

PERBANDINGAN PENGATURAN TINDAK PIDANA ABORSI MENURUT HUKUM POSITIF INDONESIA DAN HUKUM ISLAM

Oleh : R. Dyah Siti Safira

Pembimbing 1 : Dr. Erdianto, SH.,M.Hum

Pembimbing 2 : Erdiansyah, S.H., M.H

Alamat : Jalan Kandis No. 15 Tangkerang Utara-Pekanbaru

Email : rajasafira@yahoo.com – Telpon : 082261275838

ABSTRACT

A woman becomes pregnant unwanted and she cannot accept the situation as her fate, so she does all sorts of effort to abort her womb. The formulation of the problem, how to compare the arrangement of abortion based on Positive Law in Indonesia and according to Islamic Law. What is the ideal of abortion crime of rape victims so far according to Positive Law in Indonesia and Islamic Law.

The purpose of this research is to know the setting of abortion crime according to Positive Law in Indonesia and Islamic Law to know comparison of abortion based on Positive Law in Indonesia and Islamic Law. This type of research is normative research which discusses legal principles, legal system, legal synchronization level, legal history and comparative law of problem based on the prevailing laws and regulations by prioritizing library materials and its implementation in practice. Research conducted by the author is an analytical descriptive research.

Conclusion Comparison of arrangement of abortion crime according to Positive Law in Indonesia and according to Islamic Law is seen from positive criminal law of abortion is categorized as a crime refers to Law Number 36 Year 2009 on Health, Criminal Code (Penal Code), and Government Regulation on Reproductive Health. The Criminal Code explicitly states the abortion of violations of law and criminal acts under Article 346 of the Criminal Code and there is no exception, the Health Law Article 75, the aspect of Islamic law of abortion in the Qur'an in Sura An-Nisa 'verse 93, Surat al-Isra 'verse 31, Hadith Muttafaq'alah, and Ijma' ie MUI Fatwa Number 4 Year 2005 regulates the abortion. In Islamic law illegitimate abortion lawya because like killing humans and sanctions got a very big sin from Allah SWT except that not yet 40 days and for medical reasons. Ideally, the abortion of rape crime victims according to Positive Law in Indonesia and Islamic Law that the Positive Law of Indonesia provides legal protection against the act of abortion provocatus on rape victims with some requirements as medical reasons such as Article 75 paragraph (3), 76 Law Number 36 Year 2009. Revision of Law Number 36 Year 2009 on Health abortion is allowed not only limited medical reasons to save the life of the mother of emergency, but also pregnancy due to rape and incest, pregnant women suffering from severe mental disorders, and the fetus has severe congenital defects. Islamic law does not permit abortion, but seeing the psychological effects that rape women suffer so much, the considerations based on the rules of fikiyah, abortion due to rape may be justified by reason and abortion notes of indications of medical emergency and pregnancy due to rape, abortion may be performed before the age of 40 day is calculated from the last experience of menstruation.

Keywords: *Abortion-Positive Law in Indonesia-Islamic Law*

I. PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah.

Belakangan ini banyak sekali ditemui kasus-kasus tentang pengguguran kandungan atau aborsi. Aborsi sendiri mempunyai 2 jenis yaitu aborsi spontan (*abortus spontaneus*) atau sering dikatakan sebagai peristiwa keguguran janin dan aborsi yang disengaja (*abortus provocatus*), aborsi yang dilakukan secara sengaja terbagi menjadi 2 lagi antara lain dilakukan secara medis dan dilakukan secara non medis. Perbuatan aborsi yang disengaja (non medis) dapat dikategorikan sebagai tindak pidana, atau melanggar hukum sehingga kepada pelaku dan orang yang membantu melakukannya dikenai hukuman.

Aborsi telah dikenal sejak awal sejarah manusia dan diyakini merupakan metode yang paling tua untuk mencegah kelahiran yang tidak diinginkan dan sampai sekarang merupakan cara yang paling berbahaya karena tidak jarang menyebabkan kematian ibu. Bila seorang wanita menjadi hamil tanpa diinginkannya dan ia tidak dapat menerima keadaan itu sebagai nasibnya, maka ia melakukan segala macam usaha untuk menggugurkan kandungannya. Dari zaman dulu sudah dikenal cara-cara tradisional untuk menggugurkan kandungan, seperti minum jamu, melakukan pijat, memasukkan segala macam benda ke dalam kandungan dan sebagainya, meskipun seringkali perempuan harus mengalami resiko kehilangan nyawanya.¹

Pada praktiknya, bila ada dokter yang melakukan aborsi, maka masyarakat dapat melaporkan dokter tersebut ke kepolisian untuk diselidiki. Selanjutnya, bila memang ada bukti yang cukup dokter tersebut dengan sengaja telah melakukan aborsi ilegal terhadap pasien(-pasien)nya, maka proses pidana akan dilanjutkan oleh penyidik dan jaksa sebelum melalui proses di pengadilan

Ketika seorang anak merahasiakan tentang aborsinya dengan orang tua mereka, hal itu akan menciptakan jarak antara dirinya dengan orang tua dan keluarganya. Hal itu juga didukung dengan pernyataan Deveber bahwa perasaan malu dan takut merupakan motivator utama untuk terciptanya rahasia antara anak kepada orang tua. Hal ini termasuk takut untuk membuat orang tua kecewa. Bagaimanapun ia akan menyimpan rahasianya yang memalukan itu dan secara

emosional menekan kemampuannya untuk menyelesaikan masalah. Apabila permasalahannya diketahui oleh keluarga, hal itu akan menimbulkan masalah lain yaitu perasaan rendah diri.

Selain berdampak buruk terhadap hubungan dengan keluarga dan teman-temannya, aborsi juga berdampak buruk terhadap hubungan dengan pasangan. Hampir setengah perempuan yang melakukan aborsi mengaku bahwa keputusan mereka untuk aborsi adalah pengubah hubungan mereka dengan pasangan secara signifikan dan mengakhiri suatu hubungan pasangan, walaupun pasangan tersebut sudah menjalani hubungan yang stabil.

Menurut sebuah penelitian yang menyatakan bahwa wanita yang memiliki hubungan yang cenderung stabil, setelah melakukan aborsi dilaporkan berpisah. Dari 80% kelompok pasangan yang berpisah, kebanyakan wanita yang berinisiatif untuk melakukan perpisahan dengan pasangannya. Hubungan setelah aborsi dilaporkan menjadi lebih buruk, dengan lebih banyak konflik dan kurangnya saling *trust* satu dengan lainnya.²

Trust merupakan suatu hal yang esensial bagi sebuah hubungan untuk dapat terus tumbuh dan berkembang serta merupakan suatu fenomena yang dinamis yang terjadi secara intrinsik pada suatu keadaan yang alamiah, dimana *trust* merupakan hal yang menyangkut masalah mental yang didasarkan oleh situasi seseorang dan konteks sosialnya, misalnya ketika seseorang untuk mengambil suatu keputusan, ia akan lebih memilih keputusan berdasarkan pilihan dari orang-orang yang lebih dapat ia percayai daripada yang kurang ia percayai. Selain itu, abortus merupakan tindakan yang sangat merugikan dan menimbulkan efek samping yang berkepanjangan.

Banyak kejadian aborsi merupakan tindakan aborsi tidak aman. Salah satu dengan peran dukun bayi dalam pelayanan aborsi masih besar, apalagi di pedesaan. Demikian pula banyak penyedia pelayanan lain yang beroperasi secara sembunyi-sembunyi, yang kemungkinan besar terkait dengan aborsi tidak aman. Aborsi sering dilakukan sebagai jalan pintas untuk menghentikan kehamilan yang tidak diinginkan sejak zaman dulu, meskipun resiko yang harus dihadapi oleh perempuan tidak lah kecil. Maraknya tindak pidana aborsi yang terjadi dapat

¹ Paulinus Soge, *Hukum Aborsi; Tinjauan Politik Hukum Pidana Terhadap Perkembangan Hukum Aborsi di Indonesia*, UAJY, Yogyakarta, 2014, hlm. 1.

² Roscam Abing, 1998, *Health, Human Rights and Health Law The Move Towards Internationalization With Special Emphasis on Europe* dalam *Journal International Digest of Health Legislations*, Vol 49 No. 1, 1998.

dilihat dari berita-berita yang muncul di televisi dan di Koran nasional dimana sering ditemukannya sisa-sisa janin manusia yang dibuang ke tempat sampah, ke selokan bahkan dikuburkan secara ilegal. Aborsi sering dilakukan oleh kalangan remaja dan wanita yang beranjak dewasa. Hal ini disebabkan karena pergaulan yang semakin bebas sehingga membuat mereka melakukan hubungan seks pra nikah dengan pasangannya.

Ketentuan hukum tentang aborsi di dalam hukum pidana positif Indonesia sebagaimana diatur di dalam KUHP tidak membolehkan aborsi dengan alasan apa pun juga dan oleh siapa pun juga. Menurut Supriyadi, ketentuan ini sejak diundangkannya di zaman pemerintahan Hindia Belanda sampai dengan sekarang ini tidak pernah diubah, dan ketentuan ini berlaku untuk umum bagi siapapun juga yang melakukan tindakan ini akan dikenakan pemberatan pidana (*Lex Generalis*).³

Oleh karena itu wanita yang melakukan aborsi dengan alasan non-medis dan tanpa sepengetahuan pihak berwenang dapat diancam pidana. Hal tersebut diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Buku Kedua Tentang Kejahatan Pasal 346 yang menyatakan: “Seorang wanita yang sengaja menggugurkan atau mematikan kandungannya atau menyuruh orang lain untuk itu, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun”.

Pengaturan hukum tentang aborsi juga terdapat didalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan pada Pasal 194 yang menentukan: “Setiap orang yang dengan sengaja melakukan aborsi tidak sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 75 ayat (2) dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)”⁴

Aborsi merupakan masalah kesehatan masyarakat karena memberikan dampak pada kesakitan dan kematian ibu. Sebagaimana diketahui penyebab utama kematian ibu hamil dan melahirkan adalah perdarahan, infeksi dan eklampsia. Namun sebenarnya aborsi juga merupakan penyebab kematian ibu, hanya saja muncul dalam bentuk komplikasi pendarahan dan sepsis. Akan tetapi, kematian ibu yang disebabkan komplikasi aborsi sering tidak muncul dalam

laporan kematian, tetapi dilaporkan sebagai pendarahan atau sepsis. Hal itu terjadi karena hingga saat ini aborsi masih merupakan masalah kontroversial di masyarakat. Di satu pihak aborsi dianggap ilegal dan dilarang oleh agama sehingga masyarakat cenderung menyembunyikan kejadian aborsi, di lain pihak aborsi terjadi di masyarakat. Ini terbukti dari berita yang ditulis di surat kabar tentang terjadinya aborsi di masyarakat, selain dengan mudahnya didapatkan jamu dan obat-obatan peluntur serta dukun pijat untuk mereka yang terlambat datang bulan.⁵

Dalam pasal 28 (a) Undang-Undang Dasar 1945 yang berbunyi: “Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya”. Berbanding lurus dengan hal tersebut, seperti yang dijelaskan dalam Al Qur’an Surat Al Maeda ayat (5):32 :

“Oleh karena itu Kami tetapkan (suatu hukum) bagi Bani Israil, bahwa: Barangsiapa yang membunuh seorang manusia, bukan karena orang itu (membunuh) orang lain, atau bukan karena membuat kerusakan dimuka bumi, Maka seakan-akan Dia telah membunuh manusia seluruhnya. dan Barangsiapa yang memelihara kehidupan seorang manusia, Maka seolah-olah Dia telah memelihara kehidupan manusia semuanya. dan Sesungguhnya telah datang kepada mereka Rasul-rasul Kami dengan (membawa) keterangan-keterangan yang jelas, kemudian banyak diantara mereka sesudah itu sungguh-sungguh melampaui batas dalam berbuat kerusakan dimuka bumi”.

Selanjutnya mengenai pembunuhan terhadap janin dalam kandungan, Al Qur’an menjelaskan pada surat Al Isra’ ayat 31:

“Dan janganlah kamu membunuh anak-anakmu karena takut kemiskinan. kamilah yang akan memberi rezki kepada mereka dan juga kepadamu. Sesungguhnya membunuh mereka adalah suatu dosa yang besar”.

Aborsi setelah kandungan berumur 4 bulan adalah haram, karena berarti membunuh makhluk yang sudah bernyawa.⁶ Ini termasuk dalam kategori pembunuhan yang keharamannya antara lain didasarkan seperti Firman Allah SWT :

5

<https://onmedik.wordpress.com/2007/11/17/aborsi/>, di akses tanggal 12 September 2017, Hari Selasa, Pukul 15.00 WIB.

⁶ Zulfahmi Alwi, *Abortus Dalam Pandangan Hukum Islam*, Hunafa Jurnal Studia Islamika Volume 10 , 2 Desember 2013, Makassar, hlm 293

³ *Ibid*, hlm. 113.

⁴ Undang-undang No.36 Tahun 2009 tentang Kesehatan

1. “Dan janganlah kamu membunuh anak-anak kamu karena kemiskinan. Allah akan memberikan rizki kepada mereka dan kepadamu (QS Al An’am:151)”
2. Dan janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah (membunuhnya) melainkan dengan (alasan) yang benar (menurut syara’i). (QS Al Isra’: 33)
3. “Dan apabila bayi-bayi yang dikubur hidup-hidup itu ditanya karena dosa apakah ia dibunuh...” (QS At Takwir: 8-9)

Berdasarkan dalil-dalil ini maka aborsi adalah haram pada kandungan yang bernyawa atau telah berumur 4 bulan, sebab dalam keadaan demikian berarti aborsi itu adalah suatu tindak kejahatan pembunuhan yang diharamkan Islam.

Dalam sebuah fatwanya pada tahun 2005, MUI memutuskan bahwa aborsi ber hukum haram sejak terjadinya implantasi blastosis⁷ pada dinding rahim ibu (nidasi). Selanjutnya, MUI mengecualikan jika aborsi dilakukan atas dua alasan keadaan, baik yang bersifat darurat maupun hajat. Ketentuan darurat di sini bisa berupa:

1. Perempuan hamil menderita sakit fisik berat seperti kanker stadium lanjut, TBC dengan caverna⁸ dan penyakit-penyakit fisik berat lainnya yang harus ditetapkan oleh tim dokter,
2. Dalam keadaan di mana kehamilan mengancam nyawa si ibu.

Sedangkan ketentuan hajat adalah:

1. Janin yang dikandung dideteksi menderita cacat genetik yang kalau lahir kelak sulit disembuhkan,
2. Kehamilan akibat perkosaan yang ditetapkan oleh tim yang berwenang, yang di dalamnya terdapat antara lain keluarga korban, dokter, dan ulama.

⁷ Implantasi adalah penempelan blastosis ke dinding rahim, yaitu pada tempatnya tertanam. Blastosis biasanya tertanam di dekat puncak rahim, pada bagian depan maupun dinding belakang. <http://dokterdewi.kusumastuti.blogspot.com/2013/07/implantasi-dan-perkembangan-plasenta.html>. Diakses 20 Oktober 2014.

⁸Caverna adalah rongga (caver-nosus = berongga-rongga). Basil TBC memperbanyak diri di dalam makrofag dan benjolan-benjolan bergabung menjadi infiltrat yang akhirnya menimbulkan rongga (caverna) di paru-paru. www.wikipedia.com. Diakses 20 Oktober 2014.

Namun demikian, untuk alasan keadaan kondisi yang bersifat hajat diperbolehkan hanya sebelum janin berusia 40 hari.⁹

Di dalam KUHP (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana) Indonesia pun dikenal adanya ancaman untuk pelaku tindakan penghilangan hak hidup manusia, dalam hal ini seperti pembunuhan berencana yang dapat diancam hukuman mati, selain itu ada juga penganiayaan yang menyebabkan kematian orang lain, termasuk didalamnya pembunuhan yang dilakukan terhadap bayi yang masih dalam kandungan yang dikenal dengan tindak pidana aborsi.

Di dalam KUHP, pasal-pasal yang membicarakan tindak pidana aborsi antara lain adalah Pasal 299, 346, 347, 348, dan 349, yang berbicara tentang aborsi yang dilakukan oleh seorang wanita, dokter, ahli, atau pihak lain yang tanpa ataupun dengan disengaja menggugurkan kandungan seorang wanita baik melalui persetujuan ataupun tidak dengan persetujuan wanita yang mengandung tersebut.

Karena itu kedudukan hukum aborsi di Indonesia sangat perlu dilihat kembali apa yang menjadi tujuan dari perbuatan aborsi tersebut. Sejauh ini, persoalan aborsi pada umumnya dianggap oleh sebagian besar masyarakat sebagai tindak pidana. Namun, dalam hukum positif di Indonesia, tindakan aborsi pada sejumlah kasus tertentu dapat dibenarkan apabila merupakan *abortus provokatus medicinalis*. Sedangkan aborsi yang digeneralisasi menjadi suatu tindak pidana lebih dikenal sebagai *abortus provokatus criminalis*. Terlepas dari persoalan apakah pelaku aborsi melakukannya atas dasar pertimbangan kesehatan (*abortus provokatus medicinalis*) atau memang melakukannya atas dasar alasan lain yang kadang kala tidak dapat diterima oleh akal sehat, seperti kehamilan yang tidak dikehendaki (hamil diluar nikah) atau takut melahirkan ataupun karena takut tidak mampu membesarkan anak karena minimnya kondisi perekonomian keluarga, tetap saja angka kematian akibat aborsi begitu mencengangkan dan sangat memprihatinkan.¹⁰

Bahwa kehidupan janin (anak dalam kandungan) menurut pandangan syari’at Islam

⁹ Fatwa MUI Nomor: 4 Tahun 2005 Tentang Aborsi dalam MUI, Himpunan Fatwa Majelis Ulama Indonesia (Jakarta: MUI, 2010).

¹⁰ Cucu Solihah & Trini Handayani, *Kajian Terhadap Tindakan Atas Jiwa Dan Bukan Jiwa (Aborsi) Menurut Hukum Pidana Islam Dan Hukum Kesehatan*. Jurnal Hukum FH UNSUR. Cianjur. 2008.hlm. 11.

merupakan kehidupan yang harus dihormati, dengan menganggapnya sebagai suatu wujud yang hidup yang wajib dijaga. Sehingga Islam memperbolehkan seorang wanita hamil untuk buka puasa (tidak puasa) pada bulan ramadhan. Bahkan kadang diwajibkan berbuka jika ia khawatir akan kesehatan kandungannya. Karena itu syari'at Islam mengharamkan tindakan yang melampaui batas terhadapnya. Meskipun yang melakukan ayah atau ibunya sendiri yang telah mengandungnya dengan susah payah. Bahkan terhadap kehamilan yang haram, yang dilakukan dengan jalan perzinahan, janinnya tetap tidak boleh digugurkan, karena ia merupakan manusia hidup yang tidak berdosa. Jadi pada dasarnya Islam mengharamkan dalam berbagai alasan mengugurkan kandungan tapi terjadi perdebatan antara mazhab yang ada yaitu ada yang dibolehkan dan ada yang tidak dibolehkan. Sedangkan hukum positif Indonesia juga melarang secara tegas pada Hukum Pidana dan membolehkan berdasarkan alasan kesehatan dilihat dari Undang-Undang Kesehatan dan hal ini juga dilematis karena ada pertentangan juga di dalam Hukum Positif Indonesia.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang yang ada maka permasalahan yang ditemukan antara lain:

1. Bagaimanakah perbandingan pengaturan tindak pidana aborsi menurut Hukum Positif di Indonesia dan menurut Hukum Islam?
2. Bagaimanakah idealnya aborsi tindak pidana korban perkosaan selama ini menurut Hukum Positif di Indonesia dan Hukum Islam?

C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian

1) Tujuan Penelitian

- a) Untuk mengetahui perbandingan tindak pidana aborsi menurut Hukum Positif di Indonesia dan Hukum Islam.
- b) Untuk mengetahui idealnya aborsi tindak pidana korban perkosaan selama ini menurut Hukum Positif di Indonesia dan Hukum Islam.

2) Kegunaan Penelitian

- a) Untuk menambah pengetahuan bagi penulis dan peneliti lainnya mengenai perbandingan tindak pidana aborsi menurut Hukum Positif di Indonesia dan Hukum Islam yang diteliti.
- b) Hendaknya dapat dijadikan sebagai bahan pertimbangan dan landasan bagi pihak-pihak yang yang berkepentingan dalam membahas

perbandingan tindak pidana aborsi menurut Hukum Positif di Indonesia dan Hukum Islam .

- c) Sebagai pengembangan ilmu dan penerapan atas teori-teori yang penulis dapatkan selama menjalani masa studi pada Fakultas Hukum Universitas Riau .

D. Kerangka Teori

1. Teori Tindak Pidana

Masalah kejahatan adalah salah satu masalah sosial yang selalu menarik dan menuntut perhatian yang serius dari waktu ke waktu. Terlebih lagi, menurut asumsi umum serta beberapa hasil pengamatan dan penelitian berbagai pihak, terdapat kecenderungan perkembangan dan peningkatan dari bentuk jenis kejahatan tertentu, baik secara kualitas maupun kuantitasnya.

Berbicara tentang konsep dan pengertian tentang kejahatan itu sendiri, masih terdapat kesulitan dalam memberikan definisi yang tegas karena masih terdapat keterbatasan pengertian yang disetujui secara umum. Dalam pengertian legal, menurut Sue Titus Reid yang dikutip oleh Muhammad Kemal Darmawan dalam bukunya strategi pencegahan kejahatan, mendefinisikan kejahatan adalah suatu aksi atau perbuatan yang didefinisikan secara hukum, kecuali jika unsur-unsur yang ditetapkan oleh politik kriminal atau hukum pidana telah diajukan dan dibuktikan melalui suatu keraguan yang beralasan, bahwa seseorang tidak dibebani tuduhan telah melakukan suatu aksi atau perbuatan yang dapat digolongkan sebagai kejahatan. Dengan demikian kejahatan adalah suatu perbuatan yang disengaja atau suatu bentuk aksi atau perbuatan yang merupakan kelalaian, yang semuanya merupakan pelanggaran atas hukum kriminal (hukum pidana), yang dilakukan tanpa suatu pembelaan atau dasar keberadaan dan diberi sanksi oleh negara sebagai suatu tindak pidana berat atau tindak pelanggaran hukum yang ringan.¹¹

Dari pendapat Sue Titus Reid di atas, tampaklah bahwa ada batas-batas dan pengertian tentang kejahatan yang diberikannya adalah meliputi setiap aksi atau perbuatan yang melanggar Undang-Undang saja, dalam hal ini adalah adalah hukum kriminal atau hukum pidana. Hal yang berbeda dengan batasan dan pengertian Reid tentang kejahatan, datang dari definisi yang

¹¹ Muhammad Kemal Dermawan, *Strategi Pencegahan Kejahatan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2010, hlm. 1.

dikemukakan oleh Herman Mannheim yang mengatakan bahwa batasan kejahatan tidaklah hanya tindakan yang melanggar hukum atau Undang-Undang saja, tetapi juga merupakan tindakan yang bertentangan dengan "*Conduct Norm*", yaitu tindakan-tindakan yang bertentangan dengan norma-norma yang ada dalam masyarakat walaupun tindakan itu belum dimasukkan ataupun diatur dalam Undang-Undang. Dalam kaitannya dengan pengertian tersebut, Mannheim menggunakan istilah "*Morally Wrong*" atau "*Deviant Behaviors*" untuk tindakan yang melanggar dan bertentangan dengan norma-norma sosial, walaupun belum diatur dalam Undang-Undang (hukum pidana), sedangkan istilah "*Legally Wrong*" atau "*Crime*" untuk menunjukkan setiap tindakan yang melanggar Undang – Undang atau hukum pidana.¹²

Lebih lanjut seorang intelektual Islam Zakiah Daradjat mengatakan bahwa kejahatan itu ialah perbuatan dosa, baik dosa besar maupun dosa kecil yang harus dipertanggungjawabkan bukan hanya pada manusia saja juga kepada Allah SWT, dimana perbuatannya tersebut mengganggu kepentingan umum maupun terhadap dirinya sendiri.¹³

Dari definisi di atas memang sulit ditemukan suatu definisi yang sungguh-sungguh memadai kenyataan. Karena para sarjana memberikan definisi tentang kejahatan terhadap pandangan dan selernya masing-masing sesuai dengan objek penelitiannya, hal ini disebabkan masing-masing sarjana hukum terpaku pada pandangannya sendiri, tegasnya para sarjana itu terikat pada alam sekitar dan kebudayaan yang ada ataupun terikat pada situasi yang mengelilinginya.

Kemudian dalam konteks hukum pidana, kejahatan atau pelanggaran diistilahkan dengan tindak pidana sebagai terjemahan dalam bahasa Indonesia dari istilah bahasa Belanda "*Strafbaar Feit*" atau ada yang menyebutkan dengan delik (*delictum*), mengenai yang dimaksud dengan delik adalah perbuatan atau tindakan yang terlarang dan diancam dengan hukuman (pidana) oleh Undang-Undang.¹⁴

Sebenarnya selain istilah tindak pidana banyak lagi beredar istilah delik ini yang dikeluarkan oleh pakar hukum di Indonesia seperti Moeljatno memakai istilah "perbuatan pidana" untuk kata "delik" karena menurut beliau kata "tindak" lebih sempit cakupannya dari pada "perbuatan". Kata "tindak" tidak menunjukkan pada hal yang abstrak seperti perbuatan tetapi hanya keadaan yang konkret dan masih banyak lagi istilah lain seperti E. Utrecht memakai istilah "peristiwa pidana" karena yang ditinjau adalah peristiwa (*feit*) dari segi hukum pidana. Adapun Tirtamidjaja menggunakan istilah "pelanggaran pidana" untuk kata "delik".¹⁵

Namun demikian perbedaan-perbedaan tersebut tidaklah mempunyai arti yang mendasar, menurut penulis pada hakikatnya yang terjadi adalah perbedaan pemakaian kata, sedangkan maksudnya satu sama lain tidaklah beda terlepas dari banyaknya istilah di atas penulis lebih tertarik untuk memakai istilah tindak pidana ataupun perbuatan pidana karena istilah ini yang sering digunakan dalam kehidupan sehari-hari. Di bawah ini penulis terangkan pendapat para ahli mengenai pengertian tindak pidana : Menurut Wirjono Prodjodikoro tindak pidana berarti suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenakan hukuman pidana, dan pelakunya ini dapat dikatakan merupakan subjek tindak pidana.¹⁶

Untuk mengetahui apakah suatu perbuatan itu merupakan tindak pidana atau bukan harus dilihat dulu pada ketentuan hukum pidana yang ada dan berlaku. Seperti yang kita ketahui bersama perumusan dan pengaturan formal tindak pidana ini ada dalam KUHP dan di luar KUHP. Lazimnya yang ada dalam KUHP disebut dengan tindak pidana umum dan di luar KUHP disebut dengan tindak pidana khusus, sehubungan dengan ini, pakar hukum pidana Andi Hamzah menyatakan Perundang-undangan pidana umum tercantum di dalam KUHP dan semua Perundang-undangan yang mengubah dan menambah KUHP misalnya perubahan Pasal 107 KUHP yang menjadi Pasal 107a sampai 107f berdasarkan Undang-Undang No. 27 tahun 1999 tentang Perubahan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang berkaitan dengan Kejahatan Terhadap Keamanan Negara, sedangkan Perundang-undangan pidana khusus ialah perundang-

¹² *Ibid*, hlm. 2.

¹³ A. Qirom Syamsuddin dan E. Sumaryono, *Kejahatan Anak Suatu Tinjauan Dari Psikologi Dan Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 1985, hlm. 5.

¹⁴ Laden Marpaung, *Asas, Teori, Praktek Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm. 6.

¹⁵ *Ibid*, hlm. 7.

¹⁶ Wirjono Prodjodikoro, *Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Penerbit Eresco, Jakarta, 1981, hlm. 50.

undangan diluar KUHP yang mengandung ketentuan pidana.

Di dalam ilmu hukum pidana dikenal dengan istilah delik materiil dengan delik formil, yang dimaksud dengan delik materiil ini adalah delik yang perumusannya menitikberatkan pada akibat yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang dengan kata lain hanya disebutkan rumusan dari akibat perbuatan, misalnya Pasal 338 KUHP tentang menghilangkan nyawa orang lain, yakni perbuatan yang dapat menyebabkan matinya orang lain. Sedangkan dalam delik formil adalah delik yang perumusannya menitikberatkan perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh Undang-Undang, di sini rumusannya dari perbuatan itu jelas.¹⁷

2. Teori Pertanggungjawaban Pidana

Pertanggungjawaban pidana adalah kewajiban terhadap segala sesuatunya fungsi menerima pembebanan sebagai akibat dari sikap tindakan atau pihak lain. Pertanggungjawaban pidana menurut hukum pidana positif yakni dapat di pertanggungjawabkan dari si pembuat, adanya perbuatan melawan hukum, tidak ada alasan pembeda, atau alasan yang menghapuskan pertanggungjawaban bagi si pembuat.¹⁸

Pertanggungjawaban pidana saat ini menganut asas kesalahan sebagai salah satu asas di samping asas legalitas, sedangkan dalam sistem pertanggungjawaban pidana dalam hukum pidana nasional yang akan datang menerapkan asas pidana tanpa kesalahan yang merupakan asas fundamental yang perlu di tegaskan secara eksplisit sebagai pasangan asas legalitas. Syarat-syarat pembedaan adalah sebagai berikut:¹⁹

- a. Perbuatan yang memenuhi rumusan Undang-Undang, bersifat melawan hukum, dan ada sanksi.
- b. Orang, dalam hal ini mengacu kepada kesalahan, meliputi kemampuan bertanggung jawab dan segala (*Dolus/Opzet*) atau Lalai (*Culpa/Alpa*) (tidak ada alasan pemaaf).

Romli Atmasasmita berpendapat bahwa pertanggungjawaban pidana (*criminal liability*) diartikan sebagai suatu kewajiban hukum pidana untuk memberikan pembalasan yang akan

diterima pelaku terkait karena orang lain yang dirugikan. Pertanggungjawaban pidana menurut Roeslan Saleh, menyangkut penerapan pidana karena sesuatu perbuatan yang bertentangan dengan hukum pidana. Dalam konsep rancangan KUHP baru tahun 2012 menegaskan pertanggungjawaban pidana adalah diteruskannya celaan yang objektif ada pada tindak pidana berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku dan secara subjektif kepada pembuat yang memenuhi syarat-syarat dalam peraturan Perundang-undangan untuk dapat dikenai pidana karena perbuatannya itu.²⁰

E. Kerangka Konseptual

1. Perbandingan Hukum adalah suatu disiplin hukum yang bertujuan menemukan persamaan dan perbedaan serta menemukan pula hubungan-hubungan erat diantara berbagai sistem hukum dan konsep-konsepnya serta mencoba untuk menemukan suatu penyelesaian atas masalah-masalah tertentu dalam system hukum dengan tujuan seperti pembaharuan hukum atau unifikasi hukum.²¹
2. Tindak pidana dalam bahasa Belanda disebut dengan istilah strafbaarheit. Menurut Moeljatno tindak pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan yang mana disertai sanksi berupa pidana tertentu bagi barang siapa yang melanggar aturan tersebut.²²
3. Aborsi adalah pengguguran kandungan atau janin atau embrio setelah melebihi masa dua bulan kehamilan. Makna aborsi lebih mengarah kepada suatu tindakan yang disengaja untuk mengakhiri kehamilan seorang ibu ketika janin sudah ada tanda-tanda kehidupan dalam rahim tindakan seseorang dengan tipu muslihat, rangkaian kebohongan, nama palsu dan keadaan palsu dengan maksud menguntungkan diri sendiri dengan tiada hak. Pengertian penipuan sesuai pendapat tersebut di atas tampak secara jelas bahwa yang dimaksud dengan penipuan adalah tipu muslihat atau serangkaian perkataan bohong sehingga

¹⁷ Laden Marpaung. *Op. Cit.*, hlm. 15.

¹⁸ Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1983, hlm. 86.

¹⁹ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, PT. Rineka Cipta, Jakarta, 2003, hlm.165.

²⁰ Irma Setyowati, *Hukum Pidana*, Bumi Aksara, Jakarta, 2000, hlm. 23.

²¹ Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum*, Raja grafindo Persada. Jakarta, 2002, hlm. 10.

²² Evi Hartanti, *Tindak Pidana Korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, hlm. 7.

seseorang merasa terperdaya karena omongan yang seakan-akan benar.²³

4. Sanksi adalah sesuatu yang dianut hukum pidana membedakan hukum pidana dengan bagian hukum yang lain. Hukuman dalam hukum pidana ditujukan untuk memelihara keamanan dan pergaulan hidup yang teratur.²⁴

F. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Jenis penelitian ini normatif yaitu suatu penelitian yang membahas asas-asas hukum, sistematika hukum, taraf sinkronisasi hukum, sejarah hukum dan perbandingan hukum masalah didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku dengan mengutamakan bahan kepustakaan dan implementasinya dalam praktik. Penelitian yang dilakukan penulis merupakan penelitian deskriptif analitis.

2. Sumber Data

Penelitian ini dimaksud untuk mengkaji data sekunder yang terdiri dari :²⁵

a) Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat secara umum (peraturan perundang-undangan) atau mempunyai kekuatan mengikat yang terdiri dari :

- a) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945
- b) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana
- c) Al-Qur'an Surat Al-Maeda ayat 32 dan Surat Al-Isra' ayat 31

b) Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan bahan hukum primer yaitu yang dapat berupa rancangan undang-undang, hasil-hasil penelitian, hasil karya ilmiah dari kalangan hukum, dan lainnya di bidang hukum dan bidang-bidang yang terkait dengan permasalahan yang diteliti yaitu tentang adopsi anak yang diperoleh melalui studi kepustakaan.

c) Bahan hukum tersier

Yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, kamus (hukum) dan ensiklopedia.²⁶

2. Teknik Pengumpulan Data

²³ *Ibid*, hlm. 23.

²⁴ Laden Marpaung, *Op.cit.*, hlm. 105.

²⁵ Ronny Hanitijio, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994, hlm. 11.

²⁶ *Ibid*, hlm. 30-32.

Alat pengumpulan data yang digunakan untuk memperoleh bahan-bahan yang diperlukan untuk penyusunan skripsi ini menggunakan studi kepustakaan yaitu Kepustakaan. Kepustakaan adalah pencarian data, naskah-naskah, dokumen-dokumen, atau informasi yang berkaitan dengan penelitian yang penulis lakukan.

3. Analisis Data

Teknik analisa data yang digunakan dalam penelitian ini adalah analisa secara *kualitatif* yaitu uraian-uraian yang dilakukan peneliti terhadap data yang terkumpul, uraian-uraian ini berupa kalimat yang tersusun secara sistematis sesuai dengan permasalahan yang dibahas. Dengan kata lain terhadap data-data yang dapat ditabulasikan maka penulis sajikan dalam bentuk tabel, sedangkan data yang tidak dapat ditabulasikan penulis sajikan kedalam bentuk uraian-uraian dengan diberi penjelasan. Selanjutnya data-data tersebut dianalisis dengan cara membandingkan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan dengan teori-teori hukum sehingga tampak persesuaian atau perbedaan antara keduanya, kemudian penulis menarik permasalahan pokok dan menarik kesimpulan secara *deduktif* yaitu dengan menghubungkan hal-hal yang bersifat umum kepada hal-hal yang bersifat khusus berdasarkan peraturan Perundang-Undang yang berlaku.

II. PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Perbandingan Pengaturan Tindak Pidana Aborsi Menurut Hukum Positif di Indonesia dan Menurut Hukum Islam

Indonesia merupakan negara yang beragama, mayoritas masyarakatnya adalah muslim. Nilai-nilai dan aturan keagamaan kerap untuk dijadikan sebagai pertimbangan dalam memandang sesuatu di Indonesia walaupun pasti ada perbedaan-perbedaan pandangan di dalam masyarakatnya. Untuk itu penulis akan membandingkan antara hukum pidana positif dan hukum Pidana Islam. Yang mana sudah disebutkan bahwa masyarakat mayoritas memeluk agama muslim. Membandingkan hukum pidana positif dan hukum pidana Islam bukanlah hal yang mudah, karena keduanya mempunyai konsep yang berbeda, namun dalam sisi lain terdapat pula persamaannya. Kesamaan hukum pidana positif dan hukum pidana Islam dalam menetapkan tindak pidana dan hukumannya, yaitu dari segi tujuannya.

Keduanya sama-sama bertujuan memelihara kepentingan dan ketentraman masyarakat serta menjamin kelangsungan hidupnya. Aborsi ini biasanya dilakukan karena adanya penyelewengan hal ini disebabkan banyaknya faktor yang memaksa pelaku dalam masyarakat untuk melakukan hal tersebut. Pelaku merasa tidak mempunyai pilihan lain yang lebih baik selain melakukan tindakan yang tidak sesuai dengan hukum dan moral yaitu melakukan aborsi. Inilah faktor yang mempengaruhi wanita untuk melakukan aborsi :

- a. Kehamilan yang terjadi akibat hubungan diluar pernikahan. Pergaulan bebas dikalangan anak muda yang belum begitu mengenal arti pergaulan bebas yang aman, kesadaran yang amat rendah tentang kesehatan. Hamil di luar nikah jelas merupakan suatu aib bagi wanita yang bersangkutan, keluarganya maupun masyarakat pada umumnya. Masyarakat tidak menghendaki kehadiran anak haram seperti itu didunia. Akibat adanya tekanan psikis yang diderita wanita hamil maupun keluarganya, membuat mereka mengambil jalan pintas untuk menghilangkan penyebab aib tadi, yakni dengan cara menggugurkan kandungan.
- b. Faktor ekonomi, kondisi masyarakat yang miskin jasmani maupun rohani biasanya menimbulkan permasalahan yang cukup kompleks. Karena terhimpit kemiskinan itulah mereka tidak sempat memperhatikan hal-hal lain dalam kehidupan mereka yang bersifat sekunder, kecuali kebutuhan utamanya mencari nafkah. Banyak pasangan usia subur miskin kurang memperhatikan masalah-masalah reproduksi. Mereka tidak menyadari kalau usia subur juga menimbulkan problem lain tanpa alat-alat bukti kontrasepsi. Kehamilan yang terjadi kemudian tidak diinginkan oleh pasangan yang bersangkutan dan diusahakan untuk digugurkan dengan alasan mereka sudah tidak mampu lagi membiayai seandainya anggota mereka bertambah banyak.
- c. Alasan belum mampu punya anak, banyak pasangan-pasangan muda yang tergesa-gesa menikah tanpa persiapan terlebih dahulu. Lahirnya anak tentu saja akan memperberat tanggung jawab orang tua yang masih kerepotan mengurusnya hidupnya sendiri. Jika terlanjur hamil dan betul-betul tidak ada

persiapan untuk menyambut kelahiran sang anak, mereka dapat menempuh jalan pintas dengan cara menggugurkan kandungannya.

- d. Kehamilan akibat perkosaan. Perkosaan adalah pemaksaan hubungan (persetubuhan) seorang pria kepada seorang wanita. Konsekuensi logis dari adanya perkosaan adalah terjadinya kehamilan. Kehamilan pada korban ini oleh seorang wanita korban perkosaan yang bersangkutan maupun keluarganya jelas tidak diinginkan. Pada kasus seperti ini, selain trauma pada perkosaan itu sendiri, korban perkosaan juga mengalami trauma terhadap kehamilan yang tidak diinginkan.

Maka pengaturan hukum tentang aborsi di Indonesia terdapat 2 (dua) aturan hukum yang mengaturnya, yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan. Disahkannya Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan yang menggantikan undang-undang kesehatan sebelumnya yaitu Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992, maka permasalahan aborsi memperoleh legitimasi dan penegasan.

Dalam kitab Undang-Undang hukum pidana Indonesia melarang aborsi dan sanksi hukumnya cukup berat. Hukumnya tidak hanya ditujukan kepada wanita yang bersangkutan tetapi kepada semua pihak yang terlibat dalam kejahatan itu. Tindakan aborsi menurut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana di Indonesia dikategorikan sebagai tindakan kriminal atau dikategorikan sebagai kejahatan terhadap nyawa. Beberapa pasal dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang mengatur tentang Aborsi (*Abortus Provocatus*).

Pasal 229 (1) Barang siapa dengan sengaja mengobati serang wanita atau menyuruhnya supaya diobati, dengan diberitahukan atau ditimbulkan harapan, bahwa karena pengobatan itu hamilnya dapat digugurkan, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun atau denda paling banyak tiga ribu rupiah. (2) Jika yang bersalah, berbuat demikian untuk mencari keuntungan, atau menjadikan perbuatan tersebut sebagai pencarian atau kebiasaan, atau jika dia seorang tabib, bidan atau juru obat, pidananya dapat ditambah sepertiga. (3) Jika yang bersalah, melakukan kejahatan tersebut, dalam menjalani pencarian maka dapat dicabut haknya untuk melakukan pencarian itu.

Pasal 314 “Seorang ibu yang, karena takut akan ketahuan melahirkan anak, pada saat anak dilahirkan atau tidak lama kemudian, dengan sengaja merampas nyawa anaknya, diancam, karena membunuh anak sendiri, dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun.

Pasal 342 “Seorang ibu yang, untuk melaksanakan niat yang ditentukan karena takut akan ketahuan bahwa akan melahirkan anak, pada saat anak dilahirkan atau tidak lama kemudian merampas nyawa anaknya, diancam, karena melakukan pembunuhan anak sendiri dengan rencana, dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun. Sanksi pidana di dalam KUHP untuk praktik aborsi pun dinyatakan secara tegas untuk bidan atau dokter yang membantu melakukan kejahatan ini. (Pasal 346, 347, 348, dan 349) Pidana yang ditentukan dalam pasal itu dapat ditambah dengan sepertiga dan dapat dicabut hak untuk menjalankan pencaharian dalam mana kejahatan dilakukan.

Undang-undang kesehatan tersebut dengan jelas melarang aborsi kecuali indikasi kedaruratan medis dan kehamilan akibat perkosaan yang menyebabkan trauma pada korban, yang juga ditetapkan tentang kehamilan yang boleh di aborsi, sekaligus syarat-syarat yang harus dipenuhi, bagi yang tidak di memenuhi ketentuan-ketentuan Pasal 75 dan 76 Undang-Undang Kesehatan maka dikenakan sanksi yang berat.

Bedasarkan data yang diperoleh penulis menganalisis bahwa dapat dikatakan aborsi dalam hukum pidana positif merupakan suatu kejahatan. Dengan melihat Pasal 75 tampaklah bahwa dengan jelas Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan melarang aborsi kecuali untuk jenis *abortus provocatus medicalis* yaitu aborsi yang dilakukan untuk menyelamatkan jiwa si ibu atau janinnya dan kehamilan yang disebabkan pemerkosaan yang menimbulkan trauma psikolog pada korban apabila dia tahu bahwa korban sedang hamil tanpa adanya seorang suami.

Pasal 76 butir b bahwa yang berwenang melakukan aborsi adalah tenaga kesehatan yang memiliki keterampilan dan kewenangan yang memiliki sertifikat yang ditetapkan oleh Menteri. Undang-Undang Kesehatan tidak semua dokter boleh melakukan aborsi. Syarat lainnya disebutkan dalam butir e, yakni penyedia layanan kesehatan yang memenuhi syarat yang ditetapkan oleh Menteri.

Menindak lanjuti Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan dikeluarkanlah Peraturan Pemerintah Nomor 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi yang menjelaskan bahwa aborsi tidak diperbolehkan begitu saja dilakukan. Peraturan Pemerintah ini mengatur aborsi yang dapat dilakukan karena indikasi kedaruratan medis dan korban pemerkosaan yang mengakibatkan trauma psikologi. Dalam keadaan tertentu aborsi dapat dilakukan dengan alasan yang terdapat dalam Pasal 32 sampai Pasal 34.

Aborsi dalam konstruksi yuridis peraturan perundang-undangan di Indonesia adalah tindakan menggugurkan atau mematikan kandungan yang dilakukan dengan sengaja oleh seorang wanita atau orang yang disuruh melakukan itu. Wanita hamil dalam hal ini adalah wanita yang hamil atas kehendaknya ingin menggugurkan kandungannya, sedangkan tindakan yang menurut KUHP dapat disuruh untuk lakukan itu adalah tabib, bidan atau juru obat.

KUHP mengatur berbagai kejahatan maupun pelanggaran, kejahatan yang diatur di dalam KUHP adalah masalah *Abortus Criminalis*. Ketentuan mengenai *Abortus Criminalis* dapat dilihat dalam Pasal 299, Pasal 346 sampai dengan Pasal 349. Ketentuan mengenai aborsi dapat dilihat BAB XIX Buku ke II KUHP tentang kejahatan terhadap jiwa (khususnya Pasal 346–349).

Aborsi yang diatur dalam KUHP Pasal 346 merupakan kejahatan terhadap nyawa. Dalam Pasal ini aborsi dilarang oleh hukum dan tidak ada pengecualian atau alasan apapun yang memperbolehkan aborsi tersebut dilakukan. Dalam Pasal 349 hukuman yang diberikan tidak hanya kepada wanita yang hamil saja yang ingin menggugurkan kandungannya tetapi juga diberikan pada pihak-pihak yang membantu dalam hal itu.

Aborsi merupakan salah satu masalah Dunia Barat, yang muncul akibat kejahatan moral masyarakatnya, banyaknya kelahiran ilegal karena perbuatan zina yang tidak terhitung lagi, serta membudayanya pergaulan bebas di luar nikah. Persentase kelahiran ilegal tersebut menurut media massa barat bahkan telah mencapai 45% dari seluruh kelahiran. Persentase ini terkadang naik dan terkadang turun. Di beberapa negara Barat prosentasenya bahkan telah mencapai 70%. Lantas apa hukum aborsi dalam pandangan Islam.

Aborsi merupakan suatu pembunuhan hak hidup seorang manusia dan merupakan suatu dosa

besar. Merujuk pada ayat-ayat Al-Quran yaitu pada Surat Al Maidah ayat 32, setiap muslim meyakini bahwa siapapun membunuh manusia, hal ini merupakan membunuh semua umat manusia. Selanjutnya Allah juga memperingatkan bahwa janganlah kamu membunuh anakmu karena takut akan kemiskinan atau tidak mampu membesarkannya secara layak.

Islam juga mengharamkan apabila aborsi yang dilakukan terhadap kandungan yang usianya sudah lama, yang usianya sudah 120 hari. Melakukan aborsi bagi janin yang sudah berusia 120 hari. Karena diperkirakan bahwa janin sudah bernyawa, sudah mempunyai denyut nadi dan sudah berbentuk menyerupai manusia. Pembunuhan janin setelah ditiupkannya ruh dan usianya mencapai 120 hari dianggap sebagai tindakan kejahatan pembunuhan.

Sedangkan dalam hukum pidana Islam aborsi itu perbuatan yang diharamkan. Dalam Al-Quran Surat Al-Isra' melarang membunuh anak-anakmu karena takut miskin dan dengan alasan apapun. Islam tidak pernah menyulitkan setiap umatnya dengan itu dibuatlah pengaturan tentang aborsi oleh Fatwa Majelis Ulama Indonesia yang menghalalkan aborsi dengan adanya *udzur*. Tetapi dalam pengaturannya di Provinsi Aceh yang sudah menjalankan syariat Islam tetap saja menggunakan hukum positif karena di dalam Qanun Aceh aborsi belum diatur.

Pandangan aborsi dalam hukum Islam dan hukum positif Indonesia sangatlah berbeda. Dalam pandangan hukum Islam aborsi merupakan hal yang sangat dilarang dan haram hukumnya karena seperti membunuh semua manusia dan sanksinya adalah mendapat dosa yang sangat besar dari Allah swt.. Sedangkan dalam pandangan hukum positif Indonesia, aborsi merupakan suatu tindakan yang membunuh dan menghilangkan hak hidup seorang manusia yang disengaja dan secara paksa. Sanksi yang diberikan pun sangat berat yaitu berupa kurungan penjara hingga beberapa tahun.

Atau dengan kata lain perbedaan itu dapat dilihat dari penerapan sanksi terhadap tindak pidana aborsi dalam hukum pidana positif Indonesia dan Hukum Pidana Islam ialah dari sisi hukum positif dalam ancaman pidana aborsi yang diberikan ialah pidana penjara paling lama 10 tahun atau pidana denda sebanyak-banyaknya Rp. 1.000.000.000, -Pasal 194 Undang-Undang Kesehatan Nomor 36 Tahun 2009 Peraturan Pemerintah Nomor 61 Tahun 2014 tentang

Kesehatan Reproduksi Pasal 32 dan Pasal 34 yang memperbolehkan aborsi apabila dalam keadaan darurat dan ancaman pidana dalam KUHP Pasal 346 yaitu pidana penjara paling lama empat tahun.

Sedangkan dalam hukum Islam aborsi dapat dikategorikan sebagai Kejahatan Hudud, Kejahatan Hudud adalah kejahatan yang diancam hukuman had, yaitu hukuman yang telah ditentukan kualitasnya oleh Allah SWT dan Rasulullah SAW dengan demikian hukuman tersebut tidak mempunyai batas minimum dan maksimum, dan dikenakan Ghurrah yaitu membayar emas seberat 212,5 gram atau uang senilai 212,5 gram emas.

Apabila tidak mampu untuk membayar Ghurrah dapat diganti yaitu pelaku aborsi dikenakan kaffarah dengan berpuasa selama dua bulan berturut-turut atau memberi makan 60 orang miskin. Dalam surah An-Nisaa ayat 93 menyebutkan "Dan baragsiapa yang membunuh mukmin dengan sengaja maka balasannya ialah Jahannam kekal ia di dalamnya dan Allah murka kepadanya, dan Mengutukinya serta menyediakan azab yang besar baginya". Pelaku aborsi dikenakan sanksi yang ditentukan oleh hakim putusannya sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang disebut jarimah Tak'zir.

Dengan kata lain perbedaannya berdasarkan data yang diperoleh dapat dianalisis bahwa perbedaan dari keduanya, jika hukum pidana positif di dalam undang-undang memberikan pengecualian terhadap aborsi. Hukuman yang diberikan oleh hukum pidana positif mempunyai porsinya adanya batas minimum dan maksimum sesuai dengan kejahatan yang dilakukannya yaitu berupa hukuman denda atau kurungan penjara.

Sedangkan dalam hukum pidana Islam aborsi diharamkan dengan alasan apapun tidak ada pengecualian. Karena Allah SWT yang dapat mengambil jiwa-jiwa yang Dia kehendaki. Dalam hukumannya tidak mempunyai batas minimum atau maksimum. Hukuman yang diberikan menekankan pertanggungjawaban pelaku kepada Allah SWT. Khusus untuk kejahatan aborsi hukuman yang diberikan berupa hukuman denda.

B. Idealnya Aborsi Tindak Pidana Korban Perkosaan Selama Ini Menurut Hukum Positif di Indonesia dan Hukum Islam.

Kehamilan tidak dikehendaki khususnya korban perkosaan, pada dasarnya membawa akibat buruk, selain korban mengalami trauma yang panjang bahkan seumur hidup, dia tidak

dapat melanjutkan pendidikan, tidak dapat bersosialisasi dengan lingkungannya. Begitu juga jika anaknya lahir, masyarakat tidak siap menerima kehadirannya bahkan mendapat stigma sebagai anak haram yang tidak boleh bergaul dengan anak-anak lain di lingkungannya serta menerima perlakuan negatif lainnya.

Sementara jika digugurkan (aborsi), selain tidak ada tempat pelayanan yang aman dan secara hukum dianggap sebagai tindakan kriminal, pelanggaran norma agama, susila dan sosial. Dalam memandang bagaimana kedudukan hukum aborsi di Indonesia sangat perlu dilihat kembali apa yang menjadi tujuan dari perbuatan aborsi tersebut. Sejauh ini, persoalan aborsi pada umumnya dianggap oleh sebagian besar masyarakat sebagai tindak pidana. Namun, dalam hukum positif di Indonesia, tindakan aborsi pada sejumlah kasus tertentu dapat dibenarkan apabila merupakan aborsi provokatus medikalis. Sedangkan aborsi yang digeneralisasi menjadi suatu tindak pidana lebih dikenal sebagai abortus provokatus criminalis.

Di dalam kitab undang-undang Hukum Pidana (KUHP) adapun ketentuan yang berkaitan dengan soal aborsi dan penyebabnya dapat dilihat pada KUHP Bab XIX Pasal 229, 346, 347, 348, 349 Yang memuat jelas larangan dilakukannya aborsi²⁷.

Sedangkan dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 36 tahun 2009 tentang Kesehatan mengatur ketentuan aborsi dalam Pasal 76, 77, 78 terdapat perbedaan antara KUHP dengan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan dalam mengatur masalah aborsi. KUHP dengan tegas melarang aborsi dengan alasan apapun, sedangkan Undang-Undang kesehatan memperbolehkan aborsi atau indikasi kedaruratan medis maupun karena adanya perkosaan .

Cara pandang dari pembuat Undang-Undang dan masyarakat yang sempit juga mengakibatkan terabaikannya hak asasi wanita di negara ini. Ini berarti bahwa penderitaan yang dialami kaum wanita tetap merupakan suatu dilema yang tidak terjangkau oleh hukum dan tidak terpecahkan secara sosial. Padahal kita ketahui bahwa perkembangan-perkembangan dalam cara pandang dan berfikir masyarakat, khususnya praktisi hukum dan para dokter dapat berupa pendorong untuk mengadakan reformasi

hukum, dalam hal perundang-undangan mengenai abortus. Tetapi apakah menjadi kendala bagi masyarakat dalam menyatukan pandangan untuk mewujudkan aspirasi mereka ke dalam suatu bentuk perundang-undangan yang konkrit.

Dalam KUHP ini tidak diberikan penjelasan mengenai pengertian kandungan itu sendiri dan memberikan arti yang jelas mengenai aborsi dan membunuh (mematikan) kandungan. Dengan demikian kita mengetahui bahwa KUHP hanya mengatur mengenai *aborsi provocatus kriminalis*, dimana semua jenis aborsi dilarang dan tidak diperbolehkan oleh undang-undang apapun alasannya.

Pengaturan *aborsi provocatus* di dalam KUHP yang merupakan warisan zaman belanda bertentangan dengan landasan dan politik hukum yaitu “melindungi segenap bangsa Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan pancasila dan UUD 1945 karena melarang *aborsi provocatus* tanpa pengecualian”. Hal ini dirasa sangat memberatkan kalangan medis yang terpaksa harus melakukan aborsi provokatus untuk menyelamatkan jiwa si ibu yang selama ini merupakan pengecualian diluar perundang-undangan. Contohnya adalah berlakunya Pasal 349 KUHP, jika pasal ini diterapkan secara mutlak, maka para dokter, bidan, perawat, dan tenaga medis lainnya dapat dituduh melanggar hukum dan mendapat ancaman pidana penjara. Padahal bisa saja mereka melakukan *aborsi provocatus* untuk menyelamatkan nyawa sang ibu. Oleh karena itu dibutuhkan untuk suatu peraturan perundang-undangan yang baru yang mengandung aspek perlindungan hukum yang tinggi bagi para tenaga medis dalam menjalankan kewajibannya. Kebutuhan akan peraturan perundang-undangan baru tersebut dipenuhi dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang kesehatan pengganti Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992.

Pada perkembangannya peraturan mengenai *aborsi provocatus* atau *aborsi kriminalis* dapat dijumpai dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan. Jika pada Pasal 299 dan 346-349 KUHP tidak ada diatur masalah *aborsi provocatus medicalis*. Apabila ditelaah lebih jauh, kedua peraturan tersebut berbeda satu sama lain. KUHP mengenal larangan *aborsi provocatus* tanpa kecuali, termasuk *aborsi provocatus medicalis* atau *aborsi provocatus therapeuticus*. Tetapi Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 justru memperbolehkan

²⁷ <http://D.M.Purba.blogspot.com/2011/07/abortus> dan Undang-undang abortus, RS. Dr. Pringadi diakses 07 November 2017 Pukul 21.00.

terjadi *aborsi provocatus medicalis* dengan spesifikasi *therapeutics*. Dalam konteks hukum pidana, terjadilah perbedaan antara peraturan perundang-undangan yang lama (KUHP) dengan peraturan perundang-undangan yang baru. Padahal peraturan perundang-undangan disini berlaku asas "*lex posteriori derogat legi priori*".

Asas ini beranggapan bahwa jika diundangkan peraturan baru dengan tidak mencabut peraturan lama yang mengatur materi yang sama dan keduanya saling bertentangan satu sama lain, maka peraturan yang baru itu mengalahkan atau melumpuhkan peraturan yang lama. Dengan demikian, Pasal 75 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan yang mengatur tentang *aborsi provocatus medicinalis* tetap dapat berlaku di Indonesia meskipun sebenarnya aturan berbeda dengan rumusan *aborsi provocatus criminalis* menurut KUHP. Berlakunya *Asas Lex posteriori derogat legi priori* sebenarnya merupakan salah satu upaya pemerintah untuk mengembangkan hukum pidana Indonesia.

Suatu hal yang merupakan kelebihan dari asal-pasal *aborsi provocatus* Undang-Undang Nomor 36 tahun 2009 tentang Kesehatan adalah ketentuan pidananya. Ancaman pidana yang diberikan terhadap pelaku *aborsi provocatus criminalis* jauh lebih berat dari pada ancaman pidana sejenis KUHP. Dalam Pasal 194 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, pidana yang diancam adalah pidana penjara paling lama 10 tahun.

Dan pidana denda paling banyak Rp.1.000.000.000.000,- (satu milyar). Sedangkan dalam KUHP, Pidana yang diancam paling lama hanya 4 tahun penjara atau denda paling banyak tiga ribu rupiah (Pasal 299 KUHP), paling lama empat tahun penjara (Pasal 346 KUHP), Paling lama dua belas tahun penjara (Pasal 347 KUHP), dan paling lama lima tahun enam bulan penjara (Pasal 348 KUHP).

Ketentuan pidana mengenai *aborsi provocatus criminalis* dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan dianggap bagus karena mengandung umum dan prevensi khusus untuk menekan angka kejahatan *aborsi criminalis*. Dengan merasakan ancaman pidana yang demikian beratnya itu, diharapkan para pelaku *aborsi criminalis* menjadi jera dan tidak mengulangi perbuatannya, dalam dunia hukum hal ini disebut sebagai prevensi khusus, yaitu usaha pencegahannya agar pelaku *aborsi*

provocatus criminalis tidak lagi mengulangi perbuatannya.

Sedangkan prevensi umumnya berlaku bagi warga masyarakat karena mempertimbangkan baik-baik sebelum melakukan *aborsi* daripada terkena sanksi pidana yang amat berat tersebut. Prevensi umum dan prevensi khusus inilah yang diharapkan oleh para pembentuk Undang-Undang dapat menekan seminimal mungkin angka kejahatan *aborsi provocatus* di Indonesia.

Dalam merumuskan ancaman pidananya, pembentuk undang-undang hanya memberi batasan maksimal, yaitu paling lama 10 tahun dan denda paling banyak Rp.1.000.000.000.000,- (satu miliar rupiah). Dengan demikian, seorang pelaku *aborsi provocatus criminalis* yang terbukti bersalah di muka pengadilan dapat dijatuhi pidana seringan-ringannya, misalnya misalnya pidana kurungan bulan dan denda Rp.10.000,- (sepuluh ribu rupiah). Inilah kelemahan yang mendasar pada ketentuan pidana *aborsi provocatus criminalis* dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan. Dikatakan mendasar, karena tujuan utama para pembentuk undang-undang semula untuk mengadakan prevensi khusus dan prevensi umum terhadap *aborsi provocatus criminalis* belum mencapai hasil yang maksimal karena dalam sanksi pidananya tidak ditentukan batas minimal khusus.

Dari sudut hukum Islam, larangan *aborsi* ini telah dijelaskan baik dalam al-Qur'an maupun hadist Nabi. Namun larangan ini tidak mutlak keharamannya, karena para fuqaha terlebih dahulu melihat situasi dan kondisi serta alasan dilakukannya *aborsi* (pengguguran janin). Sehingga hukum *aborsi* sewaktu-waktu bisa menjadi mubah jika dilihat dari alasan pelaksanaannya, misalnya untuk menyelamatkan nyawa si ibu yang mengalami gangguan janin. Selain itu, dalam menetapkan keharamannya para fuqaha' juga berselisih pendapat dari segi janin sebelum dan sesudah peniupan roh.

Bukan lagi suatu rahasia bahwa pandangan ulama kita tentang isu *aborsi* tidak tunggal. Tetapi ketika difatwakan bahwa *aborsi* adalah haram terkecuali hanya untuk menyelamatkan nyawa ibu, selain itu belum ada keseriusan lebih lanjut, khususnya dalam kaitannya dengan hak kesehatan reproduksi perempuan yang mencakup sehat fisik, mental dan sosial, maka umat Islam, khususnya perempuan, dihadapkan pada pilihan yang sangat sulit, tidak ada pilihan lain kecuali menerima dan

menyesuaikan diri pada fatwa tersebut. kemudian dalam akhir tahun 2005 muncul fatwa MUI bahwa aborsi sebagai akibat perkosaan diperbolehkan yang merupakan contoh bahwa fatwa tentang aborsi akibat perkosaan diperbolehkan dengan syarat ada indikasi dari dokter ahli serta kehamilan tersebut tidak melebihi umur empat puluh hari setelah berhentinya haid.

Para ulama sepakat untuk mengharamkan pengguguran yang dilakukan pada waktu janin sudah diberi nyawa (nafkh al-ruh). Perbuatan ini dipandang sebagai tindak pidana (jarimah) yang tidak halal dilakukan oleh seorang muslim. Namun pada tahap sebelum pemberian nyawa (qabla nafkh al-ruh), para ulama memberikan pandangan berbeda. Dalam pandangan tersebut dapat diklasifikasikan dalam tiga golongan. Pertama, golongan yang mengharamkan pengguguran pada setiap tahap- tahap pertumbuhan janin sebelum diberi nyawa (al-nutfah, al-alaqah, dan al-mudghah). Kedua, golongan yang membolehkan menggugurkan pada salah satu tahap dan melarang pada tahap-tahap yang lain, atau melarang pada salah satu tahap dan membolehkan pada tahap-tahap lainnya. Ketiga, golongan yang membolehkan menggugurkan pada setiap tahap dari tahap-tahap sebelum pemberian nyawa (al-nutfah, al-alaqah, dan al-mudghah).

Jadi pada dasarnya untuk aborsi yang dilakuka korban perkosaan sudah ideal dan juga sudah diatur oleh hukum positif Indonesia sedangkan hukum Islam juga diijikan dengan syarat harus sebelum 40 hari umurnya maka aborsi diperbolehkan.

III. PENUTUP

Berdasarkan uraian dan analisis terhadap permasalahan yang diteliti maka dapat ditarik kesimpulan dan saran sebagai berikut :

A. Kesimpulan

1. Perbandingan pengaturan tindak pidana aborsi menurut Hukum Positif di Indonesia dan Hukum Islam ialah dilihat dari hukum pidana positif aborsi itu dikategorikan sebagai tindak pidana mengacu pada Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), dan Peraturan Pemerintah Tentang Kesehatan Reproduksi. KUHP secara tegas menyebutkan aborsi pelanggaran hukum dan tindak pidana sesuai Pasal 346 KUHP dan tidak ada terkecuali nya, Undang-Undang Kesehatan Pasal 75, segi hukum

Islam aborsi dalam Al-Qur'an pada Surat An-Nisa' ayat 93, surat Al-Isra' ayat 31, Hadist Muttafaq'alah , dan Ijma' yaitu Fatwa MUI Nomor 4 Tahun 2005 mengatur tentang aborsi. Dalam hukum Islam aborsi haram hukumnya karena seperti membunuh manusia dan sanksinya mendapat dosa sangat besar dari Allah SWT kecuali yang belum berumur 40 hari dan untuk alasan medis.

2. Idealnya aborsi tindak pidana korban perkosaan selama ini menurut Hukum Positif di Indonesia dan Hukum Islam bahwa Hukum Positif Indonesia memberikan perlindungan hukum terhadap tindakan abortus provocatus pada korban perkosaan dengan beberapa persyaratan sebagai alasan medis seperti Pasal 75 ayat (3), 76 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009. Revisi Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan aborsi diperbolehkan tidak hanya terbatas alasan medis untuk menyelamatkan nyawa ibu keadaan darurat saja, tetapi juga kehamilan akibat perkosaan dan incest, perempuan hamil mengidap gangguan jiwa berat, dan janin mengalami cacat bawaan berat. Hukum Islam tidak mengizinkan aborsi, tetapi melihat pengaruh psikologi yang diderita wanita korban perkosaan begitu berat, maka pertimbangan berdasarkan kaidah fikiyah, aborsi akibat perkosaan bisa dibenarkan dengan alasan dan catatan aborsi adanya indikasi kedaruratan medis dan kehamilan karena perkosaan, aborsi boleh dilakukan sebelum kandungan berusia 40 hari dihitung dari terakhir mengalami haid.

B. Saran

1. Masyarakat dapat sadar bahwa ada hukum Allah yang berlaku dimanapun itu, dan lembaga hukum di Indonesia agar lebih mempertegas peraturan-peraturan melalui perundang-undangan sehingga tindak pidana aborsi tidak disalahgunakan untuk kepentingan pihak tertentu
2. Perlu kerjasama antara penegak hukum yakni pihak kepolisian, kejaksaan dan para hakim dengan pihak dokter forensik dan juga peran aktif masyarakat dalam menangani kasus abortus criminalis selain itu juga perlu diharapkan dalam pergaulan sehari-hari, masyarakat untuk tidak secara

langsung dan nyata memusuhi wanita yang hamil diluar nikah. Karena hal ini dapat menyebabkan wanita yang bersangkutan frustrasi sehingga mendorong dirinya untuk melakukan tindakan pengguguran kandungan.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Andi Hamzah, 2004, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta.
- Evi Hartanti, 2012, *Tindak Pidana Korupsi*, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta.
- Irma Setyowati, 2000, *Hukum Pidana*, Bumi Aksara, Jakarta.
- Laden Marpaung, 2005, *Asas, Teori, Praktek Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Moeljatno, 1983, *Perbuatan Pidana dan Pertanggung jawaban Pidana*, Bina Aksara, Jakarta.
- Moeljatno, 2003, *Asas-Asas Hukum Pidana*, PT.Rineka Cipta, Jakarta.
- Muhammad Kemal Dermawan, 2010, *Strategi Pencegahan Kejahatan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- PaulinusSoge, 2014, *Hukum Aborsi; Tiinjauan Politik Hukum Pidana Terhadap Perkembangan Hukum Aborsi di Indonesia*, UAJY, Yogyakarta.
- PipinSyarifin, 2000, *Hukum Pidana di Indonesia*, Pustaka Setia, Bandung.
- Romli Atmassmita, 2002, *Perbandingan Hukum*. Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Ronny Hanitijio, 1994, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Satjipto Rahardjo, 2000, *Ilmu hukum*, Citra adityabakti. Bandung.
- Sholehuddin, 2000, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana, Ide Dasar Double Track System dan Implikasinya*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Soedarto,1990, *Hukum Pidana Jilid IA*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.
- Sofjan Sastrawidjaja, 1995, *Hukum Pidana, Asas Hukum Pidana Sampai Dengan Alasan Peniadaan Pidana, Dalam Pertanggung jawaban Presiden Republik Indonesia Menurut Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, Sriwiiaya, Palembang.

Wirjono Prodjodikoro, 1981, *Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Eresco, Jakarta.

B. Perundang-undangan

- Undang-UndangDasarRepublik Indonesia Tahun 1945
- KitabUndang-UndangHukumPidana
- Undang-UndangNomor 36 tahun 2009 tentang Kesehatan, Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 144, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5063

C. Website/Jurnal

- Cucu Solihah & Trini Handayani, *Kajian Terhadap Tindakan Atas Jiwa Dan Bukan Jiwa (Aborsi) Menurut Hukum Pidana Islam Dan Hukum Kesehatan*. Jurnal Hukum FH UNSUR. Cianjur. 2008
- Genevieve Pinet, 1998, *Health Challenges of The 21st Century a Legislative Approach to Health Determinants*, Artikel dalam International Digest of Health Legislations, Vol 49 No. 1, 1998, Geneve.
- Roscam Abing, 1998, *Health, Human Rights and Health Law The Move Towards Internationalization With Special Emphasis on Europe* dalam Journal International Digest of Health Legislations, Vol 49 No. 1, 1998.
- Kontroversi dibalik upaya penghentian kehamilan, dalam *Medika* Jurnal Kedokteran dan Farmasi, No. 2 Tahun XXIII, Februari 1957
- <https://onmedik.wordpress.com/2007/11/17/aborsi,diakses> tanggal 12 September 2017, Hari Selasa, Pukul 15.00 WIB.
- <http://www.ose003.blogspot.com>, diakses, tanggal 2 Januari 2017, Hari Senin, Pukul 11.00 WIB.
- Zulfahmi Alwi, *Abortus Dalam Pandangan Hukum Islam*, Hunafa Jurnal Studia Islamika Volume 10 , 2 Desember 2013, Makassar