

# **SURROGATE MOTHER DALAM PERSPEKTIF HUKUM PIDANA INDONESIA**

**Muntaha\***

Bagian Hukum Pidana, Fakultas Hukum Universitas Universitas Haluoleo  
Jalan Pangeran Antasari Nomor 9 Anduonohu, Kendari, Sulawesi Utara, 93117

## ***Abstract***

---

*The development of science and technology, in particular in the field of health, has already recently brought a huge advantage and problem in human life. An example of technological marvel that not only requires deep legal thoughts but also at the same time solution is the bio-medical technology advancement of surrogacy. Surrogacy deals with human's inclination towards reproductive activity. However, it opens up legal complication, in particular with regards to the potential commission of a criminal action as well as to the notion of doctor's liability.*

**Keywords:** *surrogate mother, criminal law.*

## ***Intisari***

---

Perkembangan ilmu dan teknologi di bidang kesehatan yang semakin maju dan pesat telah membawa berbagai manfaat dan masalah dalam kehidupan manusia dewasa ini. Salah satu perkembangan yang tidak hanya membutuhkan pemikiran di bidang hukum, tetapi juga sekaligus solusinya adalah mengenai kecanggihan teknologi bio-medis *surrogate mother*. *Surrogacy* menyentuh sisi kemanusiaan seorang insan terhadap reproduksi. Akan tetapi, lembaga *surrogacy* juga membawa komplikasi hukum terutama terkait dengan potensi tindak pidana dan dengan persoalan tanggung jawab dokter.

**Kata Kunci:** *surrogate mother, hukum pidana.*

## ***Pokok Muatan***

---

A. Latar Belakang.....	77
B. Pembahasan .....	78
1. Pengertian Hukum Kesehatan .....	78
2. <i>Surrogate Mother</i> .....	79
3. <i>Surrogate Mother</i> dalam Hukum Pidana.....	80
4. Tindakan Dokter dalam <i>Surrogate Mother</i> Menurut Hukum Pidana .....	83
C. Penutup .....	86

---

\* Alamat korespondensi: muntmuntaha@yahoo.com

## A. Latar Belakang

Perkembangan ilmu dan teknologi di bidang kesehatan yang semakin maju dan pesat telah membawa berbagai manfaat dan problema dalam kehidupan manusia dewasa ini. Perkembangan teknologi kedokteran yang begitu cepat tidak diimbangi dengan perkembangan hukum, sehingga banyak masalah hukum di bidang kesehatan yang menuntut pemikiran dalam menentukan regulasi pemecahannya. Salah satu perkembangan yang membutuhkan pemikiran di bidang hukum adalah tentang biotek yang menyangkut sisi kemanusiaan seorang insani, yakni penanganan reproduksi pada manusia, yang dimulai dengan ditemukannya metode penyimpanan sperma yang dilanjutkan dengan cara kehamilan di luar rahim yang dikenal dengan nama *in vitro fertilization* (program bayi tabung).

Perkembangan teknologi di bidang kesehatan ini bertujuan tidak lain adalah dalam rangka peningkatan kualitas hidup masyarakat di bidang kesehatan, sebab kualitas hidup adalah merupakan suatu usaha yang sangat luas dan menyeluruh, di mana usaha yang dimaksud meliputi peningkatan kesehatan masyarakat baik fisik maupun non fisik. Upaya peningkatan kualitas kesehatan tercermin di dalam sistem kesehatan nasional, di mana disebutkan bahwa kesehatan menyangkut segala segi kehidupan yang ruang lingkup dan jangkauannya sangat luas dan kompleks. Konteks peningkatan kualitas kesehatan di Indonesia sejalan dengan konsep kesehatan yang dikemukakan oleh dunia Internasional bahwa "*A state of complete physical, mental, and social, well being and not merely the absence of diseases or infirmity*".<sup>1</sup>

Konsep pengertian kesehatan di atas, dapat dipahami bahwa pada dasarnya masalah kesehatan menyangkut semua segi kehidupan manusia, tidak hanya kehidupan masa kini, melainkan juga kehidupan masa yang akan datang, sehingga perkembangan orientasi pemikiran yang menyangkut bidang kesehatan senantiasa berubah

sejalan dengan dinamika perkembangan ilmu dan teknologi. Konsep ini pula sejalan dengan pembangunan di bidang kesehatan; seperti yang tertera di dalam penjelasan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992 bahwa pembangunan kesehatan pada dasarnya mencakup semua segi kehidupan, baik fisik, mental maupun sosial ekonomi, yang dalam perkembangannya telah mempengaruhi dan merubah orientasi pemikiran masyarakat untuk meningkatkan derajat hidup dan kehidupannya, termasuk di dalamnya derajat untuk mendapatkan keturunan melalui teknologi di bidang medis.

Salah satu teknologi di bidang kesehatan, yaitu lahirnya metode pembuahan di luar rahim, di mana pembuahan suami istri atau suami yang menanam benih kehidupan di dalam rahim yang bukan istrinya melalui proses inkubasi. Sejak tahun 1970 *In Vitro Fertilization* (IVF) telah dikembangkan yaitu dengan melakukan penyatuan benih laki-laki terhadap benih perempuan dalam suatu wadah atau cawan petri (di laboratorium) yang kemudian ditanam pada benih pasangannya atau pada perempuan yang tidak mempunyai hubungan, ataupun sebaliknya seorang perempuan yang dibuahi dengan benih lain yang bukan suaminya, dalam arti tidak terikat oleh hubungan perkawinan. Hal inilah yang menimbulkan permasalahan hukum, terutama hukum pidana, karena perbuatan tersebut telah bertentangan dengan prinsip dan norma-norma yang berlaku.

Hukum pada dasarnya, dalam hal ini hukum pidana mengenal tiga konsep, sebagaimana yang dikemukakan oleh Herber L. Packer bahwa, "Hukum pidana pada dasarnya didasarkan kepada tiga konsep yaitu pelanggaran, kesalahan dan hukuman. Perbuatan menanam benih pada suatu rahim yang bukan istri ataupun sebaliknya yang sah secara hukum telah bertentangan dengan asas hukum, dalam arti bahwa perbuatan tersebut merupakan suatu pelanggaran yang tidak hanya di bidang hukum administrasi negara, melainkan

<sup>1</sup> Hermien Hadiati Koeswadji, 1992, *Beberapa Permasalahan Hukum dan Medik*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 17.

juga pada hukum pidana”.<sup>2</sup> *Surrogate mother* merupakan bagian dari peningkatan kualitas pelayanan kesehatan yang menggunakan teknologi.

Peningkatan pelayanan kualitas kesehatan melalui teknologi seperti dalam *surrogate mother* bagi Indonesia masih merupakan persoalan yang baru, sehingga perangkat instrumen regulasinya belum tertata dengan baik, terutama dalam bidang hukum pidana. Hukum pidana yang berlaku sampai saat ini masih merupakan warisan dari kolonial Belanda yang sudah tentu tidak sesuai lagi dengan perkembangan dinamika masyarakat, terutama perkembangan teknologi di bidang kesehatan.

Dalam menganalisis pelayanan kualitas kesehatan melalui teknologi pada *surrogate mother*, maka makna hukum sebagaimana yang dikemukakan oleh Wignjodipuro dengan mengutip pandangan dari Zinsheimer bahwa makna hukum pada pokoknya dapat dilihat:<sup>3</sup>

- 1) Hukum normatif, yaitu yang tampak dalam peraturan perundang-undangan dan juga hukum yang tidak tertulis, tetapi ditaati oleh masyarakat karena keyakinan bahwa peraturan hidup itu sudah sewajarnya ditaati.
- 2) Hukum ideal, yaitu hukum yang dicita-citakan (*ius constituendum*).
- 3) Hukum wajar, yaitu hukum yang terjadi dan tampak sehari-hari.

Berkaitan dengan *surrogate mother*, makna hukum dapat dilihat pada dua aspek yaitu, aspek makna hukum dalam segi normatif dan aspek hukum dari segi ideal, sehingga pendekatan yang dipergunakan adalah pendekatan normatif, dalam arti bahwa apakah hukum pidana dapat dijadikan sebagai pisau analisis untuk menyelesaikan kasus *surrogate mother* yang dilakukan di luar hubungan nikah, baik laki-laki maupun perempuan.

Keberhasilan pembangunan diberbagai bidang, termasuk bidang kesehatan serta kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi telah meningkatkan kualitas hidup masyarakat, di samping

itu telah terjadi peningkatan taraf kesejahteraan dan kesadaran akan hidup sehat. Dengan adanya peningkatan tersebut mempengaruhi peningkatan kebutuhan pelayanan dan pemerataan yang mencakup tenaga, sarana, dan prasarana baik jumlah maupun kualitas. Karena itu diperlukan pengaturan untuk melindungi pemberi dan penerima jasa pelayanan kesehatan.

Perangkat pengaturan tersebut diperlukan dalam rangka memberi kepastian dan perlindungan hukum untuk meningkatkan, mengarahkan dan memberi dasar bagi pembangunan kesehatan, oleh karenanya perangkat hukum kesehatan harus senantiasa yang dinamis. Berdasarkan uraian latar belakang pemikiran di atas, permasalahan yang timbul dalam *surrogate mother* ditinjau dari aspek hukum pidana sebagai berikut; (1) Apakah tindakan *surrogate mother* merupakan suatu tindak pidana? (2) Apakah tindakan seorang dokter dalam melakukan *surrogate mother* dapat dikenakan sanksi pidana?

## B. Pembahasan

### 1. Pengertian Hukum Kesehatan

*Surrogate mother* sebagai bagian pelayanan kualitas kesehatan yang terintegrasi dalam sistem hukum kesehatan. Hukum kesehatan sebagaimana yang dikemukakan oleh H.J.J. Leenen dengan menggunakan istilah *gezondheidsrecht* memberi batasan bahwa hukum kesehatan sebagai keseluruhan aktivitas yuridis dan peraturan hukum di bidang pemeliharaan kesehatan beserta studi ilmi-ahnya. Batasan hukum kesehatan Leenen memberi indikasi bahwa *surrogate mother* dapat didekati dengan hukum pidana, karena hukum kesehatan mencakup keseluruhan aktivitas hukum di bidang kesehatan.<sup>4</sup> Batasan ini pula memberi ruang lingkup yang lebih luas yang tidak hanya sekedar profesi medik, melainkan meliputi tidak hanya segi curing tetapi juga segi caring; seperti pusat pela-

<sup>2</sup> Erdianto Effendi, 2011, *Hukum Pidana Suatu Pengantar*, Rafika Aditama, Bandung, hlm. 11.

<sup>3</sup> Syahrul Machmud, 2008, *Penegakan Hukum dan Perlindungan Hukum Bagi Dokter yang Diduga Melakukan Medikal Malpraktek*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 6.

<sup>4</sup> *Ibid.*, hlm. 8.

yanan kesehatan dan keluarga berencana. Hukum kesehatan yang bertujuan untuk meningkatkan kualitas kesehatan, Bahder Johan Nasution mengatakan bahwa upaya peningkatan kualitas hidup manusia di bidang kesehatan, merupakan suatu usaha yang sangat luas dan menyeluruh, usaha tersebut meliputi peningkatan kesehatan masyarakat baik fisik maupun non fisik.<sup>5</sup>

Van der Mijl memberi pengertian hukum kesehatan sebagai “*As the body of rules that relates directly to the care for health as well as to the application of general civil, criminal and administration law*”. Hukum kesehatan dapat dirumuskan sebagai kumpulan peraturan yang berkaitan dengan pemberian perawatan dan juga penerapannya kepada hukum perdata, hukum pidana dan hukum administrasi.<sup>6</sup> Sedangkan C.S.T. Kansil mengatakan bahwa hukum kesehatan adalah rangkaian peraturan perundang-undangan dalam bidang kesehatan yang mengatur pelayanan medik dan sarana medik.<sup>7</sup> Batasan di atas terkandung makna bahwa pengaturan hukum kesehatan tidak lain adalah untuk kesejahteraan baik fisik maupun jiwa dan sosial. Berbagai batasan hukum kesehatan yang dikemukakan oleh para ahli menunjukkan bahwa pelayanan kesehatan tujuan untuk meningkatkan kualitas kesehatan bagi kesejahteraan masyarakat secara sama dan adil. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992, bahwa kesehatan adalah keadaan sejahtera dan badan, jiwa, dan sosial yang memungkinkan setiap orang hidup produktif secara sosial dan ekonomis. Begitu pula di dalam ketentuan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992 tentang asas dan tujuan, dikatakan bahwa pembangunan kesehatan diselenggarakan berasaskan perikemanusiaan yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, manfaat, usaha bersama dan kekeluargaan adil, dan merata, perikehidupan dalam keseimbangan,

serta kepercayaan akan kemampuan dan kekuatan sendiri.

## 2. *Surrogate Mother*

Meskipun metode ini masih digolongkan sebagai metode baru dalam ilmu kedokteran, akan tetapi perkembangannya dewasa ini semakin pesat, dikarenakan adanya perubahan pola pikir masyarakat dan pengaruh dari berbagai belahan dunia (dampak pengaruh globalisasi). Menurut Desriza Ratman pengertian *surrogate mother* adalah *someone who takes the place of another person* (seseorang yang memberikan tempat untuk orang lain).<sup>8</sup> Pengertian ini tidak terbatas apakah terhadap pasangan suami-istri, melainkan juga terbuka peluang pada hubungan yang tidak terikat perkawinan yang sah, bahkan inilah yang menjadi problema hukum, dalam hal ini hukum pidana

Meskipun harus diakui bahwa prokreasi (*vootplanting*) atau reproduksi merupakan suatu hak yang secara kodrati untuk melanjutkan keturunan di masa yang akan datang, sebagaimana yang dikatakan oleh Ubaedillah A. dan Rozak Abdul bahwa reproduksi merupakan suatu kegiatan upaya manusia untuk melanjutkan keturunannya sebagai suatu hak yang melekat secara kodrati, yang merupakan salah satu dari tiga hak orisinil yang diberikan kepada Tuhan Yang Maha Esa.<sup>9</sup> Sebagai hak yang bersifat kodrati, maka secara instingtif, setiap manusia ingin memperoleh keturunan walaupun mungkin ada keterbatasan-keterbatasan individu, dalam arti ada kekurangan (penyakit yang diderita) sehingga secara normal atau alamiah tidak memungkinkan dirinya mempunyai keturunan, akhirnya memilih untuk mempergunakan teknologi di bidang kedokteran tersebut.

*Surrogate mother* secara harfiah disamakan dengan istilah “ibu pengganti” yang menurut Fred Ameln didefinisikan secara bebas sebagai seorang wanita yang mengikatkan dirinya melalui suatu

<sup>5</sup> *Ibid.*, hlm. 11.

<sup>6</sup> *Ibid.*, hlm. 7.

<sup>7</sup> *Ibid.*, hlm. 8.

<sup>8</sup> Desriza Ratman, 2012, *Surrogate Mother dalam Perspektif Etika dan Hukum, Bolehkah Sewa Rahim di Indonesia*, Elex Media Komputindo, Jakarta, hlm. 3.

<sup>9</sup> A. Ubaedillah dan Rozak Abduh, 2008, *Pendidikan Kewarganegaraan (Civic Education) Demokrasi dan Hak Asasi Manusia Masyarakat Madani*, Edisi Ketiga, ICCE UIN, Jakarta, hlm. 45-46.

ikatan perjanjian dengan pihak lain (biasanya suami-istri) untuk menjadi hamil setelah dimasukkannya penyatuan sel benih laki-laki (sperma) dan sel benih perempuan (ovum) yang dilakukan pembuahnya di luar rahim sampai melahirkan sesuai kesepakatan yang kemudian bayi tersebut diserahkan kepada pihak suami istri dengan mendapatkan imbalan berupa materi yang telah disepakati.<sup>10</sup>

Dalam perkembangan teknologi kedokteran *surrogate mother* dapat dilakukan dalam berbagai cara, yaitu:

- a) Benih yang akan ditanam berasal dari pasangan suami istri kemudian ditanam kembali ke rahim istri;
- b) Salah satu benih dari donor (baik sperma maupun sel telur) yang kemudian ditanam ke rahim istri;
- c) Benih berasal pasangan suami istri, tetapi ditanam pada rahim wanita lain.

Berdasarkan cara tersebut di atas, *surrogate mother* dikenal dalam dua tipe, yakni:

- 1) Tipe *Gestational Surrogacy*, di mana embrio berasal dari sperma suami dan sel telur berasal istri yang dipertemukan melalui teknologi IVF, ditanam dalam rahim perempuan yang bukan istri (disewa);
- 2) Tipe *Genetic Surrogacy*, dimana sel telur berasal dari perempuan lain yang bukan istri, kemudian dipertemukan sperma dari suami yang selanjutnya ditanam dalam rahim perempuan tersebut.

Melihat cara-cara untuk melakukan *surrogate mother*, maka yang menjadi fokus analisa dalam hukum pidana, yaitu pada penanaman benih yang dilakukan tanpa diikat pada hubungan perkawinan yang sah, baik dalam penanaman benih yang berasal dari donor kemudian ditanam pada rahim istri maupun benih dari suami istri dan ditanam pada rahim orang lain, ataupun kedua-duanya tidak terikat perkawinan yang sah tempat di mana benih tersebut ditanam.

### 3. *Surrogate Mother* dalam Hukum Pidana

Berbagai pandangan dari para pakar hukum telah memberikan batasan terhadap hukum pidana yang tujuannya tidak lain hanya semata-mata sebagai pedoman dan/atau standar dalam menentukan perbuatan mana yang dapat dikenakan sanksi. Simons menyatakan bahwa hukum pidana adalah semua tindakan keharusan (*gebod*) dan larangan (*verbod*) yang dibuat oleh negara atau penguasa umum lainnya yang diancam dengan derita khusus; yaitu pidana.<sup>11</sup> Sedangkan Moeljatno menyatakan bahwa hukum pidana bagian dari hukum yang mengadakan dasar aturan untuk menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang dengan disertai ancaman sanksi berupa suatu pidana tertentu, bagi barangsiapa yang melanggar larangan tersebut, kapan dan dalam hal apa kepada mereka yang melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancamkan, dan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang melanggar larangan tersebut.<sup>12</sup>

Kedua pandangan tersebut di atas sangat relevan dalam menentukan apakah perbuatan *surrogate mother* merupakan suatu delik yang dapat dikenakan sanksi pidana. Untuk melihat korelasi tersebut perlu diketengahkan mengenai pengertian delik itu sendiri. Dalam kaitan dengan *surrogate mother* rumusan delik yang menurut pandangan penulis mempunyai relevansi yaitu pandangan yang dikemukakan Simons, di mana dikatakan bahwa *strafbaar feit* ialah kelakuan yang diancam dengan pidana, yang bersifat melawan hukum yang berhubungan dengan kesalahan dan dilakukan oleh orang yang mampu bertanggungjawab.<sup>13</sup> Berdasarkan rumusan tersebut, unsur-unsur dari delik meliputi: (1) diancam dengan pidana oleh hukum; (2) bertentangan dengan hukum; (3) dilakukan oleh orang yang bersalah; (4) orang itu dipandang mampu bertanggungjawab atas perbuatannya.

<sup>10</sup> Fred Ameln, 1991, *Kapita Selekta Hukum Kesehatan, Cet. I*, Grafika Tama Jaya, Jakarta, hlm. 117.

<sup>11</sup> Erdianto Effendi, *Op.cit.*, hlm. 6-7.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Andi Hamzah, 2008, *Azas-Azas Hukum Pidana, Edisi Revisi*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 88.

Rumusan delik di atas menunjukkan bahwa baik *surrogate mother* tipe *gestational surrogacy* maupun tipe *genetic surrogacy* merupakan suatu perbuatan yang dapat dikenakan sanksi, karena perbuatan tersebut bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, sebagaimana yang tercantum di dalam Pasal 16 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan:

- 1) Kehamilan di luar cara alami dapat dilaksanakan sebagai upaya terakhir untuk membantu suami istri mendapat keturunan.
- 2) Upaya kehamilan di luar cara alami sebagaimana dimaksud ayat (1) 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 verasal;
  - b) dilakukan oleh tenaga kesehatan yang mempunyai keahlian dan kewenangan untuk itu;
  - c) pada sarana kesehatan tertentu.

Ketentuan yang sama dipertegas di dalam Pasal 127 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 yang pada intinya melarang untuk melakukan suatu tindakan medik *surrogate mother* yang tidak terikat hubungan perkawinan yang sah. Hal ini dipertegas di dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 pada Pasal 10 ayat (1) bahwa dalam upaya melanjutkan keturunan diharuskan melalui perkawinan yang sah.

Berbagai ketentuan perundang-undangan di atas telah menjelaskan bahwa tindakan medik *surrogate mother* secara normatif tidak boleh dilakukan sepanjang tidak diikat suatu perkawinan yang sah. Konsepsi ini menjelaskan bahwa suatu tindakan di luar yang dibenarkan oleh suatu aturan undang-undang, apabila dilakukan merupakan suatu pelanggaran hukum yang dapat dikenakan suatu sanksi, baik berupa sanksi administratif

maupun sanksi pidana jika perbuatan tersebut memenuhi unsur-unsur delik.

Perbuatan *surrogate mother* berupa memasukkan sperma laki-laki ke dalam rahim seorang perempuan yang tidak terikat suatu hubungan perkawinan yang sah, jika dikonstruksikan ke dalam Pasal 284 KUHP dengan menggunakan penafsiran ekstensif, menurut pendapat penulis dapat dikategorikan sebagai suatu perbuatan perzinahan. Pasal 284 KUHP menegaskan bahwa, “Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan; (a) seorang pria yang telah kawin yang melakukan gendak (*overspel*), padahal diketahui pasal 27 BW berlaku baginya; (b) seorang wanita yang telah kawin yang melakukan gendak, padahal diketahuinya bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya; (c) seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahuinya bahwa yang turut bersalah telah kawin; (d) seorang wanita yang telah kawin yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui olehnya bahwa yang turut bersalah telah kawin dan Pasal 27 BW berlaku baginya.

Apabila dikonstruksikan melalui penafsiran ekstensif perbuatan menanam sperma seorang laki-laki ke dalam rahim seorang perempuan yang tidak diikat dengan suatu perkawinan yang sah, dalam arti bukan istri dari laki-laki tersebut adalah sama dengan perbuatan *overspel* sebagaimana yang diatur menurut ketentuan Pasal 284. Dalam kaitan ini, maka penggunaan penafsiran dalam suatu undang-undang yang bersifat statis terhadap masalah sosial yang belum jelas aturannya; seperti dalam *surrogate mother*, merupakan suatu bagian kebijakan hukum pidana. Mengingat bahwa perkembangan teknologi yang semakin maju tidak selalu diimbangi aturan hukum yang sesuai dengan perkembangan dinamika masyarakat. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Logeman bahwa tiap-tiap undang-undang sebagai bagian hukum positif, bersifat statis dan tak dapat mengikuti perkembangan kemasyarakatan, yang menimbulkan ruangan kosong.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Andi Zainal Abidin Farid, 2007, *Hukum Pidana I*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 114.

Hal ini senada dengan pandangan Van Apeldoorn yang menyatakan bahwa tujuan dari penafsiran untuk mencari dan menemukan kehendak pembentuk undang-undang yang telah dinyatakan oleh pembuat undang-undang itu secara kurang jelas.<sup>15</sup> Merumuskan bunyi suatu undang-undang adalah pekerjaan yang berat dan sulit karena yang dirumuskan bukan suatu kejadian yang konkret, melainkan sedapat mungkin perumusan harus sedemikian rupa sehingga meliputi segalanya dan dalam segala keadaan, agar tiada suatu perbuatan atau kesempatan yang tersisa untuk dapat lolos.

*Surrogate mother* merupakan salah satu contoh konkret dari permasalahan hukum, dalam hal ini hukum pidana, dimana pengaturannya secara limitatif belum ada sampai sekarang. Oleh karena, untuk mengatasi dan memberi jawaban atas permasalahan ini diperlukan suatu penemuan hukum melalui penggunaan penafsiran; seperti yang dikatakan oleh Sudikno Mertokusumo yang intinya bahwa oleh karena undang-undang tidak lengkap atau tidak jelas, maka hakim harus mencari hukumnya, harus menemukan hukumnya. Selain itu, hakim harus mampu melakukan penemuan hukum.<sup>16</sup>

Salah satu metode dari penemuan hukum adalah metode interpretasi (penafsiran hukum). Pembenaannya terletak pada kegunaannya untuk melaksanakan ketentuan yang konkret dan bukan kepentingan metode itu sendiri. Seperti halnya dengan *surrogate mother*, penggunaan penafsiran ekstensif tujuannya tidak semata-mata memberi legalisasi boleh tidaknya dilakukan tindakan medik, tetapi yang lebih penting memberi kepastian bahwa secara normatif Pasal 284 KUHP dapat dipergunakan sebagai instrumen untuk melakukan proses terhadap pelaku tindakan *surrogate mother* di Indonesia.

Ketentuan Pasal 16 undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992, *jo.* Pasal 127 Undang-Undang

Nomor 36 Tahun 2009, *jo.* Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999, di mana pada intinya melarang terhadap tindakan medik *surrogate mother* yang dilakukan tanpa diikat suatu hubungan perkawinan yang sah. Ketentuan ini memberi jalan bagi Pasal 284 KUHP, karena substansi dari ketentuan Pasal 284 bahwa untuk dapat dikatakan memenuhi unsur, maka salah satunya adalah hubungan yang dilakukan salah satunya dan/atau kedua-duanya harus terikat oleh ketentuan Pasal 27 BW, dalam arti bahwa telah terikat oleh suatu hubungan perkawinan yang sah.

Penggunaan konstruksi hukum dalam kaitan dengan tindakan medik *surrogate mother* yaitu untuk memperjelas secara yuridis bahwa tindakan tersebut merupakan bagian dari suatu perbuatan perzinahan. Hal mana selaras dengan tujuan konstruksi yang dikemukakan oleh Moeljatno bahwa agar apa yang termaktub dalam bentukan itu merupakan pengertian yang jelas dan terang.<sup>17</sup>

Konstruksi hukum dengan penafsiran ekstensif menggunakan Pasal 284 KUHP dalam kasus *surrogate mother* tujuan adalah sebagai pengaman antisipasi ke depan, sebab tujuan hukum pidana tidak hanya memberi sanksi, akan tetapi juga memberi pengamanan. Konsepsi ini senada dengan pandangan Andi Hamzah yang mengatakan bahwa tujuan hukum pidana tidak melulu dicapai dengan pengenaan pidana, tetapi merupakan upaya represif yang kuat berupa tindakan-tindakan pengamanan.<sup>18</sup>

Penerapan konstruksi hukum atas penafsiran ekstensif dalam *surrogate mother* tidak harus dimaknai bertentangan dengan ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP karena untuk menyatakan bahwa suatu perbuatan termasuk tindak pidana tidak hanya bersumber pada asas legalitas formal saja, melainkan juga pada sumber asas legalitas materiil. Konsepsi legalitas materiil ini

<sup>15</sup> *Ibid.*, hlm. 115.

<sup>16</sup> Erdianto Effendi, *Op.cit.*, hlm. 86-87.

<sup>17</sup> Moeljatno, 2009, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Bandung, hlm. 12.

<sup>18</sup> Andi Hamzah, 2008, *Op.cit.*, hlm. 27.

tercantum dalam Pasal 1 ayat (3). Ketentuan Pasal 1 ayat (3) dikonstatir oleh Barda Nawawi Arief bahwa asas legalitas formal, tidak mengurangi berlakunya “Hukum yang hidup atau hukum adat yang menentukan bahwa seorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan”.<sup>19</sup>

Penegasan Pasal 1 ayat (3) KUHP ini memberi penguatan secara yuridis terhadap tindakan medik *surrogate mother* bahwa meskipun perbuatan tersebut belum diatur secara formal, namun perbuatan tersebut menurut hukum yang hidup dalam masyarakat menganggap bahwa perbuatan yang dimaksud patut dipidana, maka secara hukum tidak ada alasan untuk tidak memberi sanksi (pidana). Terkait dengan *surrogate mother* berbagai ketentuan telah menegaskan bahwa dalam melakukan upaya kehamilan di luar cara alami harus dilakukan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Ketentuan ini memberi larangan bahwa di luar nikah apabila tindakan medik *surrogate mother* dilakukan berarti telah melanggar hukum dan dapat dikenakan sanksi pidana.

Hal ini telah sesuai asas hukum pidana bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan, larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barangsiapa yang melanggar larangan tersebut. Dalam hubungan dengan perbuatan perzinahan Pasal 284 KUHP, di mana pengertian zina adalah memasukkan alat kelamin laki-laki ke dalam alat kelamin perempuan yang tidak diikat oleh hubungan perkawinan yang sah.

Bila dikonstrusikan memasukkan alat ke dalam vagina perempuan yang bukan istrinya (tidak terikat perkawinan yang sah) secara *mutatis mutandis* dengan memasukkan alat kelamin laki-laki ke dalam vagina perempuan yang bukan istrinya yang sah merupakan suatu perbuatan yang dapat dikualifisir sebagai perzinahan. Sebab hakekat dari perbuatan zina bukan memasukkan

alat kelamin dan alat, tetapi terdapatnya sperma laki-laki dalam rahim seorang perempuan yang tidak diikat oleh suatu perkawinan yang sah, sehingga ruang lingkup yuridis perzinahan yang termaktub di dalam Pasal 284 KUHP yaitu suatu hubungan antara seorang laki-laki dan perempuan yang salah satunya atau kedua-duanya telah terikat suatu perkawinan. Oleh karena itu, perbuatan *surrogate mother* merupakan suatu perbuatan yang menurut pendapat penulis dapat dikenakan dan/atau dituntut berdasarkan Pasal 284 KUHP.

#### 4. Tindakan Dokter dalam *Surrogate Mother* Menurut Hukum Pidana

Dalam menentukan hubungan kausal antara perbuatan dan larangan harus dilihat pada bahwa larangan tersebut ditujukan kepada perbuatan (yaitu suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang), sedangkan ancaman pidananya ditujukan kepada orang yang menimbulkan kejadian itu. Secara normatif suatu perbuatan dilarang karena perbuatan tersebut dianggap melawan hukum. Melawan hukum tidak saja diartikan melanggar undang-undang, melainkan juga melanggar nilai-nilai yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat. Oleh karena itu, unsur melawan hukum selalu dikaitkan dengan unsur kesalahan. Kesalahan yang disyaratkan oleh hukum dalam perbuatan melawan hukum, tidak saja kesalahan dalam arti kesalahan hukum, tetapi juga kesalahan sosial. Hukum memberi tafsiran kesalahan sebagai suatu kegagalan seseorang untuk hidup dengan sikap yang ideal, yakni sikap yang biasa dan normal dalam suatu pergaulan masyarakat. Tindakan untuk melakukan *surrogate mother* adalah suatu tindakan yang tidak normal yang merupakan suatu kesalahan moral, meskipun secara hukum tidak semua kesalahan moral merupakan kesalahan hukum. Karena itu, dilarangnya suatu perbuatan dan ancaman pidana ada hubungan yang erat, begitu pula antara kejadian dan orang yang menimbulkan kejadian itu ada hubungan yang erat. *Surrogate*

<sup>19</sup> Barda Nawawi Arief, 2011, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, Cipta Aditya Bakti, Bandung, hlm. 13.

*mother* suatu perbuatan yang dilarang dan antara perbuatan dan larangan mempunyai hubungan yang signifikan; yaitu di mana *surrogate mother* merupakan suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang.

Kelakuan orang tersebut menimbulkan ancaman, karena perbuatannya dilarang oleh suatu peraturan perundang-undangan. Pasal 82 ayat (2) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992 menegaskan “Barangsiapa dengan sengaja, (a) Melakukan upaya kehamilan di luar cara alami yang tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 16 ayat (2), dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan atau denda paling banyak 100.000.000. (seratus juta rupiah)”. Kemudian dalam Pasal 83 dikatakan bahwa, ancaman pidana sebagaimana dimaksud Pasal 80, Pasal 81, dan Pasal 82 ditambah seperempat apabila menimbulkan luka berat atau sepertiga apabila menimbulkan kematian.

Hukum pidana hanya mengenal pertanggungjawaban pidana apabila ada kesalahan, sehingga dalam hukum pidana disebut asas tiada pidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder schuld; actus non facit reum nisi mens sist rea*). Meskipun tidak secara tegas dinyatakan bahwa hukum pidana Indonesia menganut asas tiada pidana tanpa kesalahan, penggunaan asas tersebut dalam kenyataan di pengadilan tidak dapat dibantah lagi. Penerapan asas ini di dalam sistem peradilan pidana diperkuat dengan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 *jo.* Pasal 183 Undang-Undang Nomor Tahun 1981 *jo.* Pasal 6 ayat (2) dan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 yang pada hakekatnya menyatakan bahwa tiada seorang jua pun dapat dipidana kecuali apabila Pengadilan karena alat pembuktian yang sah menurut undang-undang mendapat keyakinan, bahwa seorang yang dianggap dapat bertanggungjawab telah bersalah atas perbuatan yang dituduhkan atas dirinya. Unsur kesalahan merupakan suatu anasir untuk dapat tidaknya seseorang dimintai pertanggungjawaban secara pidana.

Kesalahan timbul didasarkan pada dua aspek; yaitu aspek kesengajaan dan aspek kelalaian. Dalam berbagai literatur telah dikemukakan pandangan tentang kesalahan, seperti Pompe yang mengatakan, bahwa kesalahan adalah segi dalam yaitu yang bertalian dengan kehendak si pembuat.<sup>20</sup> Lebih lanjut Pompe membagi kesalahan dalam dua sudut; yakni menurut akibatnya adalah hal yang dapat dicelakakan dan menurut hakekatnya adalah hal yang dapat dihindarkan perbuatan yang melawan hukum.<sup>21</sup> Terkait dengan tindakan dokter dalam melakukan *surrogate mother* dapat dilihat dalam dua aspek kesengajaan dan aspek kelalaian. Untuk menentukan adanya kesengajaan dan kelalaian dari tindakan seorang dokter sangat tergantung pada perjanjian terapeutik antara pasien dan dokter. Perjanjian terapeutik didasarkan pada syarat perjanjian secara umum di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Pasal 1320, yang salah satu unsurnya bahwa perjanjian tersebut harus didasarkan pada sebab yang halal. Tindakan dokter dalam melakukan *surrogate mother* bila dilihat dari berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku terdapat suatu indikasi yang kuat bahwa *surrogate mother* bertentangan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, sehingga tindakan dokter untuk melakukan *surrogate mother* merupakan suatu yang menyalahi perjanjian terapeutik karena disebabkan oleh perbuatan yang tidak halal.

Hal ini senada dengan pandangan Schaffmeister yang melihat kesalahan sebagai suatu yang normatif dengan mengatakan bahwa penggunaan kesalahan sebagai dasar pemidanaan bukan keharusan menurut undang-undang yang empiris, tetapi asas normatif.<sup>22</sup> Adanya tindakan yang tidak halal menimbulkan kesalahan secara yuridis, di mana kesalahan yuridis dapat dilihat dalam dua aspek, sebagaimana yang dikemukakan oleh Bambang Poernomo, yaitu pemakaian dalam arti menerangkan keadaan *psyche* seseorang yang melakukan perbuatan yang sedemikian rupa se-

<sup>20</sup> Erdianto Effendi, *Op.cit.*, hlm. 120.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Chairul Huda, 2011, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan Tinjauan Kritis terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Kencana Pranada Media Group, Jakarta, hlm. 2.

hingga perbuatannya itu dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, dan pemakaian dalam bentuk kesalahan dalam undang-undang yang berupa kesengajaan dan kealpaan.<sup>23</sup>

Menurut penulis, kedua aspek di atas dapat dijadikan sebagai acuan, baik pemakaian pada aspek pertama terhadap tindakan dokter dalam melakukan *surrogate mother*, karena sebelum melakukan tindakan tersebut terlebih dahulu diadakan perjanjian, salah satu syarat sahnya perjanjian bahwa para pihak yang melakukan perjanjian harus mempunyai kecakapan untuk membuat suatu perjanjian. Begitu pula pada pemakaian kedua, yakni dalam bentuk perundang-undangan tindakan seorang dokter dapat dijadikan untuk melakukan penuntutan terhadap pemberian tindakan medik dalam upaya kehamilan di luar yang alami, dalam arti memberikan pelayanan medik *surrogate mother*.

Dalam melakukan tindakan medik *surrogate mother*, dokter mengetahui dan menghendaki perbuatan tersebut, sehingga dalam tindakan tersebut terdapat unsur kesengajaan. Menurut teori kehendak bahwa kesengajaan adalah kehendak yang diarahkan pada terwujudnya perbuatan seperti yang dirumuskan dalam undang-undang. Karena itu, perbuatan dan/atau tindakan dokter dalam melakukan pelayanan medik *surrogate mother* merupakan tindakan yang dilakukan secara sengaja, sebab tindakan tersebut dilakukan dengan sadar, diinsyafi, dan dikehendaki akan akibat yang mungkin akan terjadi.

Di Indonesia penegasan mengenai unsur diinsyafi dan dihendaki sebagai bagian dari kesengajaan belum diatur secara limitatif dalam KUHP, tidak seperti halnya di Swiss, pada Pasal 18 KUHP mengatur bahwa Barang siapa melakukan perbuatan dengan mengetahui dan menghendakinya, maka dia melakukan perbuatan itu dengan sengaja. Begitu pula dalam *memorie van toelichting* ditegaskan bahwa pidana pada

umumnya hendaknya dijatuhkan hanya pada barang siapa melakukan perbuatan yang dilarang, dengan dikehendaki dan diketahui.

Konsepsi di atas memperjelas bahwa tindakan dokter dalam melakukan pelayanan medik *surrogate mother* memenuhi unsur sebagai tindakan kesengajaan yang dapat dituntut secara pidana. Hukum pidana menganut prinsip dasar bahwa apabila suatu tindak pidana telah memenuhi unsur, maka tindak pidana tersebut harus diproses sesuai dengan norma hukum yang berlaku, dalam arti ada perbuatan dan perbuatan itu terdapat kesalahan yang bersifat melawan hukum, dan orang yang melakukan perbuatan dapat dipertanggungjawabkan, maka patut diberi sanksi berupa pidana.

Adanya unsur kesalahan dalam suatu perbuatan melahirkan suatu tanggungjawab bagi seseorang (dokter) yang melakukan kesalahan tersebut, berupa kewajiban. Dalam kamus besar bahasa Indonesia dikatakan bahwa tanggungjawab adalah keadaan wajib menanggung segala sesuatunya (kalau terjadi apa-apa boleh dituntut, dipersalahkan, diperkarakan, dan sebagainya). Arti tanggungjawab ini memiliki unsur; pelaku harus mempunyai kecakapan, ada beban kewajiban, dan ada perbuatan yang nyata dilakukan. Perbuatan dokter dalam melakukan tindakan medik *surrogate mother* tidak lagi dilihat sebagai perbuatan yang didasarkan pada perjanjian terapeutik antara pasien dan dokter, melainkan sebagai tindakan yang bersifat hukum publik antara negara dan pelaku. Oleh karena itu, di dalam hukum pidana tidak berlaku asas *cogitationis poenam nemo patitur*, sehingga tindakan medik *surrogate mother* bukan merupakan perbuatan yang dikategorikan sebagai perbuatan *cogitationis poenam nemo patitur* melainkan sebagai perbuatan nyata yang dilakukan oleh orang dan tertuju pada orang, serta dilakukan secara sengaja karena kedua pihak mengetahui dan menghendaki tindakan tersebut.

<sup>23</sup> Bambang Poernomo, 1994, *Azas-Azas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 138.

### C. Penutup

Kesimpulan yang dapat dikemukakan dalam upaya pelayanan medik kehamilan di luar alami antara lain sebagai berikut; **Pertama**, perkembangan ilmu dan teknologi kedokteran yang begitu pesat tidak diimbangi dengan ketentuan hukum yang berlaku Indonesia, sehingga menimbulkan berbagai permasalahan hukum di bidang kedokteran yang salah satunya *surrogate mother*. **Kedua**, perbuatan *surrogate mother* tidak hanya menyalahi kaidah-kaidah hukum yang berlaku di Indonesia, tetapi juga ideologi negara, yakni Pancasila. Oleh karena itu tindakan *surrogate mother* tidak dapat diterapkan di Indonesia. **Ketiga**, tindakan medik *surrogate mother* dapat dikategorikan sebagai perbuatan zinah, sehingga dalam mengantisipasi kekosongan hukum terhadap kasus *surrogate mother* di bidang

hukum pidana, instrumen yang dapat diterapkan yaitu Pasal 284 KUHP dengan menggunakan konstruksi penafsiran ekstensif. **Keempat**, tindakan dokter untuk melakukan pelayanan medik terhadap *surrogate mother* tidak hanya bertentangan etika (sumpah dokter), melainkan juga bertentangan dengan peraturan perundang-undangan berlaku, dalam hal ini Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992, *jo.* Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999, *jo.* Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2004. **Kelima**, tindakan dokter dalam melakukan *surrogate mother* tidak harus dimaknai lagi sebagai hubungan yang bersifat perjanjian terapeutik antara dokter dengan pasien, akan tetapi tindakan tersebut lebih bersifat pada hubungan antara warga negara dan negara dalam bidang hukum publik.

## DAFTAR PUSTAKA

### A. Buku

- Ameln, Fred, 1991, *Kapita Selekta Hukum Kesehatan, Cet. I*, Grafika Tama Jaya, Jakarta.
- Arief, Barda Nawawi, 2011, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, Cipta Aditya Bakti, Bandung.
- Effendi, Erdianto, 2011, *Hukum Pidana Suatu Pengantar*, Rafika Aditama, Bandung.
- Farid, Andi Zainal Abidin, 2007, *Hukum Pidana I*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Hamzah, Andi, 2008, *Azas-Azas Hukum Pidana*, Edisi Revisi, Rineka Cipta, Jakarta.
- Huda, Chairul, 2011, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Kencana Pranada Media Group, Jakarta.
- Koeswadji, Hermien Hadiati, 1992, *Beberapa Permasalahan Hukum dan Medik*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Machmud, Syahrul, 2008, *Penegakan Hukum dan Perlindungan Hukum Bagi Dokter yang Diduga Melakukan Medikal Malpraktek*, Mandar Maju, Bandung.
- Moeljatno, 2009, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Bandung.
- Poernomo, Bambang, 1994, *Azas-Azas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Ratman, Desriza, 2012, *Surrogate Mother Dalam Perspektif Etika dan Hukum, Bolehkah Sewa Rahim di Indonesia*, Elex Media Komputindo, Jakarta.
- Ubaidillah A., dan Rozak Abduh, 2008, *Pendidikan Kewarganegaraan (Civic Education) Demokrasi dan Hak Asasi Manusia Masyarakat Madani*, Edisi Ketiga, ICCE UIN, Jakarta.