

Merenovasi Pengaturan Abortus dalam KUHP

(antara *lex specialis* dan *lex generalis*)

Oleh : Dr. Cahyono, S.H.,M.H.

(Hakim Pengadilan Negeri Sleman)

A. Pendahuluan

Masalah yang rumit yang dihadapi oleh setiap masyarakat, termasuk Indonesia adalah masalah keadilan (kesebandingan). Hal ini terutama disebabkan oleh karena pada umumnya orang beranggapan bahwa hukum mempunyai dua tugas utama, yakni mencapai suatu kepastian hukum serta mencapai kesebandingan bagi semua warga masyarakat. Pemikiran-pemikiran maupun konsepsi-konsepsi tentang keadilan yang berasal dari dunia barat tidak tepat jumlahnya. Konsepsi tentang kesebandingan pada hakikatnya berakar di dalam kondisi yang pada suatu waktu tertentu diinginkan oleh masyarakat yang bersangkutan. Dan biasanya, konsepsi tentang kesebandingan (keadilan) baru menonjol atau timbul apabila warga masyarakat dihadapkan pada hal-hal yang dirasakan kurang adil. Untuk mencapai keadilan yang bersifat substantif dan dapat dipertanggungjawabkan, maka sudah sewajarnya apabila hukum pidana membutuhkan ilmu pengetahuan lain yang relevan dengan perkembangan masyarakat.

Hukum pidana perlu terbuka terhadap hasil perkembangan ilmu sosial dan kemasyarakatan, ilmu perilaku manusia, serta ilmu pengetahuan lain yang relevan. Selain ilmu sosial dan ilmu kemasyarakatan lain yang banyak membantu hukum pidana, juga dikembangkan bantuan ilmu kedokteran dan teknologi untuk penegakkan hukum pidana yang modern. Kemajuan teknologi sangat membantu kewibawaan hukum pidana untuk menyajikan kebenaran dan keputusan pengadilan yang dapat dipertanggungjawabkan untuk mencapai keadilan yang bersifat substantif.

Beberapa aspek kehidupan telah mengalami perubahan, sehingga diperlukan pembaharuan hukum pidana yang sifatnya dinamis, interaksionis dan progresif. Perubahan tersebut pada gilirannya akan mengikuti perkembangan masyarakat yang modern yang akhirnya menuntut pembaharuan hukum yang diperlukan sesuai kebutuhan hukum pidana yang dinamis, ia tidak *mandeg-statis*. Salah satunya yang perlu dilakukan renovasi pengaturan hukumnya adalah berkaitan dengan pengguguran kandungan

(abortus) sebagaimana telah diatur dalam Pasal 346 KUHP, yang menyebutkan: "Seorang wanita yang sengaja menggugurkan atau mematikan kandungannya atau menyuruh orang lain untuk itu, diancam pidana penjara paling lama empat tahun". Serupa dengan Pasal 346 KUHP, abortus juga diatur secara khusus dalam UU Kesehatan Nomor 36 Tahun 2009, Pasal 75 ayat (1) menyatakan: "Setiap orang dilarang melakukan aborsi"; namun ada pengecualiannya, sebagaimana diatur Pasal 75 ayat (2) UU Kesehatan, yang menyatakan: "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;

Tindakan aborsi yang legal haruslah memperhatikan Pasal 75 ayat (3) UU Kesehatan, yang menyatakan: "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". Selanjutnya dalam Pasal 76 dijelaskan bahwa 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 medis 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; e. penyedia layanan kesehatan yang memenuhi syarat yang ditetapkan oleh menteri.

Selanjutnya berkaitan dengan kedaruratan medis dan perkosaan telah dijelaskan dalam PP Nomor 61 Tahun 2014 tentang Kesehatan Reproduksi untuk batas usia kehamilan aborsi haruslah tidak lebih dari 40 hari dihitung sejak hari pertama haid terakhir. Dan kehamilan akibat perkosaan itupun juga harus dibuktikan dengan: a. Usia kehamilan sesuai dengan kejadian perkosaan, yang dinyatakan oleh surat keterangan dokter; dan b. Keterangan penyidik, psikolog, dan/atau ahli lain mengenai adanya dugaan perkosaan. Dan oleh karenanya jika terdapat aborsi yang ilegal dapat dikenakan sanksi Pasal 194 UU 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)". Dengan demikian jika terjadi suatu perbuatan masuk dalam aturan umum, dan diatur pula dalam aturan khusus, maka aturan yang khusus itulah yang diterapkan, *lex specialis derogate legi generalis* (vide Pasal 63 ayat (2) KUHP).

B. Permasalahan Abortus dalam KUHP dan Analisisnya

Dari uraian tersebut di atas akan lebih jelas apabila kita memperhatikan permasalahan abortus yang senantiasa berkembang dalam kehidupan masyarakat, namun pengaturannya yang sudah terlalu lama dikarenakan peninggalan-warisan penjajah Belanda sebagaimana dalam Pasal 346 KUHP tetap dilaksanakan sebagai dasar hukum dalam penjatuhan hukum bagi pelaku tindak pidana ini, (lihat berbagai buku KUHP karya, **R. Susilo, Muljatno, Lamintang**, dan sebagainya) yang masih tetap dipakai sebagai rujukan dalam praktek penyelesaian perkara *abortus*; padahal sedikit-banyaknya di masa kini sudah tidak relevan lagi jika dikaitkan dengan perkembangan ilmu kedokteran, seperti dinyatakan oleh **Oemar Seno Adji** bahwa masalah *abortion-law* telah mendapat perhatian dari negara-negara lain dan perlu kita sekarang menyadari bahwa perumusan-perumusan yang *stricht* dalam KUHP mengenai abortus, tidak dapat dipertahankan lagi dalam segala kemutlakan, melainkan perlu kita memasukkan dalam pemikiran kita, apakah perundang-undangan, yurisprudensi dan ilmu hukum itu kelak dalam perkembangannya dapat melampaui batas-batas yang sekarang telah ditentukan secara mutlak oleh perundang-undangan.

Fenomena sosial abortus ini lebih mendalam lagi dideskripsikan oleh **Mulyana W. Kusumah** bahwa dalam kenyataan, seolah-olah sudah terjadi "dekriminalisasi" terhadap *abortus provocatus criminalis*, sebuah proses sosial ketika perbuatan tertentu, yang sebelumnya dirumuskan sebagai tindak pidana tidak lagi dianggap sebagai kejahatan, setidaknya sudah berada di luar area penegakkan hukum. Pengguguran kandungan dengan sengaja di kota-kota besar Indonesia, menurut beberapa penelitian mapun liputan pers, sudah tidak lagi menjadi peristiwa luar biasa dan menjadi perilaku yang berada di luar jangkauan penegakkan hukum (*area of enforcement*). Klinik-klinik aborsi jenis ini hadir secara legal, berpraktek dengan prosedur sederhana yang menampung wanita-

wanita dari yang belum menikah sampai ibu-ibu yang menghendaki pengguguran kandungan dalam frekuensi yang terus meningkat. Disamping itu, tempat-tempat praktek aborsi secara tradisional pun muncul, bahkan sampai di pinggiran kota. *Abortus provocatus* tidak hanya dilakukan akibat kehamilan, hasil persebadanan di luar pernikahan, tetapi juga oleh ibu-ibu yang karena alasan sosial ekonomi tidak menginginkan bertambahnya jumlah anak. Pengguguran kandungan dengan sengaja dalam praktek bukan hanya terjadi atas indikasi medik, tapi juga oleh sejumlah alasan sosial ekonomi.

Musa Perdanakusuma mengatakan bahwa pengaturan mengenai abortus dalam hukum pidana positif, sebagaimana tertulis dalam Pasal 346 KUHP terlalu luas, apabila dikaitkan dengan perkembangan ilmu kedokteran khususnya dari perkembangan ilmu kebidanan (ginekologi), bahwa berdasarkan perumusan Pasal 346 KUHP, karena baik menggugurkan embrio murni maupun menggugurkan embrio lanjutan dan foetus, semuanya termasuk dalam pengertian tersebut.

Abortus (pengguguran kandungan) secara sederhana diartikan sebagai keluarnya hasil pembuahan (janin) yang belum waktunya dari kandungan ibu dan belum dapat hidup di luar kandungan. Dalam KUHP perbuatan *abortus provocatus criminalis* diatur dalam Pasal 346 sampai dengan Pasal 349, dan 350 KUHP, disamping itu juga ada Pasal lainnya, yaitu Pasal 299 KUHP. Berdasarkan pengaturan dari KUHP tersebut, ternyata bahwa abortus terbagi 2 (dua), yaitu pertama *abortus provocatus medicalis*, yaitu abortus yang tidak bersifat kriminal dan kedua *abortus provocatus criminalis*, yaitu abortus yang bersifat kriminal.

Di Indonesia undang-undang yang mengatur secara lengkap dan tersendiri yang berkaitan dengan masalah *abortus provocatus* belum ada. Pengaturan abortus masih berkaitan dengan pengaturan perundangan lainnya, seperti dalam Undang-undang Kesehatan, tetapi jelas dinyatakan di dalam KUHP bahwa abortus merupakan tindak pidana. Meski demikian karena alasan medis, *abortus provocatus* sering dilakukan oleh para dokter dengan hanya berlindung pada pasal-pasal penghapus pidana di KUHP yang bersifat umum. Dalam hukum pidana positif Indonesia (KUHP) pengaturan *abortus criminalis* meliputi perbuatan-perbuatan sebagai berikut :

- 1) Menggugurkan kandungan (*afdriving van de vrucht atau vrucht afdriving*);

2) Membunuh kandungan (*de dood van de vrucht veroor zaken atau vrucht doden*).

Hal yang sama juga dikemukakan oleh **Lamintang**, setelah menyitir pendapatnya **Simons** bahwa di dalam ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 346 KUHP, sama halnya dalam ketentuan-ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 347 dan 348 KUHP, pembentuk undang-undang melarang orang melakukan:

- a. suatu pengguguran kandungan (*afdriving*) ataupun yang di dalam ilmu pengetahuan kedokteran juga disebut sebagai suatu *abortus* dan
- b. sesuatu perbuatan yang menyebabkan matinya janin yang berada dalam kandungan.

Namun di dalam KUHP tidak memberikan penjelasan mengenai perbedaan menggugurkan kandungan dan membunuh kandungan, sehingga apabila dihadapkan permasalahan abortus ini, akan sedikit-banyaknya mengalami kesulitan untuk membedakan kedua pengertian tersebut. Para penulis pada umumnya berpendapat bahwa janin yang berada dalam kandungan seorang wanita harus berada dalam keadaan hidup (bernyawa). Seperti telah diuraikan dalam pendapat-pendapat dari para sarjana dan *Hoge Raad*, juga pendapatnya **Lamintang**, setelah menyitir dari memori penjelasan (*Mvt*) dan memori jawaban (*MvA*) yang berbunyi : “*Het mag de vrouw evenmin als iemend anders vrijstaan de vrucht die in haar left, te doden*”, artinya : “**seorang wanita itu demikian halnya dengan orang lain tidak boleh seenaknya membunuh janin yang hidup di dalam kandungannya**”.

Selanjutnya, **Lamintang** menyatakan bahwa sesuai dengan pembentuk undang-undang untuk melindungi janin atau anak yang berada dalam kandungan ibunya terhadap kemungkinan digugurkan atau dibunuh oleh ibunya, di dalam berbagai *arrestnya Hoge Raad* berpendapat bahwa dimana tidak ada kehidupan atau dimana adanya kehidupan seperti itu tidak dapat dibuktikan, maka orang juga tidak dapat berbicara mengenai dilakukannya abortus. Itulah pula sebabnya mengapa pembentuk undang-undang telah menempatkan tindak pidana yang ditujukan kepada janin yang berada dalam kandungan itu dalam Bab XIX dari Buku ke II KUHP yang mengatur masalah kejahatan yang ditujukan terhadap nyawa.

Permasalahan tentang bilamana suatu janin mulai dapat dipandang sebagai suatu makhluk hidup dan dapat dipandang sebagai mempunyai nyawa itu bukanlah merupakan

permasalahan yang baru di dalam ilmu pengetahuan hukum pidana. Permasalahan tersebut dapat ditinjau dari berbagai segi, seperti: kedokteran, agama dan filsafat, akan tetapi untuk mendapatkan kebenaran yang dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah dan mendekati kebenaran yang materiil, maka sudah semestinya pendekatan ilmu kedokteran forensik (khususnya ginekologi) yang paling tepat, yaitu suatu ilmu yang mempelajari penerapan ilmu kedokteran untuk kepentingan peradilan, sehingga dapat membantu dan menyelesaikan permasalahan abortus ini.

C. Analisis Abortus dari Perspektif Ilmu Kedokteran Forensik dan Agama

Mengenai perbedaan antara menggugurkan kandungan dan membunuh kandungan sebagaimana tersebut di atas, **Musa Perdanakusuma** berpendapat bahwa pada pengguguran kandungan, perbuatan yang dihukum adalah menyebabkan gugurnya kandungan, yakni lepasnya kandungan dari rahim dan keluarnya kandungan tersebut dari tubuh wanita yang mengandung. Apakah pengguguran tersebut menyebabkan matinya kandungan atau tidak, tidaklah menjadi persyaratan. Pada pembunuhan kandungan perbuatan yang dihukum ialah menyebabkan matinya kandungan. Jadi untuk dapat dikualifikasi sebagai pembunuhan kandungan, disamping kandungan tersebut harus lepas dari rahim dan keluar dari tubuh wanita yang mengandung itu, juga kandungan tersebut haruslah mengalami kematian.

Seorang dokter dan pengajar ilmu kedokteran forensik dari UNDIP Semarang, **Dr. Sofwan Dahlan** menyatakan bahwa keluarnya janin sebelum waktunya dari sudut medik dibedakan menjadi *abortus*, *partus immaturus* dan *partus praematurus*. Pembedaan ini didasarkan pada lamanya umur kehamilan. Abortus terjadi pada trimester pertama kehamilannya, *partus immaturus* pada trimester kedua dan *partus praematurus* pada trimester ketiga. Pengertian abortus dari sudut hukum tidaklah sama dengan pengertian abortus menurut kedokteran, yaitu setiap keluarnya janin sebelum berakhirnya masa kehamilannya yang lengkap. Sebagaimana diketahui bahwa berakhirnya masa kehamilan itu ditandai dengan proses persalinan yang terjadi secara alami.

Pertumbuhan dan perkembangan janin selama di dalam kandungan memang terdapat perbedaannya yang merupakan suatu proses, baik dari bentuk, organ tubuh maupun fungsi mekanisme kehidupannya, seperti diungkapkan **Landkord T. Randall** yang kemudian disitir **Musa Perdanakusuma** pada pokoknya bahwa janin selama berada di

dalam kandungan tumbuh dan berkembang mulai sejak terjadinya pembuahan sampai dengan janin cukup usianya untuk dilahirkan. Pada waktu masih merupakan embrio (*mudigah*) bentuknya tidak lebih dari segumpal darah. Kemudian beralih menjadi embrio lanjutan. Pada stadium ini organ-organ tubuh yang dimiliki belum lengkap demikian pula fungsi mekanisme kehidupannya. Dalam stadium *foetus* selain wujudnya sebagai manusia telah tumbuh dengan sempurna, juga semua organ tubuh telah dimiliki, terutama organ-organ yang menjalankan fungsi kehidupan, kecuali paru-paru. Selama di dalam kandungan fungsi paru-parunya, ginjal dan kelenjar endokrinnya dijalankan oleh *placenta*.

Sudah menjadi jelas dan keyakinan bagi orang Muslim, bahwa nyawa (roh) yang sudah mulai ada semenjak janin berada dalam kandungan ibunya harus dilindungi, hal ini sesuai dengan hadist **Nabi Muhammad s.a.w.**, yang diriwayatkan oleh **Muslim** dan **Buchari** bahwa tiap-tiap manusia terjadi di dalam perut ibunya dalam 40 (empat puluh) hari, sesudah itu menjadi segumpal darah, selama itu pula, kemudian Allah meniupkan roh dan memerintahkan Malaikat membawa rezeki, umur, amalan dan akan berbahagia atau tidak (*Ahmad Ramali, 1956, h. 230*). Demikian pula pandangan agama dan kepercayaan yang lain, meskipun tidak ada kesepahaman mulai kapan sebaiknya nyawa yang ada dalam kandungan mulai dilindungi, menurut hemat penulis, setelah dikaitkan dengan perkembangan ilmu kedokteran, khususnya ginekologi dan pendapat para sarjana serta ajaran berbagai agama, maka yang paling tepat adalah pada *stadium foetus*, yaitu fase terakhir dari pertumbuhan janin di dalam kandungan yang berlangsung sejak minggu ke-17 (tujuh belas) sampai dengan minggu ke-40 (empat puluh), yakni saat janin siap untuk dilahirkan.

Menurut ilmu kedokteran, bahwa janin yang tumbuh dan berkembang pada stadium *foetus* tersebut di atas, telah memiliki organ tubuh yang diperlukan untuk kehidupan sebagaimana yang telah dimiliki oleh manusia biasa, peredaran darahnya yang merupakan tanda utama dari kehidupan telah berfungsi sebagaimana mestinya, selain itu wujudnya sebagai manusia telah tumbuh dengan sempurna, denyut jantungnya telah dapat didengar melalui stetoskop dan gerakan janin telah dapat dirasakan oleh si wanita yang mengandung.

Disini nampak jelas perbedaan usia janin yang terdapat dalam kandungan antara yang bernyawa dan tidak bernyawa, sehingga jika terjadi peristiwa abortus secara ilegal, maka diperlukan perlindungan hukum yang berbeda-beda, dan yang harus lebih dilindungi adalah ketika usia janin sudah memasuki fase stadium foetus (17-40 minggu) dikarenakan sudah bernyawa;

D. Kesimpulan Merenovasi Pasal 346 KUHP

Terlepas adanya pro dan kontra, maka dengan adanya peranan ilmu kedokteran forensik, seperti telah diuraikan di atas, maka *abortus criminalis* semakin jelas perbedaannya, yaitu bisa dilakukan dalam stadium *embrio* (usia 2-8 minggu), stadium *peralihan* (*embrio* lanjutan usia 9-16 minggu), dan stadium *foetus* (usia 17-40 minggu). Sebagai konsekuensi dari adanya perbedaan janin berdasarkan pertumbuhannya selama berada dalam kandungan, maka yang dapat dipandang sebagai *abortus criminalis* adalah pengguguran janin pada stadium *embrio* dan *embrio lanjutan* (usia 2-16 minggu), sedangkan *abortus criminalis* yang terjadi pada stadium *foetus* dimaksudkan atau disamakan dengan *pembunuhan bayi*, mengingat pada stadium ini, jika ditinjau dari aspek kedokteran sudah dapat disamakan dengan manusia dan menurut berbagai ajaran agama (khususnya Islam, Katholik), pada stadium ini juga sudah terdapat “*nyawa*”. Dengan demikian, jika memperhatikan perkembangan janin dari ilmu kedokteran forensik, dan berbagai pandangan dalam ajaran agama yang ada dimuka bumi, maka pengaturan abortus sebagaimana diatur dalam Pasal 346 KUHP perlu dilakukan renovasi di masa kini dan mendatang agar memenuhi rasa keadilan yang berlaku di masyarakat.

@@@@@@&@@@@@@