibnu Katsir Juz 3/326: Rasulullah bersabda, "Tidak ada dosa yang lebih besar setelah syirik di bandingkan seseorang yang menaruh spermnya di rahim wanita yang tidak halal baginya".
5. Hasil sidang Lembaga Fiqh Islam OKI III di Yordania tahun 1986 Memutuskan bahwa sewa rahim itu adalah haram hukumnya dan di larang mutlak karena akan mengakibatkan percampuran nasab dan

hilangnya keibuan dan halangan syar'i lainnya. Begitu pula tidak di benarkan menitipkannya ke rahim istri ke dua, ketiga dan seterusnya bagi yang poligami.

6. Said Agil Husin Al-Munawar, berpendapat meskipun sewa rahim ada manfaatnya namun keburukan atau masfadah yang di akibatkan jauh lebih besar dari pada manfaatnya. Di antara keburukannya adalah akan menimbulkan kacaunya status anak. Bahaya lainnya adalah persengketaan yang akan timbul antara kedua ibu. Oleh karena itu beliau berpendapat bahwa hukum penyewaan rahim tidak di benarkan (haram).

Dapat disimpulkan dari beberapa keputusan ulama di dunia dan ulama di Indonesia, tidak diperbolehkannya praktik *surrogate mother* dalam agama Islam adalah.³¹⁹

1. Adanya unsur zina, dimana adanya percampuran "zat laki-laki" (sperma dalam bentuk zygote) ke dalam kelamin (rahim) wanita yang tidak terikat ikatan sah suami-istri.
2. Adanya pencampuran nasab (garis keturunan) maupun waris terhadap anak yang dilahirkan (termasuk apabila wanita *surrogate* adalah istri kedua dari ayah biologis)

³¹⁹ Desriza Ratman. *op.cit.* hal. 86-87.

3. Perendahan terhadap marwah dan kemuliaan kaum wanita terhadap nilai sebuah rahim karena di Islam, rahim merupakan organ yang paling mulia karena daripadanyalah seorang wanita dapat dipandang mulia.
4. Rahim adalah bagian dari tubuh manusia yang tidak boleh diniagakan dalam urusan mencari nafkah, berbeda dengan tangan dan kaki yang sudah kodratnya untuk mencari nafkah.
5. Akan menimbulkan keributan/permusuhan antara kedua belah pihak manakala salah satu pihak melanggar perjanjian.
6. Akan menimbulkan kehebohan di masyarakat, manakala wanita yang disewa itu berstatus gadis atau janda.

Dari kesimpulan pendapat para ulama dan atau lembaga agama yang melarang praktik *surrogate mother* karena terdapatnya unsur zina, pencampuran nasab, perendahan marwah dan kemuliaan wanita, rahim tidak boleh diperdagangkan, sengketa para pihak jika melanggar perjanjian dan akan menimbulkan kehebohan ditengah masyarakat, dapat diuraikan satu persatu.

Kata zina secara etimologi adalah bentuk masdar dari kata kerja *zhana* (bahasa Arab) yang berarti berbuat jahat, sedangkan secara terminologi zina berarti hubungan seksual antara seorang laki-laki dan seorang perempuan melalui vagina bukan dalam akad pernikahan atau yang menyerupai akad ini.

Zina juga dapat didefinisikan sebagai hubungan seksual antara laki-laki dan seorang wanita yang tidak atau belum diikat oleh suatu perkawinan.³²⁰

Ahmad Muhammad Assaf, mengatakan semua hubungan seksual yang bukan atas dasar syariat Islam disebut zina. Zainuddin Al-Malibari mengatakan bahwa hubungan badan dikatakan zina bila dilakukan dengan cara memasukkan *hasyafah* (kepala zakar) atau seukurannya kedalam kemaluan seseorang yang hidup, baik kubul maupun dubur, wanita atau pria. Ulama fiqh golongan Hanafiah sebagaimana dikutip oleh Wahbah Az-Zuhaili mengemukakan definisi zina adalah hubungan badan melalui vagina wanita yang masih hidup, disertai adanya nafsu dalam keadaan sadar, bukan dalam akad nikah atau akad kepemilikan.³²¹

Zina menurut Al-Jurjani, ialah memasukkan penis ke dalam vagina bukan miliknya (bukan istrinya) dan tidak ada unsur *syubhat* (keserupaan atau kekeliruan). Dari definisi zina ini, maka suatu perbuatan dapat dikatakan zina, apabila sudah memenuhi 2 (dua) unsur, ialah:³²²

1. Adanya persetubuhan (*sexual intercourse*) antara dua orang yang berbeda jenis kelaminnya (*heterosex*).
2. Tidak adanya keserupaan atau kekeliruan (*syubhat*) dalam perbuatan seks (*sex act*).

³²⁰ M. Nurul Irfan. *Loc.cit.*

³²¹ *Ibid.*

³²² Zuhdi M. *Masail Fiqihnyah*. Gunung Agung, Jakarta. 1997, hal. 34.

Melakukan inseminasi buatan dengan sperma atau ovum untuk memperoleh keturunan, menurut definisi Al-Jurjani di atas, tidak bisa disebut zina, sebab tidak terjadi *sexual intercourse* (persetubuhan) dalam inseminasi buatan. Namun menurut Mahmud Syaltut, inseminasi buatan itu menurut hukum termasuk zina, sebab hal itu mengakibatkan pencemaran kelamin dan pencampuran nasab padahal Islam sangat menjaga kesucian/kehormatan kelamin dan kemurnian nasab.³²³

Berdasarkan definisi zina di atas, dapat disimpulkan bahwa kontak seksual yang disebut zina, apabila memenuhi dua rukun, yaitu hubungan seksual itu diharamkan dan dilakukan secara sengaja serta dalam keadaan sadar. Hubungan seksual yang diharamkan adalah memasukkan penis meskipun hanya sebagian ke dalam vagina, baik hubungan itu menyebabkan sperma keluar atau tidak. Wanita yang disanggamai itu tidak mempunyai hubungan perkawinan dengan lelaki tersebut, baik perkawinan itu bersifat sah maupun syubhat, seperti nikah tanpa saksi atau wali, wanita tersebut bukan hamba sahaya dari laki-laki yang menyetubuhinya.³²⁴

Pada praktik *surrogate mother*, yang memasukan embrio pasangan suami istri kedalam rahim calon ibu surogasi adalah dokter dan bukan dilakukan oleh suami dari pasangan yang akan menitipkan embrio tersebut. Pada saat transfer embrio dilakukan, dokter juga tidak bekerja sendiri, namun

³²³ *Ibid.* hal. 35.

³²⁴ M. Nurul Irfan. *loc. cit.*

dibantu atau didampingi oleh beberapa paramedis lainnya. Sehingga dalam proses ini tidak terjadi hubungan seksual. Dengan demikian jelas bahwa dalam praktik *surrogate mother* tidak terdapat adanya unsur zina.

Selain dianggap zina, dalam perjanjian *surrogate mother* juga dianggap terjadinya percampuran nasab. Kata nasab secara etimologi berasal dari bahasa Arab. Kata nasab adalah bentuk tunggal yang bentuk jamaknya bisa *nisab* dan bisa juga *nusab* atau *ansab*.³²⁵ Ibnu Al-Arabi sebagaimana dikutip oleh Al-Qurthubi menjelaskan bahwa nasab adalah sebuah istilah yang menggambarkan proses bercampurnya sperma laki-laki dan ovum seorang wanita atas dasar ketentuan syariat.³²⁶

Nasab secara bahasa berarti keturunan atau kerabat. Bahkan secara tegas Su'di Abu Habib mengatakan bahwa arti kata nasab sama dengan kerabat. Namun demikian baik kata keturunan, kerabat, maupun nasab sendiri pada kenyataannya telah menjadi bahasa Indonesia resmi dan telah terikat. Nasab yang telah menjadi bahasa Indonesia dan masuk dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia diartikan sebagai keturunan (terutama dari pihak bapak) atau pertalian keluarga. Dalam Ensiklopedia Islam, nasab diartikan sebagai keturunan atau kerabat, yaitu pertalian keluarga melalui akad nikah perkawinan yang sah.³²⁷

³²⁵ *Ibid.* hal. 22.

³²⁶ *Ibid.* hal. 23.

³²⁷ *Ibid.* hal. 24.

Dalam praktik *surrogate mother*, para ulama kontemporer sepakat bahwa si suami pemilik sperma adalah ayah nasab dari anak yang lahir dari proses tersebut. Namun para ulama berbeda pendapat tentang siapa ibu nasab anak tersebut. Dalam forum *Al-Majma' al-Fiqhī al-Islāmī* (Jeddah) pada pertemuan ketujuh yang dilaksanakan pada tahun 1984, mayoritas ulama yang hadir berpendapat bahwa ibu nasab yang memiliki hubungan waris dengan anak adalah perempuan yang memberikan *ovum*-nya. Perempuan yang mengandung dan melahirkannya memiliki kedudukan yang sama dengan ibu susuan bagi anak tersebut.³²⁸

Ada empat cara menetapkan nasab dikemukakan secara detail oleh para ulama dari berbagai kalangan *mazhab*. Dalam menetapkan nasab anak kepada orangtuanya (khususnya kepada ayah kandungnya), dilakukan dengan cara melalui pernikahan yang sah atau *fasid*, melalui pengakuan atau guatan atas nasab anak, melalui pembuktian dan melalui cara *qiyafah* (penelusuran nasab oleh seorang ahli pada zamannya atau dengan cara undian atau *qur'ah*).³²⁹

a. Melalui pernikahan sah atau *fasid*

Ulama fiqh sepakat menyatakan bahwa pernikahan yang sah atau *fasid* merupakan salah satu cara atau dasar yang sangat kuat dan dianggap sah untuk menetapkan nasab seorang anak kepada kedua orangtuanya,

³²⁸ Najib Junaidi, *op. cit.* hal. 202-203.

³²⁹ M. Nurul Irfan. *op. cit.* 95.

sekalipun pernikahan itu tidak didaftarkan secara resmi pada instansi terkait.³³⁰

b. Melalui pengakuan atau gugatan terhadap anak

Ulama *fiqh* membedakan antara pengakuan terhadap anak dan pengakuan terhadap selain anak, seperti pengakuan terhadap saudara, paman atau kakek. Jika seorang lelaki mengakui bahwa seorang anak kecil adalah anaknya atau sebaliknya seorang anak kecil yang telah *baligh* (menurut *jumhur* ulama) atau *mumayiz* (menurut ulama mazhab Hanafi) mengakui seorang lelaki adalah ayahnya, maka pengakuan itu dapat dibenarkan dan anak itu dapat dinasabkan kepada lelaki tersebut, jika telah memenuhi syarat-syarat sebagai berikut.³³¹

1. Anak yang menyampaikan pengakuan itu tidak jelas nasabnya

Apabila ayahnya diketahui, maka pengakuan dianggap batal, karena Rasulullah mencela seseorang yang mengakui dan menjadikan anak orang lain bernasab dengannya.³³²

2. Pengakuan yang logis

Seseorang yang mengaku ayah dari seorang anak, maka usianya harus terpaut cukup jauh dari anak yang diakui sebagai nasabnya. Demikian pula apabila seseorang mengakui nasab seorang anak tetapi kemudian datang lelaki lain yang mengakui nasab anak

³³⁰ *Ibid.* hal. 96.

³³¹ *Ibid.* hal. 97.

³³² *Ibid.* hal. 98.

tersebut, maka hakim perlu meneliti tentang siapa yang berhak terhadap anak yang dimaksud.³³³

3. Apabila seorang anak telah baligh dan berakal (menurut jumhur ulama) atau telah *mumayiz* (menurut ulama mazhab Hanafi), maka anak tersebut dapat membenarkan pengakuan seorang laki-laki sebagai ayahnya. Syarat ini tidak diterima ulama dari kalangan mazhab Maliki, karena nasab merupakan hak dari anak, bukan ayah.³³⁴

4. Laki-laki yang mengakui nasab seorang anak harus menegaskan bahwa anak tersebut bukan hasil perzinaan, karena perzinaan tidak bisa menjadi dasar penetapan nasab anak.³³⁵

Apabila syarat-syarat di atas telah terpenuhi, maka pengakuan nasab oleh seorang ayah adalah sah. Dengan demikian, maka anak tersebut berhak mendapatkan nafkah, pendidikan selayaknya dan harta warisan dari ayahnya tersebut.³³⁶

c. Melalui Pembuktian

Alat bukti dalam menentukan nasab adalah kesaksian. Status kesaksian lebih kuat daripada pengakuan karena kesaksian sebagai alat bukti selalu melibatkan orang lain sebagai penguat. Sedangkan pengakuan belum

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.* hal. 99.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ *Ibid.*

tentu didukung oleh orang lain, sehingga pengakuan tersebut tidak kuat dan masih mungkin dibatalkan oleh adanya alat bukti berupa saksi yang benar.³³⁷

Di zaman modern ini, dalam menentukan nasab seorang bayi bisa ditentukan dengan tes laboratorium. Sehingga bisa ditentukan secara pasti bahwa bayi itu memang benar anak si A dan sebagainya. Bahkan saat ini bisa dilakukan dengan tes DNA (Asam deoksiribonukleat). Tes DNA dianggap sebagai alat bukti penentuan nasab seseorang.³³⁸

d. Penetapan nasab melalui perkiraan (*qiyafah*)

Cara ini masih diperselisihkan oleh para ulama. Pengertian *qiyafah* secara etimologi berarti menelusuri jejak, adapun secara terminologi upaya menghubungkan nasab seseorang atas dasar kemiripan sifat, rupa atau warna kulit, dengan menggunakan ilmu atau cara-cara tertentu.³³⁹

Hukum Islam di Indonesia menentukan nasab anak sah dan tidak sah dengan menitikberatkan pada proses perkawinan. Anak yang lahir dari atau akibat perkawinan yang sah disebut sebagai anak sah dan dinasabkan kepada kedua orang tuanya. Hukum Islam dalam menentukan nasab inseminasi buatan dengan cara melihat pada sperma dan ovum tersebut berasal, jika dari suami-

³³⁷ *Ibid.* hal. 101.

³³⁸ *Ibid.* hal. 103.

³³⁹ *Ibid.* hal. 104.

istri yang sah maka anak yang dilahirkan adalah anak sah dan jelas nasab ayah-ibunya.³⁴⁰

Dengan demikian dapat dipahami bahwa untuk lebih memastikan penetapan nasab seorang anak saat ini, lebih tepat dengan menggunakan teknologi yang ada sesuai perkembangan zaman. Sehingga keraguan terhadap nasab seorang anak dalam praktik *surrogate mother* dapat diatasi dengan pemeriksaan DNA.

Masalah lain pada praktik *surrogate mother* yaitu dianggap terjadi perendahan marwah dan kemuliaan wanita. Hal ini tidak bisa dibuktikan secara ilmiah karena perendahan marwah dan kemuliaan wanita merupakan penilaian subjektif yang bersifat individual. Bahkan penilaian tersebut bisa sebaliknya, karena wanita yang menjadi ibu surogasi tersebut serta suaminya menunjukkan kemuliaan dengan bersedia mengandung anak yang bukan berasal dari benih mereka.

Hal lain yang juga menjadi kendala dalam praktik *surrogate mother* adalah bahwa rahim tidak boleh diperdagangkan. Banyak kepustakaan menterjemahkan *surrogate mother* dengan istilah “sewa rahim”. Dengan memakai kata sewa rahim, maka seolah-olah rahim menjadi objek yang disewakan. Istilah sewa rahim ini kurang tepat sehingga praktik *surrogate mother* ditanggapi negatif ditengah masyarakat.

³⁴⁰ Afif Muamar, *Ketentuan Nasab Anak Sah, Tidak Sah dan Anak Hasil Teknologi Reproduksi Buatan Manusia: antara UU Perkawinan dan Fikih Konvensional*, Al-Ahwal, Vol. 6, No. 1, 2013. hal. 54.

Sebaiknya *surrogate mother* diterjemahkan dengan istilah “ibu surogasi”, sehingga tidak dipahami dengan konotasi negatif. Terkait biaya yang diberikan oleh pasangan suami istri pemilik embrio, bukanlah biaya sewa. Biaya tersebut merupakan biaya perawatan selama kehamilan karena selama hamil ibu surogasi tersebut memerlukan pemeriksaan dokter dan memerlukan konsumsi makanan yang bergizi baik serta memerlukan vitamin-vitamin yang dibutuhkan untuk perkembangan janin.

Selain biaya perawatan selama hamil, ibu surogasi juga memerlukan biaya persalinan dan biaya rawatan setelah melahirkan. Dengan demikian, dapat dipahami bahwa pemberian biaya oleh pasangan suami istri kepada ibu surogasi merupakan biaya yang dibutuhkan untuk rawatan tumbuh kembang janin mereka, biaya persalinan dan biaya selama masa nifas.

Selain pendapat yang melarang praktik *surrogate mother*, juga ada pendapat yang membolehkan. Pendapat yang membolehkan *surrogate mother* (ibu surogasi), antara lain :

1. Ali Akbar, yang mengatakan bahwa: “Menitipkan bayi tabung pada wanita yang bukan ibunya boleh, karena si ibu tidak bisa hamil disebabkan rahimnya mengalami gangguan. Menyusukan anak kepada wanita lain dibolehkan dalam islam dan malah boleh diupahkan. Maka

boleh pulalah memberikan upah kepada wanita yang meminjamkan rahimnya”.³⁴¹

2. Husein Yusuf, juga memberikan komentar yang serupa. Ia mengatakan bahwa status anak yang dilahirkan berdasarkan titipan, tetap anak yang punya bibit dan ibu yang melahirkan adalah sama dengan ibu susuan.³⁴²
3. Jurnalis Udin, berpendapat bahwa bila rahim istri memenuhi syarat untuk mengandung embrio hingga lahir, maka pelaksanaan kehamilannya di dalam rahim wanita lain (*surrogate mother*) hukumnya haram. Sebaliknya bila : (a) Rahim istrinya rusak dan tidak dapat mengandung embrio (b) Belum ditemukan teknologi yang dapat mengandung embrio di dalam tabung hingga lahir, (c) Karena itu satu-satunya jalan untuk mendapatkan anak dari benihnya sendiri, maka *surrogate mother* hukumnya mubah. Hal itu dilakukan selain dalam keadaan darurat juga karena keinginan mempunyai anak sangat besar.³⁴³
4. Salim Dimiyati, berpendapat bahwa bayi tabung yang menggunakan sel telur dan sperma dari suami yang sah, lalu embrionya di titipkan kepada ibu yang lain, maka apa yang di lahirkannya tidak lebih hanya anak

³⁴¹ Nurul Alifah Rahmawati, Hirna Susilawati, *op. cit.* hal. 420.

³⁴² *Ibid.* hal. 421.

³⁴³ Muhammad Ali Hanafiah Selian, *op.cit.* hal. 141.

angkat belaka, tidak ada hak mewarisi dan di warisi, karena anak angkat bukanlah anak sendiri, tidak boleh di samakan dengan anak kandung.³⁴⁴

Dari uraian diatas, dapat dipahami bahwa para ulama berbeda pendapat tentang pelaksanaan praktik *surrogate mother*. Perbedaan yang terjadi dalam menilai suatu persoalan adalah hal yang lumrah. Namun hal yang mendasar dalam pandangan yang menolak *surrogate mother* adalah karena ada unsur zina dan kerancuan dalam menentukan nasab anak yang dilahirkan.

Berdasarkan pengertian zina yang dijelaskan oleh kepustakaan, maka dapat dikatakan bahwa dalam proses *surrogate mother* tidak terdapat unsur zina. Begitu juga dengan keraguan tentang nasab. Dari berbagai cara menentukan nasab seorang anak, maka cara terbaik saat ini adalah melalui pemeriksaan DNA. Dengan pemeriksaan DNA, maka garis keturunan yang diwarisi seorang anak lebih bisa dipastikan secara ilmiah.

2. Perjanjian *surrogate mother* menurut adat di Indonesia

Perjanjian *surrogate mother* di Indonesia tidak ditemukan secara terbuka. Praktik ini dilakukan secara diam-diam sehingga tidak diketahui oleh masyarakat. Dari sudut pandang adat, perjanjian *surrogate mother* ini sulit untuk dinilai karena hal ini tidak dikenal dalam adat masyarakat Indonesia.

³⁴⁴ *Ibid.* hal. 142.

Sehingga untuk mengetahui boleh atau tidaknya dilakukan perjanjian *surrogate mother* menurut adat di Indonesia tidak bisa ditentukan.

Solusi untuk memperoleh anak bagi pasangan suami-istri yang mandul atau tidak memiliki keturunan, dilakukan dengan mengangkat anak atau adopsi anak. Sering terjadi pasangan suami-istri yang mandul mengadopsi anak dari saudara mereka sendiri. Ada juga yang mengadopsi anak dari orang lain. Proses inipun sering dilakukan secara diam-diam dan hanya diketahui dalam lingkungan terbatas. Namun ada juga proses ini dilakukan secara adat dan diketahui oleh masyarakat setempat.

Pengangkatan anak sudah lama dikenal dan dilakukan diberbagai tempat di dunia, baik oleh masyarakat yang primitif maupun oleh masyarakat yang maju. Cara melakukan pengangkatan itu banyak macamnya, seperti di Indonesia yang mempunyai banyak ragam sistem peradatannya. Pengangkatan anak lebih banyak didasarkan pada pertalian darah, sehingga ada kelanjutan keluarga yang mengangkat. Harta kekayaan anak yang diangkat tergantung pada ada hubungan pertalian darah atau tidak.³⁴⁵

Pengangkatan anak ada yang dilakukan dengan memakai upacara keagamaan, dengan pengumuman dan disaksikan pejabat serta tokoh agama agar terang statusnya. Setelah selesai upacara, si anak menjadi anggota penuh

³⁴⁵ R. Soeroso, *Perbandingan Hukum Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, hal . 182-183.

dari kerabat yang mengangkatnya, dan terputus hak warisnya dengan kerabatnya yang lama seperti di Bali.³⁴⁶

Di Sulawesi Selatan, anak angkat masih ada hubungan waris dengan orang tua kandung dan keluarganya, dan dia tidak berhak sebagai ahli waris dari orang tua angkat dan keluarganya, tetapi ia bisa diberi hibah atau wasiat. Sementara itu di Jawa, anak angkat yang diambil itu biasanya keponakannya sendiri dengan tidak memutuskan pertalian antar anak yang diangkat dan orang tuanya kandung.³⁴⁷

Secara umum, tata cara pengangkatan anak itu dilakukan secara terang dan tunai. Secara terang adalah suatu prinsip legalitas yang berarti perbuatan itu diumumkan dan dilakukan di hadapan banyak orang dengan tujuan agar khalayak ramai dapat mengetahui bahwa telah terjadi pengangkatan anak. Sedangkan tunai berarti perbuatan itu akan selesai ketika itu juga dan tidak mungkin ditarik kembali.³⁴⁸ Namun di daerah-daerah tertentu, tata cara pengangkatan anak tidak dilakukan secara terang, tetapi cukup dengan penyerahan diri keluarga asal kepada keluarga yang mengangkat, bahkan ada yang menuangkannya dalam suatu surat.³⁴⁹

³⁴⁶ R, Soepomo, *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, Cet. 17, Penebar Swadaya, Jakarta, 2007, hal. 104.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Bushar Muhammad, *op. cit.* hal. 33.

³⁴⁹ Musthofa Sy, *Pengangkatan Anak Wewenang Pengadilan Agama*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008, hal. 50.

Adanya kebiasaan mengadopsi anak saudara sendiri atau anak orang lain yang dilakukan pasangan suami isteri yang mandul dan diakui oleh adat, dapat dijadikan sebagai pembanding untuk menilai apakah perjanjian *surrogate mother* dapat diterima adat masyarakat di Indonesia.

Melihat adanya kerelaan dari pasangan yang memiliki anak untuk menyerahkan anaknya kepada pasangan suami-isteri yang tidak memiliki anak, merupakan cerminan masyarakat Indonesia yang memiliki budaya saling tolong menolong. Budaya tolong menolong tersebut tidak terbatas tenaga dan harta, namun juga dalam kerelaan untuk memberikan anaknya sendiri kepada saudaranya atau orang lain.

Dari ketentuan syarat sahnya suatu perjanjian serta suatu sebab yang terlarang dalam membuat suatu perjanjian, dapat dikatakan bahwa perjanjian *surrogate mother* memenuhi syarat sah suatu perjanjian dan tidak termasuk dalam hal yang terlarang dalam membuat suatu perjanjian. Namun untuk bisa diterapkan dalam praktik secara terbuka diperlukan terobosan hukum karena tidak ada aturan yang jelas yang melarang atau membolehkan perjanjian *surrogate mother*.

Persoalan lain yang mungkin timbul dalam praktik *surrogate mother* adalah terjadi sengketa para pihak jika melanggar perjanjian. Untuk mencegah atau mengurangi risiko terjadinya sengketa para pihak, maka sebaiknya praktik *surrogate mother* ini dilakukan antara pihak pasangan suami-istri dengan pihak

yang ada kaitan keluarga. Dengan demikian, jika terjadi masalah akan bisa diselesaikan secara kekeluargaan sehingga tidak melibatkan pihak lain.

Hal lain yang juga perlu diantisipasi dalam perjanjian *surrogate mother* adalah jika janin yang dikandung ibu surogasi ternyata cacat. Perlu dipertegas dalam membuat perjanjian bahwa jika terdapat cacat bawaan pada janin yang dikandung ibu surogasi, maka dilakukan tindakan aborsi. Tindakan aborsi jika terdapat cacat pada janin dibolehkan berdasarkan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan.

Dalam UU No. 36 Tahun 2009, Pasal 75 (1) Setiap orang dilarang melakukan aborsi. (2) Larangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dikecualikan berdasarkan: a. indikasi kedaruratan medis yang dideteksi sejak usia dini kehamilan, baik yang mengancam nyawa ibu dan/atau janin, yang menderita penyakit genetik berat dan/atau cacat bawaan, maupun yang tidak dapat diperbaiki sehingga menyulitkan bayi tersebut hidup di luar kandungan; atau b. kehamilan akibat perkosaan yang dapat menyebabkan trauma psikologis bagi korban perkosaan.³⁵⁰

Untuk bisa diterapkannya perjanjian *surrogate mother* perlu pemikiran hukum yang kreatif dan inovatif sebagai mana dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo yang dikenal dengan hukum progresif. Dalam hukum progresif, jelas dinyatakan bahwa hukum bertujuan untuk mengantarkan manusia kepada

³⁵⁰ Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan.

kehidupan yang adil dan bahagia. Prinsip yang dimunculkan dalam hukum progresif adalah hukum untuk manusia.

Hukum harus mampu mengikuti perkembangan zaman, termasuk perkembangan teknologi. Demikian juga halnya dengan perkembangan teknologi dalam bidang kedokteran. Dalam mengimbangi kemajuan teknologi inilah, konsep hukum progresif yang kreatif dan inovatif bisa berperan lebih banyak. Perjanjian *surrogate mother* memerlukan pemikiran hukum yang progresif sehingga prinsip hukum untuk manusia itu dapat diwujudkan.

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa perjanjian *surrogate mother* mungkin dapat dilaksanakan dan diterima masyarakat Indonesia. Agar perjanjian *surrogate mother* ini dapat diterima dalam kehidupan masyarakat Indonesia, perlu ada penjelasan dari pihak-pihak yang terkait kepada masyarakat agar proses tersebut dapat dipahami masyarakat secara utuh. Selama ini, perjanjian *surrogate mother* dilakukan secara diam-diam sehingga masyarakat tidak memahaminya.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Kedudukan hukum perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis sampai saat ini belum memiliki kepastian secara yuridis dalam KUHPerdota.
2. Hambatan penerapan perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis di Indonesia adalah adanya Fatwa Majelis Ulama Indonesia yang melarang.

B. Saran

1. Perlu dibuat peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang perjanjian *surrogate mother* atas indikasi medis, agar memiliki kepastian hukum.
2. Perlu peninjauan kembali tentang Fatwa Majelis Ulama Indonesia yang mengharamkan *surrogate mother* atas dasar terjadinya kerancuan nasab dan adanya unsur zina karena dengan pemeriksaan DNA, maka nasab seorang anak dapat ditentukan dengan pasti dan dalam pelaksanaan *surrogate mother* tidak terdapat adanya unsur zina.



Daftar Pustaka

A. Buku-buku

- Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung, 1982. Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 2004. Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perjanjian*, Citra Aditya Abadi, Bandung, 2014.
- Agnes Sri Rahayu, *Penerapan Hak Reproduksi Perempuan Terhadap Perjanjian Sewa Menyewa Rahim Dalam Kerangka Hukum Perdata Indonesia*, Tesis tidak diterbitkan, Program Pasca Sarjana Universitas Katolik Soegijapranata, Semarang, 2009.
- Amru Sofian, *Sinopsis Obstetri Fisiologi dan Patologi*, EGC, Jakarta, 2012.
- Andon Hestiantoro, *Infertilitas, Ilmu Kandungan*, Ed. 3, Cet. 1, Bina Pustaka Sarwono Prawirohardjo, Jakarta, 2011.
- Bambang B. Siswanto. *Pedoman Tatalaksana Gagal Jantung PP PERKI*. Edisi Kedua. Jakarta. 2020. hal 24
- Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Ed. 2. Cet. 4, Kencana, Jakarta, 2014.
- Budhy Munawar Rachman, *Ensiklopedi Nurcholish Madjid, Pemikiran Islam di Kanvas Peradaban*, Mizan, Jakarta, 2006.
- D.Y. Witanto, *Hukum Keluarga Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin*, Prestasi Pustaka, Jakarta, 2012.
- Darji Darmodiharjo, Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2008.
- Desriza Ratman. *Surrogate Motter dalam Perspektif Etika dan Hukum: Bolehkah Sewa Rahim di Indonesia*. Elex Media Komputindo. Jakarta.. 2012.

- Erna Setiyaningrum, *Asuhan Kegawatdaruratan Maternitas (Asuhan Kebidanan Patologi)*, iN Media, Bogor, 2014.
- Errol R. Norwitz, John O. Schorge, *At a Glance Obstetri dan Ginekologi*, (terj. Diba Artsiyanti), Erlangga, Jakarta, 2007.
- Freed Amelen, *Kapita Selekta Hukum Kesehatan*, Cet.1, Grafika Tamajaya, Jakarta, 1991.
- Hadikusma Hilman, *Hukum Pidana Adat*, Alumni, Bandung, 1989.
- Handri Raharjo, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, Pustaka Yustitia, Yogyakarta, 2009.
- Ishaq, *Metode Penelitian Hukum dan Penulisan Skripsi, Tesis, serta Disertasi*, Alfabeta, Bandung, 2017.
- Isma'il Raji Al-Faruqi, *Tauhid* (terj), Pustaka, Bandung, 1988.
- Jimly Asshiddiqie, *Teori dan Aliran Penafsiran Hukum Tata Negara*, Ind. Hill. Co, Jakarta, 1997.
- John Rawls, *Teori Keadilan: Dasar-Dasar Filsafat Politik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, Cet. 2, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2011.
- Jonaedi Efendi dkk, *Kamus Istilah Hukum*, Kencana, Jakarta, 2016.
- Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*. Cet. 2. Pustaka Setia, Bandung, 2014.
- Kanadi Sumapraja, *Kelainan Kongenital Pada Sistem Reproduksi dan Masalah Kelainan Pertumbuhan Seks*. Ilmu Kandungan, Ed. 3, Cet. 1, Bina Pustaka Sarwono Prawirohardjo, Jakarta, 2011.
- Kartini Kartono, *Psikologi Wanita (Jilid 2), Mengenal Wanita dan Sebagai Ibu dan Nenek*, Mandar Maju, Bandung, 2007.
- Leden Marpaung, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996.
- M. Nurul Irfan. *Nasab dan Status Anak Dalam Hukum Islam*. Ed. 2, Cet. 1. Amzah, Jakarta. 2013.
- M. Sudrajat Bassar, *Tindak-Tindakan Pidana Tertentu Di dalam KUHP*, Remadja Karya, Bandung, 1986.

- M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013.
- Manuaba, *Ilmu Kebidanan dan Penyakit Kandungan*, EGC, Jakarta, 1998.
- Manuaba, *Ilmu Kebidanan Penyakit Kandungan dan Keluarga Berencana Untuk Pendidikan Bidan*. Jakarta: EGC ; 2012. hal. 30.
- Mariam Darus Badruzaman. *Perjanjian Baku (Standar), Perkembangannya di Indonesia*. Bandung: Alumni.1980.
- Meria Utama, M Arfiana Novera, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak dan Arbitrase*. Cet. 1, Tunggul Mandiri, Malang, 2014.
- Mohd. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995.
- Muhammad Syaifuddin , *Hukum Kontrak : Memahami Kontrak dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik dan Praktik hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2016.
- Muhammad Thalib, *Manajemen Keluarga Sakinah*, Pro-U, Yogyakarta 2007.
- Mukti Fajar, *Dualisme Penelitian Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2015.
- Mulajadi Kartini, Gunawan Widjaja, *Perikatan Pada Umumnya*. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003.
- Munir Fuady , *Hukum Kontrak, Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*, Cet. 2. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Musthofa Sy, *Pengangkatan Anak Wewenang Pengadilan Agama*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008.
- Ngesti Lestari, "Masalah Malpraktik Etik Dalam Praktik Dokter ", Kumpulan Makalah Seminar Tentang Etika dan Hukum Kedokteran diselenggarakan oleh RSUD Dr. Saiful Anwar , Malang, 2001.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cetakan 2. Kencana, Jakarta, 2008.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011.
- Ph. Visser't Hoft, ,Penemuan Hukum (Terj. B. Arief Shidarta). Lab. Hukum FH Universitas Parahiyangan, Bandung, 2001.

Poedji Rochijati, *Skrining Antenatal pada Ibu Hamil*, Airlangga University Press, Surabaya, 2003.

R, Soepomo, *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, Cet. 17, Penebar Swadaya, Jakarta, 2007.

R. Soeroso, *Perbandingan Hukum Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014.

R. Soesilo, *KUHP Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*, Politea, Bogor, 1996.

Radin Seri Nabah, *Penyewaan Rahim Menurut Pandangan Islam*, 2007.

Roeslan Saleh, *Pikiran-pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982.

Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia Dalam Perspektif Perbandingan*, FHUII Press, Yogyakarta, 2014.

Rozikin Daman, *Pancasila Dasar Falsafah Negara*, Rajawali Press, Jakarta, 1992.

S. Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Raja Grafindo, Jakarta, 2009.

Said Aqil Husin al-Munawar, *Hukum Islam dan Pluralitas Sosial*, Penamadani, Jakarta, 2004.

Salim HS, *Bayi Tabung: Tinjauan Aspek Hukum*, Cet.1, Sinar Grafika, Jakarta, 1993.

Salim H.S., *Hukum Perjanjian Teori dan Tehnik Penyusunan Perjanjian*, Cet. 8, Sinar Grafika, Jakarta, 2011.

Salim HS, Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2013.

Salim HS. *Hukum Kontrak Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*. Cet. 14, Sinar Grafika, Jakarta, 2019.

Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif ; Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Cet. 1. Genta Publishing, Yogyakarta, 2009.

Soerjono Soekanto, Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Cet. 18, Raja Grafindo Persada, Depok, 2018.

Sonny Dewi Judiasih, Susilowati Suparto, Deviana Yuanitasari, *Aspek Hukum Sewa Rahim dalam Perspektif Hukum Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2016.

Sri Rahayu Oktoberina, Niken Savitri (Ed.), *Butir-butir Pemikiran dalam Hukum Memperingati 70 Tahun Prof. Dr.B. Arief Sidharta*, Aditama, Bandung, 2008.

Starry Homenta Rampengan. *Penyakit Jantung Pada Kehamilan*. Badan Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, Jakarta, 2014. hal. 177.

Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet. 27. Intermasa, Jakarta, 2014.

Subekti. *Pokok-Pokok Hukum Perdata*. Intermasa, Jakarta. 2006.

Sutan Remi Syahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993.

Wirjono Prodjodikoro. *Azas-Azas Hukum Perjanjian*. Cet. 9. Mandar Maju. Bandung. 2011.

Wirjono Prodjodikoro, *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, RefikaAditama, Bandung, 2002.

Yosep Adi Prasetyo, Roichatul Aswidah, Asep Mulyana. *Kajian Komnas HAM terhadap Peraturan Daerah DKI Jakarta No. 8 Tahun 2007 tentang Ketertiban Umum. Komisi Nasional Hak Asasi Manusia*. Cet. 1. Jakarta Pusat. 2009.

Zuhdi M. *Masail Fiqihnyah*. Gunung Agung, Jakarta. 1997.

B. Artikel dan Jurnal

A. Darussalam, *Pernikahan Endogami Perspektif Islam dan Sains*, Thadis, Vol. 8. No.1. 2017.

Abdul Malik Iskandar, Hasanuddin Kasim , Harifuddin Halim, *Upaya Pasangan Suami Istri yang tidak mempunyai Anak dalam mempertahankan Harmonisasi Keluarganya*, Jurnal Society, Vo. 7, No. 2, 2019.

Aditya Wiguna Sanjaya, *Aspek hukum Sewa Rahim (Surrogate Mother) Dalam Perspektif Hukum Perdata dan Hukum Pidana*, Jurnal *Rechtens*, Vol. 5, No. 2, Desember 2016.

Afif Muamar, *Ketentuan Nasab Anak Sah, Tidak Sah dan Anak Hasil Teknologi Reproduksi Buatan Manusia: antara UU Perkawinan dan Fikih Konvensional*, *AI-Ahwal*, Vol. 6, No. 1, 2013.

Ahmad Atabik, Khoridatul Mudhiyah, *Pernikahan dan Hikmahnya Perspektif Hukum Islam*, *Yudisia*, Vol. 5, No. 2, Desember 2014.

Ahmad Fadlil Sumadi, *Hukum dan Keadilan Sosial dalam Perspektif Hukum Ketatanegaraan*, *Jurnal Konstitusi*, Vol. 12, No. 4, Desember 2015.

Anastasia Oktarina, Adnan Abadi, Ramli Bachsin, *Faktor-faktor yang Memengaruhi Infertilitas pada Wanita di Klinik Fertilitas Endokrinologi Reproduksi*. *MKS*, Vol. 46, No. 4, Oktober 2014.

Anne-Marie E. Amies Oelschlager. *Müllerian Agenesis: Diagnosis, Management, and Treatment*. ACOG Committee Opinion. American College of Obstetricians and Gynecologist. Vol. 131, No. 1. January 2018.

Armansyah Matondang, *Faktor-faktor yang Mengakibatkan Perceraian dalam Perkawinan*, *Jurnal Ilmu Pemerintahan dan Sosial Politik*, Vol. 2, No. 2, 2014.

Cristian Siregar, *Pancasila, Keadilan Sosial, dan Persatuan Indonesia*, *Jurnal Humaniora*, Vol. 5, No. 1, April 2014.

David Lahia, *Aspek Hukum Terhadap Bayi Tabung Dan Sewa Rahim Dari Perspektif Hukum Perdata*, *Jurnal Lex Privatum*, Vol. 5. No. 4. Juni 2017.

Ferry Irawan Febriansyah, *Keadilan Berdasarkan Pancasila Sebagai Dasar Filosofis dan Ideologis Bangsa*, *DiH Jurnal Ilmu Hukum* Vol. 13. No. 25. Februari 2017.

Ghozali, S., Junizaf, Santosa. *Perangai seksual pasca histerektomi total*. *Indonesia J. Obstet Gynecol*. Vol. 24, No. 2, 2004.

Khairatunnisa, *Keberadaan Sewa Rahim Dalam Perspektif Hukum Perdata*, *Jurnal Lex Privatum*, Vol. 3. No. 1. Jan-Mar 2015.

Muhammad Ali Hanafiah Selian, *Surrogate Mother; Tinjauan Hukum Perdata dan Islam*, *Jurnal Yuridis*, Vol. 4. No. 2, Desember 2017.

Najib Junaidi, *Penanaman Embrio Pada Rahim Istri Yang Lain (Analisis kritis Terhadap Fatwa MUI Tentang Kehamilan Berbantu)*, Jurnal Hukum Islam, Vol. 17, No. 2, Desember 2019.

Ni Wayan Ariati Trisna Dewi, Anom Suardika, Ryan Saktika Mulyana. *Faktor penyebab infertilitas pasien program IVF (In Vitro Fertilization) di Klinik Graha Tunjung Rsup Sanglah*. Intisari Sains Medis., Vol. 10, No. 3. 2019

Nurhasyanah, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penerimaan Diri pada Wanita Infertilitas*, Jurnal Penelitian dan Pengukuran Psikologi, Vol. 1, No.1, Oktober 2012.

Nurul Alifah Rahmawati. Hirma Susilawati, *Fenomena Surrogate Mother (Ibu Pengganti) dalam Perspektif Islam Ditinjau dari Hadis*. Jurnal Nuansa, Vol. 14 No. 2. Juli – Desember 2017.

Peter Mahmud Marzuki, *Batas-batas Kebebasan Berkontrak; Perlindungan Hukum Para Pihak Dalam Pengikatan Jaminan Fidusia; Kedudukan Perjanjian Arbitrase Menurut UU No. 30/1999*, Yuridika, Vol, 18, No. 3. Mei 2003.

Rukmono Siswishanto, dkk. *Kehamilan Risiko Tinggi*, Laboratorium Penelitian Kesehatan dan Gizi Masyarakat, Jurnal Fakultas Kedokteran UGM, Yogyakarta, 2009.

Santoso, *Hakekat Perkawinan Menurut Undang-Undang Perkawinan, Hukum Islam dan Hukum Adat*, Yudisia, Vol. 7, No. 2, Desember 2016.

Suprin Na'a, *Sebuah Kontemplasi Tentang Klasifikasi Hak-Hak Asasi Manusia*, Jurnal Wawasan Hukum, Vol. 22 No. 01 Februari 2010.

Thomas Obinchemti Egbe et all, *A case of Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser syndrome in a low-resource tertiary hospital in Douala, Cameroon*, SAGE Open Medical Case Reports, Vol. 7, 2019.

Tri Wahyu Surya Lestari. *Komparasi Syarat Keabsahan “Sebab Yang Halal” Dalam Perjanjian Konvensional dan Perjanjian Syariah*. Yudisia, Vol. 8, No. 2, Desember 2017.

Yu Un Oppusunggu, *Pertemuan Ilmu Hukum dan Sosiologi dalam Penerapan Lembaga Ketertiban Umum*, Law, Society & Development, Vol. 2, No. 3, Agustus – November, 2008, hal. 3.

Zulfirman. *Hak Dasar Manusia dalam Hukum Kontrak Indonesia: Analisis Kritis Syarat Kontrak*. Jurnal Penelitian Hukum Dejure, Vol. 17, No. 2, Juni 2017.

C. Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Dasar RI 1945.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia

Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan.

Peraturan Pemerintah Nomor 13 Tahun 2013 tentang Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri.

Peraturan Pemerintah No. 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi

Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 44 Tahun 2010 Tentang Ketentraman, Ketertiban Dan Perlindungan Masyarakat Dalam Rangka Penegakan Hak Asasi Manusia.

Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 26 Tahun 2020 Tentang Penyelenggaraan Ketertiban Dan Ketentraman Masyarakat serta Perlindungan Masyarakat.

Peraturan Menteri Kesehatan No. 039/Menkes/SK/I/2010 tentang Penyelenggaraan Pelayanan Teknologi Reproduksi Berbantu.

Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 43 Tahun 2015 Tentang Penyelenggaraan Pelayanan Reproduksi Dengan Bantuan Atau Kehamilan Di Luar Cara Alamiah.

Surat Keputusan Dirjen Pelayanan Medik Depkes RI Tahun 2000 tentang Pedoman Pelayanan Bayi Tabung di Rumah Sakit.

Putusan Pengadilan Militer Surabaya Nomor: 169-K/PM.III-12/AD/VII/2012

Putusan Pengadilan Militer Balikpapan Nomor: PUT-09-K/PM I-07 AD/III/2011.

D. Internet

<https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt4e3e380e0157a/apa-definisi-ketertiban-umum-> di akses pada tanggal 8 Januari 2021 pukul 22.05 WIB.

Cho L. *Heart Disease and Pregnancy*. Available from : http://my.clevelandclinic.org/heart/women/conditions_pregnancy.aspx
Diakses pada : Oktober 2021. Pukul 19.00 WIB.

