

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Tentang Aborsi

1. Pengertian Aborsi dan Jenis-jenisnya

Secara umum istilah aborsi diartikan sebagai pengguguran kandungan, yaitu dikeluarkannya janin sebelum waktunya, baik itu secara sengaja maupun tidak. Biasanya dilakukan saat janin masih berusia muda (sebelum bulan ke empat masa kehamilan).²³ Secara medis, aborsi adalah berakhir atau gugurnya kehamilan sebelum kandungan mencapai usia 20 minggu, yaitu sebelum janin dapat hidup di luar kandungan secara mandiri.²⁴ Istilah aborsi atau *abortus* secara kebahasaan berarti keguguran kandungan, pengguguran kandungan, atau membuang janin. Dalam istilah hukum, berarti pengeluaran hasil konsepsi dari rahim sebelum waktunya (sebelum dapat lahir secara alamiah).²⁵

Tindakan aborsi mengandung risiko yang cukup tinggi, apabila dilakukan tidak sesuai standar profesi medis. Menggugurkan kandungan atau dalam dunia kedokteran dikenal dengan istilah *abortus*. Berarti pengeluaran hasil konsepsi (pertemuan sel telur dan sel sperma) sebelum janin dapat hidup di luar kandungan. Ini adalah suatu proses pengakhiran hidup dari janin sebelum diberi kesempatan

²³<http://www.lbh-apik.or.id/fact-32.htm> (diakses pada tanggal 16 september 2014 pukul 17:00 WIB)

²⁴Eny Kusmiran, S.Kp., M.Kes. *Op.cit.* Hlm.49.

²⁵ Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, cet. I (Jakarta: PT. Ikhtisar Baru Van Hoev, 1996), hlm. 7.

untuk bertumbuh. Dari segi medis menurut Sofowean aborsi atas indikasi medis disebut juga aborsi terapeutik, yaitu aborsi yang dilakukan sebelum janin mampu hidup demi untuk kesehatan ibu:

- 1) untuk menyelamatkan jiwa ibu
- 2) melindungi kesehatan ibu
- 3) janin cacat berat sehingga tidak mampu hidup
- 4) kehamilan yang tidak mampu hidup
- 5) pengurangan janin pada kehamilan ganda
- 6) kehamilan sangat merugikan kesehatan fisik dan mental ibu
- 7) bayi yang akan dilahirkan akan menderita kelainan fisik dan mental, atau
- 8) kehamilan sebagai akibat dari perkosaan dan incest.²⁶

Aborsi dapat dibedakan menjadi dua jenis, yaitu *abortus spontaneous* dan *abortus provocatus*. *Abortus spontaneous* (yang tidak disengaja) terjadi apabila ibu mengalami trauma berat akibat penyakit menahun, kelainan saluran reproduksi, atau kondisi patologis lainnya. *Abortus provocatus* (buatan) ialah pengguguran kandungan yang dilakukan secara sengaja.²⁷

Abortus provocatus ini terdiri dari dua jenis, yaitu *abortus artificialis therapicus* dan *abortus provocatus criminalis*. *Abortus artificialis therapicus* adalah abortus yang dilakukan oleh dokter atas dasar indikasi medis, yakni apabila tindakan abortus tidak diambil bisa membahayakan jiwa ibu. Sedangkan *abortus provocatus criminalis* adalah abortus yang dilakukan untuk melenyapkan janin dalam kandungan akibat hubungan seksual di luar pernikahan atau mengakhiri kehamilan yang tidak dikehendaki.²⁸

²⁶ Sulchan Sofowean, "Kapan Dimulainya Kehidupan, Tahap-Tahap Kehidupan Janin Dalam Kandungan Dan Aborsi Legal Perspektif Medis", disampaikan dalam Seminar Nasional "Aborsi Legal di Indonesia Perspektif Hukum Pidana, Medis, Psikiatri & Sosial Serta Opini Publik Yang Berkembang dalam Masyarakat", Yogyakarta, Bagian Hukum Pidana FH UAJY, 24 Februari 2005, hlm. 4.

²⁷ Eny Kusmiran, S.Kp., M.Kes. *Op.cit.* Hlm.49.

²⁸ Abdul Aziz Dahlan. *Op.cit.* Hlm. 7.

Dampak mengerikan aborsi ilegal menurut Adi Utarini adalah:

1. Jika dilakukan menggunakan alat-alat tidak standar dan tajam misalnya lidi, ranting pohon, atau yang lainnya, maka resiko rahim robek atau luka besar sekali.
2. Rahim yang lebih dari 3 kali di aborsi beresiko jadi kering, infeksi, atau bahkan memicu tumbuhnya tumor
3. Aborsi ilegal yang dilakukan oleh orang yang tidak ahli, dapat menyebabkan proses kuretasi tidak bersih hingga menjadi pendarahan hebat.
4. Peralatan yang tidak steril akan memicu munculnya infeksi di alat reproduksi wanita, bahkan sampai ke usus.
5. Bagi pelaku, rasa berdosa yang timbul karena aborsi dapat menyebabkan mereka menderita depresi, berubah kepribadiannya jadi introvert, serta sering tak bisa menikmati hubungan seksual jika telah menikah
6. Jika pelaku aborsi kelak hamil kembali dengan kehamilan yang diinginkan, maka kehamilan tersebut ada kemungkinan besar akan bermasalah, atau janin dapat mengalami masalah pada mata, otak atau alat pencernaannya.²⁹

2. Faktor Penyebab Melakukan Aborsi

Adapun yang menjadi alasan seorang wanita memilih terminasi kehamilan atau melakukan aborsi yaitu antara lain :

1. Faktor ekonomi

Telah cukup anak dan tidak mungkin dapat membesarkan seorang anak lagi. Dimana dari pihak pasangan suami istri yang sudah tidak mau menambah anak lagi karena kesulitan biaya hidup, namun tidak memasang kontrasepsi, atau dapat juga karena kontrasepsi yang gagal. Atau ingin konsentrasi pada pekerjaan untuk menunjang kehidupan dengan anaknya.

²⁹ Adi Utarini. *Kesehatan Wanita Sebuah Perspektif Global*. Yogyakarta. Universitas Gajah Mada. 2005. Hlm. 45

2. Faktor penyakit herediter

Janin ternyata telah terekspos oleh substansi teratogenik, di mana ternyata pada ibu hamil yang sudah melakukan pemeriksaan kehamilan mendapat kenyataan bahwa bayi yang dikandungnya cacat secara fisik, atau wanita yang hamil menderita penyakit jantung yang berat (kronik), serta karena ingin mencegah lahirnya bayi dengan cacat bawaan.

3. Faktor psikologis

Seseorang yang hamil diluar pernikahan, dimana pada para perempuan korban pemerkosaan yang hamil harus menanggung akibatnya. Dapat juga menimpa para perempuan korban hasil hubungan saudara sedarah (*incest*), atau anak-anak perempuan oleh ayah kandung, ayah tiri ataupun anggota keluarga dalam lingkup rumah tangganya. Atau ayah anak yang dikandungnya bukan suaminya. Dapat juga karena ada masalah dengan suami.

4. Faktor usia

Dimana para pasangan muda-mudi yang masih muda yang masih belum dewasa & matang secara psikologis karena pihak perempuannya terlanjur hamil, harus membangun suatu keluarga yang prematur. Atau ayah anak yang dikandung bukan pria/suami yang diidamkan untuk perkawinannya. Atau juga karena ingin menyelesaikan pendidikan. Atau merasa tererlalu tua/muda untuk mempunyai anak.

5. Faktor penyakit ibu

Dimana dalam perjalanan kehamilan ternyata berkembang menjadi pencetus, seperti penyakit pre-eklampsia atau eklampsia yang mengancam nyawa ibu. Atau sang ibu terinfeksi HIV.

6. Faktor lainnya

Seperti para pekerja seks komersial, pasangan yang belum menikah dengan kehidupan seks bebas atau pasangan yang salah satu/keduanya sudah bersuami/beristri (perselingkuhan) yang terlanjur hamil. atau gagal metode kontrasepsi. Penyebab lain karena suami menginginkan aborsi.³⁰

B. Tinjauan tentang Dekriminalisasi Aborsi dalam Undang-Undang Kesehatan dan Peraturan Pemerintah No. 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi

Dekriminalisasi adalah suatu proses penghapusan sama sekali sifat dapat dipidananya suatu perbuatan yang semula merupakan tindak pidana dan juga penghapusan sanksinya berupa pidana.³¹ Masalah dekriminalisasi atas suatu perbuatan haruslah sesuai dengan politik kriminal yang dianut oleh bangsa Indonesia, yaitu sejumlah mana perbuatan tersebut bertentangan atau tidak bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku dalam masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat.

³⁰ <http://www.masbied.com/search/latar-belakangterjadinya-abortus-di-indonesia> (diakses pada tanggal 14 November 2014 pukul 08:00 WIB)

³¹ Mahrus Ali. *Dasar-Dasar Hukum Pidana*. Jakarta. Sinar Grafika. 2012. Hlm. 245

Suatu proses dekriminialisasi dapat terjadi karena beberapa sebab, seperti, contoh ini tidak bersifat limitatif,:

1. Suatu sanksi secara sosiologis merupakan persetujuan (sanksi positif) atau penolakan terhadap pola perilaku tertentu (sanksi negatif). Ada kemungkinan bahwa nilai-nilai masyarakat mengenai sanksi negatif tertentu terhadap perilaku mengalami perubahan, sehingga perilaku yang terkena sanksi-sanksi tersebut tidak lagi ditolak.
2. Timbulnya keragu-raguan yang sangat kuat akan tujuan yang ingin dicapai dengan penetapan sanksi-sanksi negatif tertentu.
3. Adanya keyakinan yang kuat, bahwa biaya sosial untuk menerapkan sanksi-sanksi negatif tertentu sangat besar.
4. Sangat terbatasnya efektivitas dari sanksi-sanksi negatif tertentu sehingga penerapannya akan menimbulkan kepudaran kewibawaan hukum.³²

Pembangunan hukum yang mencakup upaya-upaya pembaruan tatanan hukum di Indonesia haruslah dilakukan secara terus menerus agar hukum dapat memainkan peran dan fungsinya sebagai pedoman bertingkah laku (fungsi ketertiban) dalam hidup bersama yang imperatif dan efektif sebagai penjamin keadilan di dalam masyarakat. Upaya pembangunan tatanan hukum yang terus menerus ini diperlukan sebagai pelayan bagi masyarakat. Karena hukum itu tidak berada pada kevakuman, maka hukum harus senantiasa disesuaikan dengan perkembangan masyarakat yang dilayaninya juga senantiasa berkembang sebagai alat pendorong kemajuan masyarakat. Secara realistik di Indonesia saat ini fungsi hukum tidak bekerja secara efektif, sering dimanipulasi, bahkan jadi alat (instrumen efektif) bagi penimbunan kekuasaan.³³

Dalam Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan terdapat peraturan yang diperbolehkannya seseorang melakukan aborsi dengan dua syarat yaitu

³² Soerjono Soekanto dkk. *Kriminologi, Suatu Pengantar*. Jakarta. Ghalia Indonesia. 1986. Hlm. 47-48.

³³ Barda Nawawi Arief. *Bunga Rampai Kebijakan Pidana*. Bandung. Citra Aditya Bakti. 1996. hlm. 56

karena adanya indikasi kedaruratan medis dan kehamilan akibat perkosaan yang dapat menimbulkan trauma psikologis bagi korban perkosaan. Yang menjadi sorotan mengenai dekriminialisasi aborsi disini adalah Pasal 75 Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, bahwa pada dasarnya aborsi dilarang, akan tetapi terdapat pengecualian, yang mana salah satunya adalah jika kehamilan tersebut akibat perkosaan yang dapat menyebabkan trauma psikologis bagi korban perkosaan.

Pasal 75 UU Kesehatan:

- (1) Setiap orang dilarang melakukan aborsi.
- (2) Larangan sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) dapat dikecualikan berdasarkan:
 - a. indikasi kedaruratan medis yang dideteksi sejak usia dini kehamilan, baik yang mengancam nyawa ibu dan/atau janin, yang menderita penyakit genetik berat dan/atau cacat bawaan, maupun yang tidak dapat diperbaiki sehingga menyulitkan bayi tersebut hidup di luar kandungan; atau
 - b. kehamilan akibat perkosaan yang dapat menyebabkan trauma psikologis bagi korban perkosaan.
- (3) Tindakan sebagaimana dimaksud pada Ayat (2) hanya dapat dilakukan setelah melalui konseling dan/atau penasehatan pra tindakan dan diakhiri dengan konseling pasca tindakan yang dilakukan oleh konselor yang kompeten dan berwenang.
- (4) Ketentuan lebih lanjut mengenai indikasi kedaruratan medis dan perkosaan, sebagaimana dimaksud pada Ayat (2) dan Ayat (3) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Selain dalam Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan Pasal 75, dalam Peraturan Pemerintah No. 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi juga menyatakan bahwa tindakan aborsi diperbolehkan bagi kehamilan akibat korban perkosaan. Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi telah disahkan Presiden Susilo Bambang Yudhoyono pada 21 Juli 2014. Peraturan ini merupakan pelaksanaan dari Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan khususnya Pasal 75, Pasal 126, dan Pasal 127.

Bagian yang menjadi sorotan adalah legalisasi aborsi dalam Peraturan Pemerintah tersebut, yang berbunyi:

Pasal 31 Peraturan Pemerintah No. 61 Tahun 2014 :

- (1) Tindakan aborsi hanya dapat dilakukan berdasarkan:
 - a. indikasi kedaruratan medis; atau
 - b. kehamilan akibat perkosaan.
- (2) Tindakan aborsi akibat perkosaan sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) huruf b hanya dapat dilakukan apabila usia kehamilan paling lama berusia 40 (empat puluh) hari dihitung sejak hari pertama haid terakhir.

Pasal 34 Peraturan Pemerintah No. 61 Tahun 2014 :

- (1) Kehamilan akibat perkosaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 31 Ayat (1) huruf b merupakan kehamilan hasil hubungan seksual tanpa adanya persetujuan dari pihak perempuan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (2) Kehamilan akibat perkosaan sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) dibuktikan dengan:
 - a. usia kehamilan sesuai dengan kejadian perkosaan, yang dinyatakan oleh surat keterangan dokter; dan
 - b. keterangan penyidik, psikolog, dan/atau ahli lain mengenai adanya dugaan perkosaan.

Mengenai kehamilan akibat korban perkosaan, hal tersebut dapat dilakukan apabila usia kehamilan paling lama berusia 40 (empat puluh) hari dihitung sejak hari pertama haid terakhir. Sementara yang dimaksud indikasi kedaruratan medis adalah: a. Kehamilan yang mengancam nyawa dan kesehatan ibu; dan/atau b. Kesehatan yang mengancam nyawa dan kesehatan janin, termasuk yang menderita penyakit genetik berat dan atau cacat bawaan, maupun yang tidak dapat diperbaiki sehingga menyulitkan bayi tersebut hidup di luar kandungan. Penilaian atas indikasi medis dilakukan oleh paling sedikit terdiri dari 2 orang tenaga kesehatan, yang diketuai dokter yang memiliki kompetensi dan kewenangan.³⁴

³⁴ <http://parentsindonesia.com/articlem.php?type=article&cat=solution&id=3569> (diakses pada tanggal 22 Oktober 2014 pukul 16:00 WIB)

Berdasarkan uraian di atas, jika aborsi tersebut dilakukan atas indikasi keadaruratan medis dan kehamilan akibat perkosaan yang menyebabkan trauma psikologis, maka pelaku aborsi tidak dapat dituntut pidana. Akan tetapi jika aborsi tersebut bukan termasuk ke dalam pengecualian dalam Pasal 75 Ayat (2) Undang-Undang Kesehatan, maka pelaku aborsi dapat dituntut pidana sebagaimana terdapat dalam Pasal 194 Undang-Undang Kesehatan:

“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 tahun dan denda paling banyak Rp 1 miliar.”

C. Pengaturan Aborsi dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)

Selain dalam Undang-Undang Kesehatan dan Peraturan Pemerintah No. 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi, pengaturan tentang aborsi juga terdapat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang berlaku sebagai hukum pidana umum (*Lex Generalie*), regulasi tentang pengguguran kandungan yang disengaja (*abortus provocatus*) dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) diatur dalam buku kedua Bab XIV tentang Kejahatan Kesusilaan khususnya Pasal 299, Bab XIX Pasal 346 sampai dengan Pasal 349, dan digolongkan ke dalam kejahatan terhadap nyawa. Berikut ini adalah uraian tentang pengaturan *abortus provocatus* yang terdapat dalam masing-masing pasal tersebut:

Pasal 299 :

- (1) Barang siapa dengan sengaja mengobati seorang wanita atau menyuruh supaya diobati, dengan diberitahukan atau ditimbulkan harapan bahwa karena pengobatan itu hamilnya dapat digugurkan, diancam dengan pidana

penjara paling lama empat tahun atau pidana denda paling banyak empat puluh lima 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 menjalankan pencarian, maka dapat dicabut haknya untuk melakukan pencarian itu.

Pasal 346 :

“Seorang wanita yang sengaja menggugurkan atau mematikan kandungannya atau menyuruh orang lain untuk itu, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun. “

Pasal 347 :

- (1) Barangsiapa dengan sengaja menggugurkan atau mematikan kandungan seorang wanita tanpa persetujuannya, diancam dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun.
- (2) Jika perbuatan itu mengakibatkan matinya wanita tersebut, dikenakan pidana penjara paling lama lima belas tahun.

Pasal 348:

- (1) Barangsiapa dengan sengaja menggugurkan atau mematikan kandungan seorang wanita dengan persetujuannya, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun enam bulan.
- (2) Jika perbuatan itu mengakibatkan matinya wanita tersebut, dikenakan pidana penjara paling lama tujuh tahun.

Pasal 349 :

Jika seorang tabib, bidan atau juru obat membantu melakukan kejahatan yang tersebut Pasal 346, ataupun melakukan atau membantu melakukan salah satu kejahatan yang diterangkan dalam Pasal 347 dan Pasal 348, maka pidana yang ditentukan dalam pasal itu dapat ditambah dengan sepertiga dan dapat dicabut hak untuk menjalankan pencarian dalam mana kejahatan dilakukan.

Berdasarkan rumusan pasal-pasal tersebut di atas dapat diuraikan unsur-unsur tindak pidana adalah sebagai berikut:

1. Seorang wanita hamil yang sengaja melakukan aborsi atau menyuruh orang lain, diancam hukuman 4 (empat) tahun penjara.
2. Seseorang yang sengaja melakukan aborsi terhadap ibu hamil, dengan tanpa persetujuan ibu hamil tersebut, diancam hukuman penjara 12 tahun, dan jika ibu hamil tersebut mati, diancam 15 tahun penjara.
3. Jika dengan persetujuan ibu hamil, maka diancam hukuman 5,5 tahun penjara dan bila ibu hamilnya mati diancam hukuman 7 tahun penjara.
4. Jika yang membantu melakukan aborsi tersebut seorang dokter, bidan atau juru obat (tenaga kesehatan) ancaman hukumannya ditambah sepertiganya dan hak untuk berpraktik dapat dicabut.

Pasal-Pasal dalam KUHP tersebut dengan jelas tidak memperbolehkan suatu aborsi di Indonesia. KUHP tidak melegalkan tanpa kecuali. Bahkan *abortus provocatus medicalis* atau *abortus provocatus therapeuticus* pun dilarang, termasuk didalamnya adalah *abortus provocatus* yang dilakukan oleh perempuan korban perkosaan. Perbedaan pada pasal diatas dengan Pasal 341 dan Pasal 342 KUHP adalah terletak pada tenggang waktu dilakukan suatu aborsi. Sehingga dalam pasal tersebut apabila dilakukan bukan merupakan suatu aborsi melainkan suatu pembunuhan terhadap anak.

Menurut Soewadi, aborsi berdasarkan indikasi medis atau aborsi terapeutik dapat dilakukan jika kehamilan yang mengakibatkan resiko bagi kehidupan perempuan hamil, baik dari segi kesehatan fisik maupun mental, adanya resiko keutuhan fisik

bayi yang akan dilahirkan (pertimbangan eugenik) dan perkosaan dan *incest* (pertimbangan yuridis).³⁵ Apabila pengaturan hukum tentang aborsi yang dimungkinkan atau seharusnya berlaku di Indonesia diharmonisasikan dengan konsep aborsi terapeutik sebagaimana diutarakan di atas, maka aborsi legal di Indonesia tidak hanya terbatas pada aborsi berdasarkan indikasi medis untuk menyelamatkan jiwa ibu dalam keadaan darurat, tetapi lebih luas lagi mencakup beberapa alasan aborsi terapeutik baik dari segi medis maupun psikiatri yaitu: kehamilan akibat perkosaan dan *incest*, perempuan hamil mengalami gangguan jiwa berat, dan janin mengalami cacat bawaan berat.

Adanya legalitas aborsi bagi perempuan korban perkosaan dengan KUHP berimplikasi pada tidak berlakunya pertanggungjawaban pidana pada perempuan korban perkosaan yang melakukan aborsi sebab terdapat unsur pemaaf dan unsur pembenar baginya dalam melakukan perbuatan tersebut. Pertanggungjawaban pidana hanya menuntut adanya kemampuan bertanggungjawab pelaku. Pada prinsipnya pertanggungjawaban pidana berbicara mengenai kesalahan (*culpabilitas*) yang merupakan asas fundamental dalam hukum pidana, yang mendalilkan bahwa tidak ada pidana jika tanpa kesalahan.

Menurut Muladi, diperlukan parameter hukum yang baik agar tercapai penegakannya (*enforceability*) yang tinggi, oleh karena itu ketentuan yang dibentuk harus memenuhi kriteria, yaitu:

- a. *Necessity*, bahwa hukum harus diformulasikan sesuai dengan kebutuhan sistematis terencana:

³⁵H. Soewadi, "Aborsi Legal di Indonesia Perspektif Psikiatri", disampaikan dalam Seminar Nasional "Aborsi Legal di Indonesia Perspektif Hukum Pidana, Medis, Psikiatri & Sosial Serta Opini Publik Yang Berkembang dalam Masyarakat", Yogyakarta, Bagian Hukum Pidana FH UAJY, 24 Februari 2005, hlm. 5.

- b. *Adequacy*, bahwa rumusan norma-norma hukum harus memiliki tingkat dan kadar kepastian yang tinggi;
- c. *Legal certainty*, bahwa hukum harus memuat kaidah-kaidah dengan jelas dan nyata, tidak samar-samar dan tidak menimbulkan penafsiran;
- d. *Actuality*, bahwa hukum harus mampu menyesuaikan diri dengan perkembangan masyarakat dan zaman, tanpa mengabaikan kepastian hukum;
- e. *Feasibility*, bahwa hukum harus memiliki kelayakan yang dapat dipertanggungjawabkan terutama berkenaan dengan tingkat penataannya;
- f. *Veribility*, bahwa hukum yang dikerangkakan harus dalam kondisi yang siap uji secara objektif;
- g. *Enforceability*, bahwa pada hakikatnya terus memiliki daya paksa agar ditaati dan dihormati;
- h. *Provability*; bahwa hukum harus dibuat sedemikian rupa agar mudah dalam pembuktian.³⁶

Harmonisasi pengaturan hukum tentang aborsi ini membawa konsekuensi lebih lanjut berupa dekriminalisasi dan depenalisasi dalam pengaturan hukum pidana berkaitan dengan aborsi yang akan direalisasikan dalam kebijakan formulasi, aplikasi dan eksekusi untuk memenuhi asas *lex certa* dalam hukum pidana. Hal ini diperlukan karena ketiga alasan aborsi aman, yaitu kehamilan akibat perkosaan dan *incest*, perempuan hamil yang mengalami gangguan jiwa berat, dan janin yang mengalami cacat bawaan berat, di dalam *ius constitutum* merupakan perbuatan pidana karena itu dilarang dan diancam dengan pidana, namun dalam *ius constituendum* meskipun perbuatan-perbuatan tersebut tetap bersifat melawan hukum, perempuan hamil dan tenaga medis yang membantu melakukan aborsi tidak dipidana karena tidak mempunyai kesalahan berdasarkan pengecualian berupa alasan pemaaf sebagai alasan penghapusan pidana yang bersumber dari Pasal 48 KUHP tentang daya paksa (*overmacht*) dan kondisi darurat (*noodtoestand*). Penerapan Pasal 48 KUHP terhadap ketiga alasan aborsi tersebut

³⁶ Muladi. *Demokrasi Hak Asasi Manusia dan Reformasi Hukum di Indonesia*. Jakarta. The Habibi Center. Hlm 63

dilandasi oleh teori perlindungan hukum yang seimbang yang bersumber pada Pancasila, yang dapat diukur dengan ide yaitu *justice* yang memuat konsep *iustitia distributive*.³⁷ Konsep *iustitia distributive* tersebut dengan jelas menggambarkan dua hal, yaitu kewajiban pemerintah untuk membagikan kesejahteraan kepada warga negaranya dan hak warganegara untuk memperoleh kesejahteraan dari pemerintah. Konsep *iustitia distributive* jelas terlihat di dalam pernyataan pada alinea IV Pembukaan UUD 1945 yang memuat salah satu tujuan didirikannya Negara Republik Indonesia dan menjadi landasan politik hukum Indonesia yaitu : “Melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia.”.

D. Aborsi Ditinjau Dari Hak Asasi Manusia dan Agama

Salah satu aspek kemanusiaan yang sangat mendasar dan asasi adalah hak untuk hidup dan hak untuk melangsungkan kehidupan, karena hak-hak tersebut diberikan langsung oleh Tuhan kepada setiap manusia. Pengaturan mengenai hak-hak hidup tersebut telah jelas tertuang dalam Undang-Undang Dasar 1945, serta Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Undang-Undang Dasar 1945 dengan tegas menyatakan bahwa hak untuk hidup tercantum sebagai salah satu hak asasi yang dijelaskan dalam BAB XA tentang Hak Asasi Manusia dalam UUD 1945 setelah amandemen yaitu:

Pasal 28A UUD 1945:

“Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya.”

³⁷P.J. Suwarno. *Pancasila Budaya Bangsa Indonesia; Penelitian Pancasila dengan Pendekatan Historis, Filosofis & SosioYuridis Kenegaraan*. Yogyakarta. Penerbit Kanisius. 1993. hlm. 86

Pasal 28B Ayat (2) UUD 1945:

“Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.”

Hak hidup juga merupakan hak setiap anak yang masih berada dalam janin sang ibu, maka apabila aborsi dilakukan tanpa ada alasan yang jelas itu sama saja merampas nyawa anak yang tidak bersalah. Hal tersebut juga telah diatur dalam Undang-Undang No.39 Tahun 1999 tentang HAM Pasal 53 Ayat (1) sebagai berikut :

“Setiap anak sejak dalam kandungan, berhak untuk hidup, mempertahankan hidup, dan meningkatkan taraf kehidupannya.”

Pasal 28I Ayat (1) menegaskan bahwa hak untuk hidup adalah satu dari tujuh hak asasi manusia yang oleh UUD 1945 dinyatakan sebagai hak asasi yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non-derogable rights*). Selaras dengan dasar negara Pancasila, maka dalam negara Indonesia, manusia, siapapun dia, adalah makhluk yang hakekat dan martabatnya harus dihormati. Apabila ditinjau dari perspektif Hak Asasi Manusia, seorang wanita mempunyai hak untuk memperoleh pelayanan aborsi karena merupakan bagian dari hak kesehatan reproduksi yang sangat mendasar, namun dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis. Hal tersebut jelas diatur dalam UUD 1945 Pasal 28J

Ayat (2). Sehingga, meskipun seseorang mempunyai hak untuk menggugurkan kandungan, akan tetapi hal tersebut juga dibatasi oleh hak janin untuk hidup. Pasal 28A menyebutkan bahwa setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya. Hak asasi, termasuk hak untuk hidup, berkembang, dan diakui, sehingga apabila ditinjau dari perspektif hak asasi manusia, aborsi pada dasarnya tidak dapat diizinkan, meskipun harus dilakukan suatu tindakan aborsi hal tersebut dapat dilakukan karena keadaan yang sangat membahayakan nyawa sang ibu dan telah disimpulkan oleh ahli yang kompeten, maka aborsi dapat dilakukan. Selain itu apabila dipandang dari kacamata agama, di dalam ayat-ayat Al Qur'an dan Hadist tidak didapati secara khusus hukum aborsi, tetapi yang ada adalah larangan untuk membunuh jiwa orang tanpa hak, sebagaimana firman Allah SWT:

وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمَّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ

عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا

“Dan barang siapa yang membunuh seorang mukmin dengan sengaja, maka balasannya adalah neraka Jahannam, dan dia kekal di dalamnya, dan Allah murka kepadanya dan melaknatnya serta menyediakan baginya adzab yang besar (Qs. An Nisa’: 93) “

Berdasarkan Hadist, aborsi dapat dilakukan sebelum atau sesudah ruh (nyawa) ditiupkan. Jika dilakukan setelah ditiupkannya ruh, yaitu setelah 4 (empat) bulan masa kehamilan, maka semua ulama ahli fiqih (*fuqoha*) sepakat akan keharamannya. Tetapi para ulama fiqih berbeda pendapat jika aborsi dilakukan sebelum ditiupkannya ruh, sebagian memperbolehkan dan sebagiannya

mengharamkannya.³⁸ Haram hukumnya melakukan aborsi setelah ditiupkannya ruh (empat bulan), didasarkan pada kenyataan bahwa peniupan ruh terjadi setelah 4 (empat) bulan masa kehamilan. Abdullah bin Mas'ud berkata bahwa Rasulullah Saw telah bersabda:

“Sesungguhnya setiap kamu terkumpul kejadiannya dalam perut ibumu selama 40 hari dalam bentuk ‘nuthfah’, kemudian dalam bentuk ‘alaqah’ selama itu pula, kemudian dalam bentuk ‘mudghah’ selama itu pula, kemudian ditiupkan ruh kepadanya.” [HR. Bukhari, Muslim, Abu Dawud, Ahmad, dan Tirmidzi].

Maka dari itu, aborsi setelah kandungan berumur 4 bulan adalah haram, karena berarti membunuh makhluk yang sudah bernyawa. Dan ini termasuk dalam kategori pembunuhan yang keharamannya antara lain didasarkan pada dalil-dalil syar’i berikut. Firman Allah SWT:

مَأْوَدِكُمْ وَأَنْتُمْ قَوْلًا تَوَالِدِينَ إِحْسَانًا شَيْنًا بِهِ كُفِرَ أَهْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْنَأُ قُلُوبَ تَعَالَى
فَسَالِدًا تَلُوقُ قُلُوبًا مِمَّا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَأْتُوا الْقُرْبَانَ بِأَنْفُسِكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تُؤْمِلُوا قُلُوبَكُمْ
نَوَلِّعَلَّكُمْ تَعْقُلًا بِهِ مَلْحَقٌ ذَلِكُمْ وَصَاكُمُ إِلَّا بِأَلَّتِي حَرَّمَ

Katakanlah: "Marilah kubacakan apa yang diharamkan atas kamu oleh Tuhanmu yaitu: janganlah kamu mempersekutukan sesuatu dengan Dia, berbuat baiklah terhadap kedua orang ibu bapa, dan janganlah kamu membunuh anak-anak kamu karena takut kemiskinan, Kami akan memberi rezki kepadamu dan kepada mereka, dan janganlah kamu mendekati perbuatan-perbuatan yang keji, baik yang nampak di antaranya maupun yang tersembunyi, dan janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah (membunuhnya) melainkan dengan sesuatu (sebab) yang benar [518]". Demikian itu yang diperintahkan kepadamu supaya kamu memahami (nya).

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.

³⁸ Abdurrahman Al Baghdadi. *Emansipasi Adakah Dalam Islam*. Jakarta: Gema Insani Press. 1997. Hlm. 127-128

Dalil syar'i yang menunjukkan bahwa aborsi haram bila usia janin 40 hari atau 40 malam adalah hadits Nabi Saw berikut:

“Jika nutfah (gumpalan darah) telah lewat empat puluh dua malam, maka Allah mengutus seorang malaikat padanya, lalu dia membentuk nutfah tersebut; dia membuat pendengarannya, penglihatannya, kulitnya, dagingnya, dan tulang belulangnya. Lalu malaikat itu bertanya (kepada Allah), ‘Ya Tuhanku, apakah dia (akan Engkau tetapkan) menjadi laki-laki atau perempuan?’ Maka Allah kemudian memberi keputusan...” [HR. Muslim dari Ibnu Mas’ud r.a.].

Hadits di atas menunjukkan bahwa permulaan penciptaan janin dan penampakan anggota-anggota tubuhnya, adalah setelah melewati 40 atau 42 malam. Dengan demikian, penganiayaan terhadapnya adalah suatu penganiayaan terhadap janin yang sudah mempunyai tanda-tanda sebagai manusia yang terpelihara darahnya (*ma'shumud dam*). Tindakan penganiayaan tersebut merupakan pembunuhan terhadapnya, sehingga apabila dipandang dari agama yang dalam hal ini agama Islam, tindakan aborsi sangat dilarang terlebih ketika janin sudah memasuki umur 40 hari, karena berdasarkan Hadist-Hadist di atas bahwa ketika janin memasuki umur 40 hari saat itu telah ditupkannya ruh, dan apabila tindakan pengguguran kandungan dilakukan maka hal tersebut sama saja membunuh janin yang bernyawa. Dalam Islam, tindakan aborsi dapat dilakukan apabila hal tersebut benar-benar dibutuhkan untuk melindungi nyawa sang ibu atau karena alasan kesehatan lain yang mengharuskan suatu pengguguran kandungan, selain dari hal itu aborsi haram hukumnya. Hal tersebut dikarenakan setiap janin yang ada di dalam rahim sang ibu adalah pemberian dari Allah SWT, terlepas apakah kehamilan tersebut karena suatu kehamilan akibat perkosaan, ataupun karena suatu perbuatan zina, tidak ada pembenaran untuk melakukan suatu tindakan aborsi tanpa alasan yang kuat dan didasari dengan keterangan dokter yang

kompeten untuk melakukan suatu tindakan aborsi, hal ini didasari pada firman Allah, yaitu:

وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ

“Dan janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah (membunuhnya), melainkan dengan suatu (alasan) yang benar. “ (Q.S. Al Israa’: 33)

Sama halnya dengan agama Islam, agama Hindu, agama Buddha dan agama Kristen juga melarang akan suatu tindakan aborsi yang tidak didasari oleh suatu pembenaran yang kuat. Dalam agama Hindu misalnya, aborsi dalam Theology Hinduisme tergolong pada perbuatan yang disebut “Himsa karma” yakni salah satu perbuatan dosa yang disejajarkan dengan membunuh, meyakiti, dan menyiksa. Membunuh dalam pengertian yang lebih dalam sebagai “menghilangkan nyawa” mendasari falsafah “atma” atau roh yang sudah berada dan melekat pada jabang bayi sekalipun masih berbentuk gumpalan yang belum sempurna seperti tubuh manusia. Larangan serupa pula diatur di dalam agama Buddha maupun Kristen, sehingga dapat disimpulkan bahwa setiap agama sangat melarang suatu tindakan aborsi kecuali ada alasan yang kuat dan benar.