

**TINJAUAN KAIDAH *AL-DHARAR* TERHADAP HUKUMAN ABORSI AKIBAT
PERKOSAAN PADA UU NO. 36 TAHUN 2009 TENTANG KESEHATAN**

SKRIPSI

Diajukan untuk Memenuhi Tugas dan Melengkapi Syarat

Guna Memperoleh Gelar Sarjana Strata 1 (S.1)

Dalam Bidang Ilmu Hukum Pidana Islam



Disusun Oleh :

IENAS TSUROIYAH

1702026046

**PROGRAM STUDI HUKUM PIDANA ISLAM
FAKULTAS SYARIAH DAN HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI WALISONGO**

SEMARANG

2021

RUSTAM DAHAR KARNADI APOLLO HARAHAAP, M.Ag.

Jati Permai Blak A.9 NO.7. Mijen, Kota Semarang

M. Harun, S.Ag., M.H.

Perumahan Paradise View 99, No.C 2, Jl. Mandiri Selatan, Bringin, Ngaliyan

PERSETUJUAN PEMBIMBING

Lamp. : 1 (satu) Bandel.

Hal : Naskah Skripsi

a.n. Ienas Turoiyah

Kepada Yth.

Dekan Fakultas Syari'ah dan Hukum

UIN Walisongo

Assalamu'alaikum Wr. Wb.

Setelah saya meneliti dan mengadakan perbaikan seperlunya, bersama ini saya kirim naskah skripsi Saudara :

N a m a : Ienas Turoiyah

NIM : 1702026046

Prodi : Hukum Pidana Islam

Judul : **Tinjauan Kaidah *Al-Dharar* terhadap Hukuman Aborsi Akibat Perkosaan pada UU Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan**

Dengan ini saya mohon kiranya skripsi Saudara tersebut dapat segera dimunaqasyahkan.

Demikian harap menjadikan maklum.

Wassalamu'alaikum Wr. Wb.

Semarang, 7 Desember 2021

Pembimbing I



Rustam DKAH, M.Ag.

NIP. 196907231998031005

Pembimbing II



M. Harun, S.Ag., M.H.

NIP. 197508152008011017



**KEMENTERIAN AGAMA
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI (UIN) WALISONGO
FAKULTAS SYARI'AH DAN HUKUM**

Alamat : Jl. Prof. DR. HAMKA Kampus III Ngaliyan Telp./Fax. (024) 7601291, 7624691 Semarang 50185

SURAT KETERANGAN PENGESAHAN SKRIPSI

Nomor : B-6021.3/Un.10.1/D.1/PP.00.9/XII/2021

Pimpinan Fakultas Syari'ah dan Hukum Universitas Islam Negeri (UIN) Walisongo Semarang menerangkan bahwa skripsi Saudara/i,

Nama : Ienas Tsuroiyah
NIM : 1702026046
Program studi : Hukum Pidana Islam (HPI)*
Judul : Tinjauan Kaidah *Al-Dharar* Terhadap Hukuman Aborsi Akibat Perkosaan Pada UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan
Pembimbing I : Rustam DKAH. M.Ag.
Pembimbing II : Dr. M. Harun, S.Ag., M.H.

Telah dimunaqasahkan pada tanggal 24 Desember 2021 oleh Dewan Penguji Fakultas Syari'ah dan Hukum yang terdiri dari :

Penguji I / Ketua Sidang : Dr. H. Tolkah, M.A.
Penguji II / Sekretaris Sidang : Dr. M. Harun, S.Ag., M.H.
Penguji III : Dr. H. Mashudi, M.Ag.
Penguji IV : Supangat, M.Ag.

dan dinyatakan **LULUS** serta dapat diterima sebagai syarat guna memperoleh gelar Sarjana Strata 1 (S.1) pada Fakultas Syariah dan Hukum UIN Walisongo.

Demikian surat keterangan ini dibuat dan diberikan kepada yang bersangkutan untuk dipergunakan sebagaimana mestinya.

A.n. Dekan,
Wakil Dekan Bidang Akademik
& Ke lembagaan

Dr. H. Ali Imron, SH., M.Ag.



Semarang , 31 Desember 2021
Ketua Program Studi,

Rustam DKAH, M.Ag

MOTTO

“Sebaik-baik manusia adalah yang paling bermanfaat bagi orang lain”

PERSEMBAHAN

Alhamdulillahirabbil'alamin, segala puji bagi Allah SWT yang telah memberikan rahmat, taufiq serta hidayah-Nya kepada penulis sehingga bisa menyelesaikan skripsi ini. Sholawat serta salam tetap tercurah kepada Nabi Agung Nabi Muhammad SAW yang semoga kelak di hari kiamat nanti umatnya bisa mendapatkan syafaatnya. Dengan rasa bangga dan segala kerendahan hati penulis persembahkan skripsi ini kepada:

1. Terkhususkan untuk kedua orang tua tersayang, Bapak Muhammad Hisyam dan Ibu Nur Rochmah, yang selalu memberikan doa dan kasih sayangnya kepada penulis sehingga penulis bisa menyelesaikan skripsi ini. Terimakasih untuk pengorbanan dan waktu yang kalian berikan untuk penulis. Semoga Allah SWT selalu memberi kesehatan, kebahagiaan serta keberkahan kepada kalian, amin.
2. Kepada para Guru dan juga para Dosen yang telah memberikan ilmu serta doa-doanya dalam membimbing dan mengajar penulis, semoga Allah SWT senantiasa memberikan kesehatan, kebahagiaan serta keberkahan.
3. Adik tersayang Muhammad Tsaqif Fazal Alea
4. Kepada sahabat-sahabat seperjuangan dari penulis (Indira Widyastuti, Indah Nurul Chumairoh, Arina Syariva Bulan, Nusrotul 'Izzah, Maura Yusnia Nadhlifah, Citra Septianingsih) yang selalu kebersamai penulis dalam segala keadaan. Terimakasih atas segala nasihat dan waktu yang telah dihabiskan bersama.
5. Kepada Pergerakan Mahasiswa Islam Indonesia (PMII) Rayon Syari'ah, segenap keluarga Himpunan Mahasiswa Jurusan (HMJ) Hukum Pidana Islam serta segenap keluarga Dewan Eksekutif Mahasiswa (DEMA) Fakultas Syari'ah dan Hukum yang telah kebersamai penulis berproses, terimakasih atas ilmu dan pengalamannya.
6. Kepada segenap keluarga besar kelas HPI B serta HPI A yang selalu kebersamai penulis sejak awal perkuliahan sampai sekarang ini. Semoga kelak bisa mendapatkan kesuksesan, amin.
7. Kepada bestie penulis yaitu Nur Kholifah. Terimakasih sudah kebersamai penulis dalam segala keadaan dan menjadi tempat penulis berkeluh kesah. Semoga segera dikarunia momongan, bahagia selalu bestie.
8. Dan kepada seluruh pihak yang secara langsung maupun tidak langsung membantu penulis dalam menyelesaikan skripsi ini, terimakasih dan semoga Allah selalu melimpahkan keberkahan kepada kalian semua.

DEKLARASI

Yang bertandatangan dibawah ini:

N a m a : Ienas Tsuruiyah

NIM : 1702026046

Jurusan : Hukum Pidana Islam

Judul Skripsi : **Tinjauan Kaidah *Al-Dharar* Terhadap Hukuman Aborsi Akibat Perkosaan Pada UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan**

Dengan penuh kejujuran dan tanggungjawab, penulis menyatakan bahwa skripsi ini tidak berisi materi yang telah ditulis orang lain atau diterbitkan orang lain. Demikian juga skripsi ini tidak berisi satu pun pikiran-pikiran orang lain terkecuali informasi yang terdapat dalam referensi yang dijadikan rujukan.

Semarang, 20 November 2021

Deklarator





Ienas Tsuruiyah

NIM. 1702026046

ABSTRAK

Aborsi merupakan hal kontroversial dalam persoalan reproduksi. Hukum asal aborsi (dalam Pidana Islam) adalah haram, hal ini berdasarkan pengertian bahwa *nutfah* (pertemuan antara sel telur dengan sperma) adalah awal kehidupan. Walaupun demikian, masih ada pengecualian untuk diperbolehkannya aborsi seperti yang terdapat dalam Pasal 75 ayat (2) dan Pasal 76 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan. Dalam Pasal 75 ayat (2), pengecualian diberikan dengan alasan kedaruratan medis dan kehamilan akibat perkosaan. Pasal 76 dijelaskan syarat-syarat pengecualian dari aborsi yang diperbolehkan. Namun ketika seorang perempuan yang melakukan aborsi dan terbukti melanggar syarat-syarat yang terdapat dalam Pasal 76 kemudian ia dikenai hukuman pidana (penjara). Seperti diketahui bahwa salah satu penyebab tingginya angka kematian ibu adalah praktek aborsi terutama bagi ibu pada usia belia sebagai akibat salah pergualan atau belum siap memiliki anak, selain persoalan pelayanan kesehatan yang tidak memadai dan faktor struktural lain yang lebih luas. Hal tersebut yang membuat penulis tertarik untuk membahas hukuman yang diberikan kepada pelaku aborsi dengan menggunakan pendekatan kaidah *al-dharar* sebagai alat analisa.

Permasalahan yang dibahas dalam skripsi ini bertujuan untuk mencari jawaban dari permasalahan-permasalahan mengenai: *pertama*, bagaimana hukuman aborsi akibat perkosaan dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan serta *kedua*, bagaimana tinjauan kaidah *al-dharar* terhadap hukuman aborsi akibat perkosaan pada Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan. Jenis penelitian yang digunakan dalam penulisan skripsi ini adalah penelitian kepustakaan (*library research*) yang mana diperoleh dari sumber data sekunder. Metode penelitian yang digunakan adalah metode penelitian yuridis normatif yang dilakukan dengan cara mengkaji bahan pustaka atau data sekunder yang diperoleh sesuai dengan permasalahan yang diteliti. Kemudian menggunakan kualitatif deskriptif yaitu dengan cara mengumpulkan data, menganalisis lalu meninjau kaidah *al-dharar* yang dikaitkan hukuman aborsi akibat perkosaan yang terdapat pada UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan.

Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan oleh penulis, bahwa hukuman bagi perempuan yang terbukti melakukan aborsi namun tidak sesuai atau melanggar syarat-syarat yang terdapat dalam Pasal 76 UU No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan maka akan memperoleh hukuman sesuai dengan Pasal 194 yaitu dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) dengan pertimbangan hakim yang memutuskan hukumannya. Kemudian apabila dikaitkan dengan kaidah *al-dharar*, Pasal 75 dan 76 secara kontekstual sudah mengaplikasikan kaidah tersebut. Dalam kitab-kitab fiqh juga disebutkan bahwa tindak pidana aborsi boleh dilakukan apabila benar-benar dalam keadaan terpaksa dan darurat seperti demi menyelamatkan nyawa sang ibu. Dalam keadaan aborsi akibat perkosaan ada dua macam bahaya yaitu memilih untuk melakukan aborsi atau mempertahankan kehamilannya. Kalau dilihat dari perspektif UU Kesehatan seseorang boleh melakukan aborsi akibat perkosaan yang mana dikhawatirkan dapat menimbulkan trauma psikologis. Namun hal ini juga harus melalui konseling dari para penegak hukum (advokat) atau para aktivis yang membantu melindungi hak-hak perempuan. Apabila setelah melewati berbagai diskusi kemudian disepakati bahwa lebih baik mempertahankan kandungannya karena dampak yang ditimbulkan lebih ringan daripada menggugurkan kandungannya. Karena apabila perempuan tersebut tetap memilih untuk menggugurkan kandungannya maka resiko yang harus diterima adalah mendapatkan hukuman karena melakukan aborsi yang *illegal*. Dengan menggunakan kaidah cabang tersebut, dapat dilihat apakah akan menghancurkan kehidupan ibu dan anaknya (anaknya meninggal dan ibunya dipenjara karena aborsi *illegal*) atau menolongnya dengan mempertahankan kandungannya sampai bayi tersebut lahir. Karena setelah bayi tersebut lahir akan timbul rasa keibuan, rasa kasih sayang dan rasa ingin melindungi bayi tersebut. Yang mana hal tersebut juga masih harus didampingi oleh pakar psikologis. Jadi kaidah *al-dharar* bisa dijadikan pertimbangan tambahan dalam menjatuhkan hukuman bagi perempuan yang melakukan aborsi.

Kata Kunci: Kaidah *al-Dharar*, Aborsi, Perkosaan, UU Kesehatan.

KATA PENGANTAR

Bismillahirrohmanirrohim

Segala puji dan syukur penulis panjatkan kehadirat Allah SWT, yang telah melimpahkan segala rahmat, taufiq serta inayah-Nya kepada penulis sehingga bisa menyelesaikan skripsi ini. Sholawat serta salam senantiasa tercurahkan kepada Nabi Agung Nabi Muhammad SAW, segenap keluarga, para sahabat serta seluruh umatnya. Semoga kelak umatnya bisa mendapatkan syafaatnya di hari kiamat nanti, amin.

Penulis merasa bahagia atas selesainya skripsi ini. Dengan adanya skripsi ini, penulis sangat merasakan bagaimana rasanya jatuh, sakit, dan upaya untuk terus bangkit dan semangat serta memberanikan diri untuk terus maju dalam menyelesaikan skripsi ini. Perjuangan dari awal sampai pada tahap penyelesaian skripsi tentunya menjadi pengalaman yang tidak terlupakan, sembari menikmati sabar dan ikhlas yang mewarnai kehidupan penulis dalam penyelesaian skripsi ini. Dari sinilah penulis yakin dan menyadari bahwa penyusunan skripsi ini merupakan awal langkah menuju tercapainya segala angan dan cita-cita.

Namun, selama proses pembuatan skripsi ini penulis menyadari bahwa penulisan skripsi ini tidak dapat terlepas dari bantuan, bimbingan, dukungan serta doa-doa dari berbagai pihak. Oleh karena itu, penulis menyampaikan terimakasih secara tulus kepada:

1. Bapak Prof. Dr. Imam Taufiq, M.Ag selaku Rektor UIN Walisongo Semarang
2. Bapak Dr. H. Mohammad Arja Imroni, M.Ag selaku dekan Fakultas Syariah dan Hukum UIN Walisongo Semarang
3. Bapak Rustam Dahar Karnadi Apollo Harahap, M.Ag selaku Ketua Jurusan Hukum Pidana Islam sekaligus Dosen Pembimbing I dari penulis, terimakasih tak terhingga telah menyempatkan waktunya disela-sela kesibukan beliau untuk memberi arahan, bimbingan dan masukan serta saran, motivasi untuk penulis agar lekas menyelesaikan skripsi. Jasa Bapak Rustam tidak akan pernah penulis lupakan. Semoga Bapak dan keluarga selalu diberi kesehatan, kebahagiaan serta keberkahan dalam hidup oleh Allah SWT.
4. Bapak Dr. H. Ja'far Baehaqi selaku Sekretaris Jurusan Hukum Pidana Islam
5. Bapak Ismail Marzuki, M.A., H.k. selaku wali dosen yang telah mendukung penulis dari semester awal hingga semester akhir ini, semoga Bapak dan keluarga senantiasa diberikan kesehatan, kebahagiaan, serta keberkahan oleh Allah SWT.
6. Bapak M. Harun, S.Ag, M.H., selaku Dosen Pembimbingan II yang penuh sabar memberikan arahan dan motivasi kepada penulis, serta tak lupa untuk selalu mengingatkan penulis agar cepat menyelesaikan skripsi. Terimakasih untuk saran, bimbingan do'a serta dorongannya dalam penyusunan skripsi ini. Jasa Bapak Harun tidak akan pernah penulis lupakan. Semoga

Bapak dan keluarga senantiasa diberikan kesehatan, kebahagiaan serta keberkahan oleh Allah SWT.

7. Para Dosen Pengajar di lingkungan Fakultas Syari'ah dan Hukum yang telah membekali pengetahuan dan pengalaman sehingga penulis mampu menyelesaikan skripsi ini
8. Ucapan terimakasih sebesar-besarnya teruntuk Bapak Muhammad Hisyam dan Ibu Nur Rochmah yang telah memberikan cinta, kasih sayang, dan dorongan baik berupa moral dan material terhadap penulis serta do'a-do'a yang dipanjatkan untuk penulis dalam proses penyelesaian skripsi ini. Tidak ada kata-kata yang mewakili perasaan penulis, tanpa do'a serta dorongan Bapak dan Ibu, penulis tidak akan mampu melangkah sejauh ini. Semoga Allah SWT selalu memberi kesehatan, kebahagiaan serta keberkahan kepada Bapak Ibu penulis tersayang. Karya kecil ini untuk kalian.
9. Kepada Adik penulis Muhammad Tsaqif Fazal Alea yang selalu penulis sayangi. Terimakasih sudah menjadi Adik yang menyebalkan. Semoga selalu dalam lindungan Allah SWT
10. Keluarga besar Majelis Ta'lim dan Sholawat Al-Khair Wal Barokah, Abah dan Umi yang selalu membekali penulis dengan do'a-do'anya. Semoga Allah SWT selalu memberikan kesehatan, kebahagiaan serta keberkahan.
11. Teruntuk Indira Widyastuti, selaku teman sekaligus sahabat seperbimbingan yang selalu mendengarkan sambatan penulis. Semoga selalu diberikan kekuatan dalam mewujudkan dan menggapai semua mimpi dan cita-cita.
12. Teruntuk Indah Nurul Chumairoh dan Arina Syariva Bulan, yang menemani penulis sejak jadi mahasiswa baru sampai sekarang ini. Terimakasih atas waktunya terhadap penulis, yang tak lupa memberikan kata semangat setiap hari, motivasi serta nasehat-nasehat agar penulis lekas menyelesaikan skripsi ini. Semoga kalian selalu mendapat kebahagiaan dan keberkahan dari Allah SWT
13. Segenap sahabat-sahabat Nusrotul 'Izzah, Maura Yusnia Nadhlifah, Citra Septianingsih yang selalu memberikan energi positifnya kepada penulis, motivasi serta nasehat-nasehat agar penulis lekas menyelesaikan skripsi ini. Semoga kalian selalu mendapat kebahagiaan dari Allah SWT
14. Kepada Pergerakan Mahasiswa Islam Indonesia (PMII) Rayon Syariah, segenap keluarga Himpunan Mahasiswa Jurusan (HMJ) Hukum Pidana Islam, segenap keluarga Dewan Eksekutif Mahasiswa (DEMA) Fakultas Syariah dan Hukum yang telah memberi penulis sedikit banyak pengalaman tentang pentingnya berorganisasi.
15. Teman-teman segenap keluarga HPI 2017 khususnya HPI B-2017 terimakasih telah mewarnai kehidupan penulis, semoga selalu diberikan kebahagiaan oleh Allah SWT.

Dan semua pihak yang tidak dapat penulis sebutkan namanya satu persatu yang telah membantu penulis hingga terselesaikannya skripsi ini. Terimakasih dan terimakasih. Semoga amal mereka dibalas lebih dari apa yang mereka buat yang setimpal dari Allah SWT. Amin. Penulis sadar atas segala

kekurangan dan keterbatasan yang ada dalam diri penulis. Untuk itu, saran serta masukan sangat dibutuhkan untuk kesempurnaan skripsi ini.

Semarang, 20 November 2021



Scanned with CamScanner

Ienas Tsuroiyah

Penulis

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL

HALAMAN PERSETUJUAN PEMBIMBING.....ii

HALAMAN PENGESAHAN.....iii

HALAMAN MOTTO.....iv

HALAMAN PERSEMBAHAN.....v

HALAMAN DEKLARASI.....vi

HALAMAN ABSTRAK.....vii

HALAMAN KATA PENGANTAR.....viii

HALAMAN DAFTAR ISI.....xi

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	7
C. Tujuan Penelitian.....	7
D. Manfaat Penelitian.....	7
E. Telaah Pustaka.....	7
F. Metode Penelitian.....	9
G. Sistematika Penulisan.....	11

BAB II TINJAUAN KAIDAH AL-DHARAR TERHADAP HUKUMAN ABORSI

A. Kaidah Al-Dharar	
1. Pengertian Kaidah Al-Dharar	13
2. Dasar Hukum Kaidah Al-Dharar	16
3. Batasan-Batasan Kaidah Al-Dharar	17
B. Cabang-cabang Kaidah Al-Dharar	
1. Kaidah الضَّرُورَةُ تُبَيِّحُ الْمُحْظَرَاتِ	19
2. Kaidah الضَّرْرُ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ.....	19
3. Kaidah دَرَاءُ الْمَفَاسِدِ مُقَدَّمٌ عَلَى جَلْبِ امْصَالِحِ.....	20
4. Kaidah إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوِيَ أَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بِرُتَابِ أَحَقِّهِمَا	20
5. Kaidah الضَّرْرُ لَا يُزَالُ بِلِضْرَرِ	21
C. Aborsi	
1. Pengertian Aborsi	23
2. Macam-macam Aborsi.....	25
3. Metode dalam Aborsi.....	31
4. Faktor Pendorong Aborsi.....	32
5. Dampak terjadinya Aborsi	33
D. Aborsi dalam Hukum Pidana Islam	
1. Pengertian Hukum Pidana Islam.....	34
2. Status Hukum Aborsi.....	36
E. Aborsi menurut Empat Madzhab	40

F. Pandangan Ulama terhadap Sanksi Aborsi	42
---	----

**BAB III HUKUMAN ABORSI AKIBAT PERKOSAAN PADA UU NO. 36 TAHUN 2009
TENTANG KESEHATAN**

A. Latar Belakang UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan.....	45
B. Substansi Aborsi dalam UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan dan Penerapannya Bagi Korban Perkosaan	49
C. Hukuman Aborsi Akibat Perkosaan dalam UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan	
1. Pengertian Perkosaan.....	53
2. Unsur-unsur Perkosaan.....	56
3. Penyebab dan Dampak Perkosaan	57
4. Hukuman Aborsi Akibat Perkosaan dalam UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan	58

**BAB IV ANALISIS KAIDAH AL-DHARAR TERHADAP HUKUMAN ABORSI AKIBAT
PERKOSAAN PADA UU NO. 36 TAHUN 2009 TENTANG KESEHATAN**

A. Analisis Hukuman Aborsi Akibat Perkosaan dalam UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan	62
B. Tinjauan Kaidah <i>al-dharar</i> terhadap Hukuman Aborsi Akibat Perkosaan dalam UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan	69

BAB V PENUTUP

A. Simpulan.....	80
B. Saran.....	81
C. Penutup.....	81

DAFTAR PUSTAKA	82
-----------------------------	-----------

DAFTAR RIWAYAT HIDUP.....	86
----------------------------------	-----------

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG

Dalam kehidupan masyarakat saat ini, permasalahan gaya hidup yang bebas semakin fenomenal. Kemajuan teknologi yang pesat juga menjadi faktor pemicu masuknya pengaruh-pengaruh dari luar maupun dalam negeri sendiri. Misalnya saja pengaruh dari media internet, globalisasi, dan juga berbagai kebiasaan dari nilai-nilai yang semakin bebas membuat pergaulan yang tak terbatas hingga akhirnya berdampak pada maraknya perzinahan di Indonesia.

Zina dalam Islam merupakan perbuatan keji dan menimbulkan dosa besar. Berbagai cara untuk menghapus bahkan menghilangkan dosa zina dengan cara bertaubat juga tidak mudah apalagi perbuatan tersebut dilakukan dalam keadaan sadar. Bahkan pelaku dari zina sendiri apabila ingin diampuni oleh Allah SWT harus benar-benar bertaubat, yaitu *taubatan nasuha* (taubat yang bersungguh-sungguh dan berjanji akan menjauhi segala godaan untuk melakukan maupun mendekati perbuatan zina).¹

Dalam hukum pidana Islam sudah diatur, walaupun tidak dijelaskan secara *implisit*, namun aturan mengenai perbuatan-perbuatan yang dilarang sudah ada. Bahkan di dalam Al-Qur'an sudah dijelaskan mengenai aturan dilarangnya mendekati zina yang terdapat dalam QS Al-Isra' ayat 32 yang berbunyi:

وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوَاجَ إِذَا كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا

“Dan janganlah kamu mendekati zina; sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji. Dan suatu jalan yang buruk.” (Q.S. 17 [Al-Isra’]: 32)

Di dalam ayat tersebut sudah jelas bahwa zina itu dilarang karena perbuatan tersebut termasuk perbuatan yang keji dan jalan yang buruk. Masalah pergaulan bebas ini salah satunya berdampak pada munculnya wanita yang hamil diluar nikah, sedangkan ia tidak sanggup untuk menanggung akibatnya. Bukan hanya si wanita, tetapi laki-lakinya pun pada berbagai kasus banyak yang tidak bertanggungjawab yaitu lari dan meninggalkan begitu saja wanita dan calon bayinya. Bayangkan apabila kasus ini terjadi pada anak dibawah umur, bukan hanya psikis anak tersebut yang terganggu, namun juga di dalam masyarakat akan menjadi topik hangat pembicaraan oleh banyak tetangga dan akan membuat malu kedua orang tuanya.

Berdasarkan kondisi tersebut, tidak sedikit juga banyak yang menggugurkan kandungannya atau melakukan aborsi demi menghilangkan bayi yang ada di kandungannya. Hal ini tentunya merupakan suatu perbuatan dosa besar yang jika dibiarkan akan menjadi budaya dan mengakar. Bagaimanapun juga Islam melarang aborsi kecuali dalam hal kedaruratan medis dan perkosaan, hal ini pun terdapat etika dan aturannya sehingga tidak bisa sembarangan dalam menyikapi hal tersebut.

¹Redaksi Dalamislam, “Aborsi dalam Pandangan Islam” Di akses dari laman <https://www.google.com/amp/s/dalamislam.com/hukum-islam/aborsi-dalam-pandangan-islam/amp> pada tanggal 04 Januari 2021 <https://www.google.com/amp/s/dalamislam.com/hukum-islam/aborsi-dalam-pandangan-islam/amp> pada tanggal 04 Januari 2021

Aborsi telah dikenal sejak awal sejarah manusia dan diyakini merupakan metode yang paling tua untuk mencegah kelahiran yang tidak diinginkan dan merupakan cara yang paling berbahaya karena tidak jarang menyebabkan kematian. Dari zaman dahulu sudah dikenal cara-cara tradisional untuk menggugurkan kandungan, seperti minum jamu, melakukan pijat, memasukkan segala macam benda dalam kandungan dan sebagainya, sehingga seringkali perempuan harus mengalami resiko untuk kehilangan nyawanya. Apabila seorang wanita menjadi hamil tanpa diinginkannya dan tidak dapat menerima keadaan itu sebagai nasibnya, maka ia akan melakukan segala macam cara untuk menggugurkan kandungannya.²

Menurut riset *Guttmacher Institute*³ diperkirakan 1,7 juta kejadian aborsi terjadi di pulau Jawa pada tahun 2018. Data tersebut sesuai dengan angka 43 kejadian aborsi per 1.000 perempuan usia 15-49 tahun. Sebagai perbandingan, angka kejadian aborsi di wilayah Asia Tenggara adalah 34 kejadian aborsi per 1.000 perempuan. Sebagian besar perempuan yang melakukan tindakan aborsi di Pulau Jawa dalam tiga tahun terakhir tidak mengalami komplikasi. Diperkirakan 12% dari seluruh kasus aborsi mengalami komplikasi dan menerima asuhan pasca keguguran di fasilitas kesehatan.

Pada tahun yang sama, sekitar 73% perempuan yang melakukan tindakan aborsi secara mandiri, sedangkan 21% diantaranya melaporkan bahwa tindakan aborsi dibantu oleh dokter atau bidan. Sekitar 6% sisanya pergi ke penyedia layanan tradisional dan apoteker. Metode jamu adalah metode tindakan aborsi yang paling sering dilaporkan dan digunakan oleh 40% perempuan yang melaporkan melakukan aborsi. Hanya sekitar 8% perempuan pengguna jamu yang melaporkan adanya komplikasi.⁴

Faktanya jumlah kasus perkosaan di Indonesia selalu tinggi, angka aborsi *illegal* di Indonesia masih sangat tinggi sehingga semakin membuat banyak pihak prihatin. Pada tahun 2019, menurut Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) tercatat kurang lebih 2 juta kasus aborsi terjadi setiap tahunnya, dan 30% dilakukan oleh kalangan remaja. Tetapi pada tahun 2020, untuk pertama kalinya dalam lima tahun, angka menunjukkan penurunan drastis –dari rata-rata lebih dari 1.000 kasus per tahun menjadi 215 kasus selama pandemi 2020. Secara keseluruhan, KOMNAS Perempuan mencatat 299.911 kasus kekerasan terhadap perempuan di Indonesia selama tahun 2020. Angka ini turun signifikan dari data tahun 2019 sebanyak 431.471 kasus. Tetapi itu bukan kabar baik, menurut KOMNAS Perempuan, masa pandemi menciptakan tantangan baru bagi korban perkosaan dalam keluarga untuk mencari keadilan.⁵

Persoalan aborsi penting untuk dibahas karena fenomena ini berkaitan erat dengan persoalan kesehatan reproduksi perempuan. Untuk kasus di Indonesia, seperti diketahui bahwa salah satu penyebab tingginya angka kematian ibu adalah karena praktek aborsi terutama bagi ibu pada usia

² Paulinus Soge, *Hukum Aborsi: Tinjauan Politik Hukum Pidana Terhadap Perkembangan Hukum Aborsi di Indonesia*, berpusat di Amerika Serikat

³ *Guttmacher Institute* yaitu organisasi riset dan kebijakan yang berkonstrasi dalam hak seksual dan reproduksi, ⁴ *Guttmacher Institute*, “*Aborsi di Jawa*”, (Oktober 2020) di akses dari laman <https://doi.org/10.1363/46e0220> , pada tanggal 15 Maret 2021

⁵ BBC News, “*Perkosaan anak: Korban Pelecehan Seksual dalam Keluarga di Indonesia Terjebak di Tengah Pandemi Covid-19*” di akses dari laman <https://www.bbc.com/indonesia/indonesia-56297700> , pada tanggal 15 Maret 2021

belia sebagai akibat salah pergaulan ataupun belum siap memiliki anak, selain persoalan pelayanan kesehatan yang tidak memadai dan faktor struktural lain yang lebih luas.

Melakukan aborsi pada dasarnya dilarang dalam setiap aturan hukum apapun, baik dalam hukum positif maupun hukum Islam. Perbuatan aborsi merupakan tindak pidana pembunuhan berencana terhadap nyawa calon manusia yang berada dalam kandungan. Akan tetapi pada beberapa kondisi seperti kasus perkosaan dan kedaruratan medis, seseorang diberikan kelonggaran untuk melakukan aborsi yang mana hal tersebut apabila tidak dilakukan akan membahayakan nyawa sang ibu (meninggal).⁶ Karena mengorbankan janin untuk menyelamatkan jiwa sang ibu lebih diutamakan, mengingat seorang ibu sebagai sendi keluarga yang telah mempunyai kewajiban, baik terhadap Tuhan maupun terhadap sesama makhluk. Sedangkan janin sebelum lahir dalam keadaan hidup, maka belum mempunyai hak dan kewajiban apapun. Islam membolehkan jenis aborsi ini bahkan mewajibkannya karena Islam mempunyai prinsip menempuh salah satu tindakan yang lebih ringan dari dua hal yang berbahaya itu adalah wajib. Namun, hal tersebut hanya berlaku untuk aborsi akibat adanya indikasi medis sedangkan untuk aborsi akibat perkosaan, perempuan diharapkan untuk memikirkan matang-matang alasan ingin melakukan aborsi dan tetap mempertahankan kehamilannya daripada menggugurkannya.

Istilah aborsi atau *abortus* secara kebahasaan berarti keguguran kandungan, pengguguran kandungan, atau membuang janin. Dalam terminologi kedokteran, aborsi, berarti terhentinya kehamilan sebelum 28 (dua puluh delapan) minggu. Sedang menurut istilah hukum, berarti pengeluaran hasil konsepsi atau pembuahan dari rahim sebelum waktunya (sebelum dapat lahir secara alamiah).⁷

Ada dua macam aborsi, yaitu aborsi yang terjadi tidak disengaja (*abortus spontaneus*) dan aborsi yang disengaja (*abortus provocatus*). Aborsi yang disengaja terdiri atas dua jenis pula, yaitu aborsi yang dilakukan oleh dokter atas dasar indikasi medis (*abortus artificialis therapicus*), jika kondisi kehamilan bisa membahayakan keselamatan ibu; dan aborsi yang dilakukan tanpa dasar indikasi medis (*abortus provocatus criminalis*), yang dilakukan untuk melenyapkan janin dalam kandungan akibat hubungan seksual di luar pernikahan.⁸

Melihat dari pengertian aborsi tersebut, secara tidak langsung mengacu pada pembunuhan janin atau calon manusia. Di dalam Al-Qur'an memang tidak diungkapkan secara rinci bagaimana proses pembunuhan dimulai dari awal sampai akhir, melainkan dikemukakan secara umum dan global. Ayat Al-Qur'an di bawah ini bisa dijadikan acuan dalam membahas masalah aborsi, diantaranya sebagai berikut:

وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ مَّحَنٌ نَّزَرْنَاهُمْ وَإِيَّكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا

⁶ Munawaroh, Jurnal: *Aborsi Perkosaan dan Kedaruratan Medis Menurut Hukum Islam*, (FSH UIN Jakarta, 2015), Mizan, Volume 03, Nomor 02

⁷ Tim Penyusun, *Ensiklopedi Hukum Islam*, (Jakarta: PT Ichtiar Baru Van Hoeve, 2002), hlm. 7

⁸ Sri Suhandjati Sukri, *Ensiklopedi Islam dan Perempuan: Dari Aborsi hingga Misogini*, (Bandung: Nuansa Cendekia, 2014), hlm. 15

“Dan janganlah kamu membunuh anak-anakmu karena takut kemiskinan. Kamilah yang akan memberi rezeki kepada mereka dan juga kepadamu. Sesungguhnya membunuh mereka adalah suatu dosa besar.” (Q.S. 17 [Al-Isra’]: 31)

وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ ۖ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ۚ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ۙ

“Dan sesungguhnya, Kami telah menciptakan manusia dari saripati (berasal) dari tanah. Kemudian Kami menjadikannya air mani (yang disimpan) dalam tempat yang kokoh (rahim). Kemudian, air mani itu Kami jadikan sesuatu yang melekat, lalu sesuatu yang melekat itu Kami jadikan segumpal daging, dan segumpal daging itu Kami jadikan tulang belulang, lalu tulang belulang itu Kami bungkus dengan daging. Kemudian, Kami menjadikannya makhluk yang (berbentuk) lain. Mahasuci Allah, Pencipta Yang Paling Baik” (Q.S. 23 [Al-Mu’minun]: 12-14)

Kata *nuthfah* (air mani) dalam ayat 13 dan 14 dari surat al-Mu’minun merupakan tahapan pertama dari kejadian manusia, bukan cairan kental yang memancar dari kelamin laki-laki ketika terjadi ejakulasi. Adapun *‘alaqah* diartikan sebagai segumpal darah dan tahapan kedua dari proses penciptaan manusia. *‘Alaqah* menurut pengertian asalnya adalah tahap buah melekat kemudian bersarang pada dinding rahim. Sedangkan *mudghah* sebagai tahapan ketiga dari proses kejadian manusia lebih tepatnya diartikan sebagai *embrio* yang berproses menjadi calon bayi yang lengkap anggota tubuhnya, bukan sekadar segumpal daging.⁹

Berdasarkan penggalan kedua ayat tersebut, membunuh manusia dalam kondisi apa pun tetap saja haram, meskipun membahayakan sang ibu. Majalah *Al-Buhuts al-Fiqhiyah al-Muashirah* (Kajian Fiqh Kontemporer), terbitan Riyadh, Saudia Arabia, nomor XVII, tahun ke V, dalam rubrik Masail fi al-Fiqh, halaman 204, menengahkan persoalan ini:

Jika perempuan itu sebelum berakhirnya usia janin 120 hari dapat meyakini bahwa kandungannya adalah akibat perkosaan (berdasarkan keterangan dokter), maka pengguguran setelah 120 hari adalah boleh.

Selanjutnya, pada halaman 205 dikatakan:

Apabila dia tidak merasa yakin mengenai keadaannya sesudah terjadinya perkosaan itu, karena beberapa sebab yang dibenarkan agama (*al-a’dzar al-syar’iyyah*), dan usia janin sudah melebihi 120 hari, maka kaidah agama meberikan peluang bagi pengguguran tersebut, seperti dalam keadaan darurat, tetapi dia harus membayar *kifarat* (tebusan)... Keadaan darurat ini dapat terjadi pada kasus perkosaan. Perempuan dalam keadaan itu, pada umumnya, mengalami penderitaan kejiwaan yang bisa meninggalkan penderitaan fisik dan mental, bahkan bisa jadi menghancurkan hidupnya. Maka, pengguguran kandungan dalam keadaan seperti ini dipandang lebih ringan dibanding kematian. Keadaan darurat juga terajdi karena adanya anak yang tidak sah dan memerlukan biaya dan orang yang memelihara atau mendidiknya. Apalagi, kenyataan pada masyarakat di negara-negara Islam pada umumnya masih belum dapat menerima kehadiran anak yang dilahirkan secara tidak sah. Ini juga berakibat bagi terganggunya kehidupan mereka.¹⁰

Pernyataan Callahan (1972) dalam bukunya *Abortion: Law, Choice and Morality* sebagaimana dikutip oleh Paulinus Soge, dikatakan olehnya bahwa:

⁹ *Ibid.*, hlm. 16

¹⁰ Husein Muhammad, *Fiqh Perempuan*, (Yogyakarta: IRCiSoD, 2019), hlm. 309

*Abortion is a nasty problem, a source of social and legal discord, moral uncertainty, medical and psychiatric confusion, and personal anguish. Abortion is at once a moral, medical, legal, sociological, philosophical, demographic and psychological problem, not readily to one-dimensional thinking*¹¹.

Pernyataan Callahan di atas menunjukkan bahwa aborsi memang merupakan masalah yang rumit dan merupakan sumber kekacauan sosial, ketidakpastian moral dan hukum, kebingungan medis dan psikiatris, dan secara pribadi (korban) sangat memprihatinkan.¹² Aborsi juga merupakan masalah hukum karena ia menimbulkan berbagai premis-premis dari masyarakat menyangkut sejauh mana hubungan antara masyarakat dengan janin yang belum lahir, dengan ibunya, dengan kehidupan keluarga, dan dengan pengawasan masyarakat terhadap profesi dokter sekitar.

Dalam hukum Islam, berbagai permasalahan pasti ada penyelesaiannya. Pasal 75 ayat (2) dari Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan secara tegas mengatur mengenai pengecualian larangan aborsi yaitu kedaruratan medis dan aborsi akibat perkosaan. Sedangkan dalam Pasal 76 UU Kesehatan disebutkan secara jelas syarat-syarat aborsi, yaitu:

Aborsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 75 hanya dapat dilakukan:

- a. Sebelum kehamilan berumur 6 (enam) minggu dihitung dari hari pertama haid terakhir, kecuali dalam hal kedaruratan medis;
- b. Oleh tenaga kesehatan yang memiliki keterampilan dan kewenangan yang memiliki sertifikat yang ditetapkan oleh Menteri;
- c. Dengan persetujuan ibu hamil yang bersangkutan;
- d. Dengan izin suami, kecuali korban perkosaan; dan
- e. Penyedia layanan kesehatan yang memenuhi syarat yang ditetapkan oleh Menteri.

Syarat-syarat tersebut dijadikan acuan dalam menangani permasalahan aborsi baik itu aborsi karena adanya indikasi medis maupun aborsi akibat dari perkosaan. Ketika ada seorang perempuan yang hamil akibat dari perkosaan mendatangi penegak hukum (advokat) atau lembaga-lembaga yang menangani perlindungan terhadap perempuan kemudian ia meminta solusi dari permasalahan atas kehamilan yang dialaminya. Maka penegak hukum tersebut akan memberikan solusi untuk tetap mempertahankannya. Hal ini bukan tanpa alasan, karena ketika perempuan tersebut tetap memilih untuk menggugurkannya dan ternyata tidak sesuai dengan syarat-syarat yang terdapat dalam Pasal 76 UU Kesehatan maka ia akan mendapat hukuman seperti yang terdapat dalam Pasal 194 UU Kesehatan. Lalu perempuan tersebut akan semakin merasa bersalah dan dikhawatirkan akan memperburuk keadaan psikologisnya. Namun, apabila perempuan tersebut memilih untuk tetap mempertahankan kehamilannya dengan tetap didampingi oleh pakar psikologis maka ketika sudah melahirkan akan timbul rasa kasih sayang, rasa ingin melindungi bayi tersebut sehingga bahaya yang ditimbulkan diantara pilihan untuk aborsi atau tetap mempertahankan kehamilannya itu lebih berat yang memilih untuk aborsi.

¹¹ Terjemah: Aborsi merupakan masalah yang keji, sumber perbantahan sosial dan hukum, ketidakpastian moral, kebingungan medis dan psikiatri, dan kesedihan pribadi yang mendalam. Aborsi sekaligus merupakan masalah moral, medis, hukum sosiologis, filosofis, demografis dan psikologis, karenanya tidak dapat dipikirkan dari satu dimensi saja.

¹² Paulinus Soge, *Hukum Aborsi: Tinjauan Politik Hukum Pidana Terhadap Perkembangan Hukum Aborsi di Indonesia*, (Yogyakarta: Program Pascasarjana UAJY, 2010), hlm. 283

Menurut Pasal 194 UU No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, seseorang yang dengan sengaja melakukan aborsi yang tidak sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 75 ayat (2)¹³ dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh tahun dan dengan paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

Dalam skripsi ini, penulis ingin mengkaji lebih dalam mengenai hal tersebut. Hak-hak korban memang harus diperoleh karena secara tidak langsung korban sudah mengalami gangguan psikologis dari hal tersebut. Akan tetapi, daripada memilih untuk aborsi, bahaya yang timbulkan lebih ringan untuk mempertahankan kehamilannya sampai janin tersebut lahir daripada melakukan aborsi. Kaidah yang penulis kaji dalam penelitian ini yaitu :

الضَّرَرُ يُزَالُ

“Kemudharatan itu hendaklah dihilangkan.” (As-Sututhi, t.t: 57)

Kaidah tersebut memiliki arti bahwa kemudharatan hendaklah dihilangkan. *Al-Dharar* menurut ahli fiqh kontemporer, Wahbah Zuhaili menerangkan bahwa: *Al-Dharar* ialah datangnya keadaan bahaya atau kesulitan yang amat berat kepada diri manusia, yang membuat dirinya khawatir akan terjadinya kerusakan atau sesuatu yang menyakiti jiwa, anggota badan, kehormatan, akal, harta dan yang bertalian dengannya.¹⁴

Dalam tema skripsi yang penulis kaji kali ini, berhubungan dengan salah satu kaidah-kaidah fiqh yaitu kaidah *Al-Dharar*. *Al-Dharar* merupakan suatu keadaan dimana seseorang dihadapkan dengan situasi yang melibatkan keselamatan hidup atau harta bendanya. Kaidah tersebut akan penulis hubungkan dengan hukuman aborsi akibat perkosaan yang terdapat pada UU No. 36 tahun 2009 tentang Kesehatan. Dalam UU tersebut memang sudah dijelaskan secara rinci mengenai larangan aborsi beserta syarat-syaratnya aborsi, namun dalam kenyataannya Pasal-Pasal tersebut masih perlu dikaji lebih mendalam. Korban perkosaan tetap harus mendapatkan hak-hak untuk memperoleh pengobatan secara psikis. Sehingga pemikirannya tidak sempit dan hanya terpaku pada solusi aborsi akan tetapi masih ada solusi lain yang lebih baik untuk dilakukan dan tidak membahayakan nyawanya. Peran pemerintah sangat dibutuhkan untuk menunjang terwujudnya perlindungan dan pelaksanaan hak-haknya pada korban perkosaan.

Alasan di ataslah yang membuat penulis tergugah keinginannya untuk mengkaji tema tersebut. Sebagai calon lulusan Sarjana Hukum, penulis rasa tema yang dikaji sangat penting dan *urgent* untuk dikaji lebih mendalam. Mengingat kurangnya pengetahuan masyarakat awam

¹³ Pasal 75 ayat (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.
- c. Tindakan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) hanya dapat dilakukan setelah melalui konseling dan/atau pesesehatan pra tindakan dan diakhiri dengan konseling pasca tindakan yang dilakukan oleh konselor yang kompeten dan berwenang.
- d. Ketentuan lebih lanjut mengenai indikasi kedaruratan medis dan perkosaan, sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dan ayat (3) diatur dengan Peraturan Pemerintahan.

¹⁴ Syaiful Hidayat, Jurnal: *Al-Darurat dalam Pandangan Yusuf Qardawi*, (Tafaquh; Vol. 2 No. 1, Juni 2014), hlm. 3

mengenai hukum di Indonesia. Memang banyak orang berilmu di dunia ini, namun tidak banyak dari mereka bahkan kita yang mampu untuk membagikannya terhadap orang lain.

B. RUMUSAN MASALAH

Dalam penelitian ini, rumusan masalah yang akan dibahas lebih lanjut dalam skripsi ini menyangkut beberapa masalah, yaitu:

1. Bagaimana hukuman aborsi akibat perkosaan dalam UU No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan?
2. Bagaimana tinjauan kaidah *Al-Dharar* terhadap hukuman aborsi akibat perkosaan pada UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan?

C. TUJUAN PENELITIAN

Berdasarkan penelitian yang saya kaji kali ini, tujuannya yaitu:

1. Untuk mengetahui dan meninjau hukuman aborsi akibat perkosaan yang terdapat pada UU No. 36 tahun 2009 tentang Kesehatan.
2. Untuk meninjau kaidah *Al-Dharar* terhadap hukuman aborsi akibat perkosaan pada UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan. Apakah kaidah *Al-Dharar* dapat dijadikan tambahan teori dalam putusan hakim.

D. MANFAAT PENELITIAN

Dalam penelitian ini, manfaat yang diharapkan akan diperoleh dari penelitian skripsi ini, yaitu:

1. Akademik

Dalam penelitian ini, akan menambah wawasan kita khususnya jurusan Hukum Pidana Islam dengan mendalami peraturan-peraturan perundang-undangan khususnya dalam permasalahan aborsi serta kaidah-kaidah fiqh terutama kaidah *Al-Dharar*. Karena kita juga berasal dari Hukum Pidana Islam, maka kita harus paham mengenai permasalahan aborsi yang masih menjadi kontroversi dalam masyarakat serta kaidah-kaidah fiqh, agar ketika kita sudah berada di masyarakat tidak kebingungan.

2. Praktis

Penelitian ini penulis buat untuk menyelesaikan studi Strata 1 penulis dalam menempuh pendidikan di Universitas Islam Negeri Walisongo.

E. TELAAH PUSTAKA

Dalam melakukan sebuah penelitian, diperlukan adanya kajian dari penelitian-penelitian sebelumnya melalui berbagai sumber referensi seperti jurnal, skripsi, thesis atau karya ilmiah lainnya untuk dijadikan bahan pertimbangan dalam melakukan sebuah penelitian. Hal ini bertujuan agar penulis dapat menemukan perbedaan serta menghindari adanya *plagiarisme* dari penelitian-penelitian sebelumnya. Di bawah ini ada beberapa penelitian yang penulis temukan berkaitan dengan kaidah *al-Dharar* maupun aborsi akibat perkosaan yang terdapat pada UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan.

1. Jurnal “*Al-Darurat* dalam Pandangan Yusuf Qardawi” oleh Syaiful Hidayat. Jurnal ini meninjau fatwa Yusuf Qardawi terkait aborsi hasil perkosaan, dengan menjadikan perkosaan sebagai alasan untuk melakukan aborsi. Fatwa-fatwa Yusuf Qardawi banyak di dasari dengan alasan atau *hujjah* berupa darurat, sehingga fatwa-fatwanya banyak yang kontroversial. Namun, justru itu yang menjadikan penulis jurnal ini tertarik untuk melakukan tela’ah lebih dalam mengenai batasan-batasan *darurat* menurut Yusuf Qardawi, utamanya aplikasi *darurat* perspektif Yusuf Qardawi terhadap hukum aborsi ini.¹⁵
2. Jurnal “Problematika Pelaksanaan Aborsi bagi Korban Perkosaan dalam Undng-Undng Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan” oleh Yenny Fitri Z.. Jurnal ini meninjau Aborsi akibat perkosaan dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan. Penulis jurnal ini melakukan penelitian terhadap UU tersebut yang kemudian menghasilkan 3 persoalan dalam UU tersebut yang menyulitkan korban perkosaan untuk mendapatkan layanan aborsi yang aman dan legal. Diantaranya 3 persoalan tersebut yaitu usia kandungan yang ditetapkan maksimal 40 hari untuk dapat dilakukannya aborsi bagi korban perkosaan terlalu singkat, Kementerian Kesehatan belum pernah mempersiapkan persyaratan pelatihan terhadap tenaga medis dan pelatihan konseling untuk korban perkosaan, kemduia layanan kesehatan yang ditetapkan dalam aturan tersebut sangat terbatas dan belum bisa diakses dengan mudah di setiap wilayah Indonesia.¹⁶
3. Skripsi “Analisis PP Nomor 61 Tahun 2014 Pasal 31 ayat 1 Tentang Kesehatan Reproduksi Perspektif Kaidah *Al-Dharar*” oleh Risdiyono dari IAIN Purwokerto. Skripsi ini meninjau tentang kaidah *Al-dharar* juga, namun menganalisis PP Nomor 61 Tahun 2014 Pasal 31 ayat 1 tentang Kesehatan Reproduksi. Penulis skripsi tersebut meneliti pengecualian larangan aborsi dalam Pasal 31 PP Nomor 61 tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi dengan menggunakan pendekatan kaidah *al-dharar* (bahaya) sebagai alat analisa. penulis juga sedikit menyinggung mengenai PP Aborsi ini dianggap sebagai legalisasi praktik aborsi karena tidak adanya satu pasalpun yang menegaskan larangan praktik tersebut.hal tersebutlah yang membuat penulis tertarik untuk meneliti PP tersebut.¹⁷
4. Skripsi “Tinjauan Hukum Islam terhadap Pengecualian Larangan Aborsi dalam Pasal 75 (2) huruf b Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan” oleh Muhammad Khusni Tamrin dari UIN Walisongo Semarang. Skripsi ini meninjau tentang hukum Islam terhadap pengecualian larangan aborsi dalam pasal 75 (2) huruf b Undang-Undang Nomor 36 tahun 2009 tentang Kesehatan. Hasil penelitian penulis skripsi tersebut menunjukkan bahwa pengecualian larangan aborsi yang terdapat dalam pasal Undang-Undang tersebut boleh dilakukan dengan syarat telah memenuhi pemeriksaan medis, sudah berusaha melakukan terapi dengan jalan konseling, serta mendapat persetujuan keluarga. Sedangkan tinjauan hukum Islam terhadap skripsi tersebut sama-sama

¹⁵ Syaiful Hidayat, *Al-Darurat* dalam Pandangan Yusuf Qardawi, *Jurnal Tafaqquh*; Vol. 2 No. 1, Juni 2014

¹⁶ Yenny Fitri Z, Problematika Pelaksanaan Aborsi bagi Korban Perkosaan dalam Undng-Undng Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, (STIH Putri Maharaja Payakumbuh, 2019), *Jurnal Cendekia Hukum*, Vol. 5, Nomor 1, September 2019

¹⁷ Risdiyono, Analisis PP Nomor 61 tahun 2014 Pasal 31 ayat 1 tentang Kesehatan Reproduksi Perspektif kaidah *Al-Dharar*, *skripsi* (IAIN Purwokerto, 2020)

memandang aborsi sebagai perbuatan yang yang dilarang dan termasuk kejahatan. Oleh karena itu, bagi pelaku dikenakan sanksi atas perbuatan tersebut. Tetapi, dalam keadaan tertentu aborsi diperbolehkan seperti yang tercantum dalam pasal 75 (2) huruf b Undang-Undang Nomor 36 tahun 2009 tentang Kesehatan.¹⁸

5. Skripsi “Aborsi Akibat Perkosaan Perspektif Hukum Islam dan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia” oleh Syah Ghina Rahmi Lubis dari UIN Syarif Hidayatullah Jakarta. Skripsi ini meninjau tentang aborsi juga, namun lebih fokus terhadap status hukum aborsi akibat perkosaan menurut Hukum Islam dan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia. Secara umum, status aborsi menurut Hukum Islam adalah haram. Begitu pula dalam pasal 346 KUHP bahwa aborsi juga tidak diperbolehkan. Hasil penelitian dari skripsi ini adalah beberapa pendapat dalam Hukum Islam ada yang mengharamkan yaitu Lembaga Tarjih Muhammadiyah sedangkan menurut Bahtsul Masail NU dan fatwa MUI memperbolehkan. Hal ini sejalan dengan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan dan Peraturan Pemerintah Nomor 61 tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi sama-sama membolehkan aborsi akibat perkosaan.¹⁹

Berdasarkan 2 (dua) penelitian Jurnal Ilmiah dan 3 (tiga) penelitian Skripsi tentang Aborsi akibat perkosaan, setelah dibandingkan memang benar-benar belum pernah dilakukan sebelumnya. Memang ada 1 skripsi yang sama-sama membahas mengenai kaidah *Al-dharar*, namun skripsi tersebut mengkaji isi PP Aborsi sedangkan saya mengkaji hukuman aborsi akibat perkosaan UU No. 36 Tahun 2009 yang kemudian dikatkan dengan kaidah Adh-Darurat. Dalam skripsi ini, saya akan membahas tentang bagaimana kaidah *Al-dharar* dipakai dalam menyelesaikan permasalahan hukuman aborsi akibat perkosaan. Karena berdasarkan data yang saya peroleh, korban aborsi justru dihukum dikarenakan sudah melewati batas syarat-syarat yang ditentukan dalam aturan Undang-Undang No. 36 Tahun 2009. Jadi, pada dasarnya penelitian ini memang sungguh belum pernah dilakukan sebelumnya, sehingga dapat dikatakan bahwa penelitian ini adalah asli dari dan dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah.

F. METODE PENELITIAN

Metode penelitian adalah langkah yang dimiliki dan dilakukan oleh peneliti dalam rangka untuk mengumpulkan informasi atau data serta melakukan investigasi pada data yang telah didapatkan tersebut. Metode penelitian memberikan gambaran rancangan penelitian yang meliputi prosedur dan langkah-langkah yang harus ditempuh, waktu penelitian, sumber data, dan dengan langkah apa data-data tersebut diperoleh dan selanjutnya diolah dan dianalisis.

1) Jenis Penelitian

Pada penelitian ini, penulis menggunakan penelitian hukum normatif. Penelitian hukum normatif atau biasa disebut juga penelitian hukum doktrinal atau penelitian perpustakaan adalah penelitian yang mengkaji studi dokumen, yakni menggunakan berbagai data primer, sekunder maupun tertier. Data primer yaitu semua aturan hukum

¹⁸ Muhammad Khusni Tamrin, Tinjauan Hukum Islam terhadap Pengecualian Larangan Aborsi dalam Pasal 75 (2) huruf b Undang-Undang Nomor 36 tahun 2009 tentang Kesehatan, *skripsi* (UIN Walisongo Semarang, 2015)

¹⁹ Syah Ghina Rahmi Lubis, Aborsi Akibat Perkosaan Perspektif Hukum Islam dan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia, *skripsi* (UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 2018)

yang dibentuk dan/atau dibuat secara resmi oleh suatu lembaga negara, dan/atau badan-badan pemerintahan. Diantaranya data primer yaitu Al-Qur'an, Hadist, Undang-Undang. Kemudian data sekunder yaitu seluruh informasi tentang hukum yang berlaku atau yang pernah berlaku. Data sekunder diantaranya yaitu buku-buku, laporan penelitian hukum, berbagai jurnal penelitian hukum dan lain sebagainya. Yang terakhir data tertier yaitu sumber-sumber atau bahan-bahan yang termuat dalam kamus-kamus hukum, berbagai terbitan yang memuat indeks hukum, dan semacamnya.

Penelitian jenis normatif ini dimulai dengan sebuah pertanyaan, disusul oleh suatu *intellectual guessing* yang berakhir pada pemberian jawaban pada pertanyaan itu, untuk kemudian dilanjutkan dengan suatu rangkaian kegiatan berikutnya dalam rangka menemukan norma hukum yang dapat difungsikan sebagai dasar pembenar yang membenarkan benarnya jawaban yang diperoleh pertama-tama lewat *guessing* itu.²⁰

2) Pendekatan Penelitian

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif, yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder sebagai bahan dasar untuk diteliti dengan cara mengadakan kajian terhadap peraturan-peraturan dan literatur-literatur yang berkaitan dengan permasalahan yang diteliti yaitu hukuman aborsi akibat perkosaan. Jenis penelitian ini hanya dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder yang bersifat hukum.²¹

3) Jenis dan Data Penelitian

a) Jenis data

Jenis data yang digunakan dalam penulisan penelitian ini adalah Data Kualitatif yaitu data naratif atau deskriptif yang menjelaskan tentang kualitas suatu fenomena berupa narasi atau kata-kata.

b) Sumber Data

Sumber data yang digunakan dalam penulisan penelitian ini adalah sumber data sekunder yaitu suatu data atau bahan hukum yang diperoleh seorang peneliti secara tidak langsung dari sumbernya (objek penelitian), tetapi diperoleh melalui sumber lain.²² Data sekunder diperoleh dari macam-macam sumber bahan hukum, yaitu sebagai berikut:

- (a) Bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang mengikat dan bersifat autoritatif (mempunyai otoritas). Contohnya yaitu berupa peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan aborsi yang terdapat dalam Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, kaidah-kaidah *al-dharar* dalam *qawaid fihiyyah*, sumber hukum yang berasal dari Al-Qur'an dan hadist.
- (b) Bahan hukum sekunder yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan tentang bahan hukum primer. Contohnya yaitu berupa hasil-hasil penelitian

²⁰ Soetandyo Wignjosobroto, *Hukum: Konsep dan Metode*, (Malang: Setara Press, 2013), hlm. 77

²¹ Amirudin, dan Zaenal Asikin, *Pengantar Metodologi Penelitian Hukum*, (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2003), hlm.

²² Suteki dan Galang Taufani, *Metodologi Penelitian Hukum*, (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2018), hlm. 215

yang diperoleh melalui bahan-bahan kepustakaan, berupa buku-buku penelitian, jurnal-jurnal hukum, artikel-artikel, pendapat para ulama mengenai kaidah *al-dharar* serta kasus-kasus hukum yang berkaitan dengan kasus aborsi akibat perkosaan.

(c) Bahan hukum tertier yaitu bahan hukum yang termuat dalam kamus-kamus hukum, berbagai terbitan indeks hukum yang contohnya berupa Kamus Besar Bahasa Indonesia, Kamus Hukum, Ensiklopedia dan lain-lain.

c) Teknik Pengumpulan Data

Dalam penulisan skripsi ini, penulis menggunakan penelitian hukum normatif. Penelitian ini merupakan penelitian kepustakaan, yaitu penelitian terhadap data sekunder. Oleh karena itu, teknik pengumpulan data dalam penelitian ini dilakukan dengan menggunakan studi kepustakaan yaitu suatu penelitian yang dilakukan dengan cara membaca, mempelajari, menelaah, memahami dan menganalisa serta menyusunnya dari berbagai sumber pustaka atau dokumentasi yang berkaitan dengan pasal aborsi yang terdapat Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan dan buku maupun kitab-kitab mengenai kaidah *Al-Dharar* dalam *qawaid fiqhiyyah*.

d) Metode Analisis Data

Analisis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data kualitatif dengan menggunakan metode berfikir induktif yang berasal dari fakta-fakta yang khusus, peristiwa-peristiwa yang kongkret, kemudian di wujudkan dalam bentuk penelitian ini. Kemudian menggunakan kualitatif deskriptif dengan cara mengumpulkan data lalu menganalisis data tersebut sampai pada titik penyimpulan yaitu meninjau kaidah *Al-Dharar* yang dikaitkan dengan hukuman aborsi akibat perkosaan yang terdapat pada UU No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan

G. SISTEMATIKA PENULISAN

Dalam penulisan skripsi ini, penulis menjelaskan garis besar penulisan yang disusun per bab yang terdiri dari 5 (lima) bab, yang mana di dalamnya diperjelas dengan sub-sub bab pembahasan. Untuk lebih jelasnya berikut ini merupakan gambaran sistematika penulisan skripsi penulis:

BAB I : PENDAHULUAN. Terdiri dari latar belakang, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, telaah pustaka, metode penelitian hingga sistematika penulisan skripsi.

BAB II : TINJAUAN KAIDAH AL-DHARAR TERHADAP HUKUMAN ABORSI AKIBAT PERKOSAAN. Terdiri dari :

- A. Kaidah *al-dharar*, diantaranya yaitu:
 - 1. Pengertian Kaidah *al-dharar*
 - 2. Dasar Hukum Kaidah *al-dharar*
 - 3. Batasan-batasan Kaidah *al-dharar*
- B. Cabang-cabang kaidah *al-dharar*, diantaranya:
 - 1. Kaidah الضَّرُورَةُ تُبِيحُ الْمُحْظَرَاتِ

2. Kaidah الضَّرَرُ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ
 3. Kaidah دَرْءُ الْمَفَاسِدِ مُقَدِّمٌ عَلَى جَلْبِ الْمَصَالِحِ
 4. Kaidah إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوِيَ أَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بِرْتِكَابِ أَحْفَهُمَا
 5. Kaidah الضَّرَرُ لَا يُزَالُ بِضَرَرٍ
- C. Aborsi, diantaranya:
1. Pengertian aborsi
 2. Macam-macam aborsi
 3. Metode yang dipakai dalam *abortus provocatus*
 4. Faktor Pendorong Aborsi
 5. Dampak terjadinya aborsi
- D. Aborsi dalam Hukum Pidana Islam
1. Pengertian Hukum Pidana Islam
 2. Status Hukum Aborsi
- E. Aborsi Menurut Empat Madzhab
- F. Pandangan Ulama terhadap Sansksi Tindak Pidana Aborsi

BAB III : HUKUMAN ABORSI AKIBAT PERKOSAAN PADA UU NO. 36 TAHUN 2009 TENTANG KESEHATAN. Bab ini berisi tentang bagaimana hukuman aborsi akibat perkosaan dalam UU No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan.

BAB IV : ANALISIS KAIDAH *AL-DHARAR* TERHADAP HUKUMAN ABORSI AKIBAT PERKOSAAN PADA UU NO. 36 TAHUN 2009 TENTANG KESEHATAN. Di dalam bab ini, penulis menganalisis hukuman aborsi akibat perkosaan yang terdapat dalam UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan kemudian ditinjau dengan kaidah *al-dharar*.

BAB V : PENUTUP. Bab ini berisi tentang simpulan dari penelitian yang dilakukan oleh penulis didasarkan pada sumber-sumber yang penulis tinjau dan analisis. Kemudian ada kritik dan saran yang semoga membuat penulis semangat dalam mengamalkan ilmunya

BAB II

TINJAUAN UMUM KAIDAH *AL-DHARAR* TERHADAP HUKUMAN ABORSI AKIBAT PERKOSAAN

A. Kaidah *Al-Dharar*

1. Pengertian Kaidah *Al-dharar*

Kaidah *الضَّرَارُ يُزَالُ* yang artinya “kemudharatan harus dihilangkan” bersumber dari hadits Nabi Muhammad saw yang berbunyi: *الضرر ولا ضرار*. Bila ditinjau dari aspek bahasa kata-kata *ضَرَر* dan *ضِرَار* mempunyai makna yang sama namun obyeknya berbeda. Arti *ضَرَر* adalah perbuatan yang dilakukan seorang diri dan berbahaya hanya pada diri sendiri. Sementara *ضِرَار* adalah perbuatan yang bersifat interelasi yakni dilakukan oleh dua orang atau lebih, dan berbahaya pada diri sendiri serta orang lain. Sedangkan *الضَّرَارُ* memiliki arti berbuat kerusakan kepada orang lain secara mutlak, mendatangkan kerusakan terhadap orang lain dengan cara yang tidak diijinkan oleh agama, sedangkan tindakan merusak terhadap orang lain yang diijinkan oleh agama seperti *qishash*, *diyat*, *had* dan lain-lain tidak dikategorikan berbuat kerusakan tetapi untuk mewujudkan kemashlahatan.²³

Al-dharar secara terminologi ada beberapa pengertian diantaranya adalah Abu Bakar al-Jashas, mengatakan makna *al-dharar* adalah ketakutan seseorang pada bahaya yang mengancam nyawanya atau sebagian anggota badannya. Menurut al-Dardiri, *al-dharar* yaitu menjaga diri dari kematian atau dari kesusahan yang teramat sangat.

Menurut sebagian ulama dari Mazhab Maliki, *al-dharar* yaitu mengkhawatirkan diri dari kematian berdasarkan keyakinan atau hanya sekedar dugaan. Menurut al-Suyuti, *al-dharar* adalah posisi seseorang pada sebuah batas, kalau ia tidak mengkonsumsi sesuatu yang dilarang maka ia akan binasa atau nyaris binasa. Menurut Fahrudin ar-Razi, *al-dharar* adalah sebuah perasaan sakit atau tidak nyaman yang terbesit dalam hati. Dikatakan demikian karena apabila perbuatan tersebut menimpa kita maka hati akan sakit, dan dikatakan tidak enak karena baik fisik maupun jiwa akan merasakan tidak nyaman saat ditimpa bahaya tersebut. Yang dimaksud perasaan sakit dalam hati adalah tertekannya hati yang disebabkan oleh tekanan aliran darah di sekitar hati.²⁴

Menurut Al-Jurnuji kata darurat di ambil dari kata *al-dharar*, artinya yaitu suatu musibah yang tidak dapat di hindari. Al-zarkasyi mendefinisikan darurat dalam rumusannya sebagai berikut: darurat adalah sampainya seseorang pada batas di mana jika ia tidak mau memakan yang dilarang, maka ia akan binasa atau mendekati binasa. Seperti orang yang terpaksa memakan sesuatu yang dilarang di mana jika ia bertahan tidak makan sesuatu yang dimaksud tadi, maka ia akan mati atau sebagian anggota tubuhnya akan hilang. Ahli Fiqih kontemporer yaitu Wahbah Zuhaili menerangkan pengertian *al-dharar* adalah sesuatu yang tingkat

²³ Ali Ahmad Al-Nadwi, *al-Qawaid al-Fiqhiyyah*, (Damaskus: Dae Qalam, 1986), hlm. 252

²⁴ Fakhru al-din Muhammad bin Umar bin Husyain al-Razi, *al-Mashul fi Usul al-Fiqh*, (Riyad: Jamiah al-Imam Muhammad bin Suud al-Islamiyah, tt), hlm. 143

keperluannya mencapai tingkat yang paling puncak dan keadaan yang paling sulit, sehingga orang berada dalam bahaya yang mengancam jiwa, harta dan seumpamanya.²⁵

Berdasarkan pendapat para ulama di atas dapat diambil simpulan, bahwa *al-dharar* adalah kesulitan yang sangat menentukan eksistensi manusia, karena jika ia tidak diselesaikan maka akan mengancam agama, jiwa, nasab, harta serta kehormatan manusia. Kebolehan berbuat atau meninggalkan sesuatu karena *al-dharar* adalah untuk memenuhi penolakan terhadap bahaya, bukan yang selain yang demikian itu. Wahbah Zuhaili menjelaskan secara lebih detail bahwa darurat adalah datangnya kondisi bahaya atau kesulitan yang amat berat kepada diri manusia, yang membuat ia khawatir akan terjadi kerusakan atau sesuatu yang menyakiti jiwa, anggota tubuh, kehormatan, akal, harta dan yang bertalian dengannya. Ketika dalam keadaan seperti ini maka boleh atau harus mengerjakan yang diharamkan atau meninggalkan yang diwajibkan, atau menunda waktu pelaksanaannya guna menghindari kemudharatan yang diperkirakan dapat menimpa dirinya, selama tidak keluar dari syarat-syarat yang ditentukan oleh syara'.²⁶

Dalam kaitan ini, Wahbah Zuhaili membagi kepentingan manusia akan sesuatu dengan lima klasifikasi, yaitu:

a. *Dharar*

Yaitu kepentingan manusia yang diperbolehkan menggunakan sesuatu yang dilarang, karena kepentingan itu menempati puncak kepentingan manusia, apabila tidak dilaksanakan maka mendatangkan kerusakan. Kondisi semacam ini memperbolehkan segala yang diharamkan atau dilarang, seperti memakai pakaian sutra bagi laki-laki yang telanjang, dan sebagainya.

b. *Hajat*

Yaitu kepentingan manusia akan sesuatu yang apabila tidak dipenuhi mendatangkan kesulitan atau mendekati kerusakan. Kondisi semacam ini tidak menghalalkan yang haram. Misalnya seorang laki-laki yang tidak mampu berpuasa maka diperbolehkan berbuka dengan makanan halal, bukan makanan haram.

c. *Manfaat*

Yaitu kepentingan manusia untuk menciptakan kehidupan yang layak. Maka hukum diterapkan menurut apa adanya karena sesungguhnya hukum itu mendatangkan manfaat. Misalnya makan-makanan pokok seperti beras, ikan, sayur, lauk-pauk, dan sebagainya.

d. *Zienah*

Yaitu kepentingan manusia yang terkait dengan nilai-nilai estetika.

e. *Fudhul*

Yaitu kepentingan manusia hanya sekedar untuk berlebih-lebihan, yang memungkinkan mendatangkan kemaksiatan atau keharaman. Kondisi semacam ini dikenakan hukum *sadd al-dzariah*, yaitu menutup jalan atau segala kemungkinan yang mendatangkan *mafsadah*.

²⁵ Wahbah Zuhaili, *Nazariyyat Al-Darurah As-Shari'ah*, (Beirut: Mu'assasah ar-Risalah, 1985), hlm. 67

²⁶ Ibid., Wahbah Zuhaili, hlm 72

Kaidah fiqih di atas mencakup banyak masalah fiqih dan dapat dijadikan sebagai dalil dalam menetapkan hukum, baik dalam bidang ibadah, *muamalah*, *munakahat*, maupun *jinayah*. Dalam menetapkan hukum masalah *jinayah*, misalnya yaitu: Islam menetapkan adanya hukum *qishash*, *hudud*, *kafarat*, mengganti rugi kerusakan, mengangkat para penguasa untuk membasmi pemberontak dan memberikan sanksi hukum terhadap pelaku kriminal.

Ada perbedaan antara *masyaqqat* (kesulitan) dengan *dharurat*. *Masyaqqat* adalah suatu kesulitan yang menghendaki adanya kebutuhan (*hajat*) tentang sesuatu, apabila tidak dipenuhi tidak akan membahayakan eksistensi manusia. Sedangkan *dharurat* adalah kesulitan yang sangat menentukan eksistensi manusia, karena jika ia tidak diselesaikan maka akan mengancam agama, jiwa, nasab, harta serta kehormatan manusia. Dengan adanya *masyaqqat* akan mendatangkan kemudahan atau keringan. Sedangkan dengan adanya *dharurat* akan adanya penghapusan hukum. Yang jelas, dengan keringanan *masyaqqat* dan penghapusan hukum karena *mudharat* akan mendatangkan kemashlahatan bagi kehidupan manusia, dan dalam konteks ini keduanya tidak mempunyai perbedaan.

Hajat sering diartikan dengan terjadinya suatu kesulitan jika tidak terpenuhinya sesuatu. Sedangkan keadaan yang *dharurat* adalah keadaan dimana ketika tidak dipenuhinya sesuatu maka akan bisa terjadi kebinasaan atau kematian atas sesuatu lainnya. Perbedaan yang paling mendasar dalam membedakan antar keadaan yang dalam tahapan *hajat* semata, atau keadaan yang sudah pada tahap *dharurat*. Adapun perbedaan yang paling mendasar adalah efek yang timbul dari tidak terpenuhinya sesuatu. Jika efek yang timbul dari tidak terpenuhinya sesuatu tersebut hanyalah kesulitan semata, maka keadaan yang demikian baru menempati tahapan *hajat* semata. Akan tetapi ketika tidak terpenuhinya sesuatu itu bisa menjadikan binasa atau bahkan kematian, maka keadaan tersebut sudah mencapai pada keadaan yang *dharurat* yang kemudian boleh berlaku hukum yang agak longgar. Menurut Wahbah Zuhaili perbedaan antara *hajat* dan *dharurat* selain hal diatas adalah sebagai berikut:

- a. *Dharurat* lebih berat keadaannya, sedangkan *hajat* hanya sekedar kebutuhan
- b. Hukum *dharurat* dalam mengecualikan terhadap hukum yang sudah ditetapkan walaupun terbatas waktu dan kadarnya, misalnya wajib menjadi mubah, haram menjadi mubah. Sedangkan hukum *hajat* tidak dapat mengubah hukum nash yang jelas.²⁷

Dengan demikian, tidak semua keadaan yang menjadikan sempit itu bisa berlaku hukum yang agak longgar. Hal ini tergantung kepada akibat yang timbul dari tidak terpenuhinya suatu kesulitan tersebut. Oleh karena itu, pada dasarnya meskipun antara *hajat* dan *dharurat* adalah hal yang berbeda akan tetapi keduanya tetap bisa mendapatkan keringanan baik *hajat* tersebut berlaku umum atau berlaku khusus tertentu bagi seseorang saja.

²⁷ Fathurrahman Azhari, *Qawaid Fiqhiyyah Muamalah*, (Barjarmasin: Lembaga Pemberdayaan Kualitas Ummat (LPKU), 2015), hlm. 105-107

2. Dasar Hukum Kaidah Al-Dharar

Adapun dasar hukum mengenai diperbolehkannya *al-dharar* dalam Al-Qur'an adalah sebagai berikut:

a. Surat Al-Baqarah ayat 173

إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ

“Sesungguhnya Dia hanya mengharamkan atasmu bangkai, darah, daging babi, dan (daging) hewan yang disembelih dengan (menyebut nama) selain Allah. Tetapi barang siapa terpaksa (memakannya), bukan karena menginginkannya dan tidak (pula) melampaui batas, maka tidak ada dosa baginya. Sungguh, Allah Maha Pengampun, Maha Penyayang.” (QS. 2 [Al-Baqarah]: 173)

b. Surat Al-Baqarah ayat 195

وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ

“Dan belanjakanlah (harta bendamu) di jalan Allah, dan janganlah kamu menjatuhkan dirimu sendiri ke dalam beninasaan. Dan berbuat baiklah, karena sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang berbuat baik.” (QS. 2 [Al-Baqarah]: 195)

c. Surat Al-Maidah ayat 3

حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمَ وَالْحَمَّ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْفُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَاللَّطِيخَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَمِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ بَيِّنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنَ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ

“Diharamkannya atas kamu bangkai, darah, daging babi, yang di sembelih atas nama selain Allah, yang tercekik, yang terpukul, yang jatuh, yang ditanduk dan diterkam binatang buas, kecuali yang sempat kamu menyembelohnya dan (diharamkan bagimu) yang disembelih untuk berhala. Dan diharamkan pula mengundi nasib dengan anak panah karena itu perbuatan fasik.” (QS. 5 [Al-Maidah]: 3)

d. Surat Al-An'am ayat 119

وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَلِضَّالِّينَ بِأَهْوَاءِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ

“Dan mengapa kamu tidak mau memakan dari apa (daging hewan) yang (ketika disembih) disebut nama Allah, padahal Allah telah menjelaskan kepadamu apa yang diharamkan-Nya kepadamu, kecuali jika kamu dalam keadaan terpaksa. Dan sungguh, banyak yang menyesatkan orang dengan keinginannya tanpa dasar pengetahuan. Tuhanmu lebih menyetahui orang-orang yang melampaui batas.” (QS. 6 [Al-An'am]: 119)

e. Surat Al-An'am ayat 145

قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ

“Katakanlah, tidak kudapati di dalam apa yang diwahyukan kepadaku, sesuatu yang diharamkan memakannya bagi yang ingin memakannya, kecuali daging

hewan yang mati (bangkai), darah yang mengalir, daging babi, karena semua itu kotor atau hewan yang disembelih bukan atas nama Allah. Tetapi barang siapa terpaksa bukan karena menginginkannya dan tidak melebihi (batas darurat) maka sungguh, Tuhanmu Maha Pengampun, Maha Penyayang.”(QS. 6 [Al-An’am]: 145)

Sedangkan hadits-hadits Nabi Muhammad saw yang mendukungnya, diantaranya hadits yang jalur periwayatannya dianggap valid dan menjadi dasar dari kaidah ini adalah sebagai berikut:²⁸

عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارًا (رواه ابن ماجه) 314

“Diriwayatkan dari ‘Ubadah ibn al-Shamit bahwa Rasulullah saw. telah memutuskan agar tidak boleh ada perbuatan yang membahayakan orang lain dan membahayakan bagi diri sendiri.” (HR. Ibn Majjah)

مَنْ ضَرَّ أَضْرَهُ اللَّهُ بِهِ وَمَنْ شَقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ

“Barang siapa yang memudharatkan (orang lain) maka Allah akan memudharatkannya dan barang siapa yang menyusahkan (orang lain), maka Allah akan menyusahkannya.” (HR. Bukhari Muslim)

3. Batasan-Batasan Al-Dharar

Dalam penerapan kaidah *al-dharar* ada batasan-batasan yang harus diterapkan untuk menetapkan kondisi darurat, sehingga dapat melakukan perbuatan yang semula dilarang (haram) menjadi boleh. Adapun batasan-batasan darurat adalah sebagai berikut:

- 1) *Al-dharar* yang dimaksud harus benar adanya dan sudah ada bukan masih menunggu sesuatu yang akan terjadi, dengan kata lain kekhawatiran atau kebinasaan atau hilangnya jiwa, harta itu betul-betul dalam kenyataan dan hal itu diketahui dugaan kuat berdasarkan pengalaman-pengalaman yang sudah ada; atau jika seseorang merasa yakin akan adanya bahaya yang hakiki terhadap lima kebutuhan yang sangat mendasar, yaitu yang dipelihara oleh agama dan syariat; seperti jiwa, kehormatan, agama, akal dan harta.
- 2) Hendaknya seseorang yang dalam keadaan terpaksa itu pada posisi harus menerjang atau melawan hukum syari’at, dalam artian orang yang terpaksa itu tidak mempunyai pilihan lain kecuali melanggar perintah-perintah atau larangan-larangan syara’, atau tidak ada cara lain yang dibenarkan untuk menghindari kemudharatan selain melanggar hukum.
- 3) Hendaknya, dalam keadaan adanya yang diharamkan bersama yang dibolehkan itu (dalam keadaan-keadaan yang biasa) alasan (*udzur*) yang dibolehkan seseorang melakukan yang haram. Bahwa kemudharatan itu memang memaksa sehingga ia sangat khawatir akan kehilangan jiwa atau anggota tubuh.
- 4) Hendaknya seseorang yang dalam kondisi terpaksa tidak melanggar sendi-sendi syari’at agama dan sendi-sendri akidah seperti menjaga hak-hak orang lain, mewujudkan keadilan, melaksanakan amanat serta menolak bahaya.

²⁸ Moh. Bahrudin, *Ilmu Ushul Fiqh*, (Bandar Lampung: AURA, 2019), hlm. 218

- 5) Seseorang yang berada dalam kondisi terpaksa hanya boleh melakukan hal-hal sesuai batasnya.
- 6) Dalam keadaan darurat berobat, hendaknya yang haram itu dipakai berdasarkan resep dokter yang adil dan dipercaya baik dalam masalah agama maupun ilmunya, dan jangan ada obat selain dari yang diharamkan atau cara lain yang dapat menggantikan yang haram sehingga syarat-syarat yang terdahulu itu terpenuhi, yaitu bahwa melakukan yang haram itu adalah satu-satunya jalan baginya.²⁹

Dalam membatasi keadaan darurat, imam al-Qurtubi berkata: “keadaan terpaksa tidak terlepas dari dua kemungkinan, yaitu karena adanya paksaan dari orang yang dianiaya atau karena lapar dalam musim paceklik. Imam Al-Fakhr al-Razi mengatakan: “darurat ada dua sebabnya, pertama: lapar yang berlebihan dan sementara yang halal tidak didapatkan dan kedua: dipaksa oleh seseorang yang memaksa.” Menurut Ibn al-arabi, “keadaan terpaksa bisa terjadi karena adanya paksaan dari seseorang yang aniaya atau karena kelaparan dimusim paceklik atau karena kefakiran dimana seseorang tidak mendapatkan makanan selain yang haram.” Dengan demikian, darurat bagi mereka ada tiga macam, yaitu paksaan, kelaparan dan kefakiran. Tetapi pada kenyataannya, darurat dengan pengertiannya mencakup semua perkara yang dapat meringankan manusia diantaranya:

- 1) *Darurat al-ghida' wa al-dawa'* (darurat makan dan pengobatan)
- 2) *Al-ikrah* (di bawah tekanan atau ancaman)
- 3) *Al-nisyan wa al-jahl* (lupa dan tidak mengetahui hukum)
- 4) *Al-usr* dan *'umum al-bawa'* (kesulitan dan mewabahnya bencana sehingga sulit untuk menghindarinya)
- 5) Sakit

Jika salah satu dari keadaan darurat tersebut ditemukan, maka yang dilarang menjadi mubah, atau yang wajib boleh ditinggalkan. Contohnya dalam permasalahan aborsi yang dilakukan oleh ibu hamil karena kedaruratan medis maupun akibat dari perkosaan. Di Indonesia sendiri, aborsi dengan dua alasan tersebut dilegalkan dalam Pasal 75 ayat (2) dengan syarat-syarat yang tercantum dalam Pasal 76 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan.

B. Kaidah-Kaidah Cabang *Al-Dharar*

Qawaid adalah bentuk jamak dari kata kaidah yang secara bahasa berarti asas atau dasar dan fondasi, sedangkan *fiqhiyyah* dapat diartikan sebagai penjelasan atau pengelompokan. Jadi *qawaid fiqhiyyah* menurut bahasa berarti patokan-patokan definitif (menentukan hukum) dalam masalah fiqih dengan merujuk pada sumber-sumber hukumnya.³⁰ Sedangkan menurut istilah,

²⁹ Wahbah Zuhaili, *Konsep Darurat Dalam Hukum Islam*, terj. Said Agil Husain al-Munawar, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 1997), hlm. 73-75

³⁰ Abul Faidh Muhammad Yasin ibn Isa al-Fadani, *al-Fawaid al-Janiyyah*, juz I (Dar al-Basyair al-Islamiyyah), hlm.

qawaid fihiyyah berarti undang-undang atau kaidah yang dijadikan pedoman untuk menentukan hukum pada masalah baru yang belum ada nashnya, baik dari Al-Qur'an, hadist, maupun ijma'.³¹

Berikut ini merupakan beberapa contoh kaidah darurat (*al-dharar*) dan kaidah-kaidah cabangnya, yaitu sebagai berikut:

1) **الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ الْمَحْظُورَاتِ (kemudharatan itu membolehkan larangan-larangan)**

Substansi kaidah ini mengindikasikan bahwa kondisi bahaya/darurat dapat menjadikan hal-hal yang semula dilarang menjadi boleh karena kepentingan yang sangat mendesak. Batasan kemudharatan adalah suatu hal yang mengancam eksistensi manusia yang terkait dengan lima tujuan, yaitu memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keterunan dan memelihara kehormatan atau harta benda. Contoh penerapan dari kaidah yang pertama yaitu sebagai berikut:

- a. Memecahkan kaca transportasi umum seperti bus, kereta, dan pesawat. Hal ini boleh dilakukan untuk menyelamatkan diri saat kendaraan mengalami kondisi darurat. Sebab jika kaca tidak dipecahkan dikhawatirkan para penumpang akan terjebak dalam transportasi itu dan nyawanya terancam.
- b. Seseorang dalam keadaan kelaparan dan tidak ditemukannya makanan halal. Pada permasalahan ini seseorang diperbolehkan memakan makanan yang haram seperti dibolehkannya memakan bangkai, babi, atau anjing. Mengingat keadaan orang itu kritis sampai mendekati kematian dan mengharuskan untuk segera makan. Akan tetapi dibarengi dengan niat makan sekedar untuk memenuhi kebutuhan hidup.
- c. Dokter membuka aurat pasien dalam rangka pengobatan. Dalam permasalahan ini, diperbolehkan membuka aurat pasien yang tidak memungkinkan dan memang mengharuskan membuka aurat. Dengan catatan hanya sesuai kadar kebutuhan dan tidak lebih dari itu.³²
- d. Merobohkan bangunan untuk memadamkan api agar api tidak menjalar ke rumah-rumah yang lain, dan permasalahan lainnya yang menyangkut kaidah pertama ini.³³

2) **الضَّرَرُ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ (kemudharatan harus dicegah sedapat mungkin)**

Kaidah ini berlaku dalam hal kedaruratannya belum atau sedang akan terjadi. Substansi kaidah ini mengindikasikan segala bentuk bahaya harus segera di tangkal secara keseluruhan jika memungkinkan. Tetapi jika tidak bisa, maka hendaknya ditolak semampunya sesuai kemampuan yang dimiliki. Oleh karena itu sebisa mungkin berbagai macam usaha dilakukan untuk menolak bahaya. Contoh dari penerapan kaidah ini yaitu sebagai berikut:

- a. Masuk dalam sistem pemerintahan negara kafir itu dibolehkan dengan pertimbangan untuk menurunkan kadar kemudharatan. Dalam hal ini meskipun tidak dapat

³¹ Abdullah al-Hadrami, *Idlah al-Qawaid al-Fiqhiyyah*, tt, hlm. 9

³² Mif Rohim, *Buku Ajar Qawa'id Fiqhiyyah (Inspirasi dan Dasar Penetapan Hukum)*, (Jombang: LPPM UNHASIY TEBUIRENG JOMBANG, 2019), hlm. 106

³³ Darmawan, *Kaidah-Kaidah Fiqhiyyah*, (Surabaya: Revka Prima Media, 2020), hlm. 40

menghilangkan kemudharatan tersebut secara keseluruhan, paling tidak dapat meminimalkan kemudharatan yang ada.

- b. Upaya pengumpulan dan pembukuan Al-Qur'an yang dilakukan oleh sahabat Abu Bakar dengan tujuan agar tidak hilang.
- c. Agar tidak terjadi perselisihan dalam bacaan Al-Qur'an dan segala hal yang berkaitan dengan Al-Qur'an di kalangan umat Islam, maka sahabat Utsman bin Affan memiliki inisiatif untuk membukukannya dalam satu *mushaf*.
- d. Tindakan pembakaran kedai minuman keras seperti arak dan sebagainya yang pernah dilakukan oleh sahabat Umar bin Khattab bertujuan agar tidak timbul masalah yang tidak diinginkan dan kemudharatan yang lebih besar lagi.³⁴

3) **دَرْءُ الْمَفَاسِدِ مُقَدِّمٌ عَلَى جَلْبِ الْمَصَالِحِ (mencegah bahaya lebih utama daripada mendatangkan kemashlahatan)**

Substansi kaidah ini yaitu apabila berkumpul mashlahah dan mafsadat maka yang lebih diutamakan adalah menolak mafsadat dibandingkan meraih kemashlahatan. Oleh karena itu, hal-hal yang dilarang dan membahayakan lebih utama untuk ditangkal daripada berusaha meraih kebaikan dengan mengerjakan perintah-perintah agama tapi di sisi lain kita membiarkan terjadinya kerusakan.³⁵ Contoh penerapan dari kaidah ini adalah sebagai berikut:

- a. Diharamkannya berjudi, minum-minuman yang memabukkan meskipun di dalamnya terdapat manfaat. Sebagaimana firman Allah dalam surat al-Baqarah ayat 219 yang berbunyi:

يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا³⁴ وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ³⁵ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ

“Mereka bertanya kepadamu (wahai Muhammad) mengenai arak dan judi. Katakanlah: pada keduanya ada dosa besar dan ada pula beberapa manfaat bagi manusia, tetapi dosa keduanya lebih besar daripada manfaatnya.” (QS. 2 [Al-Baqarah]: 219)

- b. Sulitnya membedakan jika telah tercampur antara uang hahal dan haram, jika terjadi yang demikian, maka meninggalkan keduanya adalah lebih utama. Maksudnya untuk menghindari supaya tidak memakan dengan menggunakan uang haram, maka solusi yang terbaik dengan meninggalkan keduanya.
- c. Lebih baik menghapus iklan rokok untuk mencegah kebiasaan merokok yang lebih besar bahayanya daripada sekedar mendapatkan gaji iklan yang sedikit.

4) **إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوعِي أَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بِرِثَابِ أَحْفَهُمَا (apabila terjadi pertentangan antara dua macam mafsadat, maka harus diperhatikan yang lebih besar bahayanya dengan melakukan yang lebih ringan)**

³⁴ *Ibid.*, Mif Rohim, hlm. 107-108

³⁵ *Ibid.*, Mif Rohim, hlm. 111-112

Kaidah ini secara tersirat menegaskan bahwa untuk menghilangkan suatu bahaya, disyaratkan harus tidak menimbulkan bahaya yang lain. Suatu bahaya bisa saja dihilangkan dengan menimbulkan bahaya yang lain, jika kadar bahaya yang ditimbulkannya tidak seimbang dan tidak lebih besar dari pada bahaya yang dihilangkan. Oleh karena itu, seseorang yang hendak menghilangkan suatu bahaya, harus memperhitungkan terlebih dahulu dampak yang akan ditimbulkannya. Kemudian dipilihlah perkara yang memiliki bahaya yang ringan untuk menghindari bahaya yang lebih besar. Contoh penerapan dari kaidah ini yaitu sebagai berikut:

- a. Shalat dengan memakai pakaian seadanya karena memang tidak ada pakaian yang dapat menutup aurat selain pakaian tersebut. Sebab kerusakan atau *mafsadah* memakai pakaian seadanya saat shalat jauh lebih ringan dibandingkan meninggalkan shalat.
- b. Memberi hukuman mati terhadap teroris lebih baik daripada hanya sekedar penjara beberapa tahun. Pada saat teroris dihukum mati, ia sudah tidak dapat menjalankan aksinya lagi mengancam eksistensi keamanan suatu negara dan ini bahaya yang ditimbulkan lebih ringan dibanding penjara beberapa tahun yang kemudian teroris tersebut dapat menjalankan aksinya kembali.
- c. Sebagai dokter diperbolehkan melakukan pembedahan perut wanita hamil yang mati sebelum melahirkan jika dengan cara itu bayi dalam kandungan masih hidup dan dapat diselamatkan. Sebab *kemudharatan* membedah perut wanita hamil yang mati sebelum melahirkan lebih ringan dibandingkan membiarkan bayi ikut meninggal.³⁶

5) الضَّرُّ لَا يُزَالُ إِلَّا بِضَرٍّ (*kemudharatan itu tidak dapat dihilangkan dengan kemudharatan yang lain*)

Maksud dari kaidah cabang ini, seseorang tidak boleh menghilangkan suatu bahaya dengan bahaya yang lain. Karena jika menghilangkan bahaya dan menimbulkan bahaya lain yang kadarnya sama seperti itu atau bukan bahaya yang ditimbulkan lebih besar, maka kaidah cabang ini bertentangan dengan kaidah pokok (الضَّرُّ يُزَالُ) *kemudharatan itu harus dihilangkan*. Menurut Muhammad Shidqi yang dikutip oleh Mif Rohim dalam bukunya yang berjudul Buku Ajar Qawa'id Fiqhiyyah (Inspirasi dan Dasar Penetapan Hukum) yaitu dalam menghilangkan *dharar* sebisa mungkin agar jangan sampai menimbulkan bahaya yang lebih besar atau jika tidak memungkinkan supaya mencari solusi agar bahaya yang ditimbulkan lebih ringan. Contoh penerapan dari kaidah ini yaitu sebagai berikut:

- a. Seorang dokter tidak boleh mengambil darah orang lain untuk didonorkan kepada pasien yang membutuhkan darah. Sebab dengan mengambil darah orang tersebut dapat menyebabkan kematian pada dirinya. Tentunya hal ini sangat bertentangan dengan kaidah cabang ini yakni orang tersebut berusaha menghilangkan bahaya orang lain, namun mendatangkan bahaya baru. Jika dalam kasus ini mengacu pada

³⁶ *Ibid.*, Mif Rohim, hlm. 114-115

kaidah cabang, maka jangan sampai seseorang menyelamatkan nyawa orang lain namun mengorbankan nyawa dirinya sendiri ataupun sebaliknya.

- b. Tidak boleh mencuri atau mengambil makanan orang lain yang bernasib sama-sama hampir mati. Alasannya karena dengan mengambil makanan akan mendatangkan bahaya baru bagi orang lain meskipun bahaya pada sendiri dapat dihilangkan.
- c. Sesama muslim dilarang saling membunuh meskipun dalam kondisi terpaksa. Jiwa seorang muslim memiliki derajat yang sama di sisi Allah. Meskipun semisal terjadi ancaman terhadap jiwa dan nyawa yang menjadi taruhannya, maka seorang muslim tetap dilarang membunuh saudara yang seagama.³⁷

Berdasarkan uraian-uraian terdahulu tampak jelas bahwa perhatian Allah swt. dan Rasul-Nya untuk meinggalkan larangan lebih besar dari pada perhatian untuk melaksanakan kewajiban, sesuai dengan inti pelajaran hukum yang terkandung dalam hadist berikut ini:

(رواه الشيخان عن أبي هريرة) إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ وَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَاجْتَنِبُوهُ

“Ketika Aku memerintahkan tentang sesuatu kepada kamu sekalian maka laksanakanlah menurut kemampuan kamu, dan apabila Aku melarang kamu sekalian tentang sesuatu maka jauhilah. (HR. Bukhari Muslim dari Abu Hurairah)

Dalam redaksi hadits diatas, ketika Allah memerintahkan untuk melakukan suatu perintah, maka terdapat kata “sesuai dengan kemampuan kamu sekalian,” tetapi ketika memerintahkan untuk meninggalkan larangan, maka tanpa reserve, tanpa ada keterangan “sesuai dengan kemampuan kamu sekalian.” Dengan dasar pemikiran yang demikianlah, maka diperbolehkan meninggalkan sebagian kewajiban, seperti tidak berdiri sewaktu menjalankan sholat, boleh tidak berpuasa ramadhan bagi musafir, boleh tidak berwudhu dengan bertayamum bagi orang yang berhalangan menggunakan air untuk bersuci menghilangkan hadas besar dan atau hadas kecil, dan lain sebagainya. Akan tetapi Allah swt. sama sekali tidak memberikan dispensasi dalam hal melanggar larangan, seperti melakukan kemaksiatan dan kemunkaran, apalagi jika berkaitan dengan dosa besar.³⁸

Pembahasan darurat itu sangat terkait dengan pembahasan *mashlahat* yang merupakan tujuan Tuhan dalam menetapkan syariat. Dilihat dari kualitas dan kepentingan kemashlahatan, para pakar Hukum Islam seperti Imam Al-Syatibi membaginya menjadi tiga macam, yaitu: *daruriyyat*, *hajiyyat* dan *tahsiniyyat*. Pengelompokan ini berdasarkan pada tingkat kebutuhan dan skala prioritasnya. Dan urutan peringkat ini akan terlihat kepentingannya, manakala kemashlahatan yang ada pada masing-masing peringkat satu sama lain bertentangan. Daruriyyat menempati urutan pertama, karena *daruriyyat* memelihara lima kemashlahatan yang pokok seperti menjaga agama, akal, jiwa, harta dan keturunan disusul oleh *hajiyyat* yang merupakan sesuatu yang diperlukan seseorang untuk memudahkannya dalam menjalani hidup dan menghilangkan kesulitan dalam rangka memelihara unsur lima pokok tersebut. Di urutan ketiga atau terakhir ada

³⁷ *Ibid.*, Mif Rohim, hlm. 112-113

³⁸ *Ibid.*, Moh. Bahrudin, hlm. 221-222

tahsiniyyat yang bertujuan memelihara kelima unsur pokok tersebut dengan cara meraih dan menetapkan hal-hal yang pantas dan layak dari kebiasaan hidup yang baik.³⁹

Namun disisi lain dapat dilihat, bahwa peringkat ketiga (*tahsiniyyat*) melengkapi peringkat kedua (*hajiyyat*), dan peringkat kedua (*hajiyyat*) melengkapi peringkat pertama (*daruriyyat*). Yang dimaksud memelihara kelompok *daruriyyat* adalah memelihara kebutuhan-kebutuhan yang bersifat esensial bagi kehidupan manusia. Kebutuhan yang esensial itu adalah memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. Jangan sampai eksistensi kelima pokok ini terancam. Kebutuhan dalam kelompok *hajiyyat*, tidak termasuk kebutuhan yang esensial, melainkan kebutuhan yang dapat menghindarkan manusia dari kesulitan dalam hidupnya.

Jadi darurat adalah sesuatu yang tingkat keperluannya mencapai tingkat yang paling puncak dan keadaan yang paling sulit, sehingga orang berada dalam bahaya yang mengancam jiwa, harta dan semisalnya. Dengan demikian kemashlahatan atau mashlahat lebih umum dari darurat karena mashlahat mencakup tingkat *daruriyyat*, *hajiyyat*, dan *tahsiniyyat*. Sedangkan darurat hanya terbatas pada tingkat pertama yaitu *daruriyyat*.

C. Aborsi

1. Pengertian Aborsi

Di dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia menyebutkan bahwa aborsi berasal dari kata ‘*abortus*’ yang dialih bahasakan sebagai pengguguran. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, arti aborsi adalah: terpencarnya embrio yang tidak mungkin lagi hidup (sebelum habis bulan ke-4 dari kehamilan); keguguran; *keluron*; keadaan terhentinya pertumbuhan yang normal (tentang makhluk hidup) dan guguran (janin).⁴⁰ Dalam Kamus Hukum Pidana, aborsi berasal dari Bahasa Latin yaitu *abortus* yang berarti pengguguran kandungan. *Abortus provokatus* yaitu pengguguran kandungan yang merupakan kejahatan.⁴¹ *World Health Organization* (WHO) mendefinisikan aborsi sebagai keadaan dimana terjadi pengakhiran atau ancaman pengakhiran kehamilan sebelum fetus hidup di luar kandungan. Fetus tidak dapat hidup di luar kandungan apabila usia kehamilan belum sampai 28 minggu (7 bulan).⁴²

Abortion merupakan istilah bahasa Inggris yang berarti gugur kandungan atau keguguran. Namun aborsi dalam literatur fiqih *الاجهاد* (*al-ijhad*)), atau dalam istilah lain bisa disebut dengan *اسقاط الحمل* (*isqath al-hamli*) keduanya mempunyai arti perempuan yang melahirkan secara paksa dalam keadaan belum sempurna penciptaannya.⁴³ Sedangkan *menstrual regulation* menjadi istilah *wasail al-ijhadh* (cara pengguguran kandungan yang masih muda). Keduanya merupakan praktek pengguguran kandungan. Menurut Sardikin Ginaputra dan Maryono sebagaimana yang dikutip oleh Zuhdi kemudian penulis mengutip dari Aibak, *abortus* ialah pengakhiran kehamilan atau hasil konsepsi sebelum janin dapat

³⁹ Saifudin Zuhri, *Ushul Fiqh Akal Sebagai Sumber Hukum Islam*, (Yogyakarta: PUSTAKA PELAJAR, 2009), hlm.

⁴⁰ Tim Penyusun Pustaka Sinar Harapan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 2001), hlm. 38

⁴¹ Andi Hamzah, *Terminologi Hukum Pidana*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008, cet. Pertama), hlm. 2

⁴² Sapiudin Shidiq, *Fiqih Kontemporer*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2016, cet. Pertama), hlm. 48

⁴³ Maria Ulfah Anshor, *Fiqih Aborsi Wacana Penguatan Hak Reproduksi Perempuan*, (Jakarta: Kompas, 2006), hlm.

hidup di luar kandungan. Menurut Maryono Reksodipura, *abortus* ialah pengeluaran hasil konsepsi dari rahim sebelum waktunya (sebelum dapat lahir secara alamiah).⁴⁴

Sedangkan *menstrual regulation* secara harfiah artinya pengaturan menstruasi/datang bulan/haid, tetapi dalam prakteknya dilakukan terhadap wanita yang merasa terlambat waktu menstruasi dan berdasarkan pemeriksaan laboratoris ternyata positif hamil dan mulai mengandung, kemudian ia minta agar dibereskan janinnya itu. Maka jelaslah bahwa *menstrual regulation* itu pada hakekatnya adalah *abortus provocatus cirrnalis* sekalipun dilakukan oleh dokter. Oleh karena itu *abortus* dan *menstrual regulation* itu pada hakekatnya adalah pembunuhan janin terselubung.⁴⁵

Imam Al-Ghazali mengartikan aborsi sebagai penghilangan nyawa yang sudah ada di dalam janin, atau merusak sesuatu yang sudah terkonsepsi (pembuahan).⁴⁶ Al-Ghazali juga membagi dua fase keadaan janin, yaitu fase kehidupan yang belum teramati ditandai dengan adanya proses kehidupan secara diam-diam dan fase kehidupan yang sudah teramati. Pengertian yang sama juga dikemukakan oleh Mahmud Syaltut bahwa kehidupan terjadi semenjak masa konsepsi (pembuahan), oleh karena itu aborsi semenjak dari masa konsepsi (pembuahan) tidak boleh dilakukan. Banyak cara yang dilakukan orang-orang di dalam melakukan aborsi. Erik Eckholm melihat ada 4 cara yang sering dilakukan dalam melakukan aborsi, yaitu:

- a. Menggunakan jasa medis di rumah sakit atau tempat-tempat praktek
- b. Menggunakan jasa dukun pijat
- c. Menggugurkan sendiri kandungannya dengan alat-alat kasar
- d. Menggunakan obat-obatan tertentu.⁴⁷

Istilah aborsi atau *abortus* secara kebahasaan berarti keguguran kandungan, pengguguran kandungan, atau membuang janin. Dalam terminologi kedokteran, aborsi, berarti terhentinya kehamilan sebelum gestasi (28 minggu) atau sebelum bayi mencapai berat 1000 gram. Sedang menurut istilah hukum, berarti pengeluaran hasil konsepsi atau pembuahan dari rahim sebelum waktunya (sebelum dapat lahir secara alamiah).⁴⁸ Aborsi adalah tindakan penghentian kehamilan sebelum janin dapat hidup di luar rahim dengan kurun waktu 20 (dua puluh) minggu atau berat kurang dari 500 (lima ratus) gram.⁴⁹

Pengertian aborsi menurut ilmu hukum, adalah lahirnya buah kandungan sebelum waktunya oleh suatu perbuatan seseorang yang bersifat sebagai perbuatan pidana kejahatan.

Bambang Poernomo menyatakan: Dalam literatur ilmu hukum terdapat kesatuan pendapat sebagai doktrin bahwa pengertian aborsi mempunyai arti yang umum tanpa

⁴⁴ Kutbuddin Aibak, *Kajian Fiqh Kontemporer*, (Yogyakarta: KALIMEDIA, 2017), hlm. 83-84

⁴⁵ *Ibid.*, Kutbuddin Aibak, hlm. 85

⁴⁶ Muhammad bin Muhammad al-Ghazali, *Ikhyā' 'Ulum al Dīn*, Jilid 2, (Beirut-Libanon: Dar al Kutub al Ilmiyah, t.t), hlm. 58

⁴⁷ Nasaruddin Umar, "Agama dan Persoalan Aborsi", *Media RSPP (Rumah Sakit Pusat Pertamina)*, (Jakarta, 06 November 2014), hlm. 4

⁴⁸ Tim Penyusun, *Ensiklopedi Hukum Islam*, (Jakarta: PT. Ichtiar Baru Van Hoeve, 2002), hlm. 7

⁴⁹ Rocky Marbun, *Kamus Hukum Lengkap*, (Jakarta: Transmedia Pustaa, 2012, cet. I), hlm. 2

dipersoalkan umur janin yang mengakhiri kandungan sebelum waktunya karena perbuatan seseorang.⁵⁰

Berdasarkan pengertian diatas, aborsi dititik beratkan pada kalimat “oleh suatu perbuatan seseorang yang bersifat sebagai suatu perbuatan pidana kejahatan”, sehingga tidak termasuk aborsi apabila terjadi dengan sendirinya tanpa adanya pengaruh dari luar, yang disebut dengan *abortus spontanues*.⁵¹ Pada dasarnya aborsi merupakan sebuah fenomena yang hidup dalam masyarakat Indonesia. Aborsi ini dapat dikatakan sebagai fenomena “terselubung” karena praktik aborsi ini sering tidak tampil ke permukaan, bahkan cenderung ditutupi oleh pelaku aborsi ataupun masyarakat. Ketertutupan ini dipengaruhi antara lain oleh adanya hukum formal dan nilai-nilai politik, sosial, budaya, serta agama yang hidup di dalam masyarakat.

Dampak dari banyaknya kasus Kehamilan Tidak Dikehendaki (KTD) 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.⁵²

2. Macam-macam Aborsi

(1) Ditinjau dari aspek medis, *abortus* diartikan keluarnya, dikeluarkannya *embrio*, *foetus* (janin) sebelum waktunya, yaitu sebelum dapat hidup sendiri diluar *uterus* (rahim). Pengertian *abortus* dapat dibagi sebagai berikut:

a. *Abortus Spontaneus*

Abrosi spontaneus adalah yang terjadi dengan sendirinya, tanpa disengaja dan umumnya tidak dikehendaki oleh yang bersangkutan. Banyak wanita yang mengalami keguguran kandungan akibat berbagai penyakit yang dideritanya seperti sipilis, malaria, atau infeksi yang disertai dengan demam tinggi. Penyakit-penyakit tersebut dapat menyebabkan *embrio* (calon bayi) dalam rahim si ibu hamil tidak dapat bertahan untuk terus menerus tumbuh dan berkembang sebagaimana mestinya. *Embrio* keluar dengan sendirinya tanpa menyebabkan rasa sakit pada sang ibu hamil. Pada masyarakat Jawa kegugran seperti ini sering disebut keluron atau miskram, yang hanya dapat terjadi pada usia kandungan yang masih muda, sehingga biasanya keluar dari rahim dengan bentuk segumpal darah dan belum

⁵⁰ Bambang Poernomo, *Hukum Pidana: Kumpulan Karangan Ilmiah*, (Jakarta: PT. Bina Aksara, 1982), hlm. 137-138

⁵¹ Tina Asmarawati, *Hukum dan Abortus*, (Yogyakarta: Deepublish, 2013), hlm. 6-7

⁵² Yuli Susanti, “Perlindungan Hukum Bagi Pelaku Tindak Pidana Aborsi (*Abortus Provocatus*) Korban Perkosaan”, *Jurnal Ilmu Hukum: Syiar Hukum*, Vol. XIV No. 2, 2012, hlm. 291-292

berbentuk janin (*fetus*).⁵³ Dalam terminologi fiqh, aborsi spontan disebut dengan *al-isqat al-afw* (aborsi yang dimaafkan), sehingga tidak menimbulkan masalah hukum, karena terjadi dengan wajar. Adapun jenis aborsi spontan dapat menurut kondisinya dapat dibedakan sebagai berikut:⁵⁴

a) *Abortus Incipient*

Pada aborsi jenis ini kehamilan tidak dapat dipertahankan lagi sehingga pengobatannya hanya bertujuan untuk menghentikan pendarahan dan membersihkan rongga rahim dari sisa hasil konsepsi.

b) *Abortus Complete* dan *Abortus Incompletus*

Abortus Complete atau keguguran lengkap yang berarti kehamilan dalam aborsi jenis ini seluruh hasil konsepsinya dikeluarkan. Hal ini berlawanan dengan *Abortus Incompletus* atau keguguran tidak lengkap yang berarti sebagian kandungan keluar dan sebagian lagi tertunda di dalam rahim, biasanya ari-ari masih tertinggal dalam rahim, sehingga pengobatan bertujuan menghentikan pendarahan dan membersihkan rongga rahim dari sisa hasil konsepsi.

c) *Abortus Habitualis*

Pada aborsi jenis ini termasuk keguguran berulang dan terjadi tiga (3) kali atau lebih selama berturut-turut yang mana penyebab keguguran ini adalah adanya kelainan pada leher rahim atau pembengkakan pada rahim atau cacat bawaan.

d) *Abortus Imminance*

Pada aborsi jenis ini termasuk keguguran yang mengancam. Kehamilan masih dapat dipertahankan misalnya dengan istirahat dan pemberian obat-obatan yang dapat memperkuat kehamilannya walaupun tidak selalu berhasil.

e) *Missed Abortion*

Pada aborsi jenis ini termasuk keguguran tertunda dimana janin sudah dalam keadaan mati sebelum minggu ke-22 namun tetap berada dalam rahim dan tidak dikeluarkan selama dua bulan atau lebih.

f) *Abortus Infeksious* dan *Abortus Septic*

Pada aborsi jenis ini, disertai dengan infeksi genital. Kehilangan janin tidak disengaja biasanya terjadi pada kehamilan usia muda yaitu usia 1 sampai 3 bulan. Hal ini dapat terjadi karena penyakit antara lain: demam, panas tinggi, ginjal, TBC, sipilis atau karena kesalahan genetik.⁵⁵

b. *Abortus Provocatus*

Abortus Provocatus adalah aborsi yang dilakukan dengan sengaja, memang wanita ini tidak menghendaki kehamilan. Aborsi ini dilakukan karena program

⁵³ Suryono Ekotama, Harum Pudjiarto RS, G. Widiartana, *Abortus Provocatus bagi Korban Perkosaan Perspektif Viktimologi, Kriminologi, dan Hukum Pidana*, (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya Yogyakarta, 2001, cet. Pertama), hlm. 40-41

⁵⁴ Moh. Ali Aziz, *Fiqh Medis*, (Surabaya: Rumah Sakit Islam Jemursari, 2012), hlm. Hlm. 74

⁵⁵ Yuli Susanti, "Perlindungan Hukum Bagi Pelaku Tindak Pidana Aborsi (*Abortus Provocatus*) Korban Perkosaan", *Jurnal Ilmu Hukum: Syiar Hukum*, Vol. XIV No. 2, 2012, hlm. 296-297

keluarga yang gagal, hamil akibat perselingkuhan, hamil diluar pernikahan atau hamil akibat perkosaan. Wanita ini menggugurkan kandungan agar dapat menutup perbuatan aib yang mereka lakukan.⁵⁶ Aborsi ini mencakup dua jenis, yaitu:

a) *Abortion provocatus medicinalis* atau *therapeuticus*

Aborsi yang penggugurannya dilakukan oleh tenaga medis disebabkan faktor adanya indikasi medis. Biasanya aborsi jenis ini dilakukan dengan mengeluarkan janin dari rahim meskipun jauh dari masa kelahiran. Aborsi ini dilakukan sebagai tindakan penyelamatan seorang ibu setelah pemeriksaan secara medis karena jika kehamilannya dipertahankan akan membahayakan dan mengancam keselamatan bayi dan nyawa dari ibunya. Aborsi jenis ini dikalangan ulama disebut dengan *al-isqat ad-daruri* (الإسقاط الضروري) (الإسقاط العلاجي) (الضروري). Adapun syarat-syarat yang ditentukan dalam melakukan aborsi sebagai indikasi medis, yaitu sebagai berikut:

- (a) Dilakukan oleh tenaga kesehatan yang memiliki keahlian dan kewenangan untuk melakukannya sesuai dengan tanggung jawab profesi.
- (b) Harus meminta pertimbangan tim ahli (ahli medis lain, ahli agama, ahli hukum, dan ahli psikologi).
- (c) Harus ada persetujuan tertulis dari pelaku aborsi atau suaminya maupun keluarga dekat.
- (d) Dilakukan di sarana kesehatan yang memiliki tenaga atau peralatan yang memadai, dan ditunjuk oleh pemerintah (mempunyai izin praktek).
- (e) Prosedur bersifat terbuka (tidak dirahasiakan).
- (f) Dokumen medis harus lengkap.⁵⁷

Abortus provocatus therapeuticus atau *medicinalis* ini biasa disebut dengan aborsi aman (*safe abortion*). Aborsi ini dilakukan secara legal oleh dokter sesuai dengan standar profesi, standar pelayanan, standar prosedur operasional medis dan diselenggarakan di fasilitas pelayanan kesehatan resmi yang ditetapkan oleh Pemerintah.

b) *Abortion provocatus criminalis*

Aborsi yang dilakukan tanpa adanya penyebab tindakan medis atau dengan kata lain bukan disebabkan persoalan kesehatan medis, tetapi lebih disebabkan karena permintaan pasien dan biasanya dilakukan dalam kehamilan yang tidak diinginkan oleh pasangan, baik resmi maupun di luar pernikahan. Para ulama fiqih menyebut aborsi ini dengan *al-isqat al-ikhtiyari* (الإسقاط الاختياري) yang berarti pengguguran kandungan yang

⁵⁶ Tina Asmarawati, *Hukum dan Abortus*, (Yogyakarta: Deepublish, 2013), hlm. 7-8

⁵⁷ Yuli Susanti, "Perlindungan Hukum Bagi Pelaku Tindak Pidana Aborsi (*Abortus Provocatus*) Korban Perkosaan", hlm. 297-298

dilakukan dengan sengaja tanpa sebab yang memperbolehkan sebelum masa kelahiran janin tersebut. Tindakan aborsi inilah yang kemudian dikaitkan dengan tindakan yang bertentangan dengan hukum etika.⁵⁸

Abortus provocatus criminalis merupakan pengguguran kandungan tanpa pembenaran dengan alasan medis dan dilarang oleh hukum. Aborsi ini dilakukan secara ilegal oleh ibu hamil sendiri atau meminta bantuan orang lain, yang dilakukan tidak sesuai dengan standar profesi, standar pelayanan, standar prosedur operasional medis, dan dilakukan di tempat praktik aborsi ilegal dan seringkali disebut sebagai aborsi tidak aman (*unsafe abortion*).

Di samping dua macam dan dua jenis aborsi di atas, CB. Kusmaryanto membagi aborsi menjadi tujuh macam, yaitu:

- a. Aborsi *Miscarriage* atau keguguran, yaitu berhentinya kehamilan sebelum bayi bisa hidup di luar kandungan tanpa campur tangan manusia. Secara natural, sekitar 30-50% dari jumlah sel telur yang dibuahi (*zygot*) akan mengalami keguguran. Kalau berhentinya kehamilan ini terjadi sesudah janin bisa hidup di luar kandungan dan bayinya hidup, maka disebut kelahiran Prematur.
- b. Aborsi *Therapeutic* atau *Medicinalis*, yaitu penghentian kehamilan dengan indikasi medis untuk menyelamatkan nyawa ibu si janin, atau untuk menghindarkan si ibu dari kerusakan fatal pada kesehatan/tubuhnya yang tidak bisa dikembalikan (*irreversible*) lagi. Dalam hal ini terjadi suatu konflik hak antar berbagai pihak, yakni hak hidup janin yang ada dalam kandungan, hak hidup si ibu. Pelaksanaan aborsi *therapeutic* atau *medicinalis* merupakan keadaan yang sulit dan dilematis yang terpaksa harus memilih salah satu di antara hak hidup yang tinggi nilainya.
- c. Aborsi Kriminalis, yaitu penghentian kehamilan sebelum janin bisa hidup di luar kandungan dengan alasan-alasan lain selain *therapeutic* dan dilarang oleh hukum.
- d. Aborsi *Eugenetik*, yaitu penghentian kehamilan untuk menghindari bayi yang cacat yang mempunyai penyakit genetik. *Eugenisme* adalah ideologi yang diterapkan untuk mendapatkan keturunan hanya yang unggul atau berkualitas baik saja. Apabila kriteria *eugenetik* ini diterapkan pada binatang maupun tumbuh-tumbuhan itu tidak masalah. Akan tetapi, lain halnya apabila kriteria ini diterapkan pada manusia. Hal ini akan menjadi permasalahan besar, sebab dengan tindakan dari kriteria eugenetik maka orang-orang cacat, baik yang cacat fisik, mental, orang yang sakit, panti jompo dan lain sebagainya, tidak memiliki hak untuk hidup di dunia ini dan harus dibunuh.

⁵⁸ Marsha Khumaira, *Ilmu Kebidanan*, (Yogyakarta: Citra Pustaka, 2012), hlm. 134

- e. Aborsi Langsung-Tak Langsung, aborsi langsung yaitu tindakan yang tujuannya secara langsung ingin membunuh janin yang ada di dalam rahim sang ibu. Sedangkan aborsi tak langsung adalah suatu tindakan yang mengakibatkan aborsi meskipun aborsinya sendiri tidak dimaksudkan dan bukan menjadi tujuan dalam tindakan tersebut.
- f. *Selective Abortion*, yaitu penghentian kehamilan karena janin yang dikandung tidak memenuhi kriteria yang diinginkan. Aborsi jenis ini biasanya dilakukan oleh wanita yang mengadakan *prenataldiagnosis*, yaitu diagnosis janin ketika masih ada di dalam kandungan.
- g. *Embryo Reduction* (pengurangan embrio), adalah orang yang melakukan pembuahan artifisial (IVF) cukup banyak yang mengalami kelebihan janin. Dalam proses ini, wanita yang menjalani perawatan kesuburan dirangsang dengan hormon kesuburan, sehingga dalam waktu yang bersamaan keluar sekitar 6 ovum yang siap untuk dibuahi. Meskipun semua ovum itu dibuahi, namun biasanya tidak semuanya dimasukkan ke dalam rahim. Yang dimasukkan ke dalam rahim antara 3-6 buah. Hal ini dimaksudkan untuk memperbesar kemungkinan hamil. Akan tetapi, ternyata cukup banyak kasus yang terjadi yaitu ada lebih dari 2 janin yang berkembang bersama-sama. Kalau terjadi demikian, maka biasanya dokter akan menganjurkan untuk menggugurkan beberapa janin dan menyisakan satu atau dua janin saja, sebab kalau ada terlalu banyak janin di dalam rahim, maka janin akan mengalami hambatan dalam sistem perkembangannya, atau bahkan tidak tumbuh dengan sehat perkembangannya.
- h. *Partial birth Abortion*, adalah istilah politis atau hukum yang dalam istilah medis dikenal dengan nama *intact dilaction and extraction* (D&X). Cara ini dilakukan dengan cara memberikan obat-obatan kepada wanita hamil, tujuannya agar *servicx* (leher rahim) terbuka secara prematur. Tindakan selanjutnya adalah menggunakan alat khusus, dokter memutar posisi bayi, sehingga yang keluar terlebih dahulu adalah kakinya. Lalu bayi itu ditarik ke luar, tetapi tidak seluruhnya, agar kepala bayi tersebut tetap berada di dalam tubuh ibunya. Ketika kepala janin masih di dalam itulah dokter menusuk kepala si bayi dengan alat yang tajam dan menghisap otak si janin sehingga bayi tersebut mati. Sesudah itu, bayi tersebut dikeluarkan dari tubuh ibunya. Proses semacam ini dilakukan untuk menghindari masalah hukum, sebab kalau bayi tersebut dibunuh sesudah lahir, maka pelakunya akan dihukum.⁵⁹

Pada dasarnya *abortus provocatus* merupakan aborsi yang dilakukan dengan unsur kesengajaan, yang artinya suatu perbuatan yang dilakukan agar kandungan lahir sebelum tiba waktunya. Umumnya, bayi dalam kandungan seorang wanita

⁵⁹ CB. Kusumaryanto, SCJ, *Kontroversi Aborsi*, (Jakarta: Grasindo, 2004), cet. Kedua, hlm. 12-17

hamil akan lahir dalam jangka waktu 9 bulan 10 hari. Hanya pada keadaan tertentu saja seorang bayi dalam kandungan dapat lahir pada saat usia kandungan menginjak 7 atau 8 bulan. Menurut pengertian kedokteran yang dikemukakan oleh Lilien Eka Chandra, aborsi (baik keguguran maupun pengguguran kandungan) berarti terhentinya kehamilan yang terjadi di antara saat tertanamnya sel telur yang telah dibuahi (*blastosit*) di rahim sampai usia kehamilan 28 minggu. Oleh karena itu perbuatan aborsi biasanya dilakukan sebelum kandungan berusia 7 bulan, karena sebelum 28 minggu (dihitung sejak haid terakhir), janin belum dapat hidup di luar rahim.⁶⁰

(2) Ditinjau dari aspek hukum, dapat dibagikan menjadi dua jenis, yaitu:

a. *Abortus provocatus legal*

Aborsi yang dilakukan menurut syarat dan cara-cara yang dibenarkan oleh Undang-Undang, alasan yang mendasar adalah untuk menyelamatkan jiwa ibu hamil.

b. *Abortus provocatus ilegal*

Aborsi yang di dalamnya mengandung unsur kejahatan dan tidak memenuhi syarat dan cara-cara yang dibenarkan oleh Undang-Undang.⁶¹

(3) Ditinjau dari aspek fiqih, aborsi dapat digolongkan menjadi lima macam, diantaranya yaitu:⁶²

a. Aborsi spontan (*al-isqath al dzaty*)

Aborsi spontan (*al-isqath al dzaty*) artinya janin gugur secara alamiah tanpa adanya pengaruh dari luar, atau gugur dengan sendirinya. Kebanyakan aborsi spontan disebabkan oleh kelainan kromosom, hanya sebagian kecil disebabkan oleh infeksi, kelainan rahim serta kelainan hormon. Kelainan bibir atau kromosom tidak memungkinkan *mudgah* untuk tumbuh normal, walaupun kehamilan berlangsung, maka janin akan lahir dengan cacat bawaan.

b. Aborsi karena darurat atau pengobatan (*al-isqath al-dharury, al-i'laj*)

Aborsi karena darurat atau pengobatan, misalnya aborsi dilakukan karena adanya indikasi fisik mengancam nyawa ibu bila kehamilan dilanjutkan. dalam hal ini yang dianggap lebih ringan risikonya adalah mengorbankan janin, sehingga jenis aborsi ini menurut agama diperbolehkan. Kaidah fiqih yang mendukung adalah: yang lebih ringan diantara dua bahaya bisa dilakukan demi menghindari resiko yang membahayakan.

c. Aborsi dilakukan karena khilaf atau tidak sengaja (*al-isqath al-Khata'*)

Aborsi yang dilakukan karena khilaf atau tidak sengaja (*al-isqath al-Khata'*) misalnya seorang petugas kepolisian tengah memburu pelaku tindak kriminal di suatu tempat yang ramai pengunjung karena takut kehilangan jejak, polisi berusaha

⁶⁰ Lilien Eka Chandra, *Tanpa Indikasi Medis Ibu, Aborsi sama dengan Kriminal* dalam Lifestyle, (Jakarta: Kompas Gramedia, 2006), hlm. 10

⁶¹ A. Saiful Aziz, *Legalisasi Aborsi: Konfigurasi Hukum Islam, Hukum Nasional dan Hak Asasi Manusia*, (Semarang: eLSA Press, 2019), hlm. 22

⁶² Maria Ulfa Anshor, *Fiqih Aborsi: Wacana Penguatan Hak Reproduksi Perempuan*, (Jakarta: Buku Kompas, Cet. 1, 2006), hlm. 38

menembak penjahat tersebut, tetapi pelurunya nyasar ke tubuh ibu yang sedang hamil sehingga ibu tersebut keguguran. Hal serupa bisa juga terjadi, ketika seorang polisi hendak memperkarakan tindakan kriminal yang dilakukan oleh seseorang yang tengah hamil. Karena takut, stres berat dan jiwanya terganggu sehingga menyebabkan keguguran. Tindakan polisi tersebut tergolong tidak sengaja (*al-isqath al-Khata'*).

d. Aborsi yang menyerupai kesengajaan (*al-isqath Syibhu Al-Amdu*)

Aborsi yang dilakukan dengan cara menyerupai kesengajaan (*al-isqath Syibhu Al-Amdu*). Misalnya seorang suami menyerang istrinya yang tengah hamil muda hingga mengakibatkan istrinya keguguran, dikatakan menyerupai kesengajaan karena serangan memang tidak ditujukan langsung pada janin tetapi pada ibunya. Kemudian akibat serangan tersebut, janin terlepas dari tubuh ibunya atau keguguran.

e. Aborsi sengaja dan terencana (*al-isqath al-amdhu*)

Aborsi dilakukan secara terencana dan sengaja (*al-isqath al-amdhu*), misalnya seorang ibu sengaja meminum obat dengan maksud agar kandungannya gugur, atau sengaja menyuruh orang lain (dokter, dukun, dan sebagainya) untuk menggugurkan kandungannya. Aborsi jenis ini dianggap berdosa dan pelakunya dihukum pidana (*jinayah*) karena melakukan pelanggaran terhadap hak anak manusia. Sanksinya menurut fiqh adalah hukuman sepadan sesuai kerugian seperti nyawa dibalas dengan nyawa (*qishash*), karena pelaku dengan sengaja dan terencana menyalakan nyawa anak manusia.

3. Metode yang di Gunakan dalam *Abortus Provocatus*

Metode yang digunakan untuk melakukan *abortus provocatus* yaitu:

a. Aborsi dengan Cara Modern

Cara modern ini dilakukan dengan alat modern, metode ini dapat dilakukan dengan cara:

- 1) *Dilatase dan Curettage*, yaitu dengan alat khusus untuk melebarkan mulut rahim, kemudian janin dicuret dengan alat seperti sendok kecil, aborsi dilakukan dengan metode penyedotan. Teknik ini sering dilakukan pada kehamilan usia dini (1-3 bulan). Untuk usia kehamilan lebih lanjut, (3-6 bulan) pada saat janin sudah tumbuh sempurna anggota fisiknya dengan syaraf yang sudah berfungsi, maka janin dibunuh terlebih dahulu dalam rahim dengan cairan, untuk kemudian dikeluarkan.
- 2) *Aspirasi*, yaitu penyedotan isi rahim dengan pompa kecil.
- 3) MR atau *Menstrual Regulation*, yang dilakukan oleh dokter dengan alasan pengaturan haid atau indikasi haid.
- 4) *Hytrotomi*, yaitu melalui proses operasi.

b. Aborsi dengan Cara Tradisional

- 1) Cara tradisional dilakukan dengan meminum obat-obatan atau ramu-ramuan tertentu yang tidak diperbolehkan bagi hamil, seperti air tape ketan hitam, merica giling, jamu-jamu peluntur, aspirin campur sprite, memakan nanas muda dengan harapan kandungannya gugur, memakan bubuk gelas, dan memakan daun dari jenis tumbuh-tumbuhan tertentu dalam rahim.
- 2) Olahraga yang berlebihan (terjun bebas, loncat tinggi, loncat jauh dan lain-lain).
- 3) Menjatuhkan diri dengan sengaja (naik sepeda, naik tangga dan lain-lain).
- 4) Pada wanita-wanita pelacur yang hamil, maka dilakukan *coitus* yang berulang-ulang dengan beberapa laki-laki dan kadang-kadang bisa merangsang *embrio* atau janin, akibatnya rahim berkontraksi, *embrio* atau janin bisa gugur akibat rangsangan tadi.
- 5) Badan di bawah direndam dengan air panas sehingga pembuluh darah bagian bawah membesar akibatnya peredaran darah yang terlalu cepat, ini merangsang rahim untuk berkonsentrasi sehingga dapat keguguran.
- 6) Melakukan teknik akupuntur, perut diurut-urut secara kasar atau dipukul-pukul.⁶³

4. Faktor Pendorong Aborsi

Menurut Sarlito⁶⁴, faktor yang mendorong timbulnya seseorang dalam melakukan perbuatan aborsi, yaitu sebagai berikut:

a. Faktor ekonomi

Faktor ekonomi biasanya berkaitan erat dengan perilaku seseorang dan kemungkinan besar terjadi pada seseorang yang akan melakukan aborsi, karena takut dan dihipit oleh keadaan ekonomi yang kurang, sehingga orang tersebut merasa tidak yakin untuk bisa membesarkan anak yang dikandungnya, sehingga terjadilah tindakan aborsi yang sangat dilarang oleh agama dan negara.

b. Faktor kesehatan

Apabila terdapat indikasi vital yang terjadi pada masa kehamilan yang dapat mengancam dan membahayakan jiwa ibu dan indikasi medis non vital yang terjadi pada masa kehamilan dan berdasar perkiraan dokter, yang apabila kehamilan tersebut tetap dipertahankan akan memperburuk fisik dan psikologis si ibu serta untuk menghindari kemungkinan bayi yang lahir mempunyai kelainan cacat fisik maupun mental.

c. Faktor social

Tidak semua kehamilan seorang perempuan merupakan kehamilan yang dikehendaki, dengan alasan sudah punya banyak anak, hamil diluar nikah sebagai akibat dari pergaulan bebas, hamil akibat perkosaan, *incest*, hamil akibat perselingkuhan dan lain sebagainya. Perempuan yang mengalami kehamilan yang tidak dikehendaki akan menggugurkan kandungannya menggunakan perantara medis (dokter) maupun aborsi meskipun risikonya sangat tinggi.

Hal tersebut juga tidak hanya berlaku untuk seorang perempuan yang sudah dewasa saja, melainkan seorang perempuan remaja juga. Pola pikir remaja yang memandang

⁶³ Tina Asmarawati, *Hukum dan Abortus*, (Yogyakarta: Deepublish, 2013), hlm. 9-11

⁶⁴ Sarlito W. Sarwono dan Eko A. Meinarno, *Psikologi Sosial*, (Jakarta: Salemba Humanika, 2000), hlm.

aborsi sebagai suatu perbuatan tercela tidak dapat dilepaskan dari peran masyarakat sekitar yang membentuknya. Hal ini dikarenakan pada umumnya masyarakat menilai bahwa aborsi yang dilakukan oleh seseorang yang belum menikah apalagi dibawah umur itu merupakan solusi atas perbuatan seks bebas yang semakin marak di masyarakat. Di samping itu, terdapat perbedaan gender, perubahan dari kelompok sosial, dan masalah kesehatan yang turut menyertai pada kasus aborsi yang dilakukan oleh seseorang, sehingga sampai saat ini aborsi masih dianggap sebagai salah satu bentuk penyimpangan sosial terhadap nilai-nilai dan norma-norma yang berlaku di masyarakat. Hal-hal tersebut yang memicu seseorang yang hamil di luar nikah untuk melakukan aborsi dan apabila seseorang tersebut tidak melakukan aborsi maka hal-hal dibawah ini yang akan berdampak padanya, yaitu:

1. Putus sekolah atau kuliah
2. Malu pada keluarga dan tetangga
3. Terputus atau terganggu karir dan masa depan.

d. Faktor psikologis

Seseorang yang hamil diluar pernikahan, dimana pada para perempuan korban perkosaan 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 ruang lingkup rumah tangganya. Atau ayah anak yang dikandungnya bukan suaminya serta karena ada masalah dengan suami.

e. Faktor Usia

Dimana para pasangan yang masih muda dan belum dewasa serta matang secara psikologis karena pihak perempuannya terlanjur hamil harus membangun suatu keluarga. Atau ayah anak yang dikandung bukan pria atau suami yang diidamkan untuk pernikahannya. Atau juga karena ingin menyelesaikan pendidikan. Atau merasa terlalu tua atau muda untuk mempunyai anak.⁶⁵

5. Dampak Terjadinya Aborsi

Aborsi yang dilakukan oleh seorang perempuan terhadap janinnya akan memiliki beberapa dampak yang negatif, diantaranya yaitu sebagai berikut:

a. Dampak Fisik

Salah satu dampak fisik dari tindak pidana aborsi adalah terjadinya pendarahan dan komplikasi. Apabila melakukan aborsi secara berulang kali maka dapat menyebabkan terjadinya kemandulan atau tidak dapat lagi memiliki keturunan. Bahkan yang lebih fatalnya lagi dapat mengakibatkan kematian.⁶⁶ Terdapat kurang lebih sebanyak 600.000 jumlah kematian perempuan yang berkaitan dengan permasalahan kehamilan maupun persalinan. Dari sejumlah kematian tersebut, terdapat 13% kematian yang disebabkan oleh aborsi yang tidak aman (*unsafe abortion*). Adapun dampak fisik jangka pendek

⁶⁵ Rumelda Silalahi dan Rasmita Luciana, "Pandangan Hukum Kesehatan Terhadap Abortus Provocatus Berdasarkan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009", *Jurnal Darma Agung*, Vol. XXVIII, No. 3, 2019, hlm. 1093-1094

⁶⁶ Dainty Maternity, dkk., *Asuhan Kebidanan Komunitas; Disesuaikan dengan Rencana Pembelajaran Kebidanan*, (Yogyakarta: Andi, 2017, Cet. Pertama), hlm. 25

yang terjadi yaitu adanya pendarahan, terjadinya suatu infeksi setelah aborsi yang dilakukan, komplikasi bahkan terjadinya kematian. Sedangkan dampak jangka panjangnya yaitu terganggunya kesuburan hingga akan terjadinya kemandulan.⁶⁷

b. Dampak Psikologis

Perempuan yang melakukan tindak pidana aborsi akan mengalami dampak psikologis terhadap jiwanya. Mereka akan selalu merasa ketakutan, tertekan batinnya, panik yang berkepanjangan, stress, dan juga mengalami rasa trauma. Selain itu akan muncul rasa cemas, tidak percaya diri dan merasa bersalah, begitu pula mereka akan merasa sangat berdosa karena telah melakukan aborsi terhadap kehamilannya.⁶⁸

Data dari *postabortion.org* pada tahun 2007, terungkap bahwa sekitar 50% perempuan yang melakukan tindak pidana aborsi selalu merasakan trauma, baik trauma secara psikologis maupun trauma secara emosional. Tanda-tanda dari perempuan yang merasakan trauma psikologis yaitu mempunyai kesedihan yang berlebihan, sering merasakan depresi dan marah tanpa alasan, tidak percaya diri dalam membuka dirinya kembali, memiliki rasa tidak siap jika kelak akan hamil lagi, sering mimpi hal-hal yang buruk ketika tidur, alat seksualnya tidak berfungsi lagi, mencoba mencicipi minuman keras bahkan narkoba, tidak memiliki selera makna, sering merasa cemas bahkan khawatir hingga keinginan untuk melakukan hal yang paling berbahaya yaitu bunuh diri.⁶⁹

c. Dampak Sosial

Dampak sosial yang terjadi pada perempuan yang melakukan tindak pidana aborsi yaitu adanya suatu perasaan bahwa dirinya kini tidak ada harganya lagi. Mereka juga akan memiliki rasa ketergantungan yang berlebihan terhadap lawan jenis dikarenakan mereka tidak perawan lagi disebabkan melakukan tindak pidana aborsi tersebut.⁷⁰ Adapun dampak sosial ekonomi, dana yang keluar akibat aborsi yang dilakukan secara diam-diam. Karena Indonesia tidak memperbolehkan aborsi yang tidak sesuai dengan hukum, maka tidak terdapat kriteria biaya pelayanan aborsi sehingga dana yang dikeluarkan oleh pelaku aborsi akan sangat mahal.⁷¹

D. Aborsi dalam Hukum Pidana Islam

1. Pengertian Hukum Pidana Islam

Tindak pidana dalam hukum pidana islam dikenal dengan istilah *jarimah*. *Jarimah* menurut bahasa berasal dari kata *jarama* kemudian menjadi bentuk masdar *jaramatan* yang artinya perbuatan dosa atau perbuatan salah atau kejahatan. Pelakunya dinamakan "*jarim*", dan yang dikenai perbuatan itu dinamakan "*mujaram 'alaih*".⁷² Imam Al-Mawardi

⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 28

⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 25

⁶⁹ Intaglia Harsanti, "Dampak Psikologis pada Wanita yang Mengalami Abortus Spontan", *Jurnal Psikologi*, Vol. IV No. 1, (Desember, 2010), hlm. 4

⁷⁰ Dainty Maternity, dkk., *Asuhan Kebidanan Komunitas*, hlm. 25

⁷¹ Dainty Maternity, dkk., *Asuhan Kebidanan Komunitas*, hlm. 28

⁷² Makhrus Munajat, *Hukum Pidana Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Teras, 2009), hlm. 3

memberikan pengertian mengenai jarimah yaitu perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh syar'i yang diancam oleh Allah dengan had atau ta'zir.⁷³

Definisi *Jinayah* menurut Wahbah Zuhaili adalah *Jinayah (jarimah)* adalah suatu bentuk perbuatan dosa atau maksiat atau setiap bentuk kriminal (kejahatan) yang dilakukan oleh seseorang. Menurut Wahbah Zuhaili, pengertian *Jinayah* pada tataran makna syar'i meliputi 2 (dua) arti, yaitu makna secara umum dan makna secara khusus. Makna secara umum, *Jinayah* yaitu setiap perbuatan yang dilarang syara', baik perbuatan itu mengenai jiwa, harta atau yang lainnya, *Jinayah* hanyalah tindakan penganiayaan yang mengenai jiwa orang atau anggota badan, seperti membunuh, melukai dan memukul.⁷⁴

Sedangkan menurut Abdul Qadir Audah, pengertian *Jinayah* menurut istilah fiqih adalah perbuatan yang dilarang syara', baik perbuatan itu mengenai jiwa atau harta atau yang lainnya. Tetapi Abdul Qadir Audah mengatakan bahwa kebanyakan fuqaha memakai kata *Jinayah* dalam makna secara khusus, yaitu *Jinayah* hanyalah perbuatan yang mengenai jiwa orang atau anggota badan, seperti membunuh, melukai dan memukul.⁷⁵

Berdasarkan pengertian *jinayah* yang dikemukakan oleh kedua ulama di atas, ditemukan adanya kesamaan yaitu adanya makna secara umum dan makna secara khusus. Umumnya fuqaha menggunakan makna secara khusus untuk pengertian *jinayah*. Dalam pengertian tersebut, sama-sama mengandung unsur melakukan tindak kejahatan (kriminal), baik tindakan itu berkaitan dengan jiwa, harta, atau yang lainnya (seperti harga diri, perasaan, dan lain-lain). Pengertian *jinayah* menunjukkan suatu perbuatan dianggap sebagai tindak pidana apabila perbuatan tersebut bisa merugikan diri sendiri dan merugikan orang lain, baik kerugian itu berkaitan dengan tata aturan masyarakat, harta benda, nama baik, perasaan atau pertimbangan-pertimbangan lainnya yang dihormati dan dipelihara oleh masyarakat.

Adapun mengenai unsur (rukun) suatu perbuatan dikatakan tindak pidana, Abdul Qadir Audah membagi *jinayah* ke dalam 3 (tiga) bentuk unsur (rukun), yaitu:

- 1) Rukun *syar'i* atau unsur formil (Undang-Undang), yaitu adanya nash yang melarang suatu perbuatan dengan diancam hukuman terhadapnya. Dengan demikian, unsur formil ini erat kaitannya dengan asas legalitas dalam hukum pidana. Untuk bisa menuntut seseorang secara pidana, harus ada Undang-Undang yang mengaturnya terlebih dahulu. Aturan yang ditegaskan pada unsur formil ini tentang larangan dan sanksi secara jelas dinyatakan dalam teks syara', yaitu Al-Qur'an dan hadits.
- 2) Rukun *maddi* atau unsur materil, yaitu adanya tindakan yang membentuk *jarimah*, baik berupa perbuatan nyata atau tidak.
- 3) Rukun *adabi* unsur moril, yaitu adanya pembuat (orang *mukallaf*) yakni seseorang yang dapat dimintai pertanggungjawaban atau harus bisa dipersalahkan terhadap jarimah yang dilakukannya.⁷⁶

⁷³ Imam Al-Mawardi, *Hukum Tata Negara dan Kepemimpinan dalam Takaran Islam*, terj. Dari *Al-Ahkaamus-sulthaaniyyah wal-wilaayaatud-diiniyyah* oleh Abdul Hayyie al-Kattani, Kamaludin Nurdin, (Jakarta: Gema Insani Express, Cet. 1, 2000), hlm. 420

⁷⁴ Wahbah Zuhaili, *Al-Fiqih Al-Syafi'i Al-Maisir*, (Daar Al-Fikr, Juz 2, 2008), hlm. 302

⁷⁵ Abdul Qadir Audah, *Al-Tasyri' Al-Jina'i Al-Islami*, (Suria: Muassisah Al-Risalah, Juz 2, 1415 H), hlm. 4

⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 5

2. Status Hukum Aborsi

Sebelum melangkah ke pembahasan hukum aborsi, penulis akan memaparkan proses pertumbuhan janin di dalam rahim. Yang mana hal ini akan menjadi tolak ukur bagi para ulama dalam menentukan hukum aborsi. Berikut ini merupakan perkembangan janin menurut Al-Qur'an,⁷⁷ yaitu:

1) Tahap Pertama

- a. *Nutfah*, yaitu proses bercampurnya sel sperma dan ovum. Sebagaimana firman Allah dalam Al-Qur'an:

إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا

“*Sesungguhnya Kami telah menciptakan manusia dari setetes mani yang bercampur yang Kami hendak mengujinya (dengan perintah dan larangan), karena itu Kami jadikan Dia mendengar dan melihat.*” (Q.S. 76 [Al-Insan]: 2)

- b. *Talqih*, merupakan proses *nutfah* sampai menghasilkan *zigot*.

2) Tahap Kedua (Proses Pembentukan)

- a. *‘Alaqah* (segumpal darah), yaitu proses setelah terjadinya *zigot* kemudian *zigot* turun melalui saluran valopi hingga sampai pada rahim. Disanalah *zigot* menempel pada dinding rahim yang disebut tahapan segumpal darah karena *zigot* masih berbentuk segumpal darah.
- b. *Mudghah* (segumpal daging), yaitu seperti daging yang dikunyah. Tahapan ini terbentuk antara minggu ke-3 (tiga) hingga ke-8 (delapan).
- c. Tahap pembentukan tulang dan daging (otot-otot). Di tahap ini, mulai terbentuk kerangka manusia. Di bentuk tulang-tulang kemudian di bungkus dengan daging dan otot-otot. Dengan demikian janin telah tumbuh sempurna terbentuk pada minggu ke-8 (delapan). Proses ini digambarkan dalam Al-Qur'an:

ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ۝

“*Kemudian air mani itu Kami jadikan segumpal darah, lalu segumpal darah itu Kami jadikan segumpal daging, dan segumpal daging itu Kami jadikan tulang-belulang, lalu tulang-belulang itu Kami bungkus dengan daging, kemudian Kami jadikan Dia makhluk yang (berbetuk) lain. Maka Maha sucilah Allah, Pencipta yang paling baik.*” (QS. 23 [Al-Mu'minin]: 14)

3) Tahap ketiga

Tahap ini terjadi sebelum masa kelahiran dimulai sejak minggu ke-8 (delapan). Dari sinilah mulai peniupan roh ke dalam janin dan mulai terlihat beberapa anggota badan, jenis kelamin hingga masa kelahiran datang.⁷⁸

Menurut fiqh *jinayah*, aborsi ada yang disepakati keharamannya dan ada pula aborsi yang status hukumnya masih diperdebatkan. Aborsi yang disepakati keharamannya adalah aborsi yang dilakukan setelah usia kehamilan mencapai 120 hari atau 40 x 3 atau 16 minggu, terhitung sejak pembuahan. Adapun aborsi yang diperselisihkan adalah aborsi yang

⁷⁷ Nabih Abdurrahman Utsman, *Mukjizat Penciptaan Manusia (Tinjauan Al-Qur'an dan Medis)*, (Jakarta: Akbar Media Eka Sarana, 2005), hlm. 21-22

⁷⁸ *Ibid.*, hlm 23

dilakukan sebelum masa tersebut. Penentuan masa 120 hari sebagai batas diperbolehkan (tentu bagi kelompok yang menganggap boleh) aborsi adalah hadist riwayat al-Bukhari dan Muslim, sebagai berikut:

عَنْ زَيْدِ بْنِ وَهَبٍ قَالَ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ حَدَّثَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ الصَّادِقُ الْمَصْدُوقُ قَالَ إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْفُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَبْعَثُ اللَّهُ مَلَكًا فَيَعْمُرُ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ وَيَقَالَ لَهُ اكْتُبْ عَمَلَهُ وَرِزْقَهُ وَأَجَلَهُ وَشَقِيَّ أَوْ سَعِيدًا ثُمَّ يُنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ فَإِنَّ الرَّجُلَ مِنْكُمْ لَيَعْمَلُ حَتَّى مَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَنَّةِ إِلَّا ذِرَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ كِتَابُهُ فَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ وَيَعْمَلُ حَتَّى مَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّارِ إِلَّا ذِرَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ { رواه البخارى و مسلم }

Dari Zaid bin Wahab berkata, Abdullah bin Mas'ud berkata bahwa Rasulullah SAW menceritakan kepada kami, sesungguhnya seseorang di antara kamu proses penciptaannya dikumpulkan dalam perut ibunya selama (40) empat puluh hari berupa nutfah (paduan antara sperma dan ovum) kemudian berproses menjadi alaqah selama (40) empat puluh hari pula, kemudian berproses menjadi mudghah (segumpal darah) selama (40) empat puluh hari pula, kemudian malaikat dikirimkan kepadanya (mudghah), lalu meniupkan ruh ke dalamnya dan diperintahkan untuk menegaskan empat hal penting, yaitu mencatat rizkinya, amal perbuatannya, nasibnya, dia akan celaka atau bahagia. Demi Allah yang tidak ada Tuhan kecuali Dia, sesungguhnya seseorang di antara kamu akan melakukan amal penghuni surga sehingga tidak ada jarak di antara dia dan surga tersebut kecuali hanya satu hasta saja (sudah sangat dekat menjelang masuk), tetapi yang terjadi dan menang adalah yang telah tercatat, sehingga orang tersebut berbuat amal penghuni neraka hingga akhirnya dia masuk ke dalam neraka. (sesuai catatan yang telah ada sejak dalam kandungan ini) Dan sesungguhnya seseorang di antara kamu akan melakukan amal penghuni neraka sehingga tidak ada jarak di antara dia dan neraka tersebut kecuali hanya satu hasta saja (sudah sangat dekat menjelang masuk) tetapi yang terjadi dan menang adalah yang telah tercatat, sehingga orang tersebut berbuat amal penghuni surga hingga akhirnya diapun masuk ke dalam surga (sesuai catatan yang telah ada sejak dalam kandungan ini). (HR. Al-Bukhari dan Muslim).

Hadist ini memberi informasi bahwa pada saat janin berusia 120 hari Allah mengirimkan seorang malaikat untuk meniupkan roh kehidupan kepada janin, embrio manusia tersebut. Hadist inilah yang oleh para ulama dijadikan landasan kuat bahwa setelah roh ditiupkan ke dalam janin, sejak saat itulah berarti janin dianggap sudah bernyawa, sehingga segala macam cara yang dilakukan untuk menggugurkan atau membatalkan proses kejadian manusia dianggap sebagai membunuh jiwa yang tidak berdosa dan masuk jenis tindak pidana terhadap nyawa tanpa alasan yang bisa dibenarkan.

Di dalam Al-Qur'an juga membicarakan proses pertumbuhan atau perkembangbiakan (reproduksi) dari manusia dengan menyebut tempat-tempat mekanisme yang tepat serta tahap-tahap reproduksi tanpa keliru sedikitpun. Allah SWT berfirman dalam Al-Qur'an surat Al-Mu'minun ayat 12-14, yaitu:

وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ۖ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ۚ
ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ۝

“(12) Dan sesungguhnya Kami telah menciptakan manusia dari suatu saripati (berasal) dari tanah. (13) kemudian Kami jadikan saripati itu air mani (yang disimpan) dalam tempat yang kokoh (rahim). (14) kemudian air mani itu Kami jadikan segumpal darah, lalu segumpal darah itu Kami jadikan segumpal daging, dan segumpal daging itu Kami jadikan tulang-belulang, lalu tulang-belulang itu Kami bungkus dengan daging, kemudian Kami jadikan Dia makhluk yang (berbetuk) lain. Maka Maha sucilah Allah, Pencipta yang paling baik.” (QS. 23 [Al-Mu’minun]: 12-14)

Adanya keterkaitan kejadian manusia dalam teks Al-Qur’an surat Al-Mu’minun ayat 14 dan konteks hadist di atas, dapat disimpulkan bahwa proses kejadian manusia terdiri dari beberapa fase dan meliputi 2 (dua) tahap yaitu fase penciptaan fisik atau jasad manusia atau tahap non fisik berupa meniupkan roh yang merupakan hakikat manusia, dan fase yang membedakan manusia dengan makhluk yang lain. Dalil-dalil inilah yang kemudian dijadikan bahan acuan dan rujukan oleh para ulama dalam memberi pengertian tentang proses kejadian manusia itu dimulai, yang akan menjadi dasar dalam menjawab seputar permasalahan aborsi.⁷⁹ Diantaranya yaitu sebagai berikut:

1) Hukum Aborsi sebelum Ruh Ditiupkan

Imam al-Ghazali memberi pernyataan, bahwa pertumbuhan janin melalui tahap yang bertingkat-tingkat. Tahap awal bermula dari pertemuan sperma dan ovum yang dikenal dengan tahap *al-nuthfah*. Menganiaya dan merusak pertumbuhan janin pada tahap awal tersebut (*al-nuthfah*) adalah suatu kejahatan (meski kadarnya kecil),⁸⁰ apabila telah menjadi *al-mudghah* dan *al-‘alaqah*, maka merusaknya merupakan kejahatan yang lebih keji. Apabila janin telah diberi nyawa dan telah berbentuk manusia sempurna, maka merusaknya merupakan kejahatan yang bertambah lebih keji lagi. Lalu puncak yang paling keji dari kejahatan ditujukan kepada anak yang telah lahir dalam keadaan hidup. Demikianlah keharaman penghancuran dan pengguguran janin pada setiap tahap pertumbuhannya. Sebab janin yang sedang dalam proses pembentukan organ-organnya dapat dipastikan sebagai janin yang sedang mengalami proses terbentuknya manusia sempurna.⁸¹ Dan hal tersebut sudah disinggung dalam Al-Qur’an surat Al-Mu’minun ayat 14.

Janin yang telah berumur mencapai umur empat bulan dan ditiupkan roh didalamnya, telah menjadi manusia menurut beberapa pendapat para ilmuwan. Dikatakan pula bahwa aborsi sebelum meniupkan roh yaitu sejak bertemunya sel sperma dan ovum, adalah suatu kejahatan dan haram hukumnya, sekalipun janin tersebut belum diberi nyawa. Sebab sudah ada kehidupan pada kandungan yang sedang mengalami pertumbuhan dan persiapan untuk makhluk baru yang bernyawa bernama manusia yang dihormati dan

⁷⁹ Maria Ulfa Anshor, *Fiqih Aborsi: Wacana Penguatan Hak Reproduksi Perempuan*, (Jakarta: Buku Kompas, Cet. 1, 2006), hlm. 23-24

⁸⁰ Imam Al-Ghazali berkata demikian karena ketika terjadi konsepsi (pembuahan) tidak boleh dirusak lagi, jadi Imam Al-Ghazali mengibaratkan proses konsepsi (pembuahan) itu sebagai transaksi, sesuatu yang telah terkonsepsi itu tidak boleh dianulir. Tetapi Imam Al-Ghazali dalam kitabnya yang lain juga mengakui bahwa pengguguran yang dilakukan dalam tahap *alaqah* (gumpalan darah) itu tidak masalah (boleh).

⁸¹ A. Saiful Aziz, *Legalisasi Aborsi: Konfigurasi Hukum Islam, Hukum Nasional dan Hak Asasi Manusia*, (Semarang: eLSA Press, 2019), hlm. 40-41

dilindungi keberadaannya, lebih jahat dan semakin besar dosanya yaitu apabila pengguguran kandungan dilakukan setelah janin bernyawa.⁸²

Dalam pendapat lain dikemukakan bahwa pengguguran kandungan dari hasil perbuatan zina itu dibolehkan asal masih berupa *nutfah* atau '*alaghah*, yaitu sebelum 80 (depan puluh) hari. Termasuk ketika ada seseorang yang minum obat untuk menggugurkan kandungannya selama masih berbentuk '*alaghah* atau *mudghah* maka hal itu diperbolehkan.⁸³ Hal ini sesuai dengan hadist yang diriwayatkan oleh Bukhari dan Muslim tentang penciptaan janin yang berusia 40 hari yang kemudian ditiupkan ruh.⁸⁴ Pendapat diperbolehkannya menggugurkan kandungan selama janin belum ditiupkan ruh adalah pendapat dari Al-Ramli. Di dalam kitab *Nihayah Al-Muhtaj*, menggugurkan kandungan selama janin belum ditiupkan ruh adalah boleh hukumnya, sekalipun pengguguran menggunakan obat. Pendapat ini juga sebagai sanggahan pendapat Imam Al-Ghazali yang mengharamkan pengguguran kandungan yang benar adalah diharamkan setelah peniupan ruh secara mutlak dan diperbolehkan sebelumnya.⁸⁵

2) Hukum Aborsi Setelah Peniupan Ruh

Para ulama sepakat untuk mengharamkan abortus yang dilakukan pada waktu janin telah diberi nyawa, yaitu setelah janin melalui proses pertumbuhan selama 4 (empat) bulan atau 120 hari.⁸⁶ Menggugurkan kandungan setelah janin diberi nyawa tanpa ada alasan atau indikasi medis yang dibenarkan sekalipun itu dalam konteks lintas agama, dipandang sebagai tindakan pidana yang disamakan dengan pembunuhan terhadap manusia yang telah sempurna wujudnya.⁸⁷

Aborsi yang diperbolehkan menurut ijthad ulama yaitu hanya aborsi akibat kedaruratan medis yang bertujuan untuk menjaga jiwa sang ibu yang terancam apabila kelangsungan kehamilan dipertahankan. Dalam kasus ini para ulama memilih yang paling sedikit resikonya dari dua hal yang mendatangkan mudharat, sedangkan aborsi yang dilakukan bukan atas dasar indikasi medis seperti karena kondisi ekonomi dan lain sebagainya itu yang disebut dengan aborsi kriminalis dan hal itu haram hukumnya menurut ijthad para ulama karena menghentikan proses kehidupan seorang manusia. Dalam kasus seperti ini, keselamatan sang ibu lebih diutamakan dari pada keselamatan bakal bayi karena kehidupan sang ibu benar-benar telah nyata sedangkan bakal bayi belum dan tidak dapat diyakinkan apakah bakal bayi tersebut akan lahir dalam keadaan hidup atau mati. Pandangan ini didasarkan atas kaidah ushul fiqih yang mengatakan kemudharatan harus dihilangkan. Apabila berlakunya kontradiksi di antara *mafsadah* yang ringan dengan *mafsadah* yang berat maka diutamakan penolakan *mafsadah* yang lebih berat. Kaidah fiqih ini berbunyi:

إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوِيَ أَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بَارِئًا بِأَخْفَاهَا

⁸² Kutbuddin Aibak, *Kajian Fiqih Kontemporer*, (Yogyakarta: Teras, 2009), hlm. 89

⁸³ Dewani Romli, Aborsi dalam Perspektif Hukum Positif dan Hukum Islam, *Jurnal Al-'Adalah*, vol. 2, 2011, hlm. 161

⁸⁴ Lihat hlm. 37

⁸⁵ A. Saiful Aziz, *Legalisasi Aborsi*, hlm. 43

⁸⁶ Abd Al-Qadir Manshur, *Buku Pintah Fiqih Wanita; Segala Hal yang Ingin Anda Ketahui Tentang Perempuan dalam Hukum Islam*, (Jakarta: Zaman, Cet. 1, 2009), hlm. 120

⁸⁷ Bekti Dwi Andari, dkk., *Aborsi dalam Perspektif Lintas Agama*, (Yogyakarta: Universitas Gajah Mada, 2005), hlm.

“Apabila ada 2 (dua) kerusakan (*mafsadah*) berlawanan, maka haruslah dipelihara yang lebih berat mudharatnya dengan melakukan yang lebih ringan dari keduanya.”⁸⁸

Dalam hal ini, apabila berlakunya kontradiksi di antara *mafsadah* yang ringan dengan *mafsadah* yang berat maka utamakan penolakan *mafsadah* yang lebih berat. Kemudharatan yang ditimbulkan akibat kematian sang ibu lebih besar dampaknya dibandingkan dengan kematian sang janin. Oleh karena itu, dalam keadaan yang amat sangat mendesak (darurat) seperti ini, aborsi dapat dibenarkan dalam hukum Islam untuk menyelamatkan jiwa sang ibu.

E. Aborsi Menurut Empat Madzhab

1. Madzhab Syafi'i

Ulama Syafi'iyah berselisih pendapat mengenai aborsi sebelum janin berusia 120 hari. Ada yang mengharamkannya, seperti Al-Imad, dan ada pula yang membolehkannya selama masih berupa sel sperma atau sel telur (*nutfah*) dan segumpal darah (*'alaqah*) atau berusia 80 hari. Akan tetapi, sebagian besar dari *fuqaha* Syafi'iyah sepakat bahwa aborsi haram sebelum usia kehamilan 40-42 hari. Imam Al-Ghazali mengatakan bahwa menurut pendapat yang paling benar yaitu aborsi dalam bentuk segumpal darah (*'alaqah*) dan segumpal daging (*mudghah*) atau sebelum penciptaan, itu tidak apa-apa apabila dilakukan. Sementara sebagian ulama Syafi'iyah yang lainnya mengatakan bahwa aborsi dibolehkan sepanjang janin belum terbentuk sempurna, yaitu belum tampak bagian-bagian tubuhnya, seperti tangan, kaki, kepala, rambut dan bagian-bagian tubuhnya yang lain.

Berdasarkan penjelasan di atas, golongan Imam Syafi'i mengharamkan aborsi pada tahap *mudghah* yang berbentuk manusia karena sudah memiliki mata, telinga, tangan, dan bagian tubuh yang lain. Menurut pengikut Imam Syafi'i, janin pada fase tersebut apabila dirusak ada dendanya (*diyat*). Sebab merusak anak dalam perut (*al-awalad fi al-batn*) merupakan tindakan pidana, dan tidak boleh dirampas hak kehidupannya. Hukuman bagi pelaku pengguguran kandungan setelah janin diberi nyawa (menurut pendapat mayoritas ulama Syafi'iyah) ialah wajib membayar kompensasi (*ghurrah*). Al-Juzaiyri mengatakan bahwa janin yang digugurkan akibat tindak pidana (*jinayah*) wajib diganti dengan uang kompensasi, baik terpisah dari tubuh ibunya ketika sang ibu masih hidup maupun setelah ibunya meninggal. Demikian pula, apabila janin keluar sebagian (tidak terpisah seluruhnya) seperti keluar kepalanya dalam keadaan sudah meninggal, Imam Al-Zarkasi dan Imam Al-Ramli mengemukakan bahwa aborsi dibolehkan ketika usia janin dalam proses *nutfah* atau *'alaqah*. Al-Ramli juga menjelaskan bahwa sebelum peniupan ruh, aborsi tidak disebut dengan *khilaf al-aula* melainkan mengandung kemungkinan makruh.⁸⁹

2. Madzhab Hanafi

Madzhab Hanafiyah berpendapat bahwa aborsi diperbolehkan sebelum janin terbentuk. Kapan janin terbentuk, masih terjadi *ikhtilaf* juga, sebagian besar berpendapat bahwa janin terbentuk setelah usia kehamilan umur 120 hari. Ibnu Abidin berpendapat bahwa aborsi

⁸⁸ Duski Ibrahim, *Al-Qawa'id Al-Fiqhiyyah (Kaidah-Kaidah Fiqih)*, (Palembang: Amanah, Cet. 1, 2019), hlm. 85

⁸⁹ A. Saiful Aziz, *Legalisasi Aborsi*, hlm. 33

makruh mutlak, baik sebelum maupun sesudah terjadinya pembentukan janin, hanya saja dosanya tidak sama dengan dosa membunuh. Pendapat ini mengandung pengertian tidak diperbolehkan aborsi mengandung unsur haram secara mutlak karena istilah makruh dalam Ulama Hanafiyyah berarti *karahiyah al-tahrim* yaitu makruh yang lebih dekat kepada keharaman.⁹⁰

Sebagian pengikut Hanafiyyah berpendapat bahwa aborsi diperbolehkan sebelum janin melewati usia 45 hari. Al-Buthi mengemukakan bahwa aborsi diperbolehkan sebelum kehamilan memasuki bulan ke-4 (empat) hanya dalam 3 (tiga) kasus. *Pertama*, apabila dokter khawatir kehidupan ibu terancam akibat kehamilan. *Kedua*, kehamilan dikhawatirkan akan menimbulkan penyakit pada tubuh ibu. *Ketiga*, apabila kehamilan yang baru menyebabkan terhentinya proses penyusuan bayi yang sudah ada padahal kehidupannya sangat tergantung pada susu ibunya.⁹¹

Dasar dibolehkannya aborsi pada tahap sebelum terjadinya pemberian nyawa ialah karena setiap sesuatu yang belum bernyawa tidak akan dibangkitkan di hari kiamat. Begitu pula dengan janin yang belum diberi nyawa. Sumber lain yang paling banyak dikutip dari madzhab ini adalah aborsi diperbolehkan apabila ibu yang hamil sedang dalam keadaan menyusui anaknya yang lain sehingga air susunya terhenti, sementara bapaknya tidak mempunyai biaya untuk menyediakan susu pengganti. Dalam keadaan seperti ini, aborsi dibenarkan dengan tujuan memelihara kehidupan anak yang sedang menyusu.

3. Madzhab Hanbali

Menurut jumhur ulama Hanabilah, janin boleh digugurkan selama selisih masih dalam fase segumpal daging karena belum berbentuk manusia, sebagaimana ditegaskan oleh Ibnu Qudamah dalam kitab Al-Mughni:

Pengguguran terhadap janin yang masih berbentuk *mudghah* dikenai denda (*ghurrah*), apabila menurut tim spesialis ahli kandungan janin sudah terlihat bentuknya. Namun, apabila baru memasuki tahap pembentukan, dalam hal ini ada dua pendapat; *pertama*, yang paling sah adalah pembebasan hukuman *ghurrah*, karena janin belum terbentuk misalnya baru berupa *'alaqah*, maka pelaku tidak dikenai hukuman. *Kedua*, *ghurrah* tetap wajib karena janin yang digugurkan sudah memasuki tahap penciptaan anak manusia.⁹²

Dalam kitab *al-Inshaf* karya 'Alauddin 'Ali bin Sulaiman al-Mardayi, terdapat keterangan bolehnya minum obat-obatan peluntur untuk menggugurkan *nutfah*. Hal yang sama juga dikemukakan oleh Ibnu an-Najjar dalam Muntaha al-Iradat, dikatakan bahwa laki-laki boleh meminum obat yang mencegah terjadinya *coitus*, sedangkan perempuan boleh meminum obat peluntur untuk menggugurkan *nutfah* dan mendapatkan haid. Namun, pendapat yang paling kuat dari Madzhab Hanabilah dikemukakan oleh Ibnu Jauzi bahwa aborsi hukumnya haram mutlak, baik sebelum atau setelah penciptaan pada usia 40 hari.⁹³ Dari penjelasan di

⁹⁰ Muhammad Amin Al-Syahir Ibnu Abidin, *Raad Al-Mukhtar Ala Al-Daar Al-Mukhtar Syark Tanwir Al-Absor*, (Daar Alim Al-Kutub, Juz 10, 2003), hlm. 254-255

⁹¹ Said Ramadhan Muhammad Al-Buthi, *Tahdid Al-Nasl Wiqoyatan Wa Ilajan*, (Maktabah Al-Farabi, 1976), hlm. 94-95

⁹² Syekh Imam Al-Alamah Maufiq Al-Din Abi Muhammad Abdillah Bin Muhammad Bin Mahmud Qudamah, *Al-Mughni Syarkh Al-Kabir*, (Libanon: Daar Al-Kutub Al-Arabi, Juz 9, t.th), hlm. 62

⁹³ Istibsjaroh, *Aborsi dan Hak-Hak Reproduksi dalam Islam*, (Yogyakarta: LKIS Printing Cemerlang, 2012), hlm. 42

atas, dapat disimpulkan bahwa para fuqaha Hanabilah lebih cenderung mengatakan bahwa aborsi dibolehkan sebelum terjadinya penciptaan, yaitu sebelum janin berusia 40 hari.

4. Madzhab Maliki

Mayoritas fuqaha Malikiyyah berpendapat bahwa aborsi haram sejak terjadinya konsepsi (pembuahan) bahkan sebelum janin berusia 40 hari, kecuali Al-Lakim yang membolehkan aborsi sebelum janin berusia 40 hari. Ulama Malikiyyah lain memberi keringanan (*rukhsah*) pada kehamilan akibat zina, yaitu janin boleh digugurkan sebelum fase peniupan ruh jika takut akan dibunuh apabila diketahui kehamilannya. Akan tetapi, aborsi hanya boleh dilakukan untuk menyelamatkan nyawa ibu, selain itu mutlak dilarang.

Pelaku aborsi wajib dikenai hukuman sesuai dengan usia kandungan yang digugurkannya. Semakin tua usia kandungan yang digugurkan maka semakin besar pula tebusan yang wajib dibayar kepada ahli warisnya. Mayoritas ulama Malikiyyah sepakat untuk memberi hukuman (*ta'zir*) bagi pelaku aborsi apabila belum terjadi penciptaan pada kandungan (*qabl nafkh al-ruh*).⁹⁴

F. Pandangan Ulama terhadap Sanksi Tindak Pidana Aborsi

Dalam subbab C sudah dijelaskan bahwa proses kejadian manusia terdiri dari beberapa fase dan meliputi 2 (dua) tahap yaitu fase penciptaan fisik atau jasad manusia atau tahap non fisik berupa peniupan roh yang merupakan hakikat manusia, dan fase yang membedakan manusia dengan makhluk yang lain sesuai dengan QS Al-Mu'minun ayat 14. Para fuqaha sepakat bahwa aborsi setelah ditiupkannya ruh adalah haram dan merupakan kejahatan, akan tetapi apabila diketahui dengan pasti bahwa mempertahankan kehamilan setelah ditiupkannya ruh akan mengakibatkan meninggalnya ibu, maka kaidah yang memerintahkan untuk mengambil resiko yang paling ringan, maka tidak ada jalan lain kecuali dengan melakukan tindakan aborsi. Aborsi setelah ditiupkan ruh yang sengaja dilakukan bukan dalam keadaan darurat untuk menyelamatkan nyawa ibu merupakan kejahatan terhadap nyawa, dalam hukum Islam menurut para fuqaha pelakunya wajib dikarenakan sanksi yaitu membayar *Ghurrah*⁹⁵ jika janin keluar dalam keadaan mati.

Menurut jumbuh fuqaha *ghurrah* yaitu wajib dibayar karena membunuh janin mempunyai harga terbatas yaitu separuh dari sepersepuluh *diyat* ibunya, jadi *ghurrah* nilainya sama dengan lima ekor unta, karena praktik perbudakan sudah tidak dijumpai lagi pada kehidupan zaman sekarang, maka hukuman bagi pelaku yang tadinya dikenakan membayar *ghurrah* budak dapat diganti seharga lima ekor unta. *ghurrah* menurut arti asalnya adalah *khiyar* (pilihan), hamba sahaya disebut *ghurrah* karena merupakan harta pilihan. Dalam praktiknya *ghurrah* ini dinilai dengan lima ekor unta, atau yang sebanding dengan itu, yaitu lima puluh dinar, atau lima ratus dirham, atau enam ratus dirham.⁹⁶

Dalam fiqh jinayah, sanksi yang diberlakukan kepada pelaku aborsi dibedakan menjadi 5 (lima) kategori, yaitu sebagai berikut:

⁹⁴ A. Saiful Aziz, *Legalisasi Aborsi*, hlm. 49

⁹⁵ *Ghurrah* adalah membayar budak laki-laki atau perempuan atau yang dapat menggantikannya, *ghurrah* budak tersebut berlaku pada zaman dahulu ketika masih terdapat praktik perbudakan.

⁹⁶ Huzaemah Tahido Yanggo, *Fikih Perempuan Kontemporer*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2010), hlm. 31-32

1) Janin pada saat keluar sudah dalam keadaan mati

Ketika janin keluar dan terpisah dengan badan ibunya sudah dalam keadaan mati, maka pelaku dikenai sanksi hukuman diyat janin, yaitu *ghurrah*, dengan cara memerdekakan seorang budak laki-laki maupun budak perempuan yang nilainya seharga lima ekor unta. dalam hal ini secara tegas Wahbah az-Zuhaili menyatakan bahwa harga dari lima ekor unta itu merupakan *nisf 'usyr ad-Diyyah* atau 5% dari diyat pada pembunuhan sengaja dan terencana, atau dengan sejumlah uang senilai harga tersebut, yaitu 50 dinar atau 500 dirham menurut ulama Hanafiyyah atau 600 dirham menurut jumhur ulama. Selanjutnya Wahbah az-Zuhaili menjelaskan bahwa terhadap dua syarat wajib diyat janin kategori ini, *pertama* tindak pidana pelaku benar-benar berpengaruh pada janin korban aborsi tersebut dan *kedua*, keadaan janin pada saat keluar dari perut ibunya sudah dalam keadaan mati.⁹⁷

2) Janin korban aborsi tersebut pada awalnya hidup, kemudian sengaja dibunuh oleh pelaku

Dalam kondisi demikian, maka menurut sebagian ulama, pelaku tersebut harus dikenakan sanksi pidana *qishash* atau setidaknya *diyat* secara sempurna. Sanksi hukuman dalam kasus ini terasa berat karena pelaku dinilai sengaja dan terencana secara rapi dalam melaksanakan aksinya dengan sangat kejam tega menghabisi janin yang tidak berdosa tersebut. Jika janin hanya keluar di bagian kepala, sedangkan badannya masih berada dalam rahim ibunya dan sudah mati, maka menurut ulama Hanafiyyah, Syafi'iyah dan Hadawiyah tetap harus membayar kompensasi berupa *ghurrah*, sedangkan menurut Imam Malik, pelaku tidak berkewajiban membayar uang kompensasi tersebut.⁹⁸

Sanksi hukum dalam kasus aborsi kategori kedua ini adalah hukuman *qishash* atau *diyat* secara sempurna. Kadar *diyat* secara sempurna bagi janin ini sangat tergantung dengan jenis kelamin janin korban aborsi tersebut. Jika janinnya laki-laki maka *diyatnya* penuh berupa kewajiban membayar 100 ekor unta atau senilai harganya dan jika janinnya perempuan maka *diyatnya* setengah dari *diyat* janin laki-laki yaitu 50 ekor unta atau senilai harganya.⁹⁹

3) Pada awalnya janin tersebut hidup, kemudian mati bukan karena dibunuh pelaku tetapi karena sebab-sebab lain

Dalam kasus aborsi semacam ini, dimana janin yang awalnya hidup tetapi kemudian mati bukan karena tindakan ibu kandungnya, melainkan karena sebab lain seperti sengaja dibunuh oleh orang lain, atau karena sang ibu memberinya ASI, maka sanksi pidana ibu kandung sebagai pelaku berupa hukuman *ta'zir*. Alasan yang dikemukakan oleh Abdul Qadir Audah adalah karena sang ibu tidak secara langsung melakukan tindakan pembunuhan terhadap janin tersebut, tetapi karena sebab lain. Sedangkan sanksi pidana pelaku yang menghabisi bayi setelah keluar dari perut ibunya maka tidak lain kecuali berupa hukum *qishash* yang berlaku pada sanksi pembunuhan jiwa manusia yang diharamkan Allah.

4) Janin tidak bisa keluar dari perut ibunya, atau keluar setelah ibunya meninggal dunia

Dalam kasus aborsi demikian, yaitu ketika janin baru bisa keluar setelah sang ibu meninggal, atau ibunya meninggal dan bayinya masih berada dalam perutnya, maka dalam

⁹⁷ M. Nurul Irfan, "Aborsi Akibat Perkosaan", *Jurnal NUANSA: Studi Islam dan Kemasyarakatan*, Vol. VI, No. 1, 2014, hlm. 10

⁹⁸ Muhammad Ali bin Muhammad As-Syaukani, *Nail al-Utar muntaqa al-Akhar min ahadis al-Akhyar*, (Beirut: Dar al-Fikr, jilid 4 tth), hlm. 231

⁹⁹ Muhyiddin Abu Zakaria bin Syaraf bin Murri an-Nawawi, *Syarh an-Nawawi 'ala Muslim*, (Riyad: Bait al-Afkar ad-Dauliyah, tth), hlm. 1681

kasus ini pelaku aborsi juga dikenai hukuman *ta'zir*. Dengan catatan bahwa tidak ada bukti dan indikasi-indikasi kongkret yang mengarah kepada kesimpulan bahwa pelaku melakukan tindakan-tindakan tertentu bertujuan untuk menghabisi janin dalam perut ibunya yang ternyata sudah meninggal itu. Tentu janin dalam kategori ini dianggap dalam keadaan hidup, sebab kalau janin itu mati, maka masuk dalam kategori yang pertama dari lima kategori yang ada.

- 5) Pelaku menganiaya ibunya terlebih dahulu yang akibatnya janinnya keluar dalam kondisi telah mati

Dalam aborsi dengan kategori terakhir ini, menurut Abdul Qadir Audah bahwa pelaku bertanggungjawab atas tindakan menganiaya ibu janin tersebut dan sekaligus harus dituntut pertanggungjawaban pidana atas matinya janin. Kalau ada seseorang memberikan makanan atau minuman dan ramuan khusus kepada seorang wanita, dan wanita itu memakan atau meminumnya yang berakibat pada kematiannya setelah terlebih dahulu janinnya bisa keluar dalam keadaan mati, maka seorang lelaki tersebut dituntut pertanggungjawaban pidana atas pembunuhan wanita itu dengan kategori pembunuhan *Syibhu 'amdu* dan sekaligus dia harus bertanggungjawab memberikan kompensasi atas kematian janinnya.

Demikian beberapa kriteria dan model sanksi bagi pelaku aborsi atau orang yang membantu melakukannya menurut pemikiran ulama fiqih. Jadi sanksi hukum yang harus dibebankan kepada pelaku harus disesuaikan dengan kondisi janin yang ada kalanya aborsi berlangsung janin langsung mati dan ada kalanya janin korban aborsi itu masih hidup. Dalam hal ini, kalau janin itu sudah mati maka sanksi hukumnya berupa *ghurrah*, kompensasi pembayaran senilai harga 5 ekor unta, sedangkan apabila janin tersebut masih sempat hidup beberapa saat dan baru mati akibat tindakan pelaku, maka sanksinya adalah berupa *diyath* sempat, yaitu 100 ekor unta, tetapi sebagian ulama lain tetap memberlakukan sanksi *qishash* dalam kasus aborsi semacam ini.¹⁰⁰

¹⁰⁰ *Ibid.*, M. Nurul Irfan, hlm. 11-12

BAB III

HUKUMAN ABORSI AKIBAT PERKOSAAN PADA UNDANG-UNDANG NOMOR 36 TAHUN 2009 TENTANG KESEHATAN

A. Latar Belakang Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan

Dalam pembukaan UUD 1945 tercantum cita-cita bangsa Indonesia yang sekaligus merupakan tujuan nasional bangsa Indonesia. Tujuan nasional tersebut adalah melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan perdamaian abadi serta keadilan sosial.¹⁰¹ Dalam rangka mencapai tujuan nasional tersebut diselenggarakanlah upaya pembangunan yang berkesinambungan yang merupakan suatu rangkaian pembangunan yang menyeluruh, terarah dan terpadu, termasuk di antaranya pembangunan kesehatan.

Kesehatan merupakan Hak Asasi Manusia dan salah satu unsur kesejahteraan yang harus diwujudkan sesuai dengan cita-cita bangsa Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pancasila dan Pembukaan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Oleh karena itu, setiap kegiatan dan upaya untuk meningkatkan derajat kesehatan masyarakat yang setinggi-tingginya dilaksanakan berdasarkan prinsip nondiskriminatif, partisipatif, perlindungan, dan berkelanjutan yang sangat penting artinya bagi pembentukan sumber daya manusia Indonesia, peningkatan ketahanan dan daya saing bangsa, serta pembangunan nasional.

Upaya untuk meningkatkan derajat kesehatan yang setinggi-tingginya pada mulanya berupa upaya penyembuhan penyakit, kemudian secara berangsur-angsur berkembang ke arah keterpaduan upaya kesehatan untuk seluruh masyarakat dengan mengikutsertakan masyarakat secara luas yang mencakup upaya promotif, preventif, kuratif, dan rehabilitatif yang bersifat menyeluruh, terpadu dan berkesinambungan. Perkembangan ini tertuang ke dalam Sistem Kesehatan Nasional (SKN) pada Tahun 1982 yang selanjutnya disebutkan ke dalam GHBN 1983 dan GHBN 1988 sebagai tatanan untuk melaksanakan pembangunan kesehatan. Selain itu, perkembangan teknologi kesehatan yang berjalan seiring dengan munculnya fenomena globalisasi telah menyebabkan banyaknya perubahan yang sifat dan eksistensinya sangat berbeda jauh dari teks yang tercantum dalam UU Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan. Pesatnya perkembangan kemajuan teknologi kesehatan dan teknologi informasi dalam era global ini ternyata belum terakomodatif secara baik dalam UU Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan.

Perencanaan dan pembiayaan pembangunan kesehatan yang tidak selaras dengan UU Nomor 23 Tahun 1992, yaitu menitikberatkan pada pengobatan (kuratif), menyebabkan pola pikir yang berkembang di masyarakat adalah bagaimana cara mengobati apabila terkena penyakit. Hal tersebut tentu akan membutuhkan dana yang lebih besar abila dibandingkan dengan upaya pencegahan. Dan akhirnya, masyarakat akan selalu memandang persoalan pembiayaan kesehatan sebagai sesuatu yang bersifat konsumtif atau pemborosan. Selain itu, sudut pandang para pengambil kebijakan pada waktu itu juga masih belum menganggap kesehatan sebagai suatu

¹⁰¹ Pembukaan Undang-Undang Dasar RI 1945

kebutuhan utama dan investasi berharga bagi kehidupan di dalam menjalankan pembangunan sehingga dana alokasi kesehatan hingga kini masih tergolong rendah bila dibanding dengan negara lain.

Menilik alasan di atas, sudah saatnya persoalan kesehatan tidak disepelekan lagi. Persoalan kesehatan sebagai suatu faktor utama dan investasi berharga yang pelaksanaannya didasarkan pada sebuah paradigma baru yang biasa dikenal dengan paradigma sehat, yaitu paradigma kesehatan yang mengutamakan upaya promotif dan preventif tanpa mengabaikan kuratif dan rehabilitatif. Dalam rangka mewujudkan paradigma sehat tersebut dibutuhkan sebuah Undang-Undang yang berwawasan sehat bukan Undang-Undang yang berwawasan sakit.

Pada sisi lain, perkembangan ketatanegaraan bergeser dari sentralisasi menuju desentralisasi yang ditandai dengan diberlakukannya UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah sebagaimana telah diubah terakhir dengan UU Nomor 12 Tahun 2008 tentang perubahan Kedua Atas UU Nomor 32 Tahun 2008 tentang Pemerintahan Daerah. Undang-Undang tersebut memuat ketentuan yang menyatakan bahwa bidang kesehatan sepenuhnya diserahkan kepada daerah masing-masing yang setiap daerah diberi kewenangan untuk mengelola dan menyelenggarakan seluruh aspek kesehatan.

Sebagai tindak lanjut dari pelaksanaan UU Nomor 32 Tahun 2004, pemerintah telah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 yang mengatur tentang pembagian urusan antara pemerintah, pemerintah provinsi dan pemerintah kabupaten atau kota. Berdasarkan hal tersebut, UU Nomor 32 Tahun 1992 tentang Kesehatan perlu disesuaikan dengan semangat otonomi daerah. oleh karena itu, perlu dibentuk kebijakan umum kesehatan yang dapat dilaksanakan oleh semua pihak dan sekaligus dapat menjawab tantangan era globalisasi dan dengan semakin kompleksnya permasalahan kesehatan dalam suatu UU Kesehatan yang baru untuk menggantikan UU Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan.

Berdasarkan penjelasan di atas, UU Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan sudah tidak mampu mengikuti teknologi kesehatan yang kian berkembang pesat serta perkembangan sistematika dan dinamika kesehatan saat ini. Dikhawatirkan apabila UU tersebut masih dijalankan, keberlangsungan kesehatan di Indonesia akan tertinggal jauh dengan negara-negara lain. Dalam mengatasi hal tersebut, maka lahirlah Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan. Pembentukan UU tersebut merupakan wujud nyata dari pembentukan sebuah peraturan perundang-undangan implementasi dari Pasal 20¹⁰², Pasal 28H ayat (1)¹⁰³, dan Pasal 34 ayat (3)¹⁰⁴ UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

¹⁰² Pasal 20

- (1) Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk Undang-Undang.
- (2) Setiap rancangan Undang-Undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama.
- (3) Jika rancangan Undang-Undang itu tidak mendapat persetujuan bersama, rancangan Undang-Undang itu tidak boleh diajukan lagi dalam persidangan Dewan Perwakilan Rakyat masa itu.
- (4) Presiden mengesahkan rancangan Undang-Undang yang telah disetujui bersama untuk menjadi Undang-Undang.
- (5) Dalam hal rancangan Undang-Undang yang telah disetujui bersama tersebut tidak disahkan oleh Presiden dalam waktu tiga puluh hari semenjak rancangan Undang-Undang tersebut disetujui, rancangan Undang-Undang tersebut sah menjadi Undang-Undang dan wajib di-Undangkan.

¹⁰³ Pasal 28H ayat (1): (1) Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.

¹⁰⁴ Pasal 34 ayat (3) : (3) Negara bertanggungjawab atas penyediaan fasilitas pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum yang layak.

UU No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan menyatakan bahwa kesehatan adalah keadaan sehat, baik secara fisik, mental, spiritual maupun sosial yang memungkinkan setiap orang untuk hidup produktif secara sosial dan ekonomis. Setiap orang berhak atas kesehatan. UU No. 36 Tahun 2009 disahkan oleh Presiden Dr. H. Susilo Bambang Yudhoyono pada tanggal 13 Oktober 2009. Undang-Undang ini diundangkan oleh Andi Matalatta selaku Menkumham (Menteri Hukum dan HAM) Republik Indonesia dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 144 dan Penjelasan Atas Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan dalam Tambahan Lembaga Negara Republik Indonesia Nomor 5063 pada tanggal 13 Oktober 2009 di Jakarta.

Latar belakang yang menjadi pertimbangan dalam disahkannya Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan yaitu sebagai berikut:

- a. Bahwa kesehatan merupakan hak Asasi Manusia dan salah satu unsur kesejahteraan yang harus diwujudkan sesuai dengan cita-cita bangsa Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945;
- b. Bahwa setiap kegiatan dalam upaya untuk memelihara dan meningkatkan derajat kesehatan masyarakat yang setinggi-tingginya dilaksanakan berdasarkan prinsip nondiskriminatif, partisipatif, dan berkelanjutan dalam rangka pembentukan sumber daya manusia Indonesia, serta peningkatan ketahanan dan daya saing bangsa bagi pembangunan nasional;
- c. Bahwa setiap hal yang menyebabkan terjadinya gangguan kesehatan pada masyarakat Indonesia akan menimbulkan kerugian ekonomi yang besar bagi negara, dan setiap upaya peningkatan derajat kesehatan masyarakat juga berarti investasi bagi pembangunan negara;
- d. Bahwa setiap upaya pembangunan harus dilandasi dengan wawasan kesehatan dalam arti pembangunan nasional harus memperhatikan kesehatan masyarakat dan merupakan tanggungjawab semua pihak baik Pemerintah maupun masyarakat;
- e. Bahwa Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan, tuntutan, dan kebutuhan hukum dalam masyarakat sehingga perlu dicabut dan diganti dengan Undang-Undang tentang Kesehatan yang baru;
- f. Bahwa berdasarkan pertimbangan sebagaimana dimaksud dalam huruf a, huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e perlu membentuk Undang-Undang tentang kesehatan.

Kesehatan merupakan hal terpenting yang diperlukan oleh tubuh manusia. Upaya peningkatan kualitas hidup manusia di bidang kesehatan merupakan suatu usaha yang sangat luas dan menyeluruh. Usaha tersebut meliputi peningkatan kesehatan masyarakat baik fisik maupun non fisik. Di dalam Sistem Kesehatan Nasional (SKN) disebutkan, bahwa kesehatan menyangkut semua segi kehidupan yang ruang lingkup dan jangkauannya sangat luas dan kompleks. Hal ini sejalan dengan pengertian kesehatan sebagai: *“A state of complete physical, mental, and social, well being and not merely the absence of disease of infirmity”* yang berarti suatu negara yang

sudah mapan secara fisik, mental, dan sosial, tidak sepenuhnya bebas dari masalah kesehatan dan kelemahan-kelemahannya.¹⁰⁵

Pengertian kesehatan sebagaimana tercantum dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Pasal 1 ayat (1) yaitu keadaan sehat, baik secara fisik, mental, spiritual maupun sosial yang memungkinkan setiap orang untuk hidup produktif secara sosial dan ekonomis. *World Health Organization* (WHO) memberikan pengertian kesehatan adalah sebagai suatu keadaan fisik, mental, dan sosial kesejahteraan dan bukan hanya ketiadaan penyakit atau kelemahan.

Berdasarkan dua pengertian kesehatan diatas, kondisi sehat seseorang baik secara fisik, mental maupun sosial diukur dari status kesehatan dan gizi, ketersediaan perlindungan finansial, mutu pelayanan kesehatan dan sumber daya kesehatan sehingga dapat hidup produktif baik secara sosial maupun ekonomis. UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan berasaskan dan bertujuan sebagaimana tercantum dalam Bab II Pasal 2:

Perikemanusiaan, keseimbangan, manfaat, perlindungan, penghormatan terhadap hak dan kewajiban, keadilan, gender dan nondiskriminatif dan norma-norma agama. Dengan tujuan untuk meningkatkan keadilan, kemauan, dan kemampuan hidup sehat bagi setiap orang agar terwujud derajat kesehatan masyarakat yang setinggi-tingginya, sebagai investasi bagi pembangunan sumber daya manusia yang produktif secara sosial dan ekonomis.

Di dalam Pasal 4 UU Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan disebutkan bahwa “setiap orang berhak atas kesehatan”. Kemudian menurut perkembangan hukum Internasional Hak Asasi Manusia, pemenuhan kebutuhan hak atas kesehatan menjadi tanggungjawab pemerintah dalam setiap negara. Oleh karena itu pemerintah setiap negara berkewajiban memberikan hak kesehatan kepada rakyatnya seperti yang dijelaskan dalam Pasal 14 sampai Pasal 20 UU Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan.¹⁰⁶ Hal ini dikarenakan kesehatan merupakan salah satu indikator tingkat kesejahteraan manusia sehingga menjadi prioritas dalam pembangunan nasional suatu bangsa.

Tujuan hukum kesehatan pada intinya adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan dengan tercapainya ketertiban dalam masyarakat, yang mana dari ketertiban tersebut diharapkan kepentingan manusia akan dipenuhi dan terlindungi. Dengan demikian tujuan hukum kesehatan tidak akan banyak menyimpang dari tujuan hukum itu

¹⁰⁵ Bahder Nasution, *Sistem Hukum*, (Jakarta: PT. Rineka Cipta, 2005), hlm. 1

¹⁰⁶ Pasal 14 :

- (1) Pemerintah bertanggungjawab merencanakan, mengatur, menyelenggarakan, membina, dan mengawasi penyelenggaraan upaya kesehatan yang merata dan terjangkau oleh masyarakat.
- (2) Tanggungjawab Pemerintah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dikhususkan pada pelayanan publik.

Pasal 15 : Pemerintah bertanggungjawab atas ketersediaan lingkungan, tatanan, fasilitas kesehatan baik fisik maupun sosial bagi masyarakat untuk mencapai derajat kesehatan yang setinggi-tingginya.

Pasal 16 : Pemerintah bertanggungjawab atas ketersediaan sumber daya di bidang kesehatan yang adil dan merata bagi seluruh masyarakat untuk memperoleh derajat kesehatan yang setinggi-tingginya.

Pasal 17 : Pemerintah bertanggungjawab atas ketersediaan akses terhadap informasi, edukasi, dan fasilitas pelayanan kesehatan untuk meningkatkan dan memelihara derajat kesehatan yang setinggi-tingginya.

Pasal 18 : Pemerintah bertanggungjawab memberdayakan dan mendorong peran aktif masyarakat dalam segala bentuk upaya kesehatan.

Pasal 19 : Pemerintah bertanggungjawab atas ketersediaan segala bentuk upaya kesehatan yang bermutu, aman, efisien, dan terjangkau.

Pasal 20 :

- (1) Pemerintah bertanggungjawab atas pelaksanaan jaminan kesehatan masyarakat melalui sistem jaminan sosial nasional bagi upaya kesehatan perorangan.
- (2) Pelaksanaan sistem jaminan sosial sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilaksanakan sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan.

sendiri. Hal ini dapat dilihat dari bidang kesehatan yang mencakup aspek sosial dan kemasyarakatan dimana banyak kepentingan harus diakomodir dengan baik.

Upaya untuk tercapainya tujuan hukum kesehatan tidak luput dari peran pelayanan kesehatan. Pelayanan kesehatan adalah semua tindakan yang diambil dalam rangka mencegah dan memelihara kesehatan masyarakat pada umumnya, keberhasilan upaya kesehatan tergantung pada ketersediaan sumber daya kesehatan seperti tenaga sarana prasarana serta administrasi dengan jumlah dan mutu yang memadai. Macam-macam pelayanan kesehatan juga disebutkan dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan dalam Pasal 1 ayat 12 sampai ayat 16 yang berbunyi:

Pasal 1 : (12) Pelayanan kesehatan promotif adalah suatu kegiatan dan/atau serangkaian kegiatan pelayanan kesehatan yang lebih mengutamakan kegiatan yang bersifat promosi kesehatan.

(13) Pelayanan kesehatan preventif adalah suatu kegiatan pencegahan terhadap suatu masalah kesehatan atau penyakit.

(14) Pelayanan kesehatan kuratif adalah suatu kegiatan dan/atau serangkaian kegiatan pengobatan yang ditujukan untuk penyembuhan penyakit, pengurangan penderitaan akibat penyakit, pengendalian penyakit, atau pengendalian kecacatan agar kualitas penderita dapat terjaga seoptimal mungkin.

(15) Pelayanan kesehatan rehabilitatif adalah suatu kegiatan dan/atau serangkaian kegiatan untuk mengembalikan bekas penderita ke dalam masyarakat sehingga dapat berfungsi lagi sebagai anggota masyarakat yang berguna untuk dirinya dan masyarakat semaksimal mungkin sesuai dengan kemampuannya.

(16) Pelayanan kesehatan tradisional adalah pengobatan dan/atau perawatan dengan cara dan obat yang mengacu pada pengalaman dan ketrampilan turun temurun secara empiris yang dapat dipertanggungjawabkan dan diterapkan sesuai dengan norma yang berlaku di masyarakat.

B. Substansi Aborsi dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan dan Penerapannya Bagi Korban Perkosaan

Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, masalah aborsi diatur di dalam beberapa Pasal, yaitu Pasal 75 hingga Pasal 77. Berikut ini perincian dari Pasal-Pasal yang membahas masalah aborsi:

Pasal 75

- (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 (2) dan ayat (3) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Pasal 76

Aborsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 75 hanya dapat dilakukan:

- a. Sebelum kehamilan berumur 6 (enam) minggu dihitung dari hari pertama haid terakhir, kecuali dalam hal kedaruratan medis;
- b. Oleh tenaga kesehatan yang memiliki ketrampilan dan kewenangan yang memiliki sertifikat yang ditetapkan oleh menteri;
- c. Dengan persetujuan ibu hamil yang bersangkutan;
- d. Dengan izin suami, kecuali korban perkosaan; dan
- e. Penyedia layanan kesehatan yang memenuhi syarat yang ditetapkan oleh menteri.

Pasal 77

Pemerintah wajib melindungi dan mencegah perempuan dari aborsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 75 ayat (2) dan ayat (3) yang tidak bermutu, tidak aman, dan tidak bertanggung jawab serta bertentangan dengan norma agama dan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Berbeda dengan KUHP Pasal 299¹⁰⁷, Pasal 346 hingga Pasal 350¹⁰⁸ yang tidak menjelaskan sedikit pun terhadap tindakan aborsi, namun UU No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan menjelaskan tentang bagaimana sebab-musabab terjadinya tindakan aborsi. Apabila hal ini terjadi, maka Pasal-Pasal dalam KUHP tidak berlaku lagi atas dasar asas *Lex Specialis Derogat Legi Generalis* sebagaimana yang terdapat dalam ketentuan Pasal 63 ayat (2) KUHP;

Jika suatu perbuatan masuk dalam suatu aturan pidana yang umum, diatur pula dalam aturan pidana yang khusus, maka hanya yang khusus itulah yang diterapkan.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Pasal 299 : (1) Barangsiapa 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 ditambah sepertiga.

(3) Jika yang bersalah melakukan kejahatan tersebut dalam menjalankan pencarian, maka dapat dicabut haknya untuk melakukan pencarian itu.

¹⁰⁸ Pasal 346 : Seseorang 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, diancam dengan 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, diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun.

Pasal 349 : Jika seorang dokter, bidan atau juru obat membantu melakukan kejahatan berdasarkan Pasal 346, ataupun melakukan atau membantu melakukan salah satu kejahatan yang diterangkan dalam Pasal 347 dan 348, maka pidana yang ditentukan dalam Pasal itu dapat ditambah dengan sepertiga dan dapat dicabut hak untuk menjalankan pencarian dalam mana kejahatan dilakukan.

Pasal 350 : Dalam hal pemidanaan karena pembunuhan, karena pembunuhan dengan rencana, atau karena salah satu kejahatan berdasarkan Pasal 344, 347 dan 348, dapat dijatuhkan pencabutan hak berdasarkan Pasal 35 No. 1-5.

¹⁰⁹ Redaksi Sinar Grafika, *KUHAP dan KUHP*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011, cet. 10), hlm. 25

Oleh karena itu, ketentuan Pasal-Pasal dari KUHP yang mengatur tentang tindakan aborsi sudah selayaknya dikesampingkan karena telah ada aturan khusus yang terdapat Pasal 75 sampai Pasal 77 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan yang mengatur tindakan aborsi.

Melihat rumusan Pasal 75 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan dengan jelas melarang aborsi kecuali untuk jenis *abortus provocatus medicinalis* (aborsi yang dilakukan untuk menyelamatkan jiwa si ibu dan atau janinnya). Dalam dunia kedokteran, *abortus provocatus* dilakukan jika nyawa si ibu terancam bahaya maut dan juga dapat dilakukan jika si anak yang akan lahir diperkirakan mengalami cacat berat dan diindikasikan tidak dapat hidup di luar kandungan, misalnya janin menderita kelainan *Ectopia Kordalis* (janin yang akan dilahirkan tanpa dinding dada terlihat jantungnya), *Rakiskisis* (janin yang akan lahir dengan tulang punggung terbuka tanpa ditutupi kulit) maupun *Anensefalus* (janin yang akan dilahirkan tanpa otak besar).

Dalam UU Kesehatan tersebut juga telah mengatur mengenai aborsi yang dilakukan oleh korban perkosaan yang diindikasikan dapat menyebabkan trauma psikologis bagi si ibu. Apabila dalam UU Kesehatan yang lama tidak dimuat secara khusus mengenai aborsi terhadap korban perkosaan sehingga menimbulkan perdebatan dan perbedaan penafsiran dari berbagai kalangan. Maka dengan adanya UU Kesehatan yang baru hal tersebut tidak diperdebatkan lagi mengenai kepastian hukumnya karena telah terdapat Pasal yang secara khusus mengatur perbuatan aborsi.

Perkosaan adalah salah satu kejahatan yang menakutkan bagi perempuan. Karena dampak dari perkosaan tidak hanya dirasakan ketika kejahatan tersebut dilakukan, tetapi juga berimbas pada masa yang akan datang. *Virginitas* perempuan yang terenggut paksa dalam kasus perkosaan, tidak akan pernah bisa dipulihkan semur hidupnya. Perkosaan juga menyebabkan trauma yang amat bagi perempuan yang menjadi korban. Banyak korban permerkosaan yang membutuhkan waktu lama untuk mengatasi pengalaman yang mengerikan ini, dan mungkin ada juga yang tidak pernah lagi dalam keadaan normal seperti sebelumnya seperti contohnya: sering melamun, hidup menjadi tidak fokus dan hal-hal mengerikan lain yang menyerang mental maupun fisik korban. Ditambah apabila perkosaan itu ternyata mengakibatkan kehamilan yang pada dasarnya tidak dikehendaki oleh korban. Korban pada umumnya akan berusaha menghentikan kehamilan tersebut, dengan melakukan berbagai upaya yaitu dengan jalan aborsi.

Selain Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan dan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang mengatur tentang perbuatan aborsi, ada Peraturan Pemerintah Nomor 61 Tahun 2014 Tentang Reproduksi yang juga terdapat Pasal yang mengatur perbuatan aborsi. Dalam PP yang mengatur mengenai aborsi, tertuang dalam Pasal 31 sampai dengan Pasal 35 serta Pasal 38 dan Pasal 39. Dengan kata lain PP ini merupakan perpanjangan dari UU Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan. Tujuan Pasal dari PP Nomor 61 Tahun 2014 bukan untuk melegalkan aborsi secara umum namun untuk memperjelas bahwa perbuatan aborsi dapat dilakukan atas indikasi kedaruratan medis dan tindakan aborsi yang dilakukan oleh perempuan korban perkosaan.

Tindakan aborsi pada beberapa kondisi medis merupakan satu-satunya jalan yang harus dilakukan tenaga medis untuk menyelamatkan nyawa seorang ibu yang mengalami permasalahan kesehatan atau komplikasi yang serius pada saat kehamilan. Pada beberapa kondisi akibat pemaksaan kehendak pelaku kasus perkosaan, seorang korban perkosaan akan menderita secara fisik, mental dan sosial. Dan kehamilan akibat perkosaan akan memperparah kondisi mental korban yang sebelumnya telah mengalami trauma berat dampak dari peristiwa perkosaan tersebut.

Trauma mental yang berat juga akan berdampak buruk bagi perkembangan janin yang dikandung korban. Sebagian besar korban perkosaan mengalami reaksi penolakan terhadap kehamilannya dan menginginkan untuk melakukan perbuatan aborsi. UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan pada prinsipnya sejalan dengan ketentuan peraturan pidana yang sudah ada, yaitu melarang setiap orang untuk melakukan aborsi. Negara harus melindungi masyarakatnya dalam melakukan aborsi berdasarkan indikasi kedaruratan medis dan akibat perkosaan, serta melindungi tenaga yang melakukannya. Alasan-alasan tersebut menjadikan aborsi hanya dapat dilakukan secara kasuistik dengan alasan sesuai dengan Pasal 75 ayat (2) diatas, tidak dapat suatu perbuatan aborsi dilakukan dengan alasan malu, tabu, ekonomi, kegagalan KB atau kontrasepsi dan alasan-alasan lain. Undang-Undang hanya memberikan ruang bagi aborsi dengan alasan sebagaimana disebutkan diatas.

Berdasarkan Pasal 75 tersebut, tindakan aborsi tidak serta merta dapat dilakukan walaupun alasan-alasannya telah terpenuhi. Rumusan Pasal 75 ayat (3) menyatakan bahwa tindakan aborsi 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. Rumusan dari Pasal tersebut menegaskan bahwa sebelum dilakukan tindakan aborsi harus dilakukan tindakan konsultasi baik sebelum maupun setelah tindakan yang dilakukan oleh konselor yang berkompeten dan berwenang.

Penjelasan Pasal 75 ayat (3) menyebutkan bahwa yang dapat menjadi konselor adalah dokter, psikolog, tokoh masyarakat masyarakat, tokoh agama, dan setiap orang yang mempunyai minat dan memiliki setrampilan untuk itu, yang telah memiliki sertifikat sebagai konselor melalui pendidikan dan pelatihan. Penjelasan ayat ini menerangkan betapa pentingnya seorang konselor yang akan memberikan penasehatan sebelum ataupun sesudah dilakukan tindakan. Hal ini sangat penting mengingat aborsi adalah tindakan yang sangat berbahaya yang jika tidak dilakukan dengan benar akan membawa dampak kematian serta beban mental yang sangat berat bagi si perempuan.

Selanjutnya, di dalam Pasal 76 disebutkan syarat-syarat yang harus terpenuhi untuk dapat melakukan aborsi yaitu janin yang berumur kurang dari 6 (enam) minggu, perhitungan 6 (enam) minggu dihitung dari hari pertama haid terakhir. Syarat ini dapat disimpangi jika setelah 6 (enam) minggu dari usia kehamilan tersebut terjadi kedaruratan medis yang memang mengharuskan untuk diambil tindakan aborsi, dimana hal tersebut harus dibuktikan dengan keterangan resmi dari pihak dokter atau tenaga kesehatan yang berwenang.

Syarat lain yang harus dipenuhi untuk dapat melakukan aborsi, yaitu aborsi tersebut dilakukan oleh tenaga kesehatan yang memiliki ketrampilan dan kewenangan yang memiliki sertifikat yang ditetapkan oleh menteri. Dengan adanya ketentuan tersebut, maka aborsi tidak dapat dilakukan oleh orang-orang yang tidak mempunyai izin untuk melakukan hal tersebut, seperti contohnya dukun bayi. Selain usia maksimal dan pelaksana aborsi adalah orang yang berwenang, masih ada syarat yang harus dipenuhi untuk dapat dilakukannya aborsi yaitu berkenaan dengan masalah persetujuan antara ibu hamil dan suami. Izin dari suami menjadi suatu hal relatif ketika wanita adalah korban dari perkosaan, oleh karena itu dalam kasus perkosaan hanya diperlukan izin dari si wanita untuk dapat dilakukan tindakan aborsi. Namun, perizinan dari keluarga juga diperlukan dalam kasus perkosaan, terutama izin dari orang tua korban.

Peraturan aborsi selanjutnya terdapat dalam Pasal 77 yang berisi mengenai kewajiban pemerintah untuk melindungi dan mencegah perempuan dari aborsi yang tidak bermutu, tidak aman, dan tidak bertanggungjawab serta bertentangan dengan norma dan ketentuan peraturan perundang-undangan. Penjelasan dari Pasal 77 yang memberikan pengertian dari praktik aborsi yang tidak bermutu, tidak aman dan tidak bertanggungjawab adalah aborsi yang dilakukan dengan paksaan dan tanpa persetujuan perempuan yang bersangkutan, yang dilakukan oleh tenaga kesehatan yang tidak profesional, tanpa mengikuti standar profesi dan pelayanan yang berlaku, diskriminatif, atau lebih mengutamakan imbalan materi dari pada indikasi medis.

Praktik-praktik aborsi seperti inilah yang saat ini marak terjadi di masyarakat. Sebagai contoh, klinik aborsi ilegal di Jalan Raden Saleh Jakarta Pusat yang sudah beroperasi selama 5 (lima) tahun dengan data pada Januari 2019 sampai 10 April 2020 dengan pasien aborsi sebanyak 2.638 pasien. Berdasarkan data, diperkirakan klinik tersebut melakukan tindakan aborsi kepada 5-7 pasien setiap harinya. Kemudian pada 11 Februari 2020, polisi membongkar praktik aborsi ilegal di klinik Paseban Jakarta Pusat yang mana telah mengaborsi 903 janin dalam kurun waktu 2 (dua) tahun. Bisnis aborsi ilegal mengeruk keuntungan yang besar. Dalam kasus di Jalan Raden Saleh, keuntungan yang dalam Rp70 juta setiap bulannya. Keuntungan yang diraup klinik Paseban jauh lebih besar lagi, sekitar Rp5,43 miliar.¹¹⁰

Peristiwa seperti itu harusnya dijadikan pembelajaran oleh pemerintah Indonesia dalam menangani kasus aborsi. Belajar dari Pasal 77, pemerintah berkewajiban untuk mencegah terjadinya aborsi yang tidak bermutu, tidak aman, tidak bertanggungjawab dan bertentangan dengan norma agama, yang dalam hal ini adalah aborsi yang dilakukan bukan berdasar pada adanya indikasi medis yang mengharuskan untuk dilakukan aborsi.

C. Hukuman Aborsi Akibat Perkosaan dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan

1. Pengertian Perkosaan

Perbuatan perkosaan merupakan perbuatan kriminal yang berwatak seksual yang terjadi ketika seseorang manusia memaksa manusia lain untuk melakukan hubungan seksual dalam

¹¹⁰ Media Indonesia, “2 Juta Janin Digugurkan” di akses dari laman http://mediaindonesia.com/podiums/detail_podiums/1914-2-juta-janin-digugurkan”, pada tanggal 16 Agustus 2021

bentuk penetrasi vagina dengan penis, secara paksa atau dengan cara keserasan. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), perkosaan berasal dari kata perkosaan yang berarti: *pertama*, paksa, kekerasan *kedua*, gagah, kuat, perkasa. Sedangkan perkosaan diartikan sebagai kekerasan, menggagahi, melanggar dengan kekerasan.¹¹¹ Dan tindakan ini dianggap melanggar hukum yang berlaku.

World Health Organization (WHO) mengartikan perkosaan sebagai “penetrasi vagina atau anus dengan menggunakan penis, anggota-anggota tubuh lain atau suatu benda dengan cara pemaksaan baik fisik atau non-fisik. Menurut Soetandyo Wignjosoebroto, “perkosaan adalah suatu usaha melampiaskan nafsu seksual oleh seorang laki-laki terhadap seorang perempuan dengan cara yang menurut moral dan atau hukum yang berlaku melanggar. Dalam pengertian seperti ini, apa yang dimaksud perkosaan, di satu pihak dapat dilihat sebagai suatu perbuatan (ialah perbuatan seseorang yang secara paksa hendak melampiaskan nafsu seksualnya), dan di lain pihak dapatlah dilihat pula sebagai peristiwa (ialah pelanggaran norma-norma dan demikian juga tertib sosial).¹¹²

Menurut *Black's Law Dictionary*, makna perkosaan dapat diartikan ke dalam tiga bentuk, yaitu:

- a. Perkosaan adalah suatu hubungan yang dilarang dengan seorang perempuan tanpa persetujuannya. Berdasarkan kalimat ini ada unsur yang dominan, yaitu hubungan kelamin yang dilarang dengan seorang perempuan dan tanpa persetujuan perempuan tersebut.
- b. Perkosaan adalah persetubuhan yang tidak sah oleh seorang laki-laki terhadap seorang perempuan yang dilakukan dengan paksaan dan bertentangan dengan kehendak perempuan yang bersangkutan. Pada kalimat ini terhadap unsur-unsur yang lebih lengkap, yaitu meliputi persetubuhan yang tidak sah, seorang laki-laki, terhadap seorang perempuan, dilakukan dengan paksaan dan bertentangan dengan kehendak perempuan tersebut.
- c. Perkosaan adalah perbuatan hubungan kelamin yang dilakukan oleh seorang laki-laki terhadap seorang perempuan bukan istrinya dan tanpa persetujuannya, dilakukan ketika perempuan tersebut ketakutan atau di bawah kondisi ancaman lainnya.

Di dalam Pasal 285 KUHP, perkosaan adalah barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang wanita bersetubuh dengan dia di luar perkawinan, diancam karena melakukan perkosaan dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun.¹¹³ Dapat ditarik kesimpulan bahwa unsur utama dari perbuatan perkosaan adalah terdapat suatu kekerasan atau adanya ancaman kekerasan ketika menyetubuhi perempuan.

Menurut perspektif hukum Islam, perkosaan adalah *intihak hurmatillah*, sedangkan *ibarah* yang digunakan orang arab sehari-sehari adalah *ightishab* yang artinya merampas, memaksa, atau mencabuli. *Ightishab* tersebut adalah kekerasan hubungan kelamin yang dialami oleh korban yang dilakukan tanpa keinginan seperti perkosaan dan pelecehan seksual.

¹¹¹ Tim Prima Pena, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (t:t Gitamedia Press, t.t), hlm. 453

¹¹² Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, *Perlindungan Terhadap Korban Kekerasan Seksual Advokasi atas Hak Asasi Perempuan*, (Bandung: Refika Aditama, 2001, cet. 1), h:m. 40

¹¹³ Redaksi Sinar Grafika, *KUHAP dan KUHP*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011, cet. 10), hlm. 98

Dalam fiqih Jinayah perkosaan adalah terjadinya hubungan kelamin pria dan wanita dalam keadaan terpaksa dan terjaid diluar oernikahan yang sah dan dapat dikategorikan jarimah zina. Sedangkan menurut Abdul Qadir Audah, yang dikutip dalam kitab *At'Tasyri' al-Jinaiy al-Islamy*, perkosaan adalah tindak pidana yang diancam hukuman hadd karena dapat diartikan sebagai perbuatan zina.¹¹⁴

Mengenai kedudukan pelaku perkosaan yang disamakan dengan seorang pezina, maka terlebih dahulu akan dibahas mengenai masalah perzinaan. Terdapat perbedaan pendapat para ulama Madzhab mengenai pengertian perzinaan. Diantanya sebagai berikut:

- 1) Ulama dari Madzhab Syafi'i memberikan pengertian terhadap zina adalah masuknya dzakar (kemaluan laki-laki) ke dalam farji atau vagina (kemaluan perempuan) dengan penuh nafsu dan diharamkan oleh syari'at, bebas dari syubhat dan dengan bernafsu.
- 2) Ulama dari Madzhab Hanafi memberikan pengertian terhadap zina adalah nama bagi persetubuhan yang haram dalam qubul (kemaluan) seorang perempuan yang masih hidp dalam keadaan ikhtiyar (tanpa paksaan) di dalam negeri yang adil yang dilakukan oleh orang-orang kepadanya berlaku hukum Islam dan wanita tersebut bukan miliknya dan tidak ada syubhat dalam miliknya.
- 3) Ulama dari Madzhab Maliki memberikan pengertian terhadap zina adalah persetubuhan seorang mukallaf dalam farji atau vagina (kelamin perempuan) manusia yang bukan kepunyaanya menurut kesepakatan (para ulama) secara sengaja.
- 4) Ulama dari Madzhab Hambali memberikan pengertian terhadap zina adalah perbuatan keji di qubul (kemaluan) dan dubur.¹¹⁵

Pengertian zina menurut pendapat para ulama madzhab tersebut sesuai dengan firman Allah yaitu sebagai berikut:

وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ حَفِظُونَ - وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ حَفِظُونَ - فَمَنْ أَتْبَعَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ

“Dan orang-orang yang menjaga kemaluannya, kecuali terhadap isteri-isteri mereka atau budak yang mereka miliki; maka sesungguhnya mereka dalam hal ini tiada tercela, barang siapa mencuri yang di balik itu maka mereka itulah orang-orang yang melampaui batas.” (QS. 23 [Al-Mu'minun]: 5-7)

Berdasarkan pengertian zina dari beberapa pendapat para ulama madzhab tersebut, dapat diambil kesimpulan bahwa dapat dikatakan sebuah perzinaan apabila mempunyai unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Benar-benar melakukan sebuah hubungan seksual atau persetubuhan.
- b. Kemaluan laki-laki (dzakar) masuk ke dalam kemaluan perempuan (vagina).
- c. Hubungan seksual tersebut terjadi bukan di dalam ikatan sebuah pernikahan.
- d. Hubungan seksual tersebut terjadi dengan suka rela kedua belah pihak dan tidak terdapat unsur paksaan di dalamnya.

¹¹⁴ Miftahu Cahirina, Tindak pidana Perkosaan Terhadap Anak Dibawah Umur Dalam Pandangan Hukum Pidana Islam (Kajian atas Putusan PN Depok), (Skripsi UIN Syarif Hidayatullah Jakarta 2009)

¹¹⁵ Marsaid, *Al-Fiqh Al-Jinayah (Hukum Pidana Islam): Memahami Tindak Pidana Dalam Hukum Islam*, (Palembang: Rafah Press, 2020), hlm. 120

Dari keempat unsur tersebut terdapat perbedaan antara perzinaan dan perkosaan. Di dalam perkosaan, unsur dalam perzinaan yang keempat dapat diubah menjadi hubungan seksual yang terjadi dengan paksaan dan disertai dengan adanya kekerasan dari pelaku kepada korban yang menyebabkan korban dengan sangat terpaksa menerima tindakan dari pelaku dan korban tidak dapat melakukan apapun. Sanksi seorang pezina. Hal tersebut dikarenakan status hukum pelaku perkosaan disamakan dengan seorang pezina. Maka sanksi hukum yang berlaku bagi pelaku perkosaan adalah:

a. Hukum cambuk

Pelaku perkosaan akan dicambuk 100 kali dan dikucilkan ke daerah asing. Hukuman ini berlaku untuk pelaku perkosaan yang belum menikah.

b. Hukum rajam

Pelaku perkosaan akan dirajam dan dilempari menggunakan batu sampai ia meninggal. Hukuman ini berlaku untuk pelaku perkosaan yang sudah menikah.¹¹⁶

2. Unsur-Unsur dalam Perkosaan

Di dalam Pasal 285 KUHP, perkosaan adalah barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang wanita bersetubuh dengan dia di luar perkawinan, diancam karena melakukan perkosaan dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun.¹¹⁷ Berdasarkan bunyi Pasal 285 KUHP, unsur-unsur yang dapat ditarik dari pasal tersebut yaitu:

- a. Barang siapa,
- b. Dengan kekerasan,
- c. Dengan ancaman kekerasan,
- d. Memaksa,
- e. Seorang perempuan (diluar status perkawinan),
- f. Bersetubuh.

Apabila dilihat dari unsur-unsur tersebut, untuk kategori pelaku perkosaan tidak disebutkan dalam pasal yaitu harus ada unsur sengaja dalam melakukan tindak pidana perkosaan sebagaimana tercantum dalam Undang-Undang, namun unsur 'memaksa' yang terdapat dalam Pasal 285 KUHP secara tidak langsung akan memberikan penjelasan bahwa perbuatan perkosaan tersebut merupakan perbuatan yang sengaja dilakukan oleh pelaku perkosaan.

Kemudian untuk ancaman pidana yang disebutkan dalam pasal tersebut (berlaku untuk pelaku perkosaan), ancaman pidananya adalah maksimal 12 tahun penjara. Hukuman tersebut merupakan ancaman pidana paling lama. Lamanya ancaman pidana tersebut tidak termasuk ancaman pidana yang sudah pasti terus menerus diberlakukan seperti itu. Ancaman pidana yang diterapkan kepada pelaku tindak pidana perkosaan juga tidak ditentukan

¹¹⁶ Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, *Perlindungan terhadap Korban Kekerasan Seksual; Advokasi atas Hak Asasi Perempuan*, (Bandung: Refika Aditama, 2001), hlm. 126

¹¹⁷ *Ibid.*, Redaksi Sinar Grafika, hlm. 98

minimal hukumannya. Oleh karena itu, seberapa lama ancaman pidana yang diberikan akan ditentukan sebagaimana keputusan hakim di pengadilan.

3. Penyebab dan Dampak terjadinya Perkosaan

Berikut ini merupakan penyebab terjadinya perkosaan yaitu:

- a. Pergaulan yang terlalu bebas. Tidak adanya batasan antara laki-laki dan perempuan dalam bergaul. Ereka tidak mampu lagi memilih perbuatan yang boleh dilakukan dan perbuatan yang tidak boleh dilakukan yang berkaitan dengan prinsip moral tentang hubungan antara perempuan dan laki-laki.
- b. Kurangnya social control. Masyarakat kurang menganggapi dan mengontrol perbuatan-perbuatan yang menyimpang dan menyeleweng dari hukum serta norma agama.
- c. Kurangnya pengetahuan dan penjiwaan dalam memahami kaidah-kaidah agama yang ada pada masyarakat. Seseorang yang berperilaku jahat dan memberikan mudarat kepada orang lain adalah karena disebabkan oleh semakin berkurangnya norma-norma agama yang ada di masyarakat atau metode hubungan antar masyarakat yang semakin menghilangkan fungsi keagamaan.
- d. Ketidakadilan dalam putusan hakim yang memberikan putusan yang tidak berat kepada pelaku perkosaan. Dengan adanya hukuman yang ringan, maka akan menyebabkan semakin banyaknya orang yang berperilaku jahat yang membuat mereka tidak memiliki ketakutan dengan hukuman yang akan didapatkannya kelak.
- e. Aksi pelampiasan balas dendam pelaku kepada korban karena adanya perbuatan dan perkataan korban yang membuat pelaku merasa sakit hati dan dirugikan.
- f. Pelaku perkosaan tidak dapat menahan emosi dan syahwat seksualnya. Pelaku melepaskan syahwat seksualnya begitu saja dan pada akhirnya mau tidak mau, pelaku akan mencari seseorang yang akan menjadi korban pemuas syahwatnya.
- g. Semakin berkembangnya budaya yang semakin hari semakin menghilangkan adab dalam berpakaian yang menutup aurat. Aurat yang terbuka mampu mendorong hasrat seksual seseorang yang memiliki tabiat jahat.¹¹⁸

Dampak yang ditimbulkan dari perkosaan yang merupakan perbuatan keji dan tidak berperikemanusiaan yaitu sebagai berikut:

a. Dampak Fisik

Dampak fisik yang timbul dari perkosaan diantaranya pendarahan, sakit pada vagina, dan penganiayaan apabila terjadi perlawanan korban pada pelaku, tidak jarang pula sampai terjadi pembunuhan yang kemudian menyisakan luka mendalam bagi keluarga korban dan masyarakat.

b. Dampak Psikologis

Dampak psikologis ini yang paling mengerikan terutama bagi korban. Ada 3 (tiga) macam dampak psikologis yang ditimbulkan dari perkosaan, yaitu gangguan perilaku, gangguan kognisi dan gangguan emosional. Gangguan perilaku, ditandai dengan malas

¹¹⁸ Rena Yulia, *Viktimologi; Perlindungan Hukum terhadap Korban Kejahatan*, (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010), hlm. 20-21

untuk melakukan aktifitas sehari-hari. Gangguan kognisi, ditandai dengan sulit untuk berkonsentrasi, tidak fokus ketika sedang belajar, sering melamun dan termenung sendiri. gangguan emosional, ditandai dengan adanya gangguan mood dan suasana hati serta menyalahkan diri sendiri.

c. Dampak Sosial Psikologis

Ketakutan korban mengenai penerimaan dari masyarakat menjadi salah satu beban bagi korban. Ketakutan ini meliputi penerimaan dari masyarakat sekitar, penerimaan dari pihak sekolah, serta hubungan korban dengan laki-laki secara umum maupun secara khusus.¹¹⁹

4. Hukuman Aborsi Akibat Perkosaan dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan

Uraian Pasal 75 dan Pasal 76 UU Kesehatan menunjukkan bahwa aborsi tidak dapat dilakukan secara sembarangan, harus ada alasan serta syarat yang terpenuhi sesuai dengan kualifikasi Undang-Undang. Apabila dikaitkan dengan aborsi karena kehamilan yang tidak dikehendaki akibat perkosaan, maka dapat disimpulkan: *pertama*, secara umum praktik aborsi dilarang; *Kedua*, larangan terhadap praktik dikecualikan pada beberapa keadaan, kehamilan akibat perkosaan yang dapat menyebabkan trauma psikologis bagi korban perkosaan. Selain itu, tindakan medis terhadap aborsi akibat perkosaan hanya dapat dilakukan apabila:

- 1) Setelah melalui konseling dan/atau penasehatan pra-tindakan dan diakhiri dengan konseling pasca tindakan yang dilakukan oleh konselor yang kompeten;
- 2) Dilakukan sebelum kehamilan berumur 6 (enam) minggu dihitung dari hari pertama haid terakhir, kecuali dalam hal kedaruratan medis;
- 3) Oleh tenaga kesehatan yang memiliki ketrampilan dan kewenangan yang memiliki sertifikat yang ditetapkan oleh menteri;
- 4) Dengan persetujuan ibu hamil yang bersangkutan; dan
- 5) Penyedia layanan kesehatan yang memenuhi syarat yang ditetapkan oleh menteri.

Sanksi bagi yang melanggar ketentuan tersebut dapat dikenai dengan hukuman, karena pada dasarnya setiap aturan hukum yang dibuat pasti diikuti dengan sanksi hukumnya, sehingga peraturan hukum tidak hanya bersifat mengatur akan tetapi juga bersifat memaksa bagi anggota masyarakat yang melanggar peraturan tersebut. Pelanggaran terhadap ketentuan aborsi dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan akan dikenai sanksi yang diatur dalam Pasal 194 yang berbunyi:

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).

Berdasarkan Pasal 194 tersebut, UU Kesehatan tidak hanya mengenal hukuman penjara tetapi juga denda, hal ini berbeda dengan ancaman hukuman bagi tindak pidana aborsi yang

¹¹⁹ Risdiyono, "Analisis PP Nomor 61 Tahun 2014 Pasal 31 ayat 1 Tentang Kesehatan Reproduksi Perspektif Kaidah Al-Dharar", *Skripsi IAIN Purwokerto* (Purwokerto, 2020), hlm. 63-64, tidak dipublikasikan.

diatur dalam KUHP yang hanya mengenal ancaman hukuman penjara. Ancaman hukuman yang diatur dalam Pasal 194 dapat menjerat pihak dokter dan/atau tenaga kesehatan yang dengan sengaja melakukan aborsi secara ilegal. Hal tersebut juga berlaku bagi pihak perempuan yang dengan sengaja melakukan perbuatan aborsi, tanpa alasan yang dibenarkan seperti yang terdapat dalam Pasal 75 ayat (2).

Apabila dihubungkan karena kehamilan akibat perkosaan, dimana kehamilan akibat perkosaan dapat dijadikan sebagai alasan darurat (pemaksa) untuk melakukan aborsi sebenarnya perlu menjadi pertimbangan dalam menerapkan sanksi pidana, khususnya bagi para penegak hukum (Hakim). Karena janin yang diaborsi adalah sebagai akibat dari pemaksaan hubungan yang dalam hal ini berupa permerkosaan dengan ancaman kekerasan. Sedangkan korbannya harus mendapat perlindungan hukum yang salah satu caranya adalah dengan mengembalikan kondisi jiwanya akibat tekanan daya paksa dari pihak lain (tekanan psikologis). Alasan tekanan psikologis akibat perkosaan inilah yang seharusnya dapat dijadikan pertimbangan untuk menentukan bahwa aborsi akibat perkosaan sebagai suatu pengecualian, sehingga seharusnya dengan alasan tersebut aborsi itu legal untuk dilakukan.

Dalam pasal 48 KUHP tentang daya paksa (*overmacht*), sebenarnya Pasal 75 ayat (2) huruf b UU Nomor 36 Tahun 2009 yang mengatur tentang pengecualian dalam melakukan aborsi terhadap kehamilan akibat perkosaan, mengakui adanya daya paksa bagi barang siapa yang melakukan aborsi. Ketentuan tentang *overmacht* atau daya paksa yang terdapat dalam Pasal 48 KUHP, yang berbunyi: “Barangsiapa melakukan perbuatan karena pengaruh daya paksa tidak dipidana”. Yang dimaksud dengan daya paksa adalah suatu paksaan atau tekanan yang tidak dapat dihindarkan. Adapun paksaan itu dilakukan oleh seseorang terhadap orang lain dengan suatu ancaman yang membahayakan diri dan jiwanya. Tentu saja dalam hal ini, orang yang diancam tersebut mempunyai dugaan kuat bahwa ancaman itu benar-benar akan dilaksanakan apabila ia menolak mengerjakan sesuatu yang dikehendaki pemaksa (pengancam).

Daya paksa (*overmacht*) ini merupakan alasan pemaaf. Dalam alasan pemaaf ini, seseorang yang melakukan perbuatan pidana tidak dapat di jatuhi pidana karena tidak adanya kesalahan. Artinya perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa tetap bersifat melawan hukum, dan tetap merupakan perbuatan pidana, akan tetapi ia tidak dipidana, karena tidak adanya kesalahan. Dengan demikian, alasan pemaaf adalah alasan yang menghapuskan kesalahan terdakwa. Karena *overmacht* sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 48 KUHP hanya memuat alasan pemaaf, artinya perbuatan yang dilakukan tetap bersifat melawan hukum, tetapi kesalahannya bisa dimaafkan karena pengaruh daya paksa tersebut.

Seseorang yang melakukan perbuatan pidana, sedangkan ia berada di bawah pengaruh daya paksa sehingga ia terpaksa melakukan perbuatan tersebut tidak dijatuhi pidana. Hal ini merupakan hal yang tepat untuk dilakukan dan mencerminkan rasa keadilan, dengan alasan seseorang tersebut melakukan perbuatan pidana karena dorongan yang tidak mampu dilawannya, misalnya karena mengancam keselamatan jiwanya.

Dalam kasus *abortus provocatus* pada korban perkosaan terjadi konflik antara 2 (dua) hak, yaitu hak perempuan yang hamil bertentangan dengan hak janin. Dengan demikian, untuk menentukan apakah perempuan yang melakukan *abortus provocatus* atas kandungannya dapat dipidana atau tidak dapat dipidana dinilai dari kepentingan manakah yang lebih utama. Hak janin untuk tetap hidup atau hak perempuan untuk tetap menjalankan hidupnya tanpa tekanan psikologis dan sosial.

Apabila dicermati ketentuan yang terdapat dalam UU Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan khususnya Pasal 75 ayat (2) huruf b yang mengatur tentang aborsi karena alasan darurat (pemaksa) yang dalam hal ini adalah adanya trauma psikologis yang dialami oleh wanita hamil sebagai akibat dari tindak pidana perkosaan yang dialaminya. Pada akhirnya penyelesaian kasus tersebut sangat bergantung pada para penegak hukum untuk menegakkan keadilan terutama bagi perempuan yang jelas-jelas berkedudukan sebagai korban perkosaan. Pendapat para ahli hukum sudah seharusnya menjadi pertimbangan dalam rangka menjatuhkan pidana, jadi tidak semata-mata didasarkan pada bunyi Undang-Undang, akan tetapi juga memperhatikan latar belakang perbuatan tersebut dilakukan.

Apabila aborsi akibat perkosaan dijadikan pengecualian sebagaimana alasan medis, maka kriteria yang dijadikan pengecualian harus benar-benar jelas dan tegas, sehingga tidak disalahgunakan oleh oknum yang tidak bertanggungjawab, yang berakibat fatal yaitu semakin maraknya aborsi. Dengan demikian Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 memperbolehkan praktik aborsi terhadapnya kehamilan akibat perkosaan dengan persyaratan dilakukan oleh tenaga yang kompeten, dan memenuhi ketentuan agama dan perundang-undangan yang berlaku.

Mengenai ancaman sanksi pidana bagi pelaku *abortus provocatus*, dalam hukum pidana (KUHP) dirumuskan dengan adanya ancaman pidana bagi mereka yang melakukan pengguguran kandungan. KUHP tidak memperdulikan latar belakang atau alasan dilakukannya pengguguran kandungan itu. Dengan demikian, apabila *abortus provocatus* adalah pilihan yang harus diambil dan dilakukan oleh perempuan korban perkosaan, baik atas permintaan diri sendiri maupun melalui bantuan orang lain atas persetujuan ataupun tanpa persetujuan perempuan korban perkosaan, maka dengan menggunakan ketentuan KUHP, perempuan korban perkosaan tidak dapat lepas dari jeratan hukum, sehingga KUHP tidak dapat memberikan perlindungan hukum terhadap perempuan korban perkosaan yang melakukan *abortus provocatus*.

Sedangkan dalam UU Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, perlindungan hukum yang diberikan terhadap perempuan korban perkosaan yang melakukan pengguguran kandungan (*abortus provocatus*) menjadi hak dari perempuan tersebut. Artinya pengguguran kandungan yang dilakukan oleh perempuan korban perkosaan diperbolehkan. Seperti yang disebutkan dalam Pasal 75 ayat (2) UU Kesehatan, salah satu pengecualian terhadap perempuan untuk melakukan aborsi adalah kehamilan akibat perkosaan yang dapat menyebabkan trauma psikologis bagi korban perkosaan tersebut. Tekanan psikologis yang dialami oleh perempuan yang hamil karena perkosaan dapat dimasukkan sebagai indikasi

medis untuk melakukan pengguguran kandungan asalkan memenuhi syarat-syarat sebagaimana yang ditentukan oleh Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009, sebagai dasar hukum untuk melegalkan tindakan pengguguran kandungan yang dilakukan oleh korban perkosaan, termasuk mereka dalam hal ini adalah tenaga kesehatan yang berkompeten dan memiliki kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang untuk melakukan pengguguran kandungan secara legal dan aman.

BAB IV

ANALISIS KAIDAH *AL-DHARAR* TERHADAP HUKUMAN ABORSI AKIBAT PERKOSAAN PADA UNDANG-UNDANG NOMOR 36 TAHUN 2009 TENTANG KESEHATAN

A. Analisis Hukum Aborsi Akibat Perkosaan dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan

Negara Indonesia merupakan negara hukum yang menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia, sehingga sudah seharusnya setiap manusia dari anak-anak hingga dewasa untuk dilindungi dari tindakan yang mengancam eksistensi kehidupan manusia. Dalam rangka memberikan kepastian hukum, perlindungan hukum, serta menata konsep-konsep yang berhubungan dengan hukum yang mengatur penyelenggaraan reproduksi dengan bantuan aborsi berdasarkan kedaruratan medis dan perkosaan pada tindakan aborsi, pelayanan kesehatan ibu serta penyelenggaraan kehamilan di luar cara alamiah agar berjalan sesuai dengan norma-norma yang ada dalam masyarakat Indonesia yang berke-Tuhan-an Yang Maha Esa baik dari segi agama, moral, etika, serta perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, perlu mengatur penyelenggaraan kesehatan reproduksi dengan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan.

Hak untuk hidup merupakan suatu *Non-Derogable Rights* yaitu suatu hak yang tidak dapat dicabut dengan alasan dan dalam suatu maupun kondisi apapun. Hak-hak manusia perlu dilindungi dengan peraturan hukum. Menurut Deklarasi Universal HAM yang dikukuhkan PBB terdapat 5 (lima) jenis hak asasi yang dimiliki oleh setiap individu yaitu hak personal (hak jaminan kebutuhan pribadi), hak legal (hak jaminan perlindungan hukum), hak sipil dan politik, hak subsistensi (hak jaminan adanya sumber daya untuk menunjang kehidupan), dan hak ekonomi, sosial serta budaya.¹²⁰

Hukum merupakan sarana untuk mewujudkan hak-hak manusia dalam memenuhi kebutuhannya. Hakikat hukum adalah perlindungan kepentingan manusia, termasuk dalam mewujudkan kesehatan. Hukum yang diharapkan sebagai wujud kepastian perlindungan kehidupan bagi umat manusia, hukum yang mengatur dan menentukan keberlangsungan hidup seseorang. Dalam hal ini terkait dengan permasalahan aborsi. Negara pada prinsipnya melarang setiap tindakan aborsi, tetapi realitanya pada beberapa kondisi medis aborsi merupakan satu-satunya jalan yang harus dilakukan tenaga medis untuk menyelamatkan nyawa seorang ibu yang mengalami permasalahan kesehatan atau komplikasi yang serius pada saat kehamilan. Aborsi merupakan masalah klasik yang menjadi bahan perdebatan sepanjang zaman. Seiring dengan berbagai perkembangan dan perubahan di era globalisasi ini, aborsi tetap menjadi bahan kajian

¹²⁰ A. Ubaedillah & Abdul Rozak, *Pancasila, Demokrasi, HAM dan Masyarakat Madani*, (Jakarta: Kencana, 2014), hlm. 151

yang menarik untuk dibahas. Pengaturan melalui sistem hukum inilah yang dimaksud dengan legalisasi.

Adanya UU Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan diharapkan dapat mewujudkan pembangunan kesehatan yang bertujuan untuk meningkatkan kesadaran, kemauan, dan kemampuan hidup sehat bagi setiap orang agar terwujud derajat kesehatan masyarakat yang setinggi-tingginya, sebagai investasi pembangunan sumber daya manusia yang produktif secara sosial dan ekonomis, yang dalam hal ini terdapat dalam Bab II Pasal 3 Undang-Undang kesehatan tersebut. Kemudian khususnya pada Pasal 75-77 serta Pasal 194 yang mengatur tentang aborsi, diharapkan dapat menjadi salah satu acuan dan titik terang bagi masyarakat yang mengalami masalah dengan kesehatan reproduksinya khususnya pada permasalahan aborsi.

Legalisasi tindakan aborsi akibat perkosaan seperti yang diatur dalam Pasal 75 ayat 2 huruf b, Pasal 76, Pasal 77 dan Pasal 194 UU Kesehatan secara prinsip merupakan upaya perlindungan dan pemenuhan hak asasi perempuan terutama hak reproduksi dan hak hidup serta mempertahankan kehidupan karena kesehatan reproduksi juga merupakan hak asasi setiap perempuan, terutama bagi korban perkosaan yang mengalami trauma psikologis. Pasal tersebut juga mengacu pada persetujuan Indonesia dalam konferensi ICPD Kairo 1994 dan deklarasi Beijing 1995, dengan adanya pasal tersebut diharapkan dapat memenuhi kebutuhan untuk melindungi kaum perempuan dari tindakan aborsi tidak aman atau *illegal* yang dapat mengakibatkan kematian. Sebelum adanya UU No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan ini, yaitu UU No. 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan telah memberikan pengecualian terhadap tindakan aborsi tersebut yaitu meniadakan unsur kesalahan dalam perbuatan tersebut dengan alasan adanya indikasi medis. Dalam Pasal 15 UU No. 23 Tahun 1992 ditekankan bahwa penghentian kehamilan dapat dilakukan apabila berdasarkan indikasi medis dimana kehamilan itu akan membahayakan nyawa ibu dan/atau janin.¹²¹

Abortion merupakan istilah bahasa Inggris yang berarti gugur kandungan atau keguguran. Namun aborsi dalam literatur fiqih *الاجهاد* (*al-ijhad*), atau bisa disebut dengan *اسقاط الحمل* (*isqath al-hamli*) keduanya mempunyai arti perempuan yang melahirkan secara paksa dalam keadaan belum sempurna penciptaannya.¹²² Pengertian aborsi atau keguguran adalah keluarnya janin dalam rahim sebelum janin itu mampu hidup sendiri. Secara medis pada manusia berarti sebelum kehamilan berumur 28 minggu (7 bulan) usia kelahiran. Hal tersebut dijadikan patokan karena janin tidak dapat hidup di luar rahim sebelum berusia 28 minggu (7 bulan). Dan hingga sampai saat ini, aborsi masih menjadi masalah yang *debatable* (diperdebatkan). Perdebatan legalisasi aborsi memiliki sudut pandang masing-masing. Terdapat 3 (tiga) pendapat tentang aborsi, yaitu:

1. Pandangan konservatif

Pandangan ini menganggap bahwa aborsi tidak boleh dilakukan dalam keadaan apapun juga. Disini terdapat alasan-alasan keagamaan dan filosofis antara lain kesucian

¹²¹ Junaidi, "Legalisasi Aborsi Akibat Perkosaan dalam Penerapan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan Jo. Peraturan Pemerintah Nomor 61 Tahun 2014 Tentang Kesehatan Reproduksi", *Jurnal Thengkyang*, 2019, hlm. 58

¹²² Maria Ulfah Anshor, *Fiqih Aborsi Wacana Penguatan Hak Reproduksi Perempuan*, (Jakarta: Kompas, 2006), hlm.

kehidupan, larangan untuk memusnahkan kehidupan manusia yang tidak bersalah dan ketakutan akan implikasi sosial yang liberal bagi orang lain yang dapat membela diri seperti cacat dan para lanjut usia;

2. Pandangan liberal

Pandangan ini menganggap aborsi itu boleh dalam kondisi tertentu. Disini aborsi dianggap sebagai keputusan moral, tetapi dapat dibenarkan kelangsungannya secara moral, antara kualitas janin, kesehatan fisik dan mental perempuan, hak perempuan atas integritas diri, kesejahteraan keluarga, pertimbangan karir dan keluarga berencana;

3. Pandangan moderat

Pandangan ini menempatkan diri di posisi tengah yang mengakui kemungkinan legitimasi moral sebagai alasan dilangsungkannya aborsi, tetapi tidak sedikitpun menafikkan adanya penderitaan dan rasa berat hati dari pihak ibu terhadap janin. Pandangan ini melihat janin dan perempuan sebagai pemilik hak yang mengakui bahwa dalam upaya memecahkan konflik hak seperti itu mau tidak mau akan menyebabkan penderitaan dan rasa berat hati sebagai konsekuensi.¹²³

Membahas persoalan aborsi sudah bukan merupakan rahasia umum dan bukan hal yang tabu untuk dibicarakan. Hal ini dikarenakan aborsi yang terjadi dewasa ini sudah menjadi hal yang aktual dan peristiwanya dapat terjadi dimana-mana serta bisa saja dilakukan oleh berbagai kalangan, termasuk dilakukan oleh para remaja yang terlibat pergaulan bebas atau para orang dewasa yang tidak terima atas kehamilan anak yang dikandungnya lahir ke dunia ini.

Ada beberapa bentuk penyimpangan yang dilakukan masyarakat, seperti *free sex* dan perkosaan. *Free sex* atau seks bebas sepertinya telah menjadi sebuah trend di kalangan para remaja masa kini. Perbuatan yang diambil dari tingkah laku remaja yang seakan-akan memperoleh pengakuan dari media. Penggalan-penggalan video yang terdapat adegan seks bebas ditayangkan dan menjadi topik pokok di beberapa film dan sinetron yang muncul di berbagai media elektronik termasuk televisi dan handphone yang sekarang dapat diakses oleh segala umur. Sebagai konsekuensinya, banyak remaja yang berpandangan bahwa seks bebas adalah suatu perkara yang lazim dipraktikkan di zaman sekarang.

Seks bebas dan aborsi memiliki hubungan yang begitu kuat. Ketika dua orang melakukan seks bebas, maka hal ini merupakan permulaan terjadinya fertilisasi sperma dan sel telur, baik yang diinginkan maupun tidak. Ditambah dengan perbuatan perkosaan yang merupakan suatu kejahatan seksual, walaupun dampaknya sama yaitu kehamilan di luar pernikahan. Namun perkosaan sangat berbeda dengan perbuatan seks bebas dan perzinaan, hal ini dikarenakan perkosaan memiliki unsur kekerasan dan paksaan.

Masalah perkosaan yang dialami perempuan merupakan contoh kerendahan posisi perempuan terhadap kepentingan seksual laki-laki. Citra seksual perempuan yang telah menempatkan dirinya sebagai objek seksual laki-laki ternyata berdampak jauh. Dalam kehidupan kesehariannya, perempuan senantiasa berhadapan dengan kekerasan, pemaksaan dan peniksaan

¹²³ Pitono Soeparto, *Etika dan Hukum di Bidang Kesehatan*, (Surabaya: Penerbit Komite Etik RSUD Dr. Soetomo, 2001), hlm. 105

fisik dan psikis. Oleh karena itulah, perkosaan bukan hanya cerminan dari citra perempuan sebagai objek seks, melainkan sebagai objek kekuasaan laki-laki. Kasus tindak pidana perkosaan paling banyak menimbulkan kesulitan dalam penyelesaiannya baik pada tahap penyidikan, penyelidikan, penuntutan, maupun pada tahap penjatuhannya putusan. Selain kesulitan diatas, juga kesulitan dalam hal pembuktian, misalnya perkosaan atau perbuatan cabul yang umumnya dilakukan tanpa kehadiran orang lain (saksi).

Korban perkosaan membutuhkan lebih banyak dukungan, perlindungan dan bantuan. Tetapi dengan melakukan aborsi sama halnya dengan melakukan perkosaan yaitu suatu tindakan yang menghancurkan dan mematikan. Tindakan dalam menggugurkan janin hasil perkosaan adalah seperti menjawab kekejaman atas seorang perempuan yang tidak berdosa (yaitu korban perkosaan) dengan kekejaman atas suatu korban yang berdosa juga. Aborsi dapat menyebabkan hilangnya hak satu manusia yang tak berdosa untuk hidup.

Tindak pidana perkosaan dalam Islam disebut dengan jarimah zina yang mana merupakan suatu perbuatan yang dilarang oleh Islam. Mengenai kekejian jarimah zina ini, Muhammad al-Khatib al-Syarbini mengatakan zina termasuk dosa besar yang paling keji, tidak satu agama pun yang menghalalkannya. Oleh sebab itu, sanksinya sangat berat, karena mengancam kehormatan dan hubungan nasab. Abdul Qadir Audah juga berpendapat bahwa zina ialah hubungan badan yang diharamkan dan disengaja oleh pelakunya. Dalam pengertian lain, zina adalah hubungan seksual lawan jenis yang tidak terkait dalam perkawinan yang sah dengan cara masuknya alat kelamin laki-laki ke dalam alat kelamin perempuan tanpa keraguan (*syubhat*) untuk mencapai kenikmatan tertentu.

Hak-hak perempuan korban perkosaan yang ingin melakukan aborsi tercantum dalam Pasal 37 Peraturan Pemerintah RI Nomor 37 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi yaitu sebagai berikut:

- (1) Tindakan aborsi berdasarkan indikasi kedaruratan medis dan kehamilan akibat perkosaan hanya dapat dilakukan setelah melalui konseling.
- (2) Konseling sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi konseling pra tindakan dan diakhiri dengan konseling pasca tindakan yang dilakukan oleh konselor.
- (3) Konseling pra tindakan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilakukan dengan tujuan:
 - a. Menjajaki kebutuhan dari perempuan yang ingin melakukan aborsi;
 - b. Menyampaikan dan menjelaskan kepada perempuan yang ingin melakukan aborsi bahwa tindakan aborsi dapat atau tidak dapat dilakukan berdasarkan hasil pemeriksaan klinis dan pemeriksaan penunjang;
 - c. Menjelaskan tahapan tindakan aborsi yang akan dilakukan dan kemungkinan efek samping atau komplikasinya;
 - d. Membantu perempuan yang ingin melakukan aborsi untuk mengambil keputusan sendiri untuk melakukan aborsi atau membatalkan keinginan untuk melakukan aborsi setelah mendapatkan informasi mengenai aborsi; dan
- (4) Konseling pasca tindakan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilakukan dengan tujuan:
 - a. Mengobservasi dan mengevaluasi kondisi pasien setelah tindakan aborsi;
 - b. Membantu pasien memahami keadaan atau kondisi fisik setelah menjalani aborsi;
 - c. Menjelaskan perlunya kunjungan ulang untuk pemeriksaan dan konseling lanjutan atau tindakan rujukan bila diperlukan; dan

- d. Menjelaskan pentingnya penggunaan alat kontrasepsi untuk mencegah terjadinya kehamilan.

Menurut Pasal 37 Peraturan Pemerintah RI Nomor 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi yang menjelaskan bahwa perempuan yang menjadi korban perkosaan kemudian berencana untuk melakukan aborsi akan mendapatkan konseling sebelum melakukan aborsi dan setelah melakukan aborsi agar dapat memulihkan kondisi fisik atau psikis dari korban yang terluka atau terganggu mentalnya akibat kejadian tersebut. Hal ini juga berlaku bagi perempuan yang berubah pikiran dan memilih untuk tetap mempertahankan kehamilannya sampai janin tersebut lahir ke dunia ini. Apabila Pasal dari Peraturan Pemerintah tersebut memang dilaksanakan, maka hak perempuan yang melakukan aborsi secara *legal* akan terjamin.

Hukum asal aborsi adalah pada prinsipnya dilarang (haram), karena dengan sengaja menghilangkan kesempatan calon manusia untuk hidup. Hal ini berdasarkan alasan kehidupan sudah dimulai sejak terjadinya konsepsi yaitu pengertian bahwa *nutfah* (pertemuan antara sel telur dengan sperma) adalah awal kehidupan, sehingga segala bentuk aktifitas yang bertujuan untuk menggagalkan hidupnya *nutfah* itu sama dengan menghilangkan kehidupan. Dalam Al-Qur'an pun tidak ada satupun ayat yang menyatakan bahwa aborsi boleh dilakukan oleh umat Islam. Sebaliknya, banyak ayat-ayat yang menyatakan bahwa janin dalam kandungan sangat mulia. Dan juga banyak ayat-ayat yang menyatakan bahwa hukuman bagi orang-orang yang membunuh sesama manusia adalah sangat berat.

Para fuqaha (ahli hukum Islam) maupun para ulama telah sepakat bahwa pengguguran kandungan (aborsi) yang dilakukan sesudah pemberian nyawa atau setelah ditiupkan ruh (*nafkh al ruh*) yaitu setelah kehamilan berusia 4 bulan adalah haram hukumnya dan tidak boleh dilakukan, karena perbuatan tersebut merupakan kejahatan terhadap nyawa yang kemudian pelakunya dianggap berdosa besar dan harus dikenakan sanksi pidana (jinayah). Sedangkan pengguguran kandungan (aborsi) yang dilakukan sebelum pemberian nyawa atau sebelum ditiupkannya ruh (*nafkh al ruh*) pada janin (embrio) yaitu sebelum berumur 4 bulan, para fuqaha maupun ulama berbeda pendapat tentang boleh atau tidaknya melakukan pengguguran kandungan (aborsi) tersebut.

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) masalah aborsi diatur dalam Pasal 299, Pasal 346-349 dan Pasal 535. Pasal-pasal tersebut secara tegas melarang perbuatan aborsi secara mutlak tanpa pengecualian termasuk bagi orang-orang yang membantu melakukan aborsi baik secara langsung maupun tidak langsung.

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 pencairan 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, diancam dengan 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, diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun.

Pasal 349

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

Pasal 535

Barang siapa secara terang-terangan mempertunjukkan sesuatu sarana untuk menggugurkan kandungan, maupun secara terang-terangan atau tanpa diminta menawarkan, ataupun secara terang-terangan atau dengan menyiarkan tulisan tanpa diminta, menunjuk sebagai bisa didapat, sarana atau perantara yang demikian itu, diancam dengan pidana kurungan paling lama tiga bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.

Menurut Paulinus Soge dalam buku *Abortus Provocatus Bagi Korban Perkosaan* berpendapat bahwa pengaturan *abortus provocatus* di dalam KUHP merupakan warisan zaman Belanda yang bertentangan dengan landasan politik hukum yaitu “melindungi segenap bangsa Indonesia” dan untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila dan UUD 1945. Karena melarang aborsi tanpa pengecualian hal ini tentu memberatkan kalangan medis yang terpaksa harus melakukan *abortus provocatus* untuk menyelamatkan sang ibu, yang dalam hal ini merupakan pengecualian yang tidak diatur oleh Undang-Undang. Maka apabila pasal ini ditetapkan secara mutlak para tenaga medis dapat dituduh melanggar hukum dan mendapat ancaman pidana penjara. Oleh karena itu dibutuhkan peraturan perundang-undangan yang mengandung aspek perlindungan hukum yang tinggi bagi para tenaga medis. Dalam menjalankan kewajibannya, dan adanya kebutuhan ini baru dapat terpenuhi setelah Pemerintah mengeluarkan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan (sekarang Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009).

Di dalam KUHP tindakan pengguguran kandungan yang disengaja, termasuk orang atau lembaga yang membantu tindakan tersebut digolongkan ke dalam kejahatan terhadap kesusilaan,

kejahatan terhadap nyawa dan termasuk pelanggaran kesusilaan (Bab XIV Pasal 299, Bab XIX Pasal 346 sampai dengan Pasal 349, Bab VI Pasal 535 KUHP). Namun dalam Pasal 15 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1992 Tentang Kesehatan dinyatakan bahwa dalam keadaan darurat sebagai upaya untuk menyelamatkan jiwa ibu hamil atau janinnya, dapat dilakukan tindak medis tertentu. Undang-Undang ini telah diubah menjadi Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan karena Undang-Undang yang dahulu sudah tidak sesuai lagi dengan kebutuhan dan tuntutan pembangunan kesehatan. Dimana pembangunan kesehatan diarahkan untuk mempertinggi derajat kesehatan yang besar, artinya bagi pembangunan dan pembinaan sumber daya manusia dan sebagai modal bagi pelaksanaan pembangunan nasional yang hakekatnya adalah pembangunan manusia setuhnya dan pembangunan seluruh masyarakat Indonesia sesuai dengan cita-cita bangsa Indonesia melalui Undang-Undang Dasar 1945 dan Pancasila.

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana mengenal larangan *aborsi provocatus* tanpa terkecuali, termasuk *abortus provocatus medicinalist* atau *abortus provocatus therapeutics*. Akan tetapi, di dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan justru membolehkan terjadinya *abortus provocatus medicinalist* dengan spesifikasi *therapeutics*. Dalam konteks hukum pidana, terjadilah perbedaan antara perundang-undangan yang lama (KUHP) dengan peraturan perundang-undangan yang baru (Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan). Padahal peraturan perundang-undangan di Indonesia berlaku asas "*lex specialis derogat legi generalist*".

Asas ini berlaku bahwa jika diundangkan peraturan baru dengan tidak mencabut materi yang sama dan keduanya saling bertentangan satu sama lain, maka peraturan yang baru itulah yang mengalahkan atau melumpuhkan yang lama. Dengan demikian Pasal 75 sampai Pasal 77 serta Pasal 194 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan tetap dapat berlaku di Indonesia meskipun sebenarnya aturan berbeda dengan rumusan *abortus provocatus criminalist* menurut KUHP.

Berlakunya asas *lex specialis derogat legi generalist* sebenarnya merupakan salah satu upaya pemerintah untuk mengembangkan hukum pidana di Indonesia. Banyak aturan-aturan KUHP yang dalam situasi tertentu tidak relevan lagi untuk diterapkan pada masa sekarang ini. Untuk mengatasi kelemahan KUHP tersebut pemerintah mengeluarkan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan dengan harapan dapat memberikan suasana yang kondusif bagi dinamika masyarakat Indonesia pada masa sekarang ini.

Suatu hal yang merupakan kelebihan dari Pasal-Pasal aborsi pada Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan adalah ketentuan pidananya. Ancaman pidana yang diberikan terhadap pelaku aborsi jauh lebih berat daripada ancaman pidana pada KUHP. Dalam Pasal 194 UU Kesehatan, pidana yang diancam adalah pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun atau denda paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah). Sedangkan dalam KUHP, pidana yang diancam paling lama hanya 4 (empat) tahun penjara atau denda paling banyak empat puluh lima ribu rupiah (Pasal 299 KUHP), lalu paling lama 4 (empat) tahun penjara (Pasal 346

KUHP), paling lama 12 (dua belas) tahun penjara dan 15 (lima belas) tahun penjara (Pasal 347 KUHP), kemudian paling lama 5 (lima) tahun 6 (enam) bulan penjara (Pasal 348 KUHP).

Pemberian hukuman terhadap pelaku aborsi yang terbukti melanggar ketentuan dalam Pasal Undang-Undang yang berlaku adalah sudah sepatutnya diberlakukan. Pengecualian, apabila terdapat alasan-alasan yang mengharuskan seorang perempuan melakukan aborsi karena faktor indikasi medis maupun hasil akibat dari perkosaan kemudian terbukti melanggar syarat yang terdapat pada Pasal 76 UU Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan. Hal-hal seperti inilah yang seharusnya membuat pemerintah melek hukum yang kemudian ditindak lanjuti sebagai implementasi dari pelaksanaan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan tersebut dengan menyediakan sarana prasarana pelayanan aborsi yang aman, terutama yang dikaitkan dengan aborsi akibat perkosaan. Memang berbagai peraturan dan perundang-undangan yang ada seharusnya sudah sangat mencukupi, namun terkait pelayanan kesehatan baik hanya sebatas konsultasi, informasi atau bahkan aborsi belum ada kejelasan baik di rumah sakit ditingkat Daerah, Provinsi maupun tingkat Nasional, negara wajib memberikan pelayanan, sehingga mereka yang mencari jasa pelayanan kesehatan reproduksi akan jelas, kemudian tahu kemana dan dimana dia akan mendapatkan pelayanan kesehatan sehingga bisa meminimalisir tingkat trauma psikologis yang dialami oleh korban perkosaan.

Undang-Undang Kesehatan, kemudian Peraturan Pemerintah tentang Kesehatan Reproduksi memang sejatinya dibuat untuk memperbaiki KUHP, tetapi memuat definisi aborsi yang salah menurut sebagian ahli kedokteran, sehingga pemberi pelayanan (dokter) merupakan satu-satunya yang dihukum. Pada KUHP, baik pemberi pelayanan (dokter), pencari pelayanan (ibu), dan yang membenatu mendapatkan pelayanan, semuanya dinyatakan bersalah. Dan akibat dari aborsi yang dilarang, angka kematian dan kesakitan ibu di Indonesia menjadi tinggi karena ibu akan mencari pelayanan pada tenaga kesehatan yang tidak terlatih. Sehingga pemberian pelayanan aborsi akibat kehamilan yang tidak diinginkan sering mendapatkan hambatan atau kendala dari Undang-Undang maupun KUHP yang terkait dan tekanan sosial.

Sehingga harapan penulis, dengan kenyataan-kenyataan diatas agar KUHP, Undang-Undang maupun Peraturan Pemerintah yang mengatur mengenai aborsi tidak menghalangi perempuan, untuk dapat mengakses pelayanan penanganan kehamilan akibat perkosaan atau kehamilan yang tidak diinginkan dapat benar-benar dapat disesuaikan dengan kebutuhan yang ada pada masyarakat.

B. Tinjauan Kaidah *Al-Dharar* Terhadap Hukuman Aborsi Akibat Pemberkerkosaan dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan

Kehamilan akibat perkosaan bagi perempuan tentunya bukan sesuatu yang diharapkan melainkan menjadi sebuah bencana atau awal kehancuran bagi yang mengalaminya, akan tetapi dalam menjalani kehidupan seringkali hal-hal yang tidak menyenangkan, menyusahkan atau bahkan membahayakan menimpa seseorang, seperti perkosaan ini contohnya. Dan ironinya semakin berkembangnya zaman, justru kasus perkosaan di Indonesia semakin meningkat. Apalagi dalam keadaan pandemi Covid-19 saat ini yang mewajibkan setiap masyarakat di

Indonesia untuk melakukan segala aktifitas di rumah. Ada beberapa orang yang memang sadar hukum dan tidak akan melakukan hal keji seperti itu, namun masih banyak juga orang yang merem hukum kemudian abai atau bahkan tidak peduli sehingga melakukan hal keji tersebut.

Tercatat oleh Komisi Nasional Perempuan Indonesia (Komnas Perempuan), jumlah kasus perkosaan dalam keluarga di Indonesia selalu tinggi, tetapi untuk pertama kalinya dalam lima tahun, angka menunjukkan penurunan drastis –dari rata-rata lebih dari 1.000 kasus per tahun menjadi 215 kasus selama pandemi Covid-19. Akan tetapi, itu bukan kabar baik, karena pada masa pandemi menciptakan tantangan baru bagi korban perkosaan dalam keluarga untuk mencari keadilan. Pelayanan dari institusi yang memberi pendampingan bagi korban terbatas saat pandemi. Dan korban terjebak di dalam rumah bersama pelaku dan menanggung berbagai ancaman. Kondisi ini memperburuk adanya ketimpangan keadilan yang selama ini dialami korban akibat belum adanya standar pelayanan bagi korban kekerasan seksual di Indonesia.¹²⁴ Sangat miris bukan?

Sebagaimana tersebut di atas yang menyatakan bahwa hukum asal aborsi adalah pada prinsipnya dilarang (haram), karena dengan sengaja menghilangkan kesempatan calon manusia untuk hidup. Namun, para fuqaha maupun para ulama telah sepakat bahwa pengguguran kandungan (aborsi) yang dilakukan sesudah pemberian nyawa atau setelah ditiupkan ruh (*nufkh al ruh*) yaitu setelah kehamilan berusia 4 bulan adalah haram hukumnya dan tidak boleh dilakukan, karena perbuatan tersebut merupakan kejahatan terhadap nyawa yang kemudian pelakunya dianggap berdosa besar dan harus dikenakan sanksi pidana (*jinayah*). Akan tetapi, apabila diketahui dengan pasti bahwa mempertahankan kehamilan setelah ditiupkannya ruh akan mengakibatkan meninggalnya si ibu, maka kaidah fiqih إِذَا تَعَا رَضَ مَفْسَدَتَا نِ رُوعِيْ اَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بِرِتْكَابِ اَحْفِيْمَا (apabila terjadi pertentangan antara dua macam mafsadat, maka harus diperhatikan yang lebih besar bahayanya dengan melakukan yang lebih ringan) adalah wajib. Namun, dalam hal aborsi akibat perkosaan, bahaya yang lebih berat terjadi apabila perempuan tersebut memilih untuk menggugurkan kehamilannya daripada mempertahankan kehamilannya yang lebih ringan bahayanya.

Hukum formal yang mengatur masalah aborsi menyatakan bahwa pemerintah Indonesia pada dasarnya menolak aborsi (Pasal 75 ayat (1) UU No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan). Pengecualian diberikan jika ada indikasi medis sebagaimana tercantum dalam Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan Pasal 75 ayat (2) huruf a dan b, yaitu sebagai berikut:

- (1) Setiap orang dilarang melakukan aborsi
- (2) Larangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dikecualikan berdasarkan:
 - a. Indikasi kedaruratan medis yang dideteksi sejak usiadni 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.

¹²⁴ BBC News, “Perkosaan anak: Korban Pelecehan Seksual dalam Keluarga di Indonesia Terjebak di Tengah Pandemi Covid-19” di akses dari laman <https://www.bbc.com/indonesia/indonesia-56297700.amp>, pada tanggal 15 Maret 2021

- c. 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.
- d. Ketentuan lebih lanjut mengenai indikasi kedaruratan medis dan perkosaan, sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dan ayat (3) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Dalam Pasal 75 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan secara kontekstual memang melarang aborsi kecuali ada indikasi kedaruratan medis yang dideteksi sejak usia dini kehamilan serta kehamilan akibat perkosaan. Kedua pengecualian tersebut bertujuan untuk menyelamatkan jiwa si ibu. Dalam dunia kedokteran, *abotus provocatus medicinalis* (aborsi yang dilakukan untuk menyelamatkan jiwa si ibu dan/atau janinnya) dapat dilakukan ketika nyawa si ibu terancam bahaya mati dan juga dapat dilakukan ketika anak yang akan lahir diperkirakan mengalami cacat berat dan diindikasikan tidak dapat hidup diluar kandungan, contohnya *ectopia kordalis* (janin yang akan dilahirkan tanpa dinding dada sehingga terlihat jantungnya), *rakiskisis* (janin yang akan lahir dengan tulang punggung terbuka tanpa ditutupi kulit), maupun *anensefalus* (janin akan dilahirkan tanpa otak besar).

Pengecualian yang kedua yaitu diperuntukkan perempuan yang hamil akibat perkosaan. Perempuan yang menjadi korban perkosaan kemudian hamil diindikasikan dapat menyebabkan trauma psikis bagi si ibu. Trauma psikologis yang berat juga akan berdampak buruk bagi perkembangan janin yang dikandung oleh korban perkosaan. Sebagian besar korban perkosaan mengalami reaksi penolakan terhadap kehamilannya dan menginginkan untuk melakukan aborsi. Karena merasa tidak kuat dan merasa hidupnya sudah hancur akibat dari perkosaan tersebut.

Selanjutnya Pasal 76 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan menjabarkan syarat-syarat bagi seseorang yang hendak melakukan aborsi yang dikecualikan sesuai dengan Pasal 75. Bunyi dari Pasal 76 yaitu sebagai berikut:

Aborsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 75 hanya dapat dilakukan:

- a. Sebelum kehamilan berumur 6 (enam) minggu dihitung dari hari pertama haid terakhir, kecuali dalam hal kedaruratan medis;
- b. Oleh tenaga kesehatan yang memiliki keterampilan dan kewenangan yang memiliki sertifikat yang ditetapkan oleh menteri;
- c. Dengan persetujuan ibu hamil yang bersangkutan;
- d. Dengan izin suami, kecuali korban perkosaan; dan
- e. Penyedia layanan kesehatan yang memenuhi syarat yang ditetapkan oleh Menteri.

Syarat yang harus dipenuhi untuk dapat melakukan aborsi yaitu sebelum janin berumur 6 (enam) minggu atau 42 hari yang mana dihitung dari haid pertama haid terakhir, kecuali kehamilannya tersebut diindikasikan terdapat kedaruratan medis. Syarat lain yang harus dipenuhi yaitu aborsi dilakukan oleh tenaga kesehatan yang memiliki keterampilan dan kewenangan khusus. Syarat tersebut diterapkan untuk mengurangi adanya aborsi *illegal* yang dilakukan bukan oleh tenaga kesehatan yang berwenang. Kemudian syarat yang lain yaitu aborsi harus disetujui oleh ibu hamil yang bersangkutan maupun disetujui oleh suaminya, terkecuali korban perkosaan. Namun, sebaiknya ditambahi dengan perizinan dari keluarga yang diperlukan dalam kasus perkosaan. Karena sebagian besar kasus perkosaan terjadi pada anak dibawah umur.

Uraian Pasal 75 dan 76 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan diatas menunjukkan bahwa aborsi tidak dapat dilakukan secara sembarang, harus ada alasan serta syarat yang terpenuhi sesuai dengan konteks Undang-Undang. Sanksi bagi yang melanggar ketentuan tersebut dapat dikenai dengan hukuman, karena pada dasarnya setiap aturan hukum dibuat pasti diikuti dengan sanksi hukumnya, sehingga peraturan hukum tidak hanya mengatur akan tetapi juga bersifat memaksa bagi setiap masyarakat yang melanggar. Pelanggaran terhadap ketentuan aborsi dalam Undang-Undang ini akan dikenai sanksi yang diatur dalam Pasal 194 yang berbunyi sebagai berikut:

Setiap orang yang dengan sengaja melakukan aborsi tidak sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud 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).

Jika dilihat rumusan Pasal 194 tersebut, Undang-Undang kesehatan tidak hanya mengenal hukuman penjara tetapi juga denda, hal ini berbeda dengan ancaman hukuman bagi tindak pidana aborsi yang diatur dalam KUHP yang hanya mengenal ancaman hukuman penjara. Ancaman denda bagi pelanggar peraturan dari Pasal 194 ini mencapai maksimal Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah). Namun, apabila melihat beratnya hukuman dari Pasal ini adalah dikarenakan tidak terpenuhinya ketentuan yang terdapat dalam Pasal ayat (2). Hal ini mengindikasikan bahwa selama tetap berpedoman dengan ketentuan Pasal tersebut, maka *abortus provocatus medicinalist* menjadi legal, secara otomatis bagi profesi medis yang terlibat tidak mendapat ancaman.

Berdasarkan legalitas aborsi akibat perkosaan dalam Pasal 75 dan Pasal 76 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan, secara kontekstual mengaplikasikan konsep kaidah fiqih *الصَّرْرُ يُرَالُ* (kemudharatan itu harus dihilangkan). Karena di dalam Pasal 75 ayat (1) disebutkan: setiap orang dilarang melakukan aborsi. Lalu di dalam Pasal 75 ayat (2) disebutkan pengecualian dari larangan ayat (1) yaitu *pertama*, adanya indikasi kedaduratan medis yang dapat mengancam nyawa ibu dan/atau janin. *Kedua*, kehamilan akibat perkosaan yang dikhawatirkan akan menimbulkan trauma psikologis bagi korban perkosaan. Apabila melihat isi Pasal 75 ayat (1) dan (2), konsep kaidah fiqih tersebut sudah diaplikasikan. Itu artinya masih ada celah-celah untuk diperbolehkannya melakukan aborsi apabila terdapat sebab-sebab yang menjadikannya berubah dengan alasan yang cukup kuat, sebab hanya dalam keadaan darurat yang dibenarkan secara medis maupun akibat dari perkosaan yang membolehkan aborsi. Keadaan darurat tersebut adalah apabila kondisi kehamilannya mengancam nyawa ibunya, sedangkan kehamilan akibat dari perkosaan adalah dikhawatirkan akan menimbulkan trauma psikologis bagi korban perkosaan, maka aborsi dapat dilakukan. Namun, darurat tersebut juga harus melalui konseling baik itu sebelum melakukan maupun sesudah melakukan aborsi.

Dalam berbagai kasus aborsi akibat perkosaan di Indonesia yang salah satunya menimpa perempuan dibawah umur yaitu berusia 17 tahun kebawah, mereka yang melakukan aborsi tidak tau mengenai batasan-batasan atau syarat-syarat yang dijadikan patokan dalam melakukan aborsi. Kurangnya dukungan dari lingkungan keluarga maupun lingkungan masyarakat serta kurangnya edukasi dari pihak berwenang setempat juga menjadi salah satu faktor dalam melakukan aborsi *illegal*. Seperti yang terdapat dalam Pasal 76 UU kesehatan huruf a dimana disebutkan syarat-

syarat diperbolehkannya aborsi yaitu sebelum kehamilan berumur 6 (enam) minggu atau 42 hari dihitung dari hari pertama haid terakhir, kecuali dalam hal kedaruratan medis. Pelaku tersebut melakukan aborsi pada janin yang berusia lebih dari 6 (enam) minggu atau 42 hari. Kehamilan pada umur tersebut masih tergolong dini sehingga tidaklah selalu terlihat, terlebih perempuan dibawah 17 tahun yang mengalaminya. Sekalipun terlihat atau terasa, perempuan yang mana sebagai korban dari perkosaan belum tentu mau mengakuinya, karena ia takut dimarahi oleh kedua orangtuanya karena ketahuan hamil. Apalagi ketika kehamilan tersebut diketahui oleh masyarakat disekitarnya, bukan hanya perempuan tersebut yang menanggung malu, namun keluarganya karena dianggap aib seorang perempuan hamil diluar nikah.

Kalau secara kontekstual UU kesehatan, pelaku tersebut dapat terjerat Undang-Undang yang berlaku. Hal ini adalah suatu momok ibarat pepatah “*sudah jatuh tertimpah tangga*” meskipun perempuan tersebut hakikatnya adalah korban perkosaan. Pada posisi yang demikian, bisa dianggap sebagai pelaku praktik aborsi (melakukan tindak pidana aborsi, dalam teorinya bisa dianggap sebagai *doen plegger* yaitu yang menyuruh melakukan).

Di dalam kitab-kitab fiqih disebutkan bahwa tindak pidana aborsi boleh dilakukan apabila benar-benar dalam keadaan terpaksa (dalam kondisi darurat) seperti demi menyelamatkan nyawa sang ibu maka pengguguran kandungan diperbolehkan. Karena mengorbankan janin untuk menyelamatkan jiwa sang ibu lebih diutamakan, mengingat seorang ibu sebagai sendi keluarga yang telah mempunyai kewajiban, baik terhadap Tuhan maupun terhadap sesama makhluk. Sedangkan janin sebelum ia lahir dalam keadaan hidup, maka ia belum mempunyai hak dan kewajiban apapun. Islam membolehkan jenis aborsi ini bahkan mewajibkannya karena Islam mempunyai prinsip menempuh salah satu tindakan yang lebih ringan dari dua hal yang berbahaya itu adalah wajib. Seperti dalam kaidah cabang yang berbunyi إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَا نِ رُوعِي أُعْظِمُهُمَا ضَرَرًا بِرِئَايَةِ أَحَقِّهِمَا (apabila terjadi pertentangan antara dua macam mafsadat, maka harus diperhatikan yang lebih besar bahayanya dengan melakukan yang lebih ringan). Namun, apabila dalam keadaan aborsi akibat perkosaan ada dua macam bahaya yaitu memilih untuk melakukan aborsi atau mempertahankan kehamilannya. Kalau dilihat dari perspektif Undang-Undang seseorang boleh melakukan aborsi akibat perkosaan yang mana dikhawatirkan dapat menimbulkan trauma psikologis. Namun hal ini juga harus melalui konseling dari para penegak hukum (advokat) atau para aktivis yang membantu melindungi hak-hak perempuan. Apabila setelah melewati berbagai diskusi kemudian disepakati bahwa lebih baik mempertahankan kandungannya karena dampak yang ditimbulkan lebih ringan daripada menggugurkan kandungannya. Maka hasil tersebut yang harus dilakukan. Karena apabila perempuan tersebut tetap memilih untuk menggugurkan kandungannya maka resiko yang harus diterima adalah mendapatkan hukuman karena melakukan aborsi yang *illegal*. Dengan menggunakan kaidah cabang tersebut, dapat dilihat apakah akan menghancurkan kehidupan ibu dan anaknya (ibunya dipenjara karena aborsi *illegal*) atau menolongnya dengan mempertahankan kandungannya sampai bayi tersebut lahir. Karena setelah bayi tersebut lahir akan timbul rasa keibuan, rasa kasih sayang dan rasa ingin melindungi bayi tersebut. Yang mana hal tersebut juga masih harus didampingi oleh pakar psikologis.

Dalam ketentuan hukum fiqih mengenai batas awal kehidupan manusia kapan persisnya roh ditiupkan tidak ada penjelasan lebih rinci, di dalam hadist pun demikian, hanya disebutkan bahwa proses sperma (*nutfah*) berlangsung selama 40 hari pertama, 40 hari kedua berupa segumpal darah (*'alaqah*), dan 40 hari ketiga berupa segumpal daging (*mudghah*), setelah itu baru tiupkan ruh. Dan secara eksplisit dari hadist tersebut bahwa ruh ditiupkan ke dalam janin setelah 40 hari ketiga atau setelah kehamilan berusia 120 hari. Sehingga apabila ditarik garis tengah dari penjelasan diatas, bahwa dari sudut pandang manapun, fakta persoalan aborsi adalah merupakan problem sosial, moral, dan agama yang sangat memprihatinkan, harus dicarikan solusinya, tidak cukup hanya dengan pemikiran, pendapat, wacana, maupun kontroversi lainnya.

Persoalan aborsi sesungguhnya bukan terletak pada hukum boleh atau tidak boleh melainkan berkaitan dengan hal yang lebih prinsipil, yaitu soal hak asasi perempuan (berkaitan dengan hidup atau mati). Pemikiran ini harus menjadi dasar bagi keputusan hukum untuk dilakukannya tindakan aborsi atau tidak. Meskipun beberapa pendapat ulama lainnya telah melarang tindakan aborsi, akan tetapi aborsi bisa dilakukan dengan berbagai cara. Dan cara inilah yang seringkali membahayakan bagi keselamatan hidup seorang perempuan yang melakukan aborsi. Sehingga perlu memikirkan jalan keluar yang baik untuk menyelesaikan persoalan ini tanpa menimbulkan kemungkinan terburuk (berupa kematian) bagi perempuan dengan mengedepankan dasar hukum kedaruratan. Mengingat fiqih dibuat dengan maksud untuk mengatur seluruh perilaku kehidupan manusia supaya dapat hidup lebih bermanfaat, aman dan bermashlahat, begitu juga dengan hukum positif dibuat untuk mengatur seluruh perilaku masyarakat supaya berbuat sesuai dan taat kepada hukum.

Kaidah *الصَّرَارُ يُزَالُ* yang artinya “kemudharatan harus dihilangkan” bersumber dari hadits Nabi Muhammad saw yang berbunyi: *الضرر ولا ضرار*. Ahli Fiqih kontemporer yaitu Wahbah Zuhaili menerangkan pengertian *al-dharar* adalah sesuatu yang tingkat keperluannya mencapai tingkat yang paling puncak dan keadaan yang paling sulit, sehingga orang berada dalam bahaya yang mengancam jiwa, harta dan seumpamanya.¹²⁵ Wahbah Zuhaili menjelaskan secara lebih detail bahwa darurat adalah datangnya kondisi bahaya atau kesulitan yang amat berat kepada diri manusia, yang membuat ia khawatir akan terjadi kerusakan atau sesuatu yang menyakiti jiwa, anggota tubuh, kehormatan, akal, harta dan yang bertalian dengannya. Ketika dalam keadaan seperti ini maka boleh atau harus mengerjakan yang diharamkan atau meninggalkan yang diwajibkan, atau menunda waktu pelaksanaannya guna menghindari kemudharatan yang diperkirakannya dapat menimpa dirinya, selama tidak keluar dari syarat-syarat yang ditentukan oleh syara'.¹²⁶

Yusuf al-Qardawi memberikan persyaratan mengenai keadaan darurat, dikatakan: dalam keadaan darurat ketika orang tersebut dalam keadaan terpaksa (tidak sengaja dan tidak melewati batas, maksudnya tidak sengaja untuk mencari kelezatan dan tidak melewati batas ketentuan hukum), sudah berusaha sekuat mungkin untuk menolak dan memerangi akan tetapi masih saja

¹²⁵ Wahbah Zuhaili, *Nazariyyat Al-Darurah As-Shari'ah*, (Beirut: Mu'assasah ar-Risalah, 1985), hlm. 67

¹²⁶ *Ibid.*, Wahbah Zuhaili, hlm 72

berada dalam kondisi dipaksa atau terpaksa di bawah acungan senjata dan di bawah tekanan kekuatan dan konsisi yang membahayakan.

Sehubungan dengan situasi dan kondisi darurat ini, para ulama fiqh menetapkan syarat-syarat darurat sebagai berikut:

- a. Darurat tersebut segera terjadi dan tidak dapat ditangguhkan
- b. Sudah jelas (tetap) bagi yang *mudharat* untuk menyalahi perintah dan larangan *syara'*
- c. Darurat ini dikhawatirkan dapat membahayakan jiwa dan anggota badan
- d. Pelaksanaan darurat hanya sebatas batasan minimal.

Dalam menyikapi masalah darurat dalam aborsi, Yusuf al-Qardawi mengatakan keharaman dalam pengguguran kandungan itu bertingkat-tingkat sesuai dengan perkembangan kehidupan janin. Dalam hal ini tidak diperbolehkan menggugurkannya kecuali dalam keadaan benar-benar sangat darurat, dengan syarat ke-darurat-an yang pasti, bukan hanya sekedar prasangka belaka. Selain hal tersebut, bahwa kehamilan akibat perkosaan yang terjadi terhadap perempuan muslim yang suci dan bersih masih bisa dipertahankan sampai janin tersebut lahir ke dunia ini. Karena ketika janin tersebut lahir yang mana merupakan hasil dari perkosaan akan timbul rasa keibuan, rasa kasih sayang, dan rasa ingin melindunginya. Diantara menggugurkan atau mempertahankannya, darurat yang lebih berat dalam hal ini adalah menggugurkan karena pada zaman sekarang ini, sudah terdapat berbagai macam lembaga atau penegak hukum yang dapat melindungi serta membantu untuk memulihkan kondisi psikologis dari perempuan tersebut. Oleh karena itu, memilih untuk tetap mempertahankan janin hasil dari perkosaan merupakan *rukhsah* yang masuk dalam ruang lingkup darurat.¹²⁷ Karena *rukhsah* terikat dengan kondisi *udzhur* yang dibenarkan dan ditentukan oleh *syara'*, dokter, cendekiawan, sedangkan yang kondisinya tidak demikian maka tetap termasuk hukum asal yaitu terlarang atau haram.

Hal ini juga diperkuat oleh sabda Rasulullah tentang keringanan melakukan suatu yang dilarang jika dalam keadaan darurat, sebagaimana ditegaskan dalam hadis berikut:

عن ابن عباس رضي الله عنهما : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إن الله تجاوز لى عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه

“Ibnu Abbas ra. Berkata, Rasulullah SAW bersabda: sesungguhnya Allah mengampuni beberapa kesalahan umatku yang disebabkan keliru, lupa dan karena dipaksa.” (HR. Ibnu Majah, Baihaqi, dan lain-lain).

Maksud hadis diatas yaitu diperbolehkannya melakukan suatu yang dilarang ketika berada dalam keadaan darurat, karena hal tersebut merupakan prinsip keuniversalan agama Islam, itulah prinsip yang tidak dicampuri dengan kesukaran. Sebuah keringanan yang diberikan pada hamba-Nya dengan menghapus dosa-dosanya ketika dalam keadaan darurat.

¹²⁷ Yusuf Qardawi, *Fatwa-Fatwa Kontemporer*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 879-880

Pemahaman-pemahaman mengenai batasan bahaya (darurat dalam hal aborsi) seringkali terjebak pada ukuran-ukuran fisik, padahal dalam konteks manusia antara fisik dan psikis itu tidak dapat dipisahkan. Seseorang yang kondisi fisiknya sehat belum tentu secara psikis sehat, begitu juga sebaliknya. Oleh karena itu, faktor fisik dan psikis tidak dapat dipisahkan, keduanya harus menjadi ukuran dalam mempertimbangkan bahaya.

Yusuf al-Qardawi berpendapat: diperbolehkannya melakukan aborsi apabila *'udhur*-nya semakin kuat, maka *rukhsah*-nya semakin jelas, dan bila hal itu terjadi sebelum berusia empat puluh hari, maka yang demikian lebih dekat kepada *rukhsah* (kemurahan/kebolehan). Dan *rukhsah* terikat dengan kondisi yang *mu'tabarrah* (dibenarkan), yang ditentukan oleh *syara'*, dokter dan cendekiawan. Sedangkan yang kondisinya tidak demikian maka tetaplah ia dalam hukum asal, yaitu haram (terlarang).¹²⁸ Adapun alasan Yusuf al-Qardawi dalam hal ini adalah; *pertama*, adanya berbagai pendapat mengenai hukum aborsi yang menurut beliau perbedaan tersebut terlalu mencolok, sehingga beliau mengambil jalan tengah dari berbagai pendapat tersebut. *Kedua*, karena adanya berbagai hal, seperti keberadaan kandungan yang jelas-jelas itu menyebabkan kematian ibunya tanpa bisa dihindari. Syari'at memerintahkan melakukan tindakan yang resikonya lebih ringan. Apabila keberadaannya menyebabkan kematian dan tidak ada cara lain untuk menyelamatkan jiwa ibunya kecuali dengan aborsi maka melakukan aborsi menjadi wajib, karena ibu juga merupakan pilar keluarga yang memiliki hak hidup secara mandiri, serta memiliki hak dan kewajiban.¹²⁹

Adanya perbedaan dalam hukum apakah diperbolehkannya melakukan aborsi adalah tergantung pada sebab dan akibat dilakukannya aborsi. Sehingga sebagai jalan tengah dari perbedaan hukum melakukan aborsi menurut Yusuf al-Qardhawi mengqiyaskan dengan kebolehan melakukan aborsi apabila udzurnya semakin kuat, maka *rukhsah*-nya semakin jelas dan apabila aborsinya dilakukan jika usia kehamilan sebelum berusia 40 hari.

Dengan demikian, dapat diambil tali simpul bahwa penerapan kaidah *al-dharar* menurut Yusuf al-Qardawi terhadap hukum aborsi terdapat dalam 5 (lima) hal, yaitu sebagai berikut:

1. Sesuatu yang mengancam keselamatan jiwa

Tindakan aborsi yang tidak aman (*unsafe abortion*) mengandung resiko yang cukup tinggi, yaitu apabila dilakukan tidak sesuai dengan standar profesi medis, misalnya dengan cara: penggunaan ramuan peluruh rahim, manipulasi fisik, seperti dengan pijatan pada rahim agar janin terlepas dari rahim, menggunakan alat bantu tradisional yang tidak steril dan berakibat negatif pada rahim.

2. Sesuatu yang mengancam keselamatan akal

Para perempuan yang melakukan aborsi akan dipenuhi perasaan bersalah yang tidak hilang selama bertahun-tahun dalam hidupnya sehingga memiliki dampak yang sangat hebat terhadap kesehatan mentalnya.

3. Sesuatu yang mengancam keselamatan keturunan

¹²⁸ *Ibid.*, Yusuf Qardawi, hlm. 880

¹²⁹ *Ibid.*, Yusuf Qardawi, hlm. 880

Ketika sudah melakukan aborsi yang tidak sesuai (*illegal*) yang mana dampak dari aborsi tersebut bisa membuat perempuan mengalami masalah dengan sistem reproduksinya (tidak bisa hamil lagi/mandul). Karena alat atau sesuatu yang digunakan dalam aborsi itu justru membahayakan sistem reproduksi.

4. Sesuatu yang menimbulkan dampak buruk secara personal

Secara fisik, korban perkosaan biasanya mengalami luka-luka pada beberapa bagian tubuhnya, indikatornya dapat dilihat pada bagian kepala, dada, punggung, lengan, tangan, leher, paha maupun pada alat kemaluan bersangkutan meliputi bibir kemaluan, selaput dara maupun vagina. Kemudian diperparah dengan melakukan aborsi illegal yang justru dampaknya bisa merusak sistem reproduksi.

5. Sesuatu yang menimbulkan dampak buruk secara sosial

Tekanan masyarakat (eksternal) yang menabukan perkosaan atau kehamilan di luar nikah membuat korban merasa malu, cemas, gelisah, takut dan pada akhirnya akan menarik diri pada lingkungan sosial (pergaulan). Tekanan eksternal tersebut memperparah kondisi psikis korban perkosaan dimana dirinya sendiri sudah merasa terpukul, terhina, tidak terhormat, bahkan merasa kotor, berdosa dan tidak berguna. Lalu melakukan aborsi yang *illegal* tambah akan memperparah keadaan tersebut.

Selain itu, selain kaidah asas yaitu kaidah fiqih *الضَّرَرُ يُزَالُ* (kemudharatan itu harus dihilangkan), ada beberapa kaidah cabang dari kaidah asas yang dapat dijadikan rujukan tambahan dalam menafsirkan kaidah asas ke dalam hukuman aborsi akibat perkosaan:

1. Kaidah *إِذَا تَعَا رَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوعِي أَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بَرُّتَكَابِ أَحْفَهُمَا*

Pengertian dari kaidah cabang ini yaitu apabila terjadi pertentangan antara dua macam mafsadat, maka harus diperhatikan yang lebih besar bahayanya dengan melakukan yang lebih ringan. Maksudnya yaitu ketika datang secara bersamaan dua mafsadat atau lebih, maka harus diseleksi, manakah diantara mafsadat itu yang lebih kecil atau lebih ringan bahayanya. Setelah diketahui, maka yang mudharatnya lebih besar atau lebih berat harus ditinggalkan dan dikerjakan yang lebih kecil atau yang lebih ringan mudharatnya. Kemudian apabila kaidah cabang ini dihubungkan dengan aborsi yaitu perempuan yang hamil akibat perkosaan kemudian ia diberi pilihan untuk menggugurkan kandungannya atau mempertahankan kandungannya yang mana kedua pilihan tersebut mempunyai mudharatnya masing-masing. Yaitu: *pertama*, apabila ia menggugurkan kandungannya maka ia jelas melanggar hukum jika melakukan aborsi dengan cara *illegal* (misal datang ke dukun atau klinik aborsi yang tidak terdaftar atau *illegal*). Terkecuali aborsi tersebut memang direkomendasikan oleh pihak berwenang atau penegak hukum karena dirasa dapat membahayakan nyawa si ibu. *Kedua* apabila ia memilih untuk mempertahankan kandungannya sampai melahirkan dengan bantuan pihak berwenang yang dapat melindungi hak-haknya sebagai korban perkosaan maka tidak akan ada masalah karena setelah janin tersebut lahir akan timbul rasa keibuan, rasa kasih sayang dan rasa ingin melindungi anak tersebut. Kemudian ia juga bisa mendapat terapi psikologis yang dapat menyembuhkan trauma psikisnya akibat dari perkosaan tersebut. Ketika dalam kedua situasi tersebut, memilih untuk tetap mempertahankan kandungannya itu lebih ringan mudharatnya daripada melakukan aborsi yang tidak aman (*unsafe abortion*).

2. Kaidah *الضَّرَرُ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ*

Pengertian dari kaidah ini yaitu kemudharatan harus dicegah sedapat mungkin. Maksudnya yaitu segala bentuk bahaya harus segera dicegah bahkan harus dihilangkan secara keseluruhan jika memungkinkan demi tercapainya mashlahah. Tetapi jika tidak bisa, maka hendaknya ditolak semampunya sesuai kemampuan yang dimiliki. Oleh karena itu sebisa mungkin berbagai macam usaha dilakukan untuk menolak bahaya. Apabila kaidah cabang ini dihubungkan dengan aborsi akibat perkosaan maka aborsi sangat tidak dianjurkan bagi perempuan yang hamil akibat dari perkosaan. Karena mempertahankan kandungannya diharapkan akan mencegah bahaya-bahaya yang timbul akibat hamil dari perkosaan. Contohnya saja mencegah timbulnya perasaan bersalah yang mendalam bagi korban perkosaan, mencegah timbulnya dampak negatif dari aborsi yang tidak aman yaitu apabila dilakukan tidak sesuai dengan standar profesi medis, misalnya dengan cara penggunaan ramuan peluruh rahim, manipulasi fisik seperti dengan pijatan pada rahim agar janin terlepas dari rahim, menggunakan alat bantu tradisional yang tidak steril dan berakibat negatif pada rahim, serta mencegah bahaya-bahaya lain yang akan timbul ketika korban perkosaan memilih untuk menggugurkan kandungannya.

3. Kaidah *دَرْءُ الْمَقْاسِيدِ مُقَدَّمٌ عَلَى جَلْبِ الْمَصَالِحِ*

Pengertian dari kaidah ini yaitu mencegah bahaya lebih utama daripada mendatangkan kemashlahatan. Maksudnya yaitu hendaknya seseorang lebih mengutamakan menolak kerusakan dibandingkan meraih kemashlahatan. Yang artinya apabila dalam suatu perkara terjadi pertentangan antara menolak kerusakan dan mengambil kemashlahatan, maka yang lebih utama adalah menolak kerusakan. Jadi, apabila kerusakan suatu perkara itu tidak dihilangkan atau ditolak, maka dikhawatirkan akan timbul kerusakan atau bahaya yang lebih besar. Apabila kaidah cabang ini dihubungkan dengan aborsi akibat perkosaan maka mempertahankan kehamilannya sampai bayi tersebut lahir lebih dianjurkan daripada melakukan aborsi atau menggugurkan kandungannya. Karena mempertahankan kehamilannya dapat mencegah kerusakan yang akan timbul daripada melakukan aborsi. Perempuan yang hamil akibat perkosaan akan mengalami kebingungan dalam memutuskan hal ini, ia harus mempertahankan kehamilannya atau harus melakukan aborsi. Apabila perempuan tersebut memilih untuk mempertahankan kehamilannya, bahaya yang ditempuh tidak akan mengerikan karena ia tidak akan memiliki perasaan bersalah yang tidak akan hilang selama bertahun-tahun dalam hidupnya. Terlebih ketika anak tersebut lahir maka akan timbul rasa keibuan, rasa kasih sayang dan rasa ingin melindungi. Kemudian apabila ia memilih untuk melakukan aborsi yang tidak aman (*unsafe abortion*), maka ia akan mendapat hukuman penjara karena melanggar UU Kesehatan yang berlaku. Walaupun perempuan tersebut harus menanggung kehamilannya selama 9 bulan, akan tetapi itu lebih baik daripada memilih untuk melakukan aborsi yang mengandung mashlahat sementara karena tidak perlu mengurus anak tersebut (sudah melakukan aborsi). Lain halnya ketika memilih untuk mempertahankan kehamilannya yang mana ia harus merasakan lelahnya mengandung selama 9 bulan namun hal tersebut akan menolak kerusakan di kemudian hari. Jadi dalam hal ini, mempertahankan kehamilannya lebih dianjurkan karena bahayanya tidak akan semengerikan apabila ia melakukan aborsi.

Berdasarkan kaidah-kaidah cabang yang dapat dijadikan rujukan tambahan dalam menafsirkan kaidah asas ke dalam hukuman aborsi akibat perkosaan, maka mempertahankan kehamilan lebih baik untuk dilakukan daripada melakukan aborsi dengan pertimbangan bahaya-bahaya yang akan timbul apabila korban perkosaan tetap melakukan aborsi. Kemudian mengenai hukuman bagi pelaku aborsi berdasarkan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan apabila dikaitkan dengan kaidah *الضَّرَرُ يُزَالُ* (kemudharatan itu harus dihilangkan), maksudnya yaitu kemudharatan yang diakibatkan dari pelaku aborsi akibat perkosaan itu dihilangkan. Kemudharatan disini berupa hukuman penjara sesuai dengan Pasal 194 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan yang berbunyi:

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).

Kalau mengacu pada Pasal 194 tersebut, pelaku aborsi akibat perkosaan yang tidak memenuhi syarat aborsi dapat dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah). Hukuman tersebut diberikan kepada pelaku aborsi akibat perkosaan yang tidak memenuhi syarat yang terdapat dalam Pasal 76 UU Kesehatan, namun sebaiknya bukan berupa hukuman penjara saja akan tetapi juga diberikan terapi psikologis bagi pelaku aborsi tersebut. Karena pelaku aborsi disini juga merupakan korban dari perkosaan. Yang mana dalam Pasal 285 KUHP, perkosaan adalah barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang wanita bersetubuh dengan dia di luar perkawinan, diancam karena melakukan perkosaan dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun.¹³⁰ Untuk itu, kaidah *الضَّرَرُ يُزَالُ* (kemudharatan itu harus dihilangkan) bisa dijadikan pertimbangan dalam memutuskan suatu hukuman terhadap pelaku aborsi akibat dari perkosaan. Pelaku memang bersalah karena melakukan aborsi, yang sama saja dengan membunuh janin yang ada dalam kandungannya, namun pelaku tetaplah korban dari perkosaan dan layak untuk mendapatkan pengobatan dari trauma psikisnya. Sehingga pemikirannya tidak sempit dan hanya terpaku pada solusi aborsi akan tetapi masih ada solusi lain yang lebih baik untuk dilakukan dan tidak membahayakan nyawanya. Untuk itu diperlukan adanya pertimbangan yang matang dari pihak hakim agar tidak terjadi ketimpangan dalam memutuskan suatu hukuman.

Oleh karena itu, kiranya perlu pertimbangan hukum yang lebih adil dalam memutuskan hukuman bagi pelaku aborsi akibat perkosaan. Kondisi-kondisi darurat yang mungkin akan timbul apabila aborsi akibat perkosaan dibiarkan, diantaranya adalah sebagai berikut:¹³¹

- a. Pada saat dan setelah melakukan aborsi, perempuan kemungkinan besar akan mengalami resiko kesehatan dan keselamatan terhadap tubuh dan fisiknya, yaitu berupa: kematian mendadak karena pembusukan yang gagal maupun pendarahan hebat, rahim yang sobek, kematian secara lambat akibat adanya infeksi serius disekitar kandungan, kerusakan pada leher rahim yang dapat menyebabkan kecacatan pada anak berikutnya, kanker payudara, kanker indung telur, kanker leher rahim, kanker hati, infeksi pada lapisan rahim, infeksi

¹³⁰ Redaksi Sinar Grafika, *KUHAP dan KUHP*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011, cet. 10), hlm. 98

¹³¹ *Ibid.*, Dainty Maternity, dkk, hlm. 28

rongga panggul, menjadi mandul atau tidak mampu memiliki keturunan lagi, kelainan pada plasenta atau ari-ari yang dapat menyebabkan kecacatan pada anak berikutnya dan pendarahan hebat pada saat kehamilan berikutnya.

- b. Selain resiko kesehatan, ada juga resiko pada psikologis atau kejiwaan yang akan dialami oleh perempuan tersebut. Hal ini dapat menjadi dampak yang sangat hebat terhadap mental dan kejiwaan dari perempuan tersebut. Gejala ini biasanya dikenal dalam dunia psikologi sebagai *post abortion syndrome* atau sindrom pasca aborsi, diantaranya yaitu: kehilangan harga diri, mimpi buruk berkali-kali mengenai bayi, ingin melakukan bunuh diri, tidak bisa menikmati hubungan seksual, mulai menggunakan obat-obatan terlarang serta teriak-teriak histeris.
- c. Selain resiko kesehatan dan resiko kejiwaan dari perempuan yang melakukan aborsi, ada juga resiko sosial yang membuat perempuan tersebut memiliki perasaan bahwa dirinya kini tidak ada lagi harga dirinya. Mereka akan memiliki rasa ketergantungan terhadap lawan jenisnya dikarenakan mereka sudah tidak perawan lagi.
- d. Sedangkan resiko sosial ekonomi yang dialami adalah dana yang dikeluarkan untuk aborsi yang dilakukan secara diam-diam, dikarenakan Indonesia tidak membolehkan adanya praktik aborsi, maka tidak terdapat kriteria biaya untuk pelayanan aborsi. Konsekuensinya, dana yang dikeluarkan akan mahal.
- e. Dan yang terakhir, para perempuan yang melakukan aborsi akan dipenuhi atau dihantui perasaan bersalah yang tidak pernah hilang selama bertahun-tahun dalam hidupnya.

BAB V

PENUTUP

A. Simpulan

Setelah menguraikan analisis dari kaidah al-dharar terhadap hukuman aborsi akibat perkosaan dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan, diperoleh kesimpulan dari analisis kaidah al-dharar berdasarkan pembahasan sebagaimana diuraikan diatas:

1. Dalam kasus aborsi akibat perkosaan terjadi konflik antara 2 (dua) hak, yaitu hak perempuan yang hamil bertentangan dengan hak janin untuk hidup. Dengan demikian, untuk menentukan apakah perempuan yang melakukan aborsi atas kandungannya dapat dipidana atau tidak dapat dipidana dinilai dari kepentingan manakah yang lebih utama. Hak janin untuk tetap hidup atau hak perempuan untuk tetap menjalankan hidupnya tanpa tekanan psikologis dan sosial. Dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan, perlindungan hukum diberikan terhadap perempuan korban perkosaan yang melakukan aborsi. Seperti yang disebutkan dalam Pasal 75 ayat (2), salah satu pengecualian diperbolehkannya aborsi bagi perempuan yang hamil akibat perkosaan yang mana dapat menyebabkan trauma psikologis. Namun, tidak semua aborsi akibat perkosaan itu diperbolehkan, ada syarat-syarat yang harus dipenuhi yang terdapat pada Pasal 76 huruf a yang menyebutkan bahwa sebelum kehamilan berumur 6 (enam) minggu dihitung sejak hari pertama haid terakhir. Apabila melanggar syarat-syarat tersebut, dijelaskan dalam Pasal 194 bahwa seseorang yang dengan sengaja melakukan aborsi namun 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). Jadi, apabila terbukti seorang perempuan melakukan aborsi namun terbukti tidak sesuai dengan syarat-syarat yang sudah ditentukan maka akan memperoleh hukuman sesuai dengan Pasal 194 dengan pertimbangan hakim yang memutuskan hukumannya.
2. Secara kontekstual, kaidah fiqih *الضَّرَرُ يُزَالُ* (kemudharatan itu harus dihilangkan) sudah diaplikasikan dalam Pasal 75 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan. Karena di dalam Pasal 75 ayat (1) disebutkan: setiap orang dilarang melakukan aborsi. Lalu di dalam Pasal 75 ayat (2) disebutkan pengecualian dari larangan ayat (1) yaitu *pertama*, adanya indikasi kedaduratan medis yang dapat mengancam nyawa ibu dan/atau janin. *Kedua*, kehamilan akibat perkosaan yang dikhawatirkan akan menimbulkan trauma psikologis bagi korban perkosaan. Kemudian dalam kitab-kitab fiqih juga disebutkan bahwa tindak pidana aborsi boleh dilakukan apabila benar-benar dalam keadaan terpaksa, dalam kondisi darurat, seperti demi menyelamatkan nyawa sang ibu maka pengguguran kandungan diperbolehkan. Seperti dalam kaidah fiqih yang berbunyi *إِذَا تَعَا رَضَ مَفْسَدَتَا نِ رُوعِي أَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بِرَيْتَابِ أَحَقِّهِمَا* (apabila terjadi pertentangan antara dua macam mafsadat, maka harus diperhatikan yang lebih besar bahayanya dengan melakukan yang lebih ringan). Kaidah tersebut merupakan cabang dari kaidah fiqih *الضَّرَرُ يُزَالُ* (kemudharatan itu harus dihilangkan). Namun, apabila dalam keadaan aborsi akibat perkosaan ada dua macam bahaya yaitu memilih untuk melakukan aborsi atau mempertahankan kehamilannya. Kalau dilihat dari perspektif UU Kesehatan

seseorang boleh melakukan aborsi akibat perkosaan yang mana dikhawatirkan dapat menimbulkan trauma psikologis. Namun hal ini juga harus melalui konseling dari para penegak hukum (advokat) atau para aktivis yang membantu melindungi hak-hak perempuan. Apabila setelah melewati berbagai diskusi kemudian disepakati bahwa lebih baik mempertahankan kandungannya karena dampak yang ditimbulkan lebih ringan daripada menggugurkan kandungannya. Maka hasil tersebut yang harus dilakukan. Karena apabila perempuan tersebut tetap memilih untuk menggugurkan kandungannya maka resiko yang harus diterima adalah mendapatkan hukuman karena melakukan aborsi yang *illegal*. Dengan menggunakan kaidah cabang tersebut, dapat dilihat apakah akan menghancurkan kehidupan ibu dan anaknya (ibunya dipenjara karena aborsi *illegal*) atau menolongnya dengan mempertahankan kandungannya sampai bayi tersebut lahir. Karena setelah bayi tersebut lahir akan timbul rasa keibuan, rasa kasih sayang dan rasa ingin melindungi bayi tersebut. Yang mana hal tersebut juga masih harus didampingi oleh pakar psikologis.

B. Saran

Adapun saran yang dapat penulis berikan berkaitan dengan permasalahan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Peraturan mengenai kesehatan sesuai dengan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan memang sudah baik, namun dalam masalah aborsi, pengaplikasiannya dalam masyarakat perlu diperbaiki kembali. Pemerintah harus lebih aktif memberikan pemahaman dan edukasi terhadap masyarakat, karena seiring berkembangnya zaman permasalahan aborsi semakin marak, dan banyak dari korban aborsi yang minim pengetahuan akan pentingnya kesehatan reproduksi.
2. Kemudian dalam memutuskan suatu hukuman dari tindak pidana aborsi, hukum pidana Islam juga perlu menjadi pertimbangan dalam hakim memutuskan. Karena kalau dikaji lebih mendalam, hukum pidana Islam bertujuan untuk kebaikan semua orang dan bukan menguntungkan pihak tertentu seperti dalam penerapan hukum pidana nasional selama ini. Oleh karena itu, hukum pidana Islam boleh dijadikan sebagai aturan tambahan maupun untuk menyempurnakan aturan-aturan dalam hukum pidana positif.

C. Penutup

Dengan kerendahan hati, penulis memohon maaf apabila terdapat penulisan yang salah. Penulis menyadari masih banyak kekurangan yang perlu dibenahi oleh penulis. Kritik dan saran sangat penulis butuhkan demi kebaikan penelitian penulis kedepannya.

Demikianlah penelitian ini penulis akhiri dengan mengucapkan Syukur kepada Allah dan banyak pihak, semoga tulisan ini dapat bermanfaat bagi penulis maupun bagi orang lain yang membaca karya penulis.

DAFTAR PUSTAKA

Referensi Buku

- Abdurrahman Utsman, Nabih. *Mukjizat Penciptaan Manusia (Tinjauan Al-Qur'an dan Medis)*. Jakarta: Akbar Media Eka Sarana, 2005.
- Abu Zakaria bin Syaraf bin Murri an-Nawawi, Muhyiddin. *Syarh an-Nawawi 'ala Muslim*. Riyad: Bait al-Afkar ad-Dauliyyah, tt.
- Ahmad Al-Nadwi, Ali. *al-Qawaid al-Fiqhiyyah*. Damaskus: Dae Qalam, 1986.
- Aibak, Kutbuddin. *Kajian Fiqh Kontemporer*. Yogyakarta: KALIMEDIA, 2017.
- _____. *Kajian Fiqh Kontemporer*. Yogyakarta: Teras, 2009.
- al-din Muhammad bin Umar bin Husyain al-Razi, Fakhru. *al-Mashul fi Usul al-Fiqh*. Riyad: Jamiah al-Imam Muhammad bin Suud al-Islamiyah, tt.
- al-Hadrami, Abdullah. *Idlah al-Qawaid al-Fiqhiyyah*, tt.
- Ali Aziz, Moh. *Fiqh Medis*. Surabaya: Rumah Sakit Islam Jemursari, 2012.
- Ali bin Muhammad As-Syaukani, Muhammad. *Nail al-Utar muntaqa al-Akhbar min ahadis al-Akhyar*. Beirut: Dar al-Fikr, jilid 4 tt.
- Al-Mawardi, Imam. *Hukum Tata Negara dan Kepemimpinan dalam Takaran Islam*, terj. Dari *Al-Ahkaamus-sulthaaniyyah wal-wilaayaatud-diiniyyah* oleh Abdul Hayyie al-Kattani. Kamaludiin Nurdin. Jakarta: Gema Insani Express, Cet. 1, 2000.
- Al-Qadir Manshur, Abd. *Buku Pintah Fiqh Wanita; Segala Hal yang Ingin Anda Ketahui Tentang Perempuan dalam Hukum Islam*. Jakarta: Zaman, Cet. 1, 2009.
- Amin Al-Syahir Ibnu Abidin, Muhammad. *Raad Al-Mukhtar Ala Al-Daar Al-Mukhtar Syark Tanwir Al-Absor*. Daar Alim Al-Kutub, Juz 10, 2003.
- Amirudin, dan Asikin, Zaenal. *Pengantar Metodologi Penelitian Hukum*. Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2003.
- Asmarawati, Tina. *Hukum dan Abortus*. Yogyakarta: Deepublish, 2013.
- Azhari, Fathurrahman. *Qawaid Fiqhiyyah Muamalah*. Banjarmasin: Lembaga Pemberdayaan Kualitas Ummat (LPKU), 2015.
- Bahrudin, Moh. *Ilmu Ushul Fiqh*. Bandar Lampung: AURA, 2019.
- bin Muhammad al-Ghazali, Muhammad. *Ikhyat 'Ulum al Diin*, Jilid 2. Beirut-Libanon: Dar al Kutub al Ilmiyah, t.t.
- Darmawan. *Kaidah-Kaidah Fiqhiyyah*. Surabaya: Revka Prima Media, 2020.
- Dwi Andari, Bakti. dkk., *Aborsi dalam Perspektif Lintas Agama*. Yogyakarta: Universitas Gajah Mada, 2005.
- Eka Chandra, Lilien. *Tanpa Indikasi Medis Ibu, Aborsi sama dengan Kriminal dalam Lifestyle*. Jakarta: Kompas Gramedia, 2006.

- Ekotama, Suryono, dkk. *Abortus Provocatus bagi Korban Perkosaan Perspektif Viktimologi, Kriminologi, dan Hukum Pidana*. Cet. Pertama. Yogyakarta: Universitas Atma Jaya Yogyakarta, 2001.
- Faidh Muhammad Yasin ibn Isa al-Fadani, Abul. *al-Fawaid al-Janiyyah*, juz I. Dar al-Basyair al-Islamiyyah, tt.
- Hamzah, Andi. *Terminologi Hukum Pidana*. Cet. Pertama. Jakarta: Sinar Grafika, 2008
- Ibrahim, Duski. *Al-Qawa'id Al-Fiqhiyyah (Kaidah-Kaidah Fiqih)*. Palembang: Amanah, Cet. 1, 2019.
- Imam Al-Alamah Maufiq Al-Din Abi Muhammad Abdillah Bin Muhammad Bin Mahmud Qudamah, Syekh. *Al-Mughni Syarkh Al-Kabir*. Libanon: Daar Al-Kutub Al-Arabi, Juz 9, t.th
- Istibsjaroh. *Aborsi dan Hak-Hak Reproduksi dalam Islam*. Yogyakarta: LKIS Printing Cemerlang, 2012.
- Khumaira, Marsha. *Ilmu Kebidanan*. Yogyakarta: Citra Pustaka, 2012.
- Marbun, Rocky. *Kamus Hukum Lengkap*. Cet. I. Jakarta: Transmedia Pustaa, 2012.
- Marsaid. *Al-Fiqh Al-Jinayah (Hukum Pidana Islam): Memahami Tindak Pidana Dalam Hukum Islam*. Palembang: Rafah Press, 2020.
- Maternity, Dainty. dkk. *Asuhan Kebidanan Komunitas; Disesuaikan dengan Rencana Pembelajaran Kebidanan*. Cet. Pertama. Yogyakarta: Andi, 2017.
- Muhammad, Husein. *Fiqh Perempuan*. Yogyakarta: IRCiSoD, 2019.
- Munajat, Makhrus. *Hukum Pidana Islam di Indonesia*. Yogyakarta: Teras, 2009.
- Penyusun Pustaka Sinar Harapan, Tim. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Jakarta: Balai Pustaka, 2001.
- Poernomo, Bambang. *Hukum Pidana: Kumpulan Karangan Ilmiah*. Jakarta: PT. Bina Aksara, 1982.
- Qardawi, Yusuf. *Fatwa-Fatwa Kontemporer*. Jakarta: Gema Insani Press, 1996.
- Qodir Audah, Abdul. *Al-Tasyri' Al-Jina'i Al-Islami*. Suria: Muassisah Al-Risalah, Juz 2, 1415 H.
- Ramadhan Muhammad Al-Buthi, Said. *Tahdid Al-Nasl Wiqoyatan Wa Ilajan*. Maktabah Al-Farabi, 1976.
- Rohim, Mif. *Buku Ajar Qawa'id Fiqhiyyah (Inspirasi dan Dasar Penetapan Hukum)*. Jombang: LPPM UNHAS Y TEBUIRENG JOMBANG, 2019.
- Saiful Aziz, A. *Legalisasi Aborsi: Konfigurasi Hukum Islam, Hukum Nasional dan Hak Asasi Manusia*. Semarang: eLSA Press, 2019.
- SCJ, CB. Kusumaryanto. *Kontroversi Aborsi*. Cet. Kedua. Jakarta: Grasindo, 2004.
- Shidiq, Sapiudin. *Fikih Kontemporer*. Cet. Pertama. Jakarta: Prenadamedia Group, 2016.
- Soeparto, Pitono. *Etika dan Hukum di Bidang Kesehatan*. Surabaya: Penerbit Komite Etik RSUD Dr. Soetomo, 2001.
- Soge, Paulinus. *Hukum Aborsi: Tinjauan Politik Hukum Pidana Terhadap Perkembangan Hukum Aborsi di Indonesia*. Yogyakarta: Program Pascasarjana UAJY, 2010.
- Suhandjati Sukri, Sri. *Ensiklopedi Islam dan Perempuan: Dari Aborsi hingga Misogini*. Bandung: Nuansa Cendekia, 2014.
- Suteki, Galang dan Taufani. *Metodologi Penelitian Hukum*. Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2018.
- Tahido Yanggo, Huzaemah. *Fikih Perempuan Kontemporer*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 2010.

- Tim Penyusun. *Ensiklopedi Hukum Islam*. Jakarta: PT Ichtiar Baru Van Hoeve, 2002.
- Tim Prima Pena. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. t:t Gitamedia Press, t.t.
- Ubaedillah, A. dan Rozak, Abdul. *Pancasila, Demokrasi, HAM dan Masyarakat Madani*. Jakarta: Kencana, 2014.
- Ulfah Anshor, Maria. *Fiqh Aborsi Wacana Penguatan Hak Reproduksi Perempuan*. Jakarta: Kompas, 2006.
- W. Sarwono, Sarlito. dan A. Meinarno, Eko. *Psikologi Sosial*. Jakarta: Salemba Humanika, 2000.
- Wahid, Abdul. dan Irfan, Muhammad. *Perlindungan Terhadap Korban Kekerasan Seksual Advokasi atas Hak Asasi Perempuan*. Cet. 1. Bandung: Refika Aditama, 2001.
- Wignjosoebroto, Soetandyo. *Hukum: Konsep dan Metode*. Malang: Setara Press, 2013.
- Yulia, Rena. *Viktimologi; Perlindungan Hukum terhadap Korban Kejahatan*. Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010.
- Zuhaili, Wahbah. *Al-Fiqih Al-Syafi'i Al-Maisir*. Daar Al-Fikr, Juz 2, 2008.
- _____. *Konsep Darurat Dalam Hukum Islam*, terj. Said Agil Husain al-Munawar. Jakarta: Gaya Media Pratama, 1997.
- _____. *Nazariyyat Al-Darurah As-Shari'ah*, (Beirut: Mu'assasah ar-Risalah. 1985.
- Zuhri, Saifudin. *Ushul Fiqh Akal Sebagai Sumber Hukum Islam*. Yogyakarta: PUSTAKA PELAJAR, 2009.

Referensi Jurnal dan Dokumen

- Cahirina, Miftahu. "Tindak Pidana Perkosaan Terhadap Anak Dibawah Umur Dalam Pandangan Hukum Pidana Islam (Kajian atas Putusan PN Depok)". *Skripsi UIN Syarif Hidayatullah Jakarta* 2009.
- Ghina Rahmi Lubis, Syah. "Aborsi Akibat Perkosaan Perspektif Hukum Islam dan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia". *Skripsi UIN Syarif Hidayatullah Jakarta*, 2018.
- Harsanti, Intaglia. "Dampak Psikologis pada Wanita yang Mengalami Abortus Spontan". *Jurnal Psikologi*, Vol. IV No. 1. Desember, 2010.
- Hidayat, Syaiful. "Al-Darurat dalam Pandangan Yusuf Qardawi". *Jurnal Tafaqquh*; Vol. 2 No. 1, Juni 2014.
- Junaidi. "Legalisasi Aborsi Akibat Perkosaan dalam Penerapan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan Jo. Peraturan Pemerintah Nomor 61 Tahun 2014 Tentang Kesehatan Reproduksi". *Jurnal Thengkyang*, 2019.
- Munawaroh. "Aborsi Perkosaan dan Kedaruratan Medis Menurut Hukum Islam". Jakarta: *Jurnal Mizan*, Volume 03, Nomor 02, 2015.
- Nurul Irfan, M. "Aborsi Akibat Perkosaan (Studi Islam dan Kemasyarakatan)". *Jurnal NANSAs*: Vol. VI, No. 1, 2014.
- Risdiyono. Analisis PP Nomor 61 tahun 2014 Pasal 31 ayat 1 tentang Kesehatan Reproduksi Perspektif Kaidah Al-Dharar. *Skripsi IAIN Purwokerto*, 2020.

- Romli, Dewani. “Aborsi dalam Perspektif Hukum Positif dan Hukum Islam”. *Jurnal Al-‘Adalah*, vol. 2, 2011.
- Silalahi, Rumelda. dan Luciana, Rasmita. “Pandangan Hukum Kesehatan Terhadap Abortus Provocatus Berdasarkan Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009”. *Jurnal Darma Agung*, Vol. XXVIII, No. 3, 2019.
- Sulaksana, Singgih. “Implementasi Regulasi Aborsi atas Indikasi Kedaruratan Medis dan Kehamilan Akibat Perkosaan Sebagai Bagian dari Kebijakan Hukum Pidana”. *Tesis Pascasarjana Universitas Islam Indonesia*. Yogyakarta, 2018.
- Susanti, Yuli. “Perlindungan Hukum Bagi Pelaku Tindak Pidana Aborsi (*Abortus Provocatus*) Korban Perkosaan”. *Jurnal Ilmu Hukum: Syiar Hukum*, Vol. XIV No. 2, 2012.
- Tamrin, Muhammad Khusni. Tinjauan Hukum Islam terhadap Pengecualian Larangan Aborsi dalam Pasal 75 (2) huruf b Undang-Undang Nomor 36 tahun 2009 tentang Kesehatan. *Skripsi UIN Walisongo Semarang*, 2015.
- Umar, Nasaruddin. “Agama dan Persoalan Aborsi”, *Media RSPP (Rumah Sakit Pusat Pertamina)*. Jakarta, 06 November 2014
- Z, Yenny Fitri. “Problematika Pelaksanaan Aborsi bagi Korban Perkosaan dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan”. *Jurnal Cendekia Hukum*, Vol. 5, Nomor 1, September 2019

Referensi Perundang-Undangan

Pembukaan Undang-Undang Dasar RI 1945

Redaksi Sinar Grafika. *KUHAP dan KUHP*. Cet. 10. Jakarta: Sinar Grafika, 2011.

Referensi Internet

BBC News, BBC. “Perkosaan anak: Korban Pelecehan Seksual dalam Keluarga di Indonesia Terjebak di Tengah Pandemi Covid-19” di akses dari laman <https://www.bbc.com/indonesia/indonesia-56297700.amp> , pada tanggal 15 Maret 2021

Dalamislam, Redaksi. “Aborsi dalam Pandangan Islam” Di akses dari laman <https://www.google.com/amp/s/dalamislam.com/hukum-islam/aborsi-dalam-pandangan-islam/amp> pada tanggal 04 Januari 2021

Guttmacher Institute, Guttmacher. “Aborsi di Jawa”, (Oktober 2020) di akses dari laman <https://doi.org/10.1363/46e0220> , pada tanggal 15 Maret 2021

Media Indonesia, “2 Juta Janin Digugurkan” di akses dari laman http://mediaindonesia.com/podiums/detail_podiums/1914-2-juta-janin-digugurkan”, pada tanggal 16 Agustus 2021

DAFTAR RIWAYAT HIDUP

Yang bertanda tangan dibawah ini,

N a m a : Ienas Tsuruiyah

TTL : Pekalongan, 08 Januari 1999

Jenis Kelamin : Perempuan

Alamat : Dk. Cokrah Galih RT/RW: 003/002, Kelurahan Dadirejo, Kecamatan Tirto,
Kab. Pekalongan, Provinsi Jawa Tengah

Agama : Islam

No. HP/email : 085647728422 / ienasienas2@gmail.com

Riwayat Pendidikan :

5. SDN 04 Dadirejo (Lulus Tahun 2011)

6. SMPN 01 Wiradesa (Lulus Tahun 2014)

7. SMAN 01 Wiradesa (Lulus Tahun 2017)

8. UIN Walisongo Semarang (Lulus Tahun 2021)

Demikian biodata ini penulis buat dengan sebenar-benarnya untuk dapat dipergunakan sebagaimana mestinya.

Semarang, 9 Desember 2021

Penulis



Scanned with

Ienas Tsuruiyah

NIM: 1702026046