

BAB IV

ANALISIS SEWA RAHIM DITINJAU MENURUT HUKUM POSITIF

DAN HUKUM ISLAM

A. Analisis Sewa Rahim Ditinjau Menurut Hukum Positif

Lahirnya suatu perjanjian apabila terdapat dua orang atau lebih mengikatkan diri satu sama lain dan berjanji untuk menuaikan prestasi tertentu. Dalam bentuknya, perjanjian itu berupa suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis.¹ Sebagai salah satu syarat sahnya perjanjian, kesepakatan memegang peranan penting dalam proses terbentuknya suatu perjanjian, maksudnya adalah para pihak yang terlibat dalam perjanjian harus sepakat atau setuju mengenai hal-hal pokok dari perjanjian tersebut.²

Landasan hukum mengenai sewa rahim belum diatur secara rinci dalam peraturan perundang-undangan, karena praktik sewa rahim ini termasuk dalam perjanjian *innomaat* yakni istilah yang digunakan untuk jenis-jenis perjanjian yang timbul, tumbuh, hidup dan berkembang dalam praktik kehidupan masyarakat diluar KUH Perdata. Latar belakang timbulnya kontrak *inominaat* adalah karena adanya progam IVF. Para ahli berpendapat tidak ada kesamaan pandangan tentang legalitas dari kontrak surogasi ini. Namun secara yuridis terdapat beberapa pasal dalam KUH Perdata yang dapat dipergunakan untuk mengkaji substansi dari perjanjian

¹ P.N.H. Simanjuntak, *Pokok – Pokok Hukum Perdata Indonesia*, (Jakarta: Djambatan, 2009), Hal. 334

² *Ibid.*, hal 335

sewa rahim, yaitu Pasal 1320 KUH Perdata, Pasal 1548 KUH Perdata, Pasal 1338 KUH Perdata dan Pasal 1339 KUH Perdata.³

Pasal 1320 KUH Perdata mengatur syarat sahnya perjanjian. Ada empat syarat sahnya perjanjian, yaitu:

- 1) Adanya kesepakatan para pihak;
- 2) Kecakapan melakukan perbuatan hukum;
- 3) Adanya hal tertentu; dan
- 4) Adanya kausa yang halal.⁴

Dari ke empat syarat tersebut, syarat pertama dan ke dua disebut syarat subyektif, sebab menyangkut subyek perjanjian. Apabila syarat subyektif ini tidak terpenuhi, maka perjanjian dapat dimintakan pembatalan lewat pengadilan. Jika tidak dituntut pembatalan, maka perjanjian tetap berlaku. Sedangkan syarat ke tiga dan ke empat disebut syarat obyektif, sebab menyangkut obyek perjanjian. Jika syarat obyektif ini tidak terpenuhi, maka perjanjian ini batal demi hukum atau dianggap tidak pernah ada sehingga para pihak tidak bisa menuntut pemenuhan kewajiban.

Jika melihat pada kasus *surrogate mother*, apabila dikaitkan dengan Pasal 1320 KUH Perdata dapat dikatakan pada syarat subjektifnya sudah memenuhi syarat. Yaitu dengan adanya para pihak yang telah bersepakat dan cakap untuk melakukan perbuatan hukum atau perjanjian tersebut. Namun dalam syarat objektifnya, praktik sewa rahim ini mempunyai permasalahan pada syarat ke empat dalam Pasal 1320 KUH Perdata, kausa

³ Salim H.S, *Perkembangan Hukum Kontrak Di Luar KUH Perdata*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2006), hal. 3

⁴ P.N.H. Simanjuntak, *Pokok – Pokok Hukum...*, Hal. 335

yang halal adalah isi dari perjanjian itu sendiri, yang menggambarkan tujuan yang akan dicapai oleh para pihak dan dari isi perjanjian itu tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan maupun dengan ketertiban umum. Selain itu, suatu kausa yang halal berarti objek yang dijadikan perjanjian bukanlah objek terlarang seperti bagian dari tubuh manusia (rahim) melainkan objek yang diperbolehkan menurut hukum. Sedangkan pada kasus *surrogate mother*, prestasi yang dihasilkan oleh ibu pengganti adalah menyewakan rahimnya untuk ditanami embrio dari pasangan orang tua biologis untuk mengandung dan melahirkan.

Praktik sewa rahim ini bertentangan dengan pokok-pokok perjanjian atau perikatannya itu sendiri sebagai kausa yang halal, dimana rahim itu bukanlah suatu benda (menurut hukum kebendaan) dan tidak dapat disewakan (menurut hukum sewa menyewa) yang terdapat dalam KUH Perdata.⁵ Di dalam Pasal 499 KUH Perdata menjelaskan, yang dinamakan kebendaan ialah tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak, yang dapat dikuasai oleh hak milik. Dari pengertian tersebut dapat disimpulkan bahwa pengertian benda ialah segala sesuatu yang dapat dihaki atau dijadikan objek hak milik. Jadi cangkupannya sangat luas, oleh karena di samping istilah benda (*zaa*), di dalamnya terdapat istilah barang (*goed*) dan hak (*recht*).⁶ Ini berarti istilah benda pengertiannya masih bersifat abstrak karena tidak saja meliputi benda berwujud tetapi juga benda tidak berwujud. Sedangkan barang mempunyai pengertian yang lebih sempit karena bersifat konkrit dan

⁵ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2010), hal 164

⁶ *Ibid.*, hal. 259

berwujud artinya dapat dilihat dan diraba misalnya, buku, pensil, meja dan lain-lain.

Dalam konteks tidak dipenuhinya persyaratan yang menyangkut syarat yang melekat pada objek perjanjian (kausa yang halal) bisa berakibatkan antara lain:

- a. Menjadi dasar atau alasan bagi salah satu pihak untuk menuntut kebatalan demi hukum perjanjian tersebut karena perjanjian tidak memenuhi syarat sebab atau kausa yang halal.
- b. Tidak ada landasan hukum bagi wanita pemilik sel telur atau suaminya untuk menuntut si ibu pengganti dalam hal ia tidak mau menyerahkan bayi yang dititipkan dalam rahimnya tersebut.

Dalam hukum perjanjian, menganut asas kebebasan berkontrak. Hal ini juga diatur dalam pasal 1338 yang menyebutkan bahwa: "*Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.*"⁷ Hal ini berarti bahwa para pihak dalam suatu perjanjian bebas untuk menentukan isi/materi dari perjanjian. Lalu bila dihubungkan dengan syarat sah perjanjian hal tersebut telah terpenuhi, dimana dalam suatu perjanjian sewa rahim kedua belah pihak yaitu pasangan suami istri dan calon ibu pengganti sama-sama bersedia dan telah bersepakat untuk melakukan perjanjian sewa rahim tersebut.

Adapun untuk di Indonesia, meskipun terdapat asas kebebasan berkontrak, namun pada akhirnya kontrak sewa rahim belum dapat

⁷ Pasal 1338 KUHPerdara

diterapkan di Indonesia karena asas kebebasan berkontrak tidak bersifat absolut, dimana terdapat batasan-batasan yang secara khusus tercantum dalam Pasal 1320 KUH Perdata. Sehingga, akibat hukum perjanjian tersebut adalah batal demi hukum atas rahim yang diperjanjikan.

Sewa rahim sangat erat kaitannya dengan perjanjian sewa menyewa. Sebagaimana berkaitan dengan sewa telah diatur dalam Pasal 1548 KUH Perdata menyatakan bahwa: *“Sewa menyewa ialah suatu persetujuan dengan mana pihak yang satu mengikatkan diri untuk memberikan kenikmatan suatu barang kepada pihak lain selama waktu tertentu dengan pembayaran suatu harga yang disanggupi oleh pihak tersebut terakhir itu.”*

Dalam perjanjian tersebut, para pihak mempunyai kebebasan untuk menentukan isi, bentuk dan juga objek sewa menyewa asal memenuhi syarat-syarat sewa sah nya perjanjian. Objek dalam perjanjian sewa menyewa adalah barang atau benda, dengan syarat barang atau benda yang disewakan adalah barang yang halal, artinya tidak bertentangan dengan undang-undang dan ketertiban umum.

Sedangkan syarat sah sewa menyewa adalah:

1. Orang yang menyewakan dan orang yang menyewa syaratnya yaitu: berakal sehat, dengan kehendak sendiri, dan dewasa.
2. Barang yang disewakan syaratnya yaitu harus diketahui jenisnya, kadarnya, dan sifatnya.

3. Manfaat dari barang yang disewakan yaitu: benar-benar berharga, manfaat itu tidak menghilangkan zat barang yang disewakan.

Jika ditinjau dari hukum sewa menyewa maka kesimpulannya sama dengan hukum perjanjian yakni permasalahannya adalah rahim tidak dapat disamakan dengan barang yang dapat menjadi objek sewa menyewa.

Selanjutnya pada Pasal 1339 KUH Perdata yang menjelaskan bahwa: *“Perjanjian-perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi untuk segala sesuatu yang menurut sifatnya perjanjian, diharuskan sesuai dengan undang-undang, sesuai dengan kepatutan atau kebiasaan.”*⁸ Sehingga pasal ini menegaskan bahwa dalam menentukan suatu perjanjian, para pihak tidak hanya terikat terhadap apa yang secara tegas disetujui dalam perjanjian tersebut, tetapi juga terikat oleh kepatutan, kebiasaan dan undang-undang. Sedangkan praktik sewa rahim sendiri bertentangan dengan kesusilaan karena tidak sesuai dengan norma moral dan adat istiadat atau kebiasaan umumnya di lingkungan masyarakat Indonesia.

Dengan demikian yang menjadi kemungkinan hukum mengenai sewa rahim tidak diatur di Indonesia adalah tidak memenuhi salah satu dari syarat sah ketentuan yang diatur dalam Pasal 1320 dan 1548 KUH Perdata, yakni objek yang halal. Untuk itu, praktek sewa rahim dianggap batal demi

⁸ Pasal 1339 KUHPerdata

hukum, maka pelaku bagi praktik sewa rahim tidak mempunyai kekuatan hukum yang melindunginya apabila terjadi wanprestasi.

Sedangkan kemungkinan terjadinya sewa rahim di Indonesia dilatarbelakangi oleh beberapa faktor dari pihak pria maupun wanita, yakni:

Penyebab pada wanita:

- a) Kegagalan dari indung telur untuk menghasilkan telur untuk pembuahan.
- b) Sumbatan pada *tuba fallopii* dari indung telur menuju rahim (biasanya karena jaringan parut disebabkan oleh infeksi atau peradangan).
- c) Tumor atau jaringan fibrosa di dalam rahim yang akan menghambat implantasi telur yang telah dibuahi.
- d) Cairan dalam leher rahim (servix) bersifat melawan sperma dan menghambat sperma masuk ke dalam rahim.⁹

Penyebab pada pria:

- a) Kegagalan untuk menghasilkan jumlah sperma sehat aktif
- b) Sumbatan pada tuba dari buah zakar ke arah penis
- c) Gangguan ejakulasi

Kemudian secara eksplisit di Indonesia mengatur mengenai langkah pembuahan diluar rahim atau kehamilan diluar cara alami melalui Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan yang telah diperbarui dengan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan.

⁹ Linda J. Heffner dan Danny J. Schust, *At a Glance Sistem Reproduksi*, Terj. Vidhia Umami, (Jakarta: Penerbit Erlangga, 2006), hal. 115

Meskipun bersifat memperbaiki, namun kekuatan UU No. 23 Tahun 1992 tetap berlaku selama tidak bertentangan. Pasal 72 UU No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan menyebutkan bahwa, dalam menentukan kehidupan reproduksinya, bebas dari diskriminasi, paksaan, dan/atau kekerasan yang menghormati nilai-nilai luhur yang tidak merendahkan martabat manusia sesuai dengan norma agama.¹⁰ Dapat diambil kesimpulan dari ketentuan pasal ini bahwa hak untuk bereproduksi harus tetap menghormati nilai-nilai luhur yang baik dengan tidak merendahkan martabatnya sebagai seorang manusia sesuai dengan nilai-nilai agama yang dianutnya.

a. 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 dalam 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 berasal;
 - b) Dilakukan oleh tenaga kesehatan yang mempunyai keahlian dan kewenangan untuk itu;
 - c) Pada sarana kesehatan tertentu.

¹⁰ Soekidjo Notoatmodjo, *Etika Dan Hukum Kesehatan*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2010), hal. 44

- (3) Ketentuan mengenai persyaratan penyelenggaraan kehamilan di luar cara alami sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) ditetapkan dengan Peraturan Pemerintah.

Sedangkan di dalam pasal 127 UU No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan diatur bahwa upaya kehamilan di luar cara alaminya hanya dapat dilakukan oleh pasangan suami istri yang sah dengan ketentuan:

- 1) Hasil pembuahan sperma dan ovum dari suami istri yang bersangkutan ditanamkan dalam Rahim istri dari mana ovum berasal;
- 2) Dilakukan oleh tenaga kesehatan yang mempunyai keahlian dan kewenangan untuk itu; dan
- 3) Pada fasilitas pelayanan kesehatan tertentu;

Larangan penggunaan ibu pengganti atau sewa rahim pada Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 Kesehatan berdasarkan atas muatan asas dan tujuan dari undang-undang tersebut, yaitu pembangunan kesehatan yang diselenggarakan dengan berasaskan perikemanusiaan, keseimbangan, manfaat, perlindungan, penghormatan terhadap hak dan kewajiban, keadilan, gender dan nondiskriminatif dan norma-norma agama, ajaran norma agama yang dianut oleh masyarakat Indonesia melarang dilakukannya sewa rahim.¹¹

Perbedaan antara undang-undang kesehatan yang baru dengan yang lama adalah pada kata “upaya terakhir”. Pada undang-undang kesehatan yang baru kata-kata tentang upaya terakhir dihilangkan. Hal ini berarti

¹¹ *Ibid.*, hal. 48

seiring dengan perkembangan zaman dan pemikiran manusia serta kemajuan teknologi yang ada, untuk melakukan metode kehamilan diluar cara alamiah dapat langsung dilakukan apabila didapatkan indikasi medik ataupun terdapat kelainan medis.

Undang Undang No. 36 tahun 2009 tentang Kesehatan memuat 12 Pasal yang mengatur mengenai ketentuan pidana yaitu Pasal 190 sampai dengan Pasal 201. Ketentuan pidana dalam Undang-Undang Kesehatan dilihat dari subjeknya ada tindak pidana yang subjeknya khusus untuk subjek tertentu dan ada yang subjeknya setiap orang. Berdasarkan bunyi pasal 127 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 seperti tersebut di atas maka telah secara tegas melarang praktik sewa rahim di Indonesia, dengan demikian syarat obyektif suatu perjanjian “suatu sebab yang tidak dilarang” sesuai dengan pasal 1320 KUH Perdata tidak dapat terpenuhi, dengan demikian perjanjian sewa rahim di Indonesia tidak sah, atau batal demi hukum (*null and void*).¹²

Penegakkan hukum dalam aspek hukum pidana terhadap pelaku sewa rahim belum terdapat undang-undang khusus yang mengaturnya. Berbagai pandangan dari pakar hukum telah memberikan pendapat bahwa 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 di buat oleh negara atau*

¹² Husni Thamrin, *Aspek Hukum Bayi Tabung Dan Sewa Rahim*, (Yogyakarta: Aswaja Pressindo 2014), hal. 53

penguasa umum lainnya yang diancam dengan derita khusus, yaitu pidana”.¹³ Dalam kaitan dengan *Surrogate Mother* rumusan delik yang menurut pandangan penulis mempunyai relevansi yaitu pandangan yang dikemukakan Simons, dimana 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.¹⁴

Surrogate mother merupakan salah satu contoh konkret dari permasalahan hukum, dalam hal ini hukum pidana, dimana pengaturannya secara *limitative* belum ada sampai sekarang. Oleh karena itu, 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, menemukan hukumnya. Selain itu, hakim harus mampu melakukan penemuan hukum”.¹⁵

Pasal 192 Undang-Undang Kesehatan menentukan bahwa setiap orang yang dengan sengaja memperjual belikan organ atau jaringan tubuh dengan dalih apapun sebagaimana dimaksud dalam Pasal 64 ayat (3) dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

6-7 ¹³ Erdianto Efendi, *Hukum Pidana Suatu Pengantar*, (Bandung: Refika Aditama, 2011), hal.

88 ¹⁴ Andi Hamzah, *Azas-Azas Hukum Pidana*, Edisi Revisi, (Jakarta: Rineka Cipta, 2008), hal.

¹⁵ Erdianto Efendi, *Hukum Pidana ...*, hal. 86

Pengaturan lebih khusus mengenai teknologi reproduksi diatur dalam Peraturan Menteri Kesehatan nomor 039/Menkes/SK/I/2010 Penyelenggaraan Pelayanan Teknologi Reproduksi Buatan, dalam Pasal 2 ayat (3) dikatakan bahwa: "*Pelayanan teknologi reproduksi buatan hanya dapat diberikan kepada pasangan suami istri yang terkait perkawinan yang sah dan sebagai upaya terakhir untuk memperoleh keturunan serta berdasarkan suatu indikasi medik.*" Dari kedua peraturan tersebut dapat dikatakan bahwa metode kehamilan diluar cara alamiah hanya boleh dilakukan melalui metode bayi tabung dan terhadap pasangan suami istri yang sah.

Jika dikaitkan dengan hukum positif Indonesia dalam membahas status hukum anak yang dilahirkan melalui *surrogate mother*, yaitu berdasarkan pasal 42 UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang berisi pengertian anak sah belum meliputi kedudukan anak tersebut. Dalam pasal 42 UU No. 1 Tahun 1974 menyatakan bahwa: "*Anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah.*" Menurut penulis, berdasarkan ketentuan pasal tersebut, dapat dianalogikan bahwa anak yang dilahirkan melalui *surrogate mother* tetap menjadi anak sah dari Ibu pengganti. Karena anak tersebut dilahirkan oleh ibu pengganti dan setiap ibu pengganti adalah orang yang sudah pernah menikah, dan si anak lahir ketika pasangan suami istri tersebut masih terikat dalam perkawinan.

Dalam Kompilasi Hukum Islam, pada pasal 99 dinyatakan bahwa anak yang sah adalah:

- a. Anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah.
- b. Hasil perbuatan suami isteri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.¹⁶

Jika melihat ketentuan pada huruf (a) pasal tersebut, maka hal tersebut sama dengan ketentuan pasal 42 UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Maka bisa ditarik kesimpulan yang sama. Namun, jika melihat ketentuan huruf (b) pasal tersebut, dapat diartikan bahwa metode atau kehamilan diluar cara alamiah, hanya dapat dilakukan melalui cara bayi tabung saja. Jadi berdasarkan beberapa peraturan perundang-undangan yang telah dijelaskan diatas, untuk saat ini praktik sewa rahim (*surrogate mother*) tidak dimungkinkan pelaksanaanya secara legal/terang-terangan di sarana kesehatan yang ada di Indonesia.

B. Analisis Sewa Rahim Ditinjau Menurut Hukum Islam

Kemajuan dalam bidang kedokteran tidak bisa disangkal lagi. Berbagai penemuan dari waktu ke waktu semakin menampakkan hasil yang spektakuler. Oleh karena banyaknya hasil yang diperoleh melalui penelitian di bidang kedokteran, maka muncullah *human engineering*, atau rekayasa manusia. Istilah ini dirumuskan sebagai aplikasi ilmu-ilmu manusia (biologi, genetika, kedokteran) dengan menggunakan prinsip-prinsip saintifik dan rekayasa dalam rangka pencegahan dan pengobatan penyakit, perencanaan keturunan dan peningkatan kualitas manusia.

¹⁶ Pasal 99 Kompilasi Hukum Islam

Berdasarkan rumusan rekayasa manusia ini maka perlu dibahas beberapa kegiatan di bidang kedokteran yang berhubungan dengan pencegahan dan pengobatan penyakit serta perencanaan keturunan. Dalam ilmu fikih, permasalahan-permasalahan tersebut perlu sekali mendapatkan perhatian dalam hukum islam. Banyak sekali berbagai permasalahan kontemporer yang pada dewasa ini sedang marak dibicarakan khususnya dalam bidang kedokteran, dalam hal ini yang berkaitan dengan cara untuk memperoleh keturunan.¹⁷

Kemajuan teknologi dan peralatan medis yang bisa membahagiakan umat manusia merupakan hasil daripada ilmu pengetahuan. Ilmu pengetahuan dan hasilnya yang diperoleh manusia merupakan ketentuan Allah SWT yang dapat menjadi rahmat, dan dapat pula sebaliknya. Hal tersebut tergantung pada manusia itu sendiri dalam pelaksanaannya. Bagaimana islam menghadapi persoalan-persoalan di atas, yang merupakan akibat dari pesatnya perkembangan ilmu pengetahuan, sementara dalam Al-Qur'an maupun hadis tidak membahas secara eksplisit permasalahan tersebut.

Sewa rahim merupakan masalah baru yang belum pernah terjadi pada masa lalu, baik masa Nabi maupun masa para sahabat. Maka masalah ini termasuk masalah ijtihadiyah yang harus diteliti dan dipelajari secara seksama, demi untuk menentukan dan menetapkan hukumnya. Dasar atau sumber pemecahan suatu masalah, haruslah kembali kepada ajaran Al-

¹⁷ Ahsin W. Alhafidz, *FIKIH KESEHATAN..*, hal. 142

Qur'an. Jika tidak ditemukan dalam Al-qur'an maka merujuk kepada hadis Nabi saw, dan jika dalam Al-Qur'an maupun dalam sunnah tidak pula ditemukan, maka yang harus ditempuh adalah ijtihad. Ijtihad dapat dipergunakan dalam memecahkan suatu masalah dengan menggunakan seluruh alat yang ada pada diri kita. Seperti rasio, rasa dan hati nurani, yang didasari oleh rasa takwa yang sedalam-dalamnya kepada Allah SWT.

Dalam masalah sewa rahim ada beberapa hal yang perlu di cermati untuk menentukan hukum yang sesuai dengan tujuan dan maksud syari'at, memperhatikan kemaslahatan serta mempertimbangkan dampak buruknya karena dalam prosesnya sewa rahim melibatkan beberapa pihak yang saling berhubungan. Diantaranya yakni, pemilik sperma, pemilik ovum (pemilik sel telur) dan pemilik rahim, di samping itu kata sewa dalam hal tersebut merupakan akad muamalah yang perlu pula ditinjau lagi segi kelegalannya, bahkan jika tetap dilakukan akan memberikan dampak yang buruk dan rumit, khususnya pada status anak yang dihasilkannya.

Suatu akad akan sah apabila memenuhi beberapa syarat, di antaranya yaitu, *shighat* (ijab-qabul), *'aqidain* (pelaku), *ma'qud 'alaih* (obyek Akad).

Sedangkan pada obyek akad harus memenuhi 5 syarat, di antaranya:

1. Harus suci, dengan syarat ini berarti obyek akad yang najis 'ain tidak sah diperjual belikan dan dipersewakan
2. Mempunyai manfaat
3. Sudah mempunyai hak milik
4. Dapat diserahkan ketika akad

5. Harus jelas dan diketahui oleh kedua belah pihak.¹⁸

Dalam kasus sewa rahim memang tiga syarat terpenuhi, namun pada obyek akadnya terdapat ‘illat yang menjadikan syarat tersebut tidak sah. Seperti yang dijelaskan oleh Prof. Dr. Said Agil Al-Munawwar, bahwa “memang sperma dan ovum tidak termasuk najis, namun percampuran antara keduanya setelah berubah menjadi *alaqah* (segumpal darah yang melekat pada dinding rahim), maka ia sudah berubah menjadi najis”.¹⁹

Bahwa tidak sah rahim dijadikan objek jual beli maupun sewa menyewa karena rahim tidak termasuk dalam kategori benda/barang yang bisa diserahkan dengan imbalan materi. Penyewaan rahim akan mengakibatkan terlantarnya anak dan menyebabkan orang tua melepaskan tanggung jawab. Terkadang dapat terjadi penyalahgunaan terhadap anak yang dihasilkan dari penyewaan rahim, misalkan saja kalau terjadi cacat pada anak tersebut atau hal-hal yang tidak dapat diterima oleh pihak penyewa, dan pihak yang disewa juga tidak mau merawatnya karena tidak termasuk dalam perjanjian.

Untuk memperjelas keharaman cara-cara yang lain, berikut ini uraian penalarannya:

- a. Nabi mengharamkan penempatan nutfah pada rahim perempuan yang bukan istrinya.

¹⁸ Ma'ruf Amin, *Fatwa Dalam Sistem Hukum Islam*, (Jakarta: Elsas, 2008), hal. 293.

¹⁹ Said Agil Husin al-Munawwar, *Hukum Islam...*, hal. 108

- b. Kedudukan ibu senantiasa dikaitkan dengan tugasnya sebagai seorang yang mengandung dan melahirkan, seperti yang ditegaskan Al-Qur'an di dalam beberapa ayat, misalnya surat Al-Mujadallah ayat 2.²⁰

Dalam pandangan Islam, rahim wanita mempunyai kehormatan yang tinggi dan bukan barang hinaan yang boleh disewa atau diperjual belikan, karena rahim adalah anggota manusia yang mempunyai hubungan yang kuat dengan naluri dan perasaan semasa hamil berbeda dengan tangan dan kaki yang digunakan untuk bekerja dan seumpama yang tidak melibatkan perasaan. Lebih-lebih lagi ia termasuk dalam lingkungan yang diharamkan karena manusia tidak berhak menyewakan rahimnya yang akan melibatkan penentuan nasab. Selain itu, wasilah mendapat anak adalah hak Allah SWT dan menyewa rahim termasuk pada bagian *farji* sedangkan hukum asal dari *farji* adalah haram.

Di samping itu rahim adalah organ tubuh manusia, dan organ tubuh manusia itu dilarang untuk disewa dan diperjualbelikan.²¹ Jadi, menyewakan organ tubuh termasuk rahim adalah haram menurut syar'iat, karena di samping akan memicu timbulnya problem sosial, juga akan menimbulkan eksploitasi terhadap orang-orang miskin untuk menjual organ tubuhnya demi mendapatkan sejumlah uang untuk memenuhi kebutuhannya. Seperti yang dikemukakan di atas bahwa salah satu tujuan dari sewa rahim adalah untuk memperoleh anak dengan bantuan teknologi kedokteran yang disebabkan karena rahim si istri tidak bisa memproses

²⁰ *Ibid.*, hal 114

²¹ Rusli Hasbi, *Fiqh Inovatif, Dinamika Pemikiran Ulama Timur Tengah, Membongkar Kasus Kontemporer*, (Jakarta; Al-Irfan Publisng, 2007), hal. 52.

janinnya. Namun dalam sewa rahim harus dibedakan antara hajat dan darurat, jangan sampai orang yang terpaksa itu melanggar prinsip-prinsip syari'at yang pokok, berupa memelihara hak-hak orang lain, menciptakan keadilan, menunaikan amanah, dan menghindari kemudharatan.

Penulis berasumsi bahwa sewa rahim merupakan kebutuhan saja, karena jika tidak dilakukan tidak akan menimbulkan bahaya. Sebaliknya, jika dilakukan akan menimbulkan banyak persoalan kemanusiaan yang muncul seperti, kerancuan status anak baik dalam hal nasab, kewalian dan kewarisan, dan beban psikologis pihak suami, istri dan wanita yang di sewa. Karena sewa rahim akan menimbulkan masalah baru yang lebih rumit, maka sewa rahim dihukumi haram.

Dalam pandangan islam, bayi tabung (inseminasi buatan) apabila dilakukan dengan sel sperma dan ovum suami istri sendiri dan tidak ditransfer embrionya ke dalam rahim wanita lain termasuk istrinya sendiri yang lain (bagi suami yang berpoligami), maka islam membenarkan, baik dengan cara mengambil sperma suami kemudian disuntikkan ke dalam vagina atau uterus istri, maupun dengan cara pembuahan yang dilakukan di luar rahim yang kemudian buahnya (*vertilized ovum*) ditanam di rahim istri.²²

Dilihat dari sudut hukum islam, inseminasi buatan ini diperbolehkan asal sumber maninya berasal dari sang suami. Inseminasi buatan dengan pemberian sperma dari suami sendiri diperbolehkan dalam hukum islam.

²² Mattulada Ahmad, *Mukjizat Al-Qur'an dan as Sunnah Tentang IPTEK*, (Jakarta: Gema Insani Pers, 2002), hal 159

Dengan pemberi donornya adalah suami sendiri berarti laki-laki yang menikahi perempuan itu jelas, maka keturunan yang diperoleh dengan mani buatan itu pun adalah anak yang sah.²³

Dalam usaha memperoleh keturunan dilakukan dengan cara pemberian sperma ke dalam kandungan wanita melalui koitus atau senggama, dan koitus ini baru halal dilakukan setelah pasangan laki-laki dan perempuan itu melaksanakan akad nikah untuk dapat melahirkan keturunan yang sah, tetapi apabila dilakukan di luar perkawinan maka anak yang lahir pun dianggap tidak sah, dan termasuk dalam kategori zina. Anak hasil inseminasi buatan dengan sewa rahim yang pencampuran nasabnya terselubung dan sangat dirahasiakan donornya adalah lebih buruk daripada anak adopsi yang pada umumnya diketahui asal/nasabnya.²⁴

Jadi, semua ahli fiqih tidak membolehkan penyewaan rahim dalam berbagai bentuknya. Jika ada sebagian wanita yang mendapat cobaan dari Allah SWT dengan tidak bisa menghasilkan sel telur, maka mereka seperti halnya para wanita yang tidak memiliki rahim. Demikian pula dengan laki-laki yang dicoba oleh Allah SWT dengan tidak bisa menghasilkan sperma, menghasilkannya tetapi mati atau menyerupai mati. Mereka adalah orang-orang yang dicoba oleh Allah SWT dengan kemandulan, sebagaimana disebutkan dalam Al-Qur'an.

²³ Ahsin W. Alhafidz, *FIKIH KESEHATAN...*, hal. 145

²⁴ Kutbuddin Aibak, *Kajian Fiqh...*, hsl. 119

لِللّٰهِ مُلْكُ السَّمٰوٰتِ وَالْاَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَآءُ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ اِنثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ الذُّكُوْرَ
 يَشَآءُ عَقِيْمًا اِنَّهٗ عَلِيْمٌ قَدِيْرٌ اُوْزُوْ جُهْمٌ ذُكْرًا وَاِنثًا وَيَجْعَلُ مَنْ

“Kepunyaan Allahlah kerajaan langit dan bumi. Dia menciptakan apa yang Dia kehendaki. Dia memberikan anak-anak wanita kepada siapa yang Dia kehendaki dan memberikan anak-anak lelaki kepada yang Dia kehendaki, atau Dia menganugerahkan kedua jenis laki-laki dan wanita (kepada siapa) yang dikehendakinya-Nya, dan Dia menjadikan mandul siapa yang Dia kehendaki. Sesungguhnya Dia Maha Mengetahui lagi Maha Kuasa.” (Asy-Syuuraa: 49-50)²⁵

Meskipun harus diakui bahwa reproduksi merupakan suatu hak yang secara kodrati untuk melanjutkan keturunan di masa yang akan datang, sebagaimana yang dikatakan oleh Udaedillah A. Dan Rozak Abduh 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 oleh Allah SWT”.²⁶ Sebagai hak yang bersifat kodrati, maka secara instingtif, setiap manusia ingin memperoleh keturunan walaupun mungkin ada keterbatasan-keterbatasan individu, dalam arti ada kekurangan, sehingga secara normal atau alamiah tidak memungkinkan dirinya untuk mempunyai keturunan.

Pendek kata, semua makhluk hidup di dunia ini, oleh Tuhan diciptakan berpasang-pasangan (laki dan perempuan). Kemudian darinya, lahirlah buah atau individu baru. Semua ini adalah rahasia Tuhan, dan hanya

²⁵ Ahsin W. Alhafidz, *FIKIH KESEHATAN...*, Hal. 143

²⁶ A. Ubaedillah dan Rozak Abduh, 2008 Pendidikan Kewarganegaraan Demokrasi dan Hak Asasi Manusia masyarakat Madani, Edisi Ketiga, ICCE UIN, Jakarta, hlm. 45-46

Dia yang Maha Mengetahui. Jadi ada sebagian orang yang atas kehendak-Nya terlahir dalam keadaan mandul. Kehendak-Nya ini tidak bisa ditolak dan tidak bisa diobati, yang bisa dilakukan oleh mereka hanya bersabar dan ridha terhadap ketetapan-Nya. Dalam kondisi seperti ini, mereka bisa menunaikan kewajiban sebagai seorang ibu dan ayah di panti-panti asuhan atau tempat pemeliharaan anak hilang. Apalagi, melakukan hal-hal tersebut akan mendapatkan pahala yang melimpah dari Allah SWT, sebagaimana disabdakan Rasulullah saw. dalam sebuah hadist sahih,

أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا وَأَشَارَ بِإِصْبَافِهِ وَالْوُسْطَى

“Saya dan pemelihara anak yatim di dalam surga seperti kedua (jari) ini (Dan beliau memberi isyarat dengan dua jarinya, tunjuk dan jari tengah).”²⁷

Oleh sebab itulah Islam mengharamkan penggunaan perkhidmatan ibu pengganti ini demi menjaga salah satu perkara tersebut yaitu dengan bertujuan memelihara keturunan. Dari pengkajian dan pemerhatian topik boleh dikatakan penggunaan ibu pengganti sememangnya tidak menepati fitrah kelahiran manusia dan pasti membawa berbagai masalah di dalam masyarakat. bukan saja tidak dapat menyelesaikan masalah kemandulan tetapi menambahkan masalah kekeliruan keturunan di dalam masyarakat. Persoalan siapakah anak itu dan benarkah ia anak kedua ibu, bapaknya masih menjadi persoalan masyarakat.

Dalam hal ini para ulama telah sepakat tentang pengharaman sewa rahim dalam keadaan berikut: menggunakan rahim wanita lain selain isteri,

²⁷ Yusuf al-Qaradhawi, *Fatwa-fatwa...*, hal. 260

percampuran benih antara suami dan wanita lain, percampuran benih isteri dengan lelaki lain, atau memasukkan benih yang disenyawakan selepas kematian suami isteri, sebagaimana pendapat Syekh Jad Al-Haq Ali Jad Al-Haq, Syekh Al-Azhar bahwa hal tersebut hukumnya haram, karena akan menimbulkan percampuradukkan nasab. Argumen yang dikemukakan para ulama antara lain:

- a. Praktek di atas identik dengan nikah istibdha' atau zina walaupun keadaan sperma sudah dibuahi (tidak menyendiri) seperti diungkapkan oleh Dr. Jurnalis Udin: "Memasukan benih ke dalam rahim wanita lain sama dengan bersetubuh dengan wanita itu."
- b. Qaidah usul mengatakan, "*Al-Ashlu Fil Ibdha' Al-Tahrim*" (Pada dasarnya dalam urusan kelamin (percampuran) hukumnya haram). Kontrak rahim termasuk meletakkan sperma pada sebuah rahim yang tidak halal baginya. Sedangkan perempuan yang rahimnya dikontrakkan jelas bukan isterinya. Sperma dari siapapun kecuali sperma suaminya, haram dimasukkan ke dalam rahimnya.
- c. Dalam surat Al-Maarij ayat 31 Allah berfirman:

فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُوْلَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ

"Maka barangsiapa yang menghendaki selain yang demikian itu (bercampur kepada isterinya atau hamba sahaya yang dimilikinya) maka mereka itu adalah orang-orang yang melewati batas".²⁸

²⁸ Said Agil Husin Al-Munawar, *Hukum Islam dan...*, hal. 113.

Pendapat mengatakan ibu yang sebenarnya adalah pemilik sel telur. Sedangkan pemilik rahim dan yang melahirkannya adalah seperti ibu susuan. Sebab, anak mengambil lebih banyak dari tubuhnya sesuatu yang lebih banyak dari yang diambil oleh anak yang disusui dari ibu yang menyusuinya dalam penyusuan apa yang diharamkan oleh nasab. Di antara yang mengutarakan pendapat ini adalah Dr. Musthafa az Zarqa, Dr. Muhammad Nu'aim Yasin, Dr. Yusuf Qardhawi.²⁹

Seperti yang diuraikan sebelumnya bahwa nasab anak yang lahir dari akibat perkawinan yang sah, maka nasabnya disandarkan kepada orang tua genetisnya. Jika kita melihat praktek *surrogate mother*, anak yang dilahirkan melalui aktifitas ini, orang tua (dalam hal ini adalah si ayah) tidak mempunyai hubungan pernikahan dengan ibu penghamil. Jadi dari sini dapat disimpulkan bahwa anak tersebut tidak dapat dinasabkan kepada ayah biologis. Ulama telah sepakat bahwa nasab seorang anak terhadap ayahnya terjadi karena adanya hubungan pernikahan, baik yang sah maupun yang fasid serta adanya hubungan senggama (seksual).

Dari pendapat di atas jelas bahwa anak yang dilahirkan melalui *surrogate mother* adalah anak dari ibu pemilik benih. Karena secara biologis anak yang dilahirkan tersebut berasal dari orang yang memiliki benih, hanya saja dilahirkan melalui rahim wanita lain. Jika kita melihat dari sisi ini, maka anak yang dilahirkan tersebut mempunyai hubungan hukum dengan

²⁹ Yahwa Abdurrahman Al Khatib, *Fikih Wanita Hamil (tertj.)*, (Jakarta : Qishti Press, 2009, hal. 185.

orang pemilik benih. Seperti adanya hubungan kewarisan dan hak-hak atas anak dalam hukum keluarga.

C. Persamaan dan Perbedaan Sewa Rahim ditinjau dari Hukum Positif dan Hukum Islam

1. Persamaan

Dalam pembahasan sewa rahim menurut hukum positif dan hukum islam ada beberapa kesamaan, antara lain:

Pertama, diantara hukum positif maupun hukum islam belum diatur secara rinci mengenai adanya perjanjian sewa rahim, karena perjanjian sewa rahim ini muncul pada era baru. Dari hukum positif dan hukum islam hanya mengatur tentang ketentuan bayi tabung ataupun mani donor. Dalam perjanjian tersebut sama-sama tidak sesuai dengan norma kesusilaan maupun dengan ketertiban umum dalam masyarakat.

Kedua, jika dilihat secara kontrak/akad muamalah dalam hukum positif maupun hukum islam bahwa tidak sah rahim dijadikan objek jual beli maupun sewa menyewa karena rahim tidak termasuk dalam kategori benda/barang yang bisa diserahkan dengan imbalan materi obyeknya tidak dapat dibenarkan.

2. Perbedaan

Dalam pembahasan sewa rahim menurut hukum positif dan hukum islam terdapat dua perbedaan yakni:

Pertama, menurut hukum positif hubungan nasab anak ini mengacu pada ibu yang melahirkan sebagaimana Pasal 99 KHI yang menyatakan

anak sah adalah anak yang lahir dari pasangan suami istri yang terikat perkawinan. Karena pada umumnya seorang ibu pengganti pasti sudah pernah menikah dan hamil satu kali. Otomatis hak untuk mendapatkan warisan ada pada ibu yang melahirkan anak tersebut karena ada hubungan darah diantara keduanya. Sedangkan hubungan dengan ibu pemilik benih adalah sebagai anak angkat yang bisa mendapatkan wasiat wajibah.

Sedangkan menurut hukum islam masih menjadi perdebatan diantara para ulama tentang status nasab anak tersebut, beberapa ulama ada yang sependapat bahwa nasab bersandar kepada ibu genetisnya atau pemilik sel telur. Sedangkan pemilik rahim dan yang melahirkannya adalah seperti ibu susuan. Sebab, anak mengambil lebih banyak dari tubuhnya sesuatu yang lebih banyak dari yang diambil oleh anak yang disusui dari ibu yang menyusuinya.

Kedua, di dalam Hukum Positif sewa rahim dapat dikategorikan tindak pidana karena obyek yang di sewakan adalah bagian dari organ tubuh manusia sebagaimana disebutkan dalam Pasal 192 Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan dan dapat dijatuhi hukuman. Sedangkan menurut Hukum Islam tidak ada hukuman seperti dalam hukum positif, hanya saja menurut hukum islam tidak dibenarkan akad muamalah tersebut karena obyek yang disewakan tidak memenuhi kriteria.