

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Perkawinan menurut Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (untuk selanjutnya dalam skripsi ini disebut Undang-Undang Perkawinan) merupakan ikatan lahir batin, antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Selain tujuan perkawinan yang tercantum dalam pasal tersebut yaitu menyatukan seorang pria dan seorang wanita dalam satu kehidupan rumah tangga, tujuan perkawinan lain yang sama pentingnya adalah untuk menghasilkan keturunan.

Keturunan akan didapatkan selama proses perkawinan melalui berbagai cara. Cara yang paling umum adalah secara alami, tetapi cara tersebut juga memiliki kendala, diantaranya terdapat kendala pada kesehatan pasangan suami istri. Kesehatan suami istri merupakan faktor yang sangat penting apabila suatu kehamilan ingin dicapai dengan cara alami. Selain cara alami, ditemukan berbagai cara untuk pasangan suami istri agar bisa mendapatkan keturunan. Para ahli di bidang teknologi dan kesehatan telah mengembangkan ilmu pengetahuan dan teknologi (untuk

selanjutnya dalam skripsi ini disebut IPTEK) dari tahun ke tahun guna memenuhi tuntutan kebutuhan yang sangat besar dalam memiliki keturunan.

Pada dua dasa warsa terakhir ini, kemajuan IPTEK kedokteran bidang reproduksi manusia mengalami perkembangan begitu pesatnya. Saat ini terdapat berbagai cara pelaksanaan dalam upaya kehamilan di luar cara alami, yang disebut “Teknologi Reproduksi Buatan” (untuk selanjutnya dalam skripsi ini disebut TRB), yang dalam Undang-Undang Kesehatan Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan disebut “kehamilan diluar cara alami”. TRB merupakan teknik dimana oosit dimanipulasi sebelum tandur dialihkan¹, baik sebagai oosit maupun sebagai embrio. Hal ini dilakukan sebagai upaya terakhir pengobatan pasangan kurang subur (*infertil*), karena dapat menimbulkan *distress* pada pasangan yang bersangkutan, dan dengan cara lain mungkin kehamilannya akan berhasil. Sejak lahirnya “bayi tabung” pertama yang diberi nama Louise Brown di Inggris pada tahun 1978², telah dikembangkan berbagai cara TRB, antara

¹ Oosit adalah sel telur, dan Tandur Alih Embryo adalah proses memasukan 2 atau maksimum 3 embryo yang sudah diseleksi ke dalam rahim dengan cara menyemprotkannya secara perlahan ke dalam rahim melalui leher rahim dengan menggunakan alat bantu kateter dan USG. Dalam Proses Bayi Tabung, <http://teratai-clinic.com/our-services/proses-bayi-tabung/>, diakses pada tanggal 26 Oktober 2016 pukul 19.00 WIB.

² Dalam sejarahnya, teknologi bayi tabung pertama kali berhasil dilakukan oleh Dr. P. C. Steptoe dan Dr. R. G. Edwards atas pasangan suami istri John Brown dan Leslie. Sperma dan ovum yang digunakan berasal dari suami istri, kemudian embrionya ditransplantasikan ke dalam rahim istrinya, sehingga 25 Juli 1978, lahirlah bayi tabung pertama di dunia yang bernama Louise Brown di Oldham Inggris dengan berat badan 2.700 gram. Dalam Koes Irianto, *Panduan Lengkap Biologi Reproduksi Manusia*, Bandung: Alfabeta, 2014, hlm. 315.

lain adalah:³

1. Fertilisasi In Vitro dan Tandur Alih Embrio (*In Vitro Fertilization and Embryo Transfer, IVF & ET*);
2. Tandur Alih Embrio Intra Tuba (*Tubal Embryo Transfer, TET atau Zygote Intra Fallopian Tube, ZIFT*);
3. Gamete Intra Tuba Fallopii (*Gametta Intra Fallopian Tube, GIFT*);
4. Kriopreservasi Embrio (*Embryo Cryopreservation*);
5. Donasi Oosit (*Oocyte donation*) dan/atau sperma (*Sperm donation*),
6. Suntikan Sperma Intra Sitoplasmik (*Intra Cytoplasmic Sperm Injection, ICSI*);
7. Pembelahan Embrio (*Embryo Splitting*).

Semua cara tersebut di atas dan masalah-masalah lain seperti donasi oosit (sel telur) untuk wanita pasca menopause, reproduksi pasca meninggal dunia (*posthumous reproduction*), dan ibu pengganti (*surrogate mother*), mempunyai implikasi terhadap hukum, agama dan etika, yang memerlukan pertimbangan berbagai pakar terkait.⁴

Setelah keberhasilan bayi tabung, para ahli menemukan masalah lain yang dikemukakan oleh pasangan suami istri. Masalah lain tersebut yaitu bagaimana apabila rahim istri yang sudah tidak berfungsi dengan baik karena kondisi yang tidak memungkinkan untuk mengandung, seperti

³ M. Jusuf Hanafiah dan Amri Amir, *Etika Kedokteran dan Hukum Kesehatan*, Edisi 3, Jakarta: Kedokteran EGC, 1999, hlm. 98.

⁴ *Ibid.*

diantaranya terjadi kanker rahim sehingga rahim istri harus diangkat. Akhirnya para ahli kembali melakukan inovasi, dari TRB jenis bayi tabung kini bermunculan TRB yang dikenal sebagai sewa rahim/ibu pengganti/*surrogate mother* (namun selanjutnya dalam skripsi ini disebut ibu pengganti (*surrogate mother*)). Istilah dalam skripsi ini lebih memilih menggunakan kata ibu pengganti (*surrogate mother*) karena akan lebih tepat dengan praktik yang seharusnya diterapkan di Indonesia.

Ibu pengganti (*surrogate mother*) adalah salah satu cara TRB yang hampir sama dengan TRB jenis bayi tabung yang telah dikembangkan oleh para ahli kedokteran. Oleh karena ibu pengganti (*surrogate mother*) merupakan salah satu dari jenis bayi tabung, ibu pengganti (*surrogate mother*) maka tak dapat dipungkiri, bahwa sejarah kemunculannya adalah berawal dari lahirnya teknologi bayi tabung itu sendiri.⁵

Praktik ibu pengganti (*surrogate mother*) pertama kali dilakukan pada tahun 1987 di Afrika Selatan. Seorang ibu yang bernama Edith Jones, melahirkan kembar tiga anak-anak hasil pencangkakan embrio putrinya yang bernama Suzanne dan suaminya. Kelahiran lewat inseminasi buatan semacam ini dilakukan karena Suzanne tak memiliki kandungan sejak ia lahir. Proses pembuahannya dilakukan di rumah sakit BMI Park, Nottingham. Inilah pertama kalinya di dunia, sejarah tentang seorang puteri (Suzanne), yang menyewa rahim ibunya (Edith Jones), guna mengandung

⁵ Salim HS, *Bayi Tabung Tinjauan Aspek Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 1993, hlm. 8.

embrio dari dirinya dan suaminya.⁶

Masalah ibu pengganti (*surrogate mother*) dewasa ini sudah membudaya di banyak negara, diantaranya seperti di Inggris, Amerika Serikat, Australia dan Afrika Selatan. Teknologi ibu pengganti (*surrogate mother*) kini sudah mengembangkan jenis bayi tabung yang menggunakan sperma dari donor sedangkan ovumnya dari istri demikian sebaliknya, kemudian embrionya ditransplantasikan ke dalam rahim istri. Selain itu dapat juga dengan jenis bayi tabung yang menggunakan sperma dan ovum dari pasangan suami istri, kemudian embrionya ditransplantasikan ke dalam rahim ibu pengganti (*surrogate mother*). Hal ini berkembang sangat pesat, menjelang awal tahun 1989 saja telah lahir 100 anak yang merupakan produk dari ibu pengganti (*surrogate mother*).⁷

Di India cukup banyak wanita yang menyewakan rahimnya untuk ribuan pasangan yang tidak subur. Pasangan tidak subur ini banyak datang dari luar negeri. Mereka mencari wanita tidak mampu yang mau dibayar untuk mengandung anak mereka selama sembilan bulan.⁸ Kota Anand yang terletak di Negara Bagian Gujarat, India, telah berubah menjadi tempat “peternakan bayi”, dimana para wanita wilayah itu meminjamkan rahim mereka untuk membesarkan perkawinan sperma dan sel telur dari pasangan

⁶ Luthfi As-Syaukani, *Politik, HAM, dan Isu-isu Teknologi dalam Fikih Kontemporer*, Jakarta, 1998, hlm. 158.

⁷ Salim HS, *Op. Cit.*, hlm. 10.

⁸ Ardini Maharani, “*Sewa Rahim Marak di India*”, dalam <http://www.merdeka.com/dunia/kisah-para-hawa-sewakan-rahim-di-india.html> diakses pada tanggal 31 Oktober 2016 pukul 14.30 WIB.

asing. Ibu pengganti ini bahkan didukung oleh sebuah klinik resmi yaitu klinik Akanksha yang sudah selama satu dekade membantu para wanita menjadi ibu pengganti (*surrogate mother*). Sekitar 700 bayi telah dilahirkan namun bukan anak mereka. Wanita-wanita ini rahimnya hanya dipinjam sementara oleh banyak orang barat karena praktik ibu pengganti di negara mereka terlalu mahal dan ilegal.⁹ Setiap wanita diperkirakan mendapatkan uang kompensasi sebesar Rp 90,1 juta per kehamilan. Jumlah uang itu diakui mereka sangat membantu kehidupan warga desa miskin yang rata-rata hanya berpenghasilan Rp 14 ribu per hari. Sementara biaya melahirkan sekitar Rp 326,2 juta sudah dibayarkan oleh orangtua biologis si bayi.¹⁰

Praktik ibu pengganti (*surrogate mother*) di Indonesia dituangkan dalam sebuah perjanjian. Perjanjian ibu pengganti (*surrogate mother*) terjadi atas dasar niat atau kesepakatan bersama antara pasangan suami istri dengan ibu pengganti sebagai yang menyewakan. Perjanjian ibu pengganti (*surrogate mother*) adalah perjanjian antara seorang wanita yang mengikatkan diri melalui suatu perjanjian dengan pihak lain (suami-istri) untuk menjadi hamil terhadap hasil pembuahan suami istri tersebut yang ditanamkan ke dalam rahimnya, dan setelah melahirkan diharuskan menyerahkan bayi tersebut kepada pihak suami istri berdasarkan perjanjian

⁹ Ardini Maharani, "Kisah Para Hawa Sewakan Rahim di India", dalam <http://www.merdeka.com/dunia/kisah-para-hawa-sewakan-rahim-di-india.html>, diakses pada tanggal 31 Oktober 2016 pukul 15.00 WIB.

¹⁰ *Ibid.*

yang dibuat.¹¹

Dalam perjanjian penggunaan rahim ibu pengganti yang menjadi objek perjanjian adalah mengenai jasa ibu pengganti dalam menggantikan proses kehamilan dan kelahiran.¹² Wanita tersebut dibutuhkan sebagai pengganti bagi wanita yang tidak bisa mengandung dengan berbagai alasan. Beberapa alasan yang menyebabkan dilakukan praktik ibu pengganti, yaitu :¹³

1. Seorang wanita tidak mempunyai harapan untuk hamil secara normal karena suatu penyakit atau kecacatan yang menghalanginya untuk hamil dan melahirkan anak;
2. Rahim wanita tersebut dibuang karena pembedahan;
3. Wanita ingin memiliki anak tetapi tidak mau menjalani proses kehamilan, melahirkan dan menyusui anak serta keinginan untuk memelihara bentuk tubuh dengan menghindari akibat dari proses kehamilan dan kondisi tubuh setelah melahirkan;
4. Wanita yang ingin memiliki anak tetapi telah mengalami menopause;
5. Wanita yang ingin mencari pendapatan dengan menyewakan rahimnya kepada orang lain.

¹¹ Desriza Ratman, *Surrogate mother dalam Perspektif Etika dan Hukum: Bolehkah Sewa Rahim di Indonesia?*, Jakarta: PT Elex Media Komputindo, 2012, hlm. 3.

¹² Fajar B.S, Himma A, Nikki R.M, “*Kedudukan Kontrak Sewa Rahim dalam Hukum Positif di Indonesia*”, Private Law, Jurnal Hukum Universitas Sebelas Maret, Surakarta, Vol. 1, No. 1, 2013, <http://jurnal.hukum.uns.ac.id/index.php/privatlaw/article/view/20/16>.

¹³ Radin Seri Nabahah bt. Ahmad Zabidi, “*Sekilas Tentang Sewa Rahim*”, Badan Kebajikan Pelajar-pelajar Perubatan Malaysia-Mesir (Perubatan), American Open University, Cairo, Februari, 2004, hlm. 3.

Menurut perspektif hukum, ibu pengganti belum jelas apakah diperbolehkan atau tidak sama sekali. Hal ini dikarenakan tidak secara tegas menyebutkan praktik ibu pengganti (*surrogate mother*) dilarang dan adanya kesenjangan pada hukum kesehatan, dimana pada Undang-Undang Kesehatan yang lama Nomor 23 Tahun 1992 larangan atas praktik di luar bayi tabung disertai sanksi pidana, tetapi dalam Undang-Undang Kesehatan yang baru Nomor 36 Tahun 2009 sanksi pidana tersebut ditiadakan. Walaupun dalam kedua peraturan tersebut dengan jelas dikatakan bahwa praktik di luar bayi tabung dilarang pelaksanaannya di Indonesia, namun hal tersebut menjadi tidak konsisten antara Undang-Undang Kesehatan yang lama dengan Undang-Undang Kesehatan yang baru. Adapun isi pasal yang merupakan larangan praktik ibu pengganti (*surrogate mother*) dipertegas dengan adanya sanksi pidana bagi pelaku ibu pengganti (*surrogate mother*) dalam pasal 82 (2a) Undang-Undang No.23 Tahun 1992 tentang Kesehatan berbunyi: “Barangsiapa dengan sengaja melakukan upaya kehamilan diluar cara alami yang tidak sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 16 Ayat (2), dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan atau pidana denda paling banyak Rp. 100.000.000,00 (seratus juta rupiah)”.

Kedua UU Kesehatan (lama dan baru) sama-sama mengatur pasangan suami istri dalam mengupayakan memiliki keturunannya di luar

cara alami yaitu hanya boleh dengan cara bayi tabung (Pasal 16 ayat 2 Undang-Undang Kesehatan yang lama). Perbedaannya di dalam Undang-Undang Kesehatan Baru dengan tidak adanya sanksi maka larangan ibu pengganti (*surrogate mother*) menjadi tidak tegas dan dipertanyakan. Kejelasan dan ketegasan sangat penting guna terciptanya kepastian hukum mengenai praktik ibu pengganti (*surrogate mother*) di Indonesia.

Selain diatur secara implisit dalam UU Kesehatan yang baru, diatur pula dalam Permenkes/ RI No.39/Menkes/SK/I/2010 tentang Penyelenggaraan Pelayanan Teknologi Reproduksi Buatan dalam Pasal 2 pada Ayat 3 "Pelayanan teknologi reproduksi buatan hanya dapat diberikan kepada pasangan suami isteri yang terikat perkawinan yang sah dan sebagai upaya akhir untuk memperoleh keturunan serta berdasarkan pada suatu indikasi medik." Ibu pengganti (*surrogate mother*) juga tercantum dalam SK Dierjen Yan Medik Depkes RI tahun 2000 Tentang Pedoman Pelayanan Bayi Tabung di Rumah Sakit :

- (1) Pelayanan teknik reproduksi buatan hanya dapat dilakukan dengan sel sperma dan sel telur pasangan suami-istri yang bersangkutan;
- (2) Pelayanan reproduksi buatan merupakan bagian dari pelayanan infertilitas, sehingga kerangka pelayannya merupakan bagian dari pengelolaan pelayanan infertilitas secara keseluruhan;

(3) Dilarang melakukan surogasi dalam bentuk apapun.

Selain itu, muncul aturan terbaru Peraturan Pemerintah No 61/ Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi yang mengatur bahwa dalam pasal 40 ayat (1) “Reproduksi dengan Bantuan atau Kehamilan di Luar Cara Alamiah hanya dapat dilakukan pada pasangan suami istri yang terikat perkawinan yang sah dan mengalami ketidaksuburan atau infertilitas untuk memperoleh keturunan.” dan dalam pasal 40 ayat (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.”

Namun walaupun hukum membuka celah terhadap kebutuhan memperoleh anak dengan bayi tabung, oleh masyarakat dirasa belum cukup karena terjadi berbagai permasalahan medis terutama ketika ada ketidaksanggupan rahim wanita untuk mengandung. Maka dari itu pengaturan praktik ibu pengganti (*surrogate mother*) dibutuhkan oleh masyarakat, sehingga para pasutri yang melakukan praktik ibu pengganti (*surrogate mother*) dapat mengerti dengan jelas batasannya, dilindungi secara hukum dan tetap dapat memperoleh haknya yaitu mendapatkan keturunan tanpa lagi dilakukan secara diam-diam. Praktik Ibu pengganti (*surrogate mother*) ini perlu diatur secara jelas bagaimana perlindungan

hukum bagi wanita yang menyewakan rahim apabila terjadi sesuatu kepadanya dan/atau bayi yang dikandungnya jika praktik sewa tersebut menimbulkan gangguan kesehatan, kecacatan bahkan sampai kematian. Wanita yang menyewakan rahim merupakan subjek hukum yang perlu dilindungi hak asasinya terutama dalam hal haknya untuk hidup.

Hukum seharusnya menegakkan hak memperoleh keturunan yang ada dalam Pasal 28 B ayat 1 UUD NRI Tahun 1945, namun terbatas pada ruang lingkup memperoleh keturunan hanya pada satu suami dan satu istri, tanpa melibatkan wanita lain, sehingga penulis merasa perlu meninjau bagaimana sejauh ini bila diterapkan hukum mengenai ibu pengganti di Indonesia, bagaimana Sehingga penulis merasa perlu meninjau apakah hak wanita yang menyewakan rahim dilindungi, bagi nyawanya, dan pertanggungjawaban terhadap kesehatan bayi dikandungnya selama dia mengandung sampai dengan saat dia melahirkan.

Berdasarkan uraian di atas penulis tertarik untuk meninjau permasalahan tersebut. Penulisan mengenai ibu pengganti (*surrogate mother*) sudah pernah dilakukan diantaranya: Jumiati, Jumiati (2015) 'Kewarisan Anak *Surrogate mother*' skripsi, Fakultas Syariah dan Ekonomi Islam, Habib Ulin Ni'am (2013) 'Tinjauan Hukum Islam Terhadap Nasab Anak Yang Dilahirkan Melalui *Surrogate Mother*' skripsi, Fakultas Syariah dan Ekonomi Islam, Wahyu Fajar Ramadhan

(2009) ‘Kedudukan Anak Yang Dilahirkan Melalui Ibu Pengganti Ditinjau dari Hukum Kekeluargaan Islam’ skripsi, Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Tetapi penulis dalam skripsi ini meninjau dari perspektif yang berbeda yaitu dengan judul:

“ASPEK HUKUM IBU PENGGANTI (*SURROGATE MOTHER*) DAN PERLINDUNGAN HUKUM BAGI WANITA YANG MENYEWAKAN RAHIM ATAS KESEHATANNYA DAN BAYI YANG DIKANDUNG DITINJAU DARI PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DI INDONESIA”

B. Identifikasi Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, maka dapat dikemukakan identifikasi masalah sebagai berikut:

1. Bagaimana pengaturan ibu pengganti (*surrogate mother*) di Indonesia ditinjau dari peraturan perundang-undangan di Indonesia ?
2. Bagaimana perlindungan hukum bagi wanita yang menyewakan rahimnya apabila terjadi masalah dengan kesehatannya dan/atau bayi yang dikandungnya ditinjau dari peraturan perundang-undangan di Indonesia ?

C. Tujuan Penulisan

Berdasarkan identifikasi masalah diatas, maka tujuan penulisan antara lain:

1. Untuk mengkaji dan memahami kepastian mengenai legal atau tidak praktik ibu pengganti (*surrogate mother*) ditinjau dari peraturan perundang-undangan Indonesia.
2. Untuk mengkaji dan membahas perlindungan hukum bagi wanita yang menyewakan rahimnya apabila terjadi masalah dengan kesehatannya dan/atau bayi yang dikandungnya ditinjau dari peraturan perundang-undangan di Indonesia.

D. Kegunaan Penulisan

1. Secara Teoritis
 - a. Memberikan informasi dan pemahaman dalam setiap perkembangan ilmu hukum pada umumnya yang berkaitan dengan masalah yang dibahas dalam penulisan ini.
 - b. Memberikan wawasan dan pengetahuan khususnya kepada penulis dan umumnya bagi para mahasiswa hukum mengenai pengaturan hukum tentang ibu pengganti (*surrogate mother*) di Indonesia, dan perlindungan hukum bagi wanita yang menyewakan rahim.
 - c. Dapat digunakan sebagai literatur tambahan bagi yang berminat untuk

meneliti lebih lanjut tentang masalah yang dibahas dalam penulisan ini.

2. Secara Praktis

- a. Untuk memberikan kepastian hukum pada masyarakat khususnya pasangan suami istri dan para wanita yang menyewakan rahim agar perbuatannya diatur secara jelas dihadapan hukum, dan memperoleh penyelesaian hukum bagi kasus ibu pengganti (*surrogate mother*) yang belum dapat diselesaikan.
- b. Untuk memberikan masukan bagi pemerintah agar memperhatikan penyusunan undang-undang secara jelas agar kasus ibu pengganti (*surrogate mother*) dapat diselesaikan dengan kepastian hukum.

E. Kerangka Pemikiran

1. Kerangka Teori

Menurut Pasal 1 ayat 3 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (untuk selanjutnya dalam penulisan ini disebut UUD NRI Tahun 1945), Indonesia merupakan negara hukum. Ciri negara hukum adalah menjunjung tinggi hak asasi manusia. Hak asasi manusia dapat dipenuhi apabila dijamin oleh Undang-Undang Dasar 1945. Salah satu hak asasi manusia adalah membentuk keluarga dan memperoleh keturunan. Hak-hak tersebut diatur dalam Pasal 28 huruf B ayat 1 UUD NRI Tahun

1945, yaitu: “Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah”. Dalam perkawinan memperoleh anak merupakan suatu kebutuhan. Kebutuhan tersebut umumnya ditempuh melalui cara alami. Namun, tidak semua keluarga dapat berhasil melalui cara alami. Selain cara alami, terdapat cara lain yaitu cara buatan. Cara buatan tersebut dalam istilah kedokteran dikenal sebagai Teknologi Reproduksi Buatan (TRB), sehingga sebuah keluarga dapat dimungkinkan memperoleh keturunan dengan teknologi. Hak memperoleh manfaat dari perkembangan teknologi juga diatur dalam Pasal 28 huruf C ayat 1 UUD NRI Tahun 1945.

Setiap keluarga ingin memperoleh keturunan agar kualitas hidup dan kesejahteraannya terpenuhi. Hal tersebut dapat diperoleh dengan adanya kewajiban negara yang dapat menyatakan bahwa ibu pengganti (*surrogate mother*) diperkenankan. Pada kenyataannya, negara belum memberikan kepastian hukum untuk hal ini, sehingga belum jelas diperbolehkan atau tidak, sedangkan dalam Pasal 28 huruf D ayat 1 UUD NRI Tahun 1945. Setiap orang berhak mendapatkan perlakuan yang sama dihadapan hukum, termasuk hak memperoleh keturunan dengan berbagai cara. Saat ini di Indonesia, satu-satunya cara memperoleh keturunan di luar alami yang sudah diatur dan diperbolehkan hanya melalui bayi tabung. Hal ini menunjukkan ketidakjelasan mengapa bayi tabung diperbolehkan,

sementara ibu pengganti (*surrogate mother*) belum memiliki kepastian hukum yang jelas. Mengingat kedua teknik tersebut sama-sama merupakan TRB, yang seharusnya memiliki perlindungan hukum yang sama sesuai dengan Pasal 28 huruf H ayat 1 UUD NRI Tahun 1945.

Apabila dinyatakan demikian berarti jika pengguna TRB jenis bayi tabung mendapatkan hak memperoleh pelayanan kesehatan dari pihak rumah sakit, maka begitu juga seharusnya TRB jenis ibu pengganti (*surrogate mother*). Namun, karena TRB jenis ibu pengganti (*surrogate mother*) ini belum jelas pengaturannya di Indonesia, akan menyebabkan pihak rumah sakit bingung untuk memberikan pelayanan atau tidak memberi pelayanan sama sekali dalam pembuahan dan proses ibu pengganti (*surrogate mother*) lainnya.

Ibu pengganti (*surrogate mother*) ini menjadi kendala karena tidak ada peraturan hukum khusus yang mengaturnya. Sementara hak memperoleh keturunan dalam perkawinan juga diatur dalam Pasal 10 (1) Undang-Undang tentang Hak Asasi Manusia No.39 Tahun 1999 yang berbunyi: “Setiap orang berhak membentuk suatu keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.” Selain itu, dalam Pasal 16 (1) Deklarasi Universal Hak-hak Asasi Manusia mengatur juga tentang hak memperoleh keturunan: “Laki-laki dan wanita yang sudah dewasa, dengan tidak dibatasi kebangsaan, kewarganegaraan atau agama, berhak untuk

menikah dan untuk membentuk keluarga. Mereka mempunyai hak yang sama dalam soal perkawinan, di dalam masa perkawinan dan di saat perceraian.” Sehingga menurut hak asasi manusia, pasangan suami istri berhak membentuk keluarga. Hak-hak tersebut sangat perlu diakomodasi dalam sebuah aturan agar terjadi kepastian hukum.

Hukum bertugas untuk menciptakan kepastian hukum karena bertujuan untuk menciptakan ketertiban dalam masyarakat. Kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian hukum akan kehilangan makna karena tidak lagi dapat dijadikan pedoman perilaku bagi semua orang.¹⁴

Supaya terjadi kepastian hukum, maka diperlukan hukum yang hidup dan berkembang sesuai kebutuhan masyarakat. Sementara itu untuk penegakkannya ibu pengganti (*surrogate mother*) membutuhkan teori hukum progresif. Hukum yang berkembang mengikuti perkembangan masyarakat yang dinamis. Hukum progresif merupakan teori dari Satjipto Rahardjo. Hukum Progresif sejak tahun 2002 menyatakan bahwa Hukum Progresif menolak untuk mempertahankan *status quo* dalam ber hukum. Mempertahankan *status quo* berarti mempertahankan segalanya, dan hukum adalah tolak ukur untuk semuanya. Satjipto Rahardjo secara ringkas

¹⁴ Fence M. Wantu, *Antinomi dalam Penegakkan Hukum oleh Hakim*, Jurnal Berkala Mimbar Hukum, Vol. 19, No. 3, Oktober, 2007, Yogyakarta: Fakultas Hukum, Universitas Gadjah Mada, hlm. 193.

memberikan rumusan sederhana tentang hukum progresif, yaitu melakukan pembebasan, baik dalam cara berpikir maupun bertindak dalam hukum, sehingga mampu membiarkan hukum itu mengalir saja untuk menuntaskan tugasnya mengabdikan kepada manusia dan kemanusiaan.¹⁵

Ada catatan penting yang diberikan Satjipto Rahardjo, bahwa faktor manusia dalam hukum sudah terlalu lama diabaikan untuk lebih memberi tempat kepada hukum. Salah satu upaya untuk membebaskan manusia dari belenggu hukum adalah dengan ide (penegakan) hukum progresif. Catatan penting lain yang diberikan Satjipto Rahardjo dalam Menggagas Hukum Progresif Indonesia bahwa berbicara ilmu hukum, kita akan berhadapan dengan suatu ilmu dengan sasaran objek yang nyaris tak bertepi. Hal ini menggambarkan betapa ilmu ini sangat luas karena bersentuhan dengan berbagai aspek kehidupan. Di samping itu, pada saat yang sama, berbagai aspek itu masih pula tidak bisa dibatasi dengan wilayah teritori, baik lokal, kawasan, nasional, maupun global.¹⁶

Masyarakat membutuhkan ibu pengganti (*surrogate mother*), sehingga untuk menjamin kebutuhan tersebut diperlukan hukum progresif agar terjadi kepastian hukum. Meskipun belum mendapatkan kepastian hukum, praktik ibu pengganti (*surrogate mother*) di Indonesia sudah dilakukan secara diam-diam dan dituangkan dalam sebuah perjanjian.

¹⁵ Sejak digulirkan tahun 2002, sudah banyak orang yang tergugah dengan pendekatan hukum progresif karena hukum progresif dianggap sebagai pendekatan alternatif di tengah kejumudan positivisme hukum.

¹⁶ Satjipto Rahardjo, *Op.Cit*, hlm. 16.

Perjanjian menimbulkan perikatan. Perikatan adalah suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain dan pihak lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu. Hubungan hukum yang menerbitkan perikatan itu, bersumber pada perjanjian atau sumber lainnya, yaitu undang-undang.¹⁷ Hukum perjanjian di Indonesia memuat berbagai asas antara lain:

1. Asas Kebebasan Berkontrak (*Freedom of Contract*) Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara sering dianggap sebagai asal mula lahirnya asas kebebasan berkontrak, dimana kebebasan berkontrak dianggap dapat memberikan jaminan kebebasan kepada seseorang untuk secara bebas dalam beberapa hal yang berkaitan dengan perjanjian, diantaranya:¹⁸
 - a. Bebas menentukan apakah ia akan melakukan perjanjian atau tidak.
 - b. Bebas menentukan dengan siapa ia akan melakukan perjanjian;
 - c. Bebas menentukan isi klausul perjanjian;
 - d. Bebas menentukan bentuk perjanjian; dan
 - e. Kebebasan-kebebasan lainnya yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.
2. Asas Konsensualisme (*Consensualism*) dimaksud dengan asas konsensualisme dapat dilihat dalam Pasal 1320 ayat (1) KUHPerdara. Di

¹⁷ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Bandung: Intermasa, 1978, hlm. 1.

¹⁸ *Ibid*, hlm. 4.

mana dalam pasal itu ditentukan bahwa salah satu syarat sahnya suatu perjanjian yaitu adanya kesepakatan kedua belah pihak yang artinya adalah bahwa lahirnya kontrak ialah pada saat terjadinya kesepakatan. Apabila terjadinya kesepakatan antara pihak, maka lahirlah kontrak, walaupun kontrak tersebut belum dilaksanakan pada saat itu.¹⁹

3. Asas Kekuatan Mengikat (*Pacta Sunt Servanda*) dapat dilihat dalam Pasal 1338 (1) KUHPerdara mengatur bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Makna dari “berlaku sebagai undang-undang” ialah ia terikat untuk memenuhi kontrak karena kontrak tersebut mengandung janji-janji yang harus dipenuhi dan janji tersebut mengikat para pihak sebagaimana mengikatnya undang-undang.²⁰

4. Asas Iktikad Baik merupakan salah satu asas yang dikenal dalam hukum perjanjian, ketentuan tentang iktikad baik ini diatur lebih rinci dalam Pasal 1338 (3) KUHPerdara yang menyatakan bahwa perjanjian harus dilakukan dengan iktikad baik.²¹

2. Kerangka Konseptual

- a. Teknologi Reproduksi Buatan (TRB) merupakan cara pelaksanaan dalam upaya kehamilan di luar cara alami.
- b. Ibu Pengganti merupakan salah satu cara TRB yang hampir sama

¹⁹ Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak & Perancangan Kontrak*, Cetakan ke-5, Jakarta: Rajawali Pers, 2013, hlm. 3.

²⁰ *Ibid*, hlm. 5.

²¹ *Ibid*.

dengan TRB jenis bayi tabung yang telah dikembangkan oleh para ahli kedokteran.

- c. Hak memperoleh keturunan merupakan hak asasi manusia dalam ruang lingkup keluarga yang diatur dalam Pasal 28 huruf B ayat 1 UUD NRI Tahun 1945, yaitu: “Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah”.
- d. Hak memperoleh pelayanan kesehatan merupakan hak asasi manusia dalam ruang lingkup kesehatan yang diatur dalam Pasal 28H Ayat 1 UUD NRI Tahun 1945 bahwa “Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan” .
- e. Hak memperoleh manfaat dari perkembangan teknologi merupakan hak asasi manusia dalam ruang lingkup IPTEK yang diatur dalam Pasal 28 huruf C ayat 1 UUD NRI Tahun 1945, yaitu: “Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia.”
- f. Perlindungan Hukum adalah memberikan pengayoman kepada hak asasi manusia yang dirugikan orang lain dan perlindungan tersebut diberikan kepada masyarakat agar mereka dapat menikmati semua hak-hak yang

diberikan oleh hukum atau dengan kata lain perlindungan hukum adalah berbagai upaya hukum yang harus diberikan oleh aparat penegak hukum untuk memberikan rasa aman, baik secara pikiran maupun fisik dari gangguan dan berbagai ancaman dari pihak manapun.²²

- g. Kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, dimana yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya, dan suatu putusan dapat dilaksanakan. Kepastian hukum merupakan perlindungan *yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-wenang yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Kepastian hukum diatur dalam Pasal 28 huruf D ayat 1 UUD NRI Tahun 1945 menyatakan “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.”

F. Metode Penulisan

1. Jenis penulisan

Penulisan ini menggunakan metode penulisan yuridis normatif yaitu mengkaji dan menganalisis bahan-bahan hukum dan isu-isu hukum yang terkait dengan permasalahan yang diteliti. Penulisan ini dilakukan untuk memecahkan persoalan yang timbul, sedangkan hasil yang dicapai adalah berupa preskripsi mengenai apa yang seyogyanya dilakukan untuk

²² Satjipto Rahardjo, *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006, hlm. 74.

mengatasi persoalan tersebut. Dalam suatu karya akademik, preskripsi tersebut diberikan dalam bentuk saran dan rekomendasi.²³

Jenis pendekatan yang digunakan dalam skripsi ini diantaranya adalah pendekatan undang-undang (*statue approach*), dan pendekatan konsep (*conseptual approach*). Pendekatan undang-undang (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani. Pendekatan undang-undang membuka kesempatan bagi penulis untuk mempelajari adakah konsistensi dan kesesuaian antara suatu undang-undang dengan undang-undang lainnya atau dengan antara undang-undang dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 atau dengan regulasi dengan undang-undang.²⁴ Dalam skripsi ini penulis akan menelaah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Hukum Hak Asasi Manusia, KUHPerdara, Hukum Pidana, Hukum Keluarga, dan Undang-Undang Perkawinan, Undang-Undang Perlindungan Anak. Pendekatan konseptual beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum. Dengan mempelajari pandangan dan doktrin-doktrin di dalam ilmu hukum, penulis akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan asas-asas hukum yang relevan dengan isu yang

²³ Peter Mahmud Marzuki, *Penulisan Hukum*, Jakarta: Prenada Media, 2005, hlm. 181.

²⁴ *Ibid*, hlm. 133.

dihadapi.²⁵ Konsep dan prinsip hukum yang akan penulis terapkan dalam penulisan skripsi ini adalah konsep legalitas dan perlindungan hukum bagi ibu pengganti (*surrogate mother*).

2. Sifat penulisan

Penulisan skripsi ini bersifat deskriptif analisis, yaitu penulis ingin menggambarkan, menemukan fakta-fakta hukum, serta mengkaji secara sistematis mengenai aspek hukum ibu pengganti (*surrogate mother*) dan perlindungan hukum bagi wanita yang menyewakan rahim dan bayi yang dikandung ditinjau dari peraturan perundang-undangan di Indonesia.

3. Jenis Data

Jenis data dalam penulisan ini menggunakan jenis data sekunder yang meliputi :

a. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat autoritatif, artinya mempunyai otoritas. Bahan-bahan hukum primer terdiri dari peraturan perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan peraturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim.²⁶ Bahan hukum primer yang penulis gunakan di dalam penulisan ini yakni :

- 1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

²⁵ *Ibid*, hlm. 135.

²⁶ Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit*, hlm. 181.

- 2) Kitab Undang-undang Hukum Perdata;
 - 3) Kitab Undang-undang Hukum Pidana;
 - 4) Undang-undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan;
 - 5) UU Kesehatan Lama No 23 Tahun 1992;
 - 6) UU tentang Hak Asasi Manusia No.39 Tahun 1999;
 - 7) UU tentang Perlindungan Anak No.23 Tahun 2002;
 - 8) UU Kesehatan Baru No.36 Tahun 2009;
 - 9) Undang-undang No.12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan;
 - 10) UU Nomor 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita;
 - 11) Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia 10 Desember 1948;
 - 12) SK Dirjen Tahun 2000 tentang Pedoman Bayi Tabung di Rumah Sakit;
- b. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Publikasi tentang hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, dan komentar-komentar atas putusan pengadilan.²⁷

4. Teknik Pengumpulan Data

²⁷ *Ibid.*

Teknik pengumpulan data dalam penulisan skripsi ini adalah sebagai berikut :

- a. Melakukan pengkajian dan penelusuran terhadap peraturan perundang-undangan yang relevan dengan penulisan penelitian.
 - b. Teknik yang digunakan dalam pengumpulan data adalah studi kepustakaan atau studi dokumen (*Library Research*). Teknik pengumpulan data ini dilakukan dengan cara membaca, mengkaji, dan membuat catatan dari buku-buku, peraturan perundang-undangan, dokumen serta tulisan-tulisan yang berhubungan dengan masalah yang menjadi objek penulisan.
5. Teknik Analisis Data

Teknik analisis data pada penulisan ini menggunakan pendekatan kualitatif. Setelah rangkaian data terkumpul, selanjutnya dilakukan analisis data dengan prosedur dan teknik pengolahan data yang sesuai dengan konstruksi pembahasan hasil penulisan.

Selain menggunakan pendekatan kualitatif penulis menggunakan pendekatan deduktif yang berarti suatu metode berpikir yang menerapkan hal-hal yang umum terlebih dahulu untuk seterusnya dihubungkan dalam bagian-bagian yang khusus. Dalam hal ini digunakan suatu sistem penyusunan fakta yang telah diketahui sebelumnya guna mencapai suatu kesimpulan yang logis.

G. Sistematika Penulisan

Dalam penulisan ini sistematika penulisan yang disusun oleh penulis sebagai berikut :

BAB I : Pendahuluan

Bab ini akan menguraikan tentang latar belakang, identifikasi masalah, tujuan penulisan, kegunaan penulisan, kerangka pemikiran, metode penulisan, dan sistematika penulisan.

BAB II : HAK ASASI UNTUK MENDAPATKAN KETURUNAN

Pada bab ini penulis akan meninjau mengenai pengertian hak asasi manusia, hak wanita atas tubuhnya, hak anak, pengertian dan peranan keluarga, hak memperoleh keturunan ditinjau dari peraturan perundang-undangan di Indonesia.

BAB III : ASPEK HUKUM IBU PENGGANTI (*SURROGATE MOTHER*) DITINJAU DARI HUKUM DI INDONESIA

Pada bab ini penulis akan membahas teori-teori mengenai tinjauan umum tentang ibu pengganti (*surrogate mother*), pengertian perjanjian, unsur-unsur

dalam perjanjian, syarat sahnya perjanjian, asas-asas perikatan, cacat hukum menurut perjanjian, ibu pengganti (*surrogate mother*) dilihat dari hukum pidana, hukum keluarga, dan hukum kesehatan.

BAB IV : ASPEK HUKUM IBU PENGGANTI
(*SURROGATE MOTHER*) DAN PERLINDUNGAN
HUKUM BAGI WANITA YANG MENYEWAKAN
RAHIM ATAS KESEHATANNYA DAN BAYI
YANG DIKANDUNG DITINJAU DARI
PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DI
INDONESIA

Pada bab ini penulis melakukan analisis terhadap kasus yang diteliti berdasarkan teori dan peraturan perundang-undangan yang berlaku untuk menjawab identifikasi masalah.

BAB V : Penutup

Bagian ini berisikan kesimpulan dan saran. Kesimpulan merupakan jawaban atas identifikasi masalah, sedangkan saran merupakan usulan yang operasional, konkret, dan praktis serta merupakan kesinambungan atas identifikasi masalah.