

KEBIJAKAN KRIMINALISASI PENGGUGURAN KANDUNGAN DALAM PEMBARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA

Oleh:
Rosalind Angel Fanggi¹

Abstraksi

Indonesia adalah negara berkeTuhanan. Agama adalah unsur yang harus ada dalam *national and character building*. Walaupun telah diatur dalam KUHP tetapi banyak didapati pengguguran kandungan. Tulisan ini hendak menggali kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan dalam hukum positif. Kesimpulannya adalah kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan yang diatur dalam hukum positif belum cukup memberikan jaminan perlindungan kesehatan. Saran adalah pengguguran kandungan bukanlah langkah terbaik yang dipilih tetapi dalam kondisi membahayakan kesehatan sebaiknya perlu pengaturan yang memberi rasa perlindungan dan jaminan kesehatan ibu hamil, perlu dirumuskan aturan yang memberikan kepastian hukum bagi dokter-pasien, pengaturan kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan hendaknya berdasarkan Pancasila dan tujuan pembangunan nasional.

Kata Kunci: kebijakan kriminalisasi, pengguguran kandungan, pembaruan hukum pidana

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Indonesia adalah negara yang berkeTuhanan di mana agama menempati posisi sentral dan merupakan unsur yang harus ada dalam *national and character building*. Seperti yang dikemukakan oleh Alfred Denning bahwa “*without religion there can be no morality and without morality there can be no law*”² Pendapat tersebut menunjukkan adanya korelasi yang erat antara agama, moral dan hukum. Hukum tidak akan ada tanpa adanya masyarakat pendukungnya, begitu pula sebaliknya. Dengan hidup dan berkembangnya masyarakat maka ada dan berlakunya hukum diperlukan guna menjaga kelangsungan ketertiban dan kesejahteraan masyarakat tersebut.

Berkaitan dengan pernyataan di atas maka munculnya pengguguran kandungan menunjukkan adanya faktor kriminogen antara sistem hukum yang ada dengan kenyataan yang terjadi di masyarakat. Walaupun telah ada pengaturan di dalam KUHP tetapi masih banyak didapati kasus-kasus pengguguran kandungan yang terjadi di masyarakat. Menurut

¹ Mahasiswa Program Studi Magister Ilmu Hukum Undip.

² Eman Sulaeman, *Delik Perzinaan Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, 2008, Semarang: Walisongo Press, hlm 10-11. Lihat pula Oemar Senoadji, *Mass Media dan Hukum*, 1977 Jakarta: Erlangga, hlm. 141.

data yang didapat dari berbagai sumber pertahun terjadi 2.000.000 kasus pengguguran kandungan di Indonesia yang sebagian besar dilakukan oleh remaja di luar perkawinan³.

Dilihat dari sudut kebijakan kriminal, ada saling keterkaitan antara delik pengguguran kandungan dengan delik-delik kesusilaan lainnya. Pengguguran kandungan bukanlah suatu kejahatan yang berdiri sendiri tetapi merupakan rentetan kejahatan yang berawal dari perzinahan (Pasal 284 KUHP), pelacuran, perantara (Pasal 295 KUHP), germo (Pasal 296 KUHP), perdagangan wanita (Pasal 297 KUHP), pembunuhan bayi (Pasal 341 KUHP), pengguguran kandungan (Pasal 346 KUHP dst), bunuh diri (membantu–Pasal 345 KUHP), dan penyebaran penyakit kelamin⁴. Khusus dalam penulisan tesis ini penulis hendak membahas pengguguran kandungan baik yang dilakukan dalam lingkup perkawinan maupun di luar perkawinan.

Tulisan ini hendak menggali kembali bagaimana aturan hukum yang hidup di Indonesia berkaitan dengan pengguguran kandungan. Bahwasanya ada hal yang lebih mendalam lagi berkaitan dengan pengguguran kandungan ini di mana bukan hanya berkaitan dengan penghilangan janin semata tetapi pengguguran kandungan juga mempunyai dampak moral dan psikologis bagi generasi Indonesia. Menurut Barda Nawawi Arief⁵, keinginan dan usaha untuk melakukan kajian atau penggalian hukum yang hidup (yang bersumber dari nilai-nilai hukum agama dan hukum tradisional/adat) telah dikemukakan dalam forum ilmiah. Hal yang sama juga diutarakan oleh Nyoman Serikat Putra Jaya⁶ bahwa, reformasi di bidang hukum dilaksanakan dengan tetap memelihara kelestarian Pancasila, Undang-Undang Dasar 1945, serta persatuan dan kesatuan bangsa. Usaha menangkal atau mengantisipasi kejahatan di bidang peradilan dengan menggunakan hukum pidana berarti melaksanakan politik hukum

³ Kasus aborsi di Indonesia setiap tahun mencapai angka 2,5 juta. Pelaku aborsi umumnya berada pada kisaran usia 20-29 tahun. "Data 2,5 juta tersebut belum termasuk kasus aborsi yang dilakukan di jalur nonmedis (dukun),"kata guru besar Universitas Yarsi Jakarta, Prof Dr H Jurnalis Uddin PAK, pada seminar dan lokakarya "Sosialisasi Buku Reinterpretasi Hukum Islam tentang Aborsi "di Surabaya Sabtu (23/2/2008). Menurut Jurnalis,aborsi di perkotaan dilakukan secara diam-diam oleh tenaga kesehatan (70%). Hal yang sama di pedesaan dilakukan oleh dukun (84%). Perempuan tidak menginginkan kehamilan lantaran beberapa faktor. Ada yang karena hamil akibat perkosaan, janin dideteksi punya cacat genetik, alasan sosial ekonomi, gangguan kesehatan, KB gagal, dan lainnya. Berdasarkan penelitian WHO,sejak awal 2008 hingga kini, di Indonesia diperkirakan ada sekitar 20-60% kasus aborsi yang disengaja (*induced abortion*). Penelitian di 10 kota besar dan enam kabupaten di Indonesia juga memperkirakan sekitar 2 juta kasus aborsi, dengan 50% terjadi di perkotaan. Jurnalis memaparkan, dari hasil penelitian di beberapa fasilitas kesehatan seperti rumah sakit dan lembaga kesehatan lain, fenomena aborsi di Indonesia perlu mendapat perhatian serius.

Lihat:<http://autos.okezone.com/index.php/ReadStory/2008/02/24/1/86215/1/aborsi-di-indonesia-2-5-juta-tahun> diakses tanggal 9 Juni 2009.

⁴ Bahan kuliah Pembaharuan Hukum Pidana dari Barda Nawawi Arief tanggal 13 Juli 2009

⁵ Eman Sulaeman, *op. Cit.*, hlm. 11

⁶ Nyoman Serikat Putra Jaya, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, hlm. 52-53.

pidana. Menurut Sudarto⁷, bahwa melaksanakan politik hukum pidana berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna sesuai dengan keadaan dan situasi pada waktu dan masa-masa yang akan datang. Berdasarkan uraian di atas untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum/kesejahteraan masyarakat berdasarkan Pancasila, maka pemerintah dengan segenap kalangan masyarakat perlu mengkaji ulang kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan yang diatur dalam KUHP Indonesia, oleh karena itu tesis ini diberi judul :

KEBIJAKAN KRIMINALISASI PENGGUGURAN KANDUNGAN DALAM PEMBARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA

B. Perumusan Masalah

Berhubung dengan latar belakang tersebut di atas, penelitian ini hanya terbatas pada perumusan masalah sebagai berikut :

1. Bagaimana kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan dalam hukum positif saat ini?
2. Bagaimana kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan dalam hukum pidana yang akan datang?

C. Metode Penelitian

1. Pendekatan Masalah

Penelitian ini menggunakan pendekatan yuridis normatif, yaitu dengan mengkaji/menganalisis data sekunder yang berupa bahan-bahan hukum terutama bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder⁸. Selain itu digunakan kajian yuridis komparatif yaitu dengan melakukan kajian perbandingan terhadap peraturan hukum pidana diberbagai negara yang mengatur tentang pembaruan hukum pengguguran kandungan.

2. Spesifikasi Penelitian

⁷ Ibid., hlm. 68. Lihat juga Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*,...*Op.cit*, hlm.23. Periksa juga Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung, Alumni, 1986. hlm 151 dan 153.

⁸ Penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka, dapat dinamakan penelitian hukum kepustakaan (disamping adanya penelitian hukum sosiologis atau empiris yang terutama meneliti data primer). Penelitian hukum normatif atau kepustakaan tersebut mencakup:

1. Penelitian terhadap asas-asas hukum
2. Penelitian terhadap sistematika hukum
3. Penelitian terhadap taraf sinkronisasi vertical dan horizontal
4. Perbandingan hukum
5. Sejarah hukum

Lihat: Soerjono Soekanto & Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, 1985, Jakarta: Rajawali, hal. 13-14.

Spesifikasi dalam penelitian ini adalah penelitian deskriptif analitis yang merupakan penelitian untuk menggambarkan dan menganalisa masalah yang ada dan termasuk jenis penelitian kepustakaan (*library research*) yang akan disajikan secara deskriptif.

3. Jenis Data

Penelitian ini termasuk penelitian hukum normatif, maka jenis data yang digunakan adalah data sekunder. Data sekunder yang diteliti adalah sebagai berikut :

- a. Bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang mengikat antara lain: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan beberapa KUHP Negara asing; dan Beberapa peraturan perundang-undangan di luar KUHP yang memuat kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan, yaitu Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran, Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan.
- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu dalam menganalisis dan memahami bahan hukum primer antara lain Rancangan KUHP; Hasil Karya Ilmiah (makalah, tulisan di majalah hukum); Hasil-hasil penelitian yang telah dipublikasikan; dan Sumber dari internet.
- c. Bahan hukum tersier yang memberikan penjelasan lebih mendalam mengenai bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder antara lain : Kamus Bahasa Inggris-Indonesia, Berbagai majalah maupun jurnal hukum

4. Metode Pengumpulan Data

Pengumpulan data dilakukan dengan mengumpulkan, mengkaji dan mengolah secara sistematis bahan-bahan kepustakaan serta dokumen-dokumen yang berkaitan. Pengumpulan data ditempuh dengan melakukan penelitian kepustakaan dan studi dokumen

5. Metode Analisis Data

Data dianalisis secara normatif kualitatif dengan jalan menafsirkan dan mengkonstruksi pernyataan yang terdapat dalam dokumen dan perundang-undangan.

BAB II. PEMBAHASAN

2.1. Kebijakan Kriminalisasi Pengguguran Kandungan dalam Hukum Positif Saat Ini

Sudarto mengemukakan bahwa kriminalisasi berarti suatu proses dimana perbuatan yang semula bukan tindak pidana kemudian diancam dengan pidana dalam undang-undang. Kriminalisasi dimaksudkan proses penetapan suatu perbuatan orang sebagai perbuatan yang

dapat dipidana. Proses ini diakhiri dengan terbentuknya Undang-undang dimana perbuatan itu diancam dengan suatu sanksi yang berupa pidana. Seperti halnya yang dikemukakan oleh Sudarto⁹ bahwa dalam menghadapi masalah sentral dalam kebijakan kriminal terutama masalah pertama yang disebut juga masalah kriminalisasi, harus diperhatikan hal-hal diantaranya di mana:

1. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional yang mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata, materiil, spirituil berdasarkan Pancasila; sehubungan dengan hal ini maka (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk mengangulangi kejahatan dan mengadakan penguguran terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat;
2. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan “perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materiil dan atau spirituil) atas warga masyarakat;
3. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip-prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*);
4. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari bagian-bagian penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelasting*)

Pengguguran kandungan telah diatur dalam KUHP dan beberapa undang-undang di luar KUHP. Tulisan ini sekali lagi lebih mengkaji kebijakan kriminalisasi secara teoritik akademik atau ilmiah, baik yang sudah dijadikan delik (diatur dalam UU) maupun yang belum. Jadi bisa saja dibedakan antara kriminalisasi yuridis (menurut UU) dengan kriminalisasi ilmiah atau teoritik, apalagi dilihat dari sudut "*penal/criminal policy*"¹⁰. Walaupun penulis mengkaji secara ilmiah atau teoritik tetap tidak bisa jika tanpa berpijak pada dua hal yaitu bagaimana pengaturan kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan yang telah diatur saat ini dan kajian tentang bagaimana pengaturan yang seharusnya diatur pada pembaruan hukum positif mendatang. Jika berpijak pada salah satu kriteria yang dirinci oleh Soedarto agar diperoleh hasil legislasi yang optimal efeknya dan tidak terjadi over kriminalisasi bahwasanya pengguguran kandungan adalah *perbuatan yang tidak dikehendaki*, yaitu perbuatan yang mendatangkan *kerugian* (material dan atau spiritual) atas warga masyarakat. Berikut ini akan diuraikan kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan dalam hukum positif saat ini

⁹ Barda Nawawi Arief, 2007, *Ibid*, halaman 30

¹⁰ Barda Nawawi Arief, materi kuliah Pembaruan Hukum Pidana

1. Perlindungan Anak menurut UUD 1945

Salah satu tujuan didirikannya Republik Indonesia adalah untuk “melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum” sebagaimana tercantum di dalam alinea IV Pembukaan UUD 1945. Begitu umumnya perlindungan yang diberikan oleh negara yaitu kepada segenap bangsa dan tumpah darah Indonesia, maka dapat dikatakan bahwa perlindungan itu tidak hanya diberikan kepada orang pada umumnya, tetapi juga kepada anak dalam kandungan. Dengan demikian anak dalam kandungan berhak untuk mendapatkan perlindungan dari negara yang dijamin oleh konstitusi.

Perlindungan terhadap anak dalam kandungan lebih jelas lagi dengan adanya pernyataan di dalam alinea IV Pembukaan bahwa Negara Indonesia berdasarkan Pancasila. Sila pertama, Ketuhanan Yang Maha Esa, dan sila kedua, Kemanusiaan yang adil dan beradab, mempertegas adanya perlindungan konstitusi terhadap anak yang masih berada dalam kandungan yang memperoleh kehidupan dari Tuhan Sang Pencipta dan karena itu manusia sesuai kodratnya berkewajiban melindungi, mengasuh, membesarkan dan menjaga kelangsungan hidupnya.¹¹

Seperti yang telah dikemukakan di muka bahwa dalam tulisan ini akan dikaji lebih dalam sila kedua Pancasila dalam hubungannya pembaruan hukum pidana Indonesia, oleh karenanya berikut ini akan dipaparkan 10 butir-butir dari sila kedua Pancasila¹² yaitu:

1. mengakui dan memperlakukan manusia sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa
2. mengakui persamaan derajat, persamaan hak dan kewajiban asasi setiap manusia tanpa membeda-bedakan suku, keturunan, agama, kepercayaan, jenis kelamin, kedudukan sosial, warna kulit dan sebagainya.
3. mengembangkan sikap saling mencintai sesama manusia
4. mengembangkan sikap tenggang rasa dan tepa selira
5. mengembangkan sikap tidak semena-mena terhadap orang lain.
6. menjunjung tinggi nilai kemanusiaan
7. gemar melakukan kegiatan kemanusiaan.
8. berani membela kebenaran dan keadilan.
9. bangsa Indonesia merasa dirinya sebagai bagian dari seluruh umat manusia.
10. mengembangkan sikap hormat menghormati dan bekerja sama dengan bangsa lain.

Dari butir-butir sila kemanusiaan yang adil dan beradab di atas secara jelas tersirat tentang penghargaan yang tinggi atas nilai kemanusiaan. Oleh karenanya pengguguran kandungan merupakan tindakan yang bertentangan dengan sila kedua Pancasila “kemanusiaan yang adil

¹¹ Paulinus Soge, loc. cit., hal. 241.

¹² Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945, Surabaya: Penerbit Apollo, hlm. 43

dan beradab”. Nilai-nilai Pancasila sebagai sumber etika: sebagai dasar filsafat negara Pancasila tidak hanya merupakan sumber derivasi peraturan perundangan, melainkan juga merupakan sumber moralitas terutama dalam hubungannya dengan legitimasi kekuasaan, hukum serta berbagai kebijakan dalam pelaksanaan dan penyelenggaraan negara. Oleh karena itu secara moralitas kehidupan negara harus sesuai dengan nilai-nilai yang berasal dari Tuhan terutama hukum serta moral dalam kehidupan negara. Berkaitan dengan jaminan akan hak hidup UUD NRI 1945 dalam Bab XA mengatur tentang Hak asasi manusia pada Pasal 28A dan Pasal 28B. Walaupun dalam UUD NRI 1945 tidak dikenal redaksional ‘janin atau fetus’ tetapi digunakan istilah ‘anak’ tidak mengurangi makna perlindungan negara atas hak hidup janin. Penulis memaknai bahwasanya negara dalam pasal 28B ayat (1) telah mengatur bahwa negara juga melindungi setiap orang untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah. Melanjutkan keturunan berarti mengindikasikan adanya proses beregenerasi (janin-bayi-anak) dan dilindungi oleh negara asal dalam proses perkawinan yang sah. Jadi jelas, bahwa pengguguran kandungan bertentangan dengan hak yang diatur dalam Pasal 28A dan Pasal 28B. Jika dalam perkawinan yang sah terjadi pengguguran kandungan dengan alasan kegagalan KB atau tidak ingin melanjutkan keturunan karena jumlah anak berlebih maka ini menjadi tanggung jawab negara untuk mencari jalan alternatif selain pengguguran kandungan. Lebih lanjut pasal 28 I UUDNRI 1945 ayat (1) mengatur hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (garis bawah oleh penulis). Hak untuk hidup dan hak untuk tidak disiksa menjadi fokus penulis bahwasanya adanya jaminan hidup dan tidak disiksa atas janin sebab dalam proses pengguguran kandungan dilakukan berbagai cara yang menyiksa janin. Tidak ada satu cara pengguguran kandungan yang tidak menyiksa janin.

2. KUHP

KUHP telah mengatur masalah pengguguran kandungan sebagai kejahatan dan pelanggaran yang diatur sebagai berikut:

- a. Bab XIV, Buku II KUHP yang mengatur tentang kejahatan kesusilaan, Pasal 299.
- b. Bab XIX, Buku II KUHP yang mengatur tentang Kejahatan terhadap nyawa orang, khususnya Pasal 346, 347, 348 dan 349.
- c. Bab IV Buku III KUHP yang mengatur tentang pelanggaran kesusilaan, khususnya Pasal 535.

Pasal 346 KUHP menyebutkan bahwa seorang wanita yang sengaja menggugurkan atau mematikan kandungannya atau menyuruh orang lain untuk itu diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun. Unsur sengaja ditempatkan di depan berarti bahwa semua unsur yang ada di belakang unsur sengaja harus diliputi unsur sengaja. Kesengajaan pelaku dalam Pasal 346 KUHP ini tertuju pada gugurnya kandungan atau matinya kandungan. Artinya ialah bahwa gugurnya kandungan atau matinya kandungan haruslah merupakan hal yang diniati, dimaksud, dituju, dikehendaki atau dapat dibayangkan oleh pelaku bahwa dengan perbuatannya akan berakibat gugur atau matinya kandungan¹³.

KUHP hanya melihat pengguguran kandungan sebagai perbuatan menghilangkan nyawa. Oleh karenanya lebih banyak pasal yang mengatur tentang pengguguran kandungan dalam Bab XIX, Buku II KUHP yang mengatur tentang Kejahatan terhadap Nyawa sedangkan dalam Bab XIV Buku II Kejahatan terhadap Kesusilaan dan Bab IV Buku III KUHP yang mengatur tentang pelanggaran kesusilaan hanya diatur masing-masing dalam satu pasal saja. Sedangkan pengguguran kandungan tidak hanya berkaitan dengan penghilangan nyawa, tetapi jauh dari itu terdapat rangkaian perbuatan sebelumnya yang berujung pada tindakan pengguguran kandungan. Pengguguran kandungan adalah hilir dari permasalahan, jika hulu permasalahan tidak diatasi maka pengguguran kandungan akan selalu terjadi.

Bagi pelaku pengguguran kandungan terdapat dua subyek yang dikenai pidana, yakni si perempuan sendiri yang hamil serta barangsiapa yang sengaja membantu si perempuan tersebut menggugurkan kandungannya. Seorang perempuan yang hamil dapat terkena ancaman pidana kalau ia sengaja menggugurkan kandungan tanpa bantuan orang lain. Ia juga dapat terkena ancaman pidana kalau ia minta bantuan orang lain dengan cara menyuruh orang itu untuk menggugurkan kandungannya. Khusus untuk orang lain yang disuruh untuk menggugurkan kandungan dan ia benar-benar melakukannya, maka baginya berlaku rumusan Pasal 347 dan 348 KUHP.

Menurut Njowito Hamdani¹⁴, yang terpenting dari Pasal 299 KUHP adalah: "...diberitahukan atau ditimbulkan harapan bahwa karena pengobatan itu hamilnya dapat digugurkan..." si perempuan menurut pasal ini tidak perlu hamil, tapi cukup bahwa ia merasa hamil. Obat diberikan tidak perlu harus mujarab, dapat diberikan secangkir air yang sudah diberi mantra, yang penting adalah memberikan atau menimbulkan harapan bahwa karena

¹³ Sunardi dan Fanny Tanuwijaya, *Tindak Pidana Terhadap Nyawa dan Badan*, 2001, Malang: Lembaga Penerbitan Fakultas Hukum Universitas Islam Malang, hlm. 27.

¹⁴ *Ibid.*, Hlm. 72.

pengobatan itu hamilnya dapat digugurkan. Barulah jika si perempuan betul-betul hamil, maka yang berlaku adalah Pasal 346-349 KUHP.

Terkait Pasal 346, 347, 348 KUHP meliputi perbuatan-perbuatan: “menggugurkan kandungan (*afdrijving van de vrucht atau vrucht afdrijving*) dan mematikan kandungan (*de dood van de vrucht veroorzaken atau vrucht doden*)”. KUHP tidak memberikan penjelasan mengenai pengertian kandungan itu sendiri. Bahkan KUHP juga tidak memberikan penjelasan mengenai perbedaan istilah menggugurkan dan mematikan kandungan. Oleh karena itu, pengertian atau arti istilah-istilah tersebut harus dicarikan dari pendapat para ahli.

Musa Perdanakusuma¹⁵ memberikan beberapa kemungkinan atas pengertian kandungan (*vrucht*):

1. dalam arti janin pada umumnya, yaitu sejak berusia dua minggu sampai dengan 40 minggu dalam kandungan
2. dalam arti embrio murni
3. dalam arti embrio lanjutan
4. dalam arti foetus murni

Pengertian kandungan (*vrucht*) ini amat penting artinya sebagai dasar analisis pasal 346, 347, 348 KUHP untuk menentukan kapan suatu perbuatan dapat dikatakan menggugurkan kandungan (*afdrijving van de vrucht atau vrucht afdrijving*) atau kapan perbuatan dikatakan mematikan kandungan (*de dood van de vrucht veroorzaken atau vrucht doden*). Selain dapat dicari dari periodisasi pertumbuhan janin seperti tersebut di atas, pengertian istilah menggugurkan atau membunuh (mematikan) kandungan juga dapat dicari dari segi tata bahasa:

Menggugurkan berarti membuat gugur atau menyebabkan gugur. Gugur sama artinya dengan jatuh atau lepas. Menggugurkan kandungan berarti membuat kandungan menjadi gugur atau menyebabkan gugur. Pada pengguguran kandungan perbuatan yang diancam pidana adalah menyebabkan gugurnya kandungan, yakni lepasnya kandungan dari rahim dan keluarnya kandungan tersebut dari tubuh wanita yang mengandung. Apakah pengguguran kandungan menyebabkan mati atau tidaknya kandungan, tidaklah menjadi persyaratan.

Sedangkan istilah membunuh atau mematikan mempunyai arti yang sama, yakni menyebabkan mati atau menghilangkan nyawa. Mematikan kandungan berarti menyebabkan kandungan menjadi mati atau menghilangkan nyawa kandungan. Dengan demikian suatu perbuatan dapat dikualifikasikan sebagai perbuatan mematikan kandungan jika kandungan

¹⁵ Ibid., hlm. 72.

tersebut lepas dari rahim dan keluar dari tubuh wanita yang mengandung serta kandungannya harus mati.

Sedangkan kandungan yang telah dapat disamakan manusia biasa adalah foetus murni karena foetus murni telah memperlihatkan tanda-tanda kehidupan. Berkaitan dengan isi Pasal 346-348 KUHP, maka pada foetus murni inilah yang berlaku istilah membunuh (mematikan) kandungan. Alasannya, secara logika segala sesuatu yang dapat dibunuh adalah segala sesuatu yang bernyawa. Dilihat dari uraian proses pertumbuhan janin tersebut di atas, hanya foetus murni sajalah (janin berusia antara 16-40 minggu dalam kandungan) yang telah bernyawa dan punya tanda-tanda kehidupan seperti adanya sirkulasi darah, denyut jantung dan janin dapat bergerak-gerak di dalam rahim.

Terkait Pasal 346-348 KUHP terdapat dua istilah yang berbeda, yaitu menggugurkan kandungan dan mematikan kandungan. Pengertian kedua istilah tersebut dari segi tata bahasa tidak sama. Tapi pidana yang diancamkan kepada masing-masing pelakunya tetap sama yakni paling lama empat tahun penjara (Pasal 346 KUHP) paling lama dua belas tahun penjara (Pasal 347 KUHP) dan paling lama lima tahun enam bulan penjara (Pasal 348 KUHP). Oleh karena itu jika berpegang pada periodisasi pertumbuhan janin menurut ilmu kebidanan tersebut, sudah seharusnya kalau Pasal 346, 347, dan 348 KUHP hanya berlaku untuk istilah menggugurkan kandungan, yakni menyebabkan gugurnya kandungan yang berupa embrio murni dan embrio lanjutan (janin usia 0 sampai menjelang minggu ke-16). Sedangkan istilah mematikan kandungan berarti menyebabkan mati atau menghilangkan nyawa kandungan yang berupa foetus murni. Untuk istilah ini haruslah dikenakan pasal-pasal lain tentang pembunuhan (misalnya pembunuhan bayi, karena foetus murni sudah dapat disamakan dengan bayi).

3. Undang-Undang Republik Indonesia tentang Kesehatan Nomor 36 Tahun 2009

Pengaturan aborsi dalam UUK diatur dalam Pasal 75 ayat (1) bahwa, setiap orang dilarang melakukan aborsi. Tetapi dalam Pasal 75 ayat (2) terdapat pengaturan tentang pengecualian larangan aborsi dengan indikasi tertentu yaitu:

1. 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
2. kehamilan akibat perkosaan yang dapat menyebabkan trauma psikologis bagi korban perkosaan.

Pasal 76 UUK memberikan perincian bahwasanya aborsi 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.

UUK Indonesia dapat digolongkan dalam hukum yang membolehkan aborsi dengan syarat yang rumit karena keadaan darurat merupakan kata kunci untuk menggugurkan kandungan dalam upaya menyelamatkan jiwa ibu hamil. Berkaitan dengan masalah ini, salah satu laporan simposium di Surabaya tahun 1973 menyatakan bahwa kesepakatan mengenai indikasi medis atau kesehatan sebetulnya belum jelas di kalangan medis sendiri. Hal ini disebabkan karena unsur-unsur non-medis memegang peranan dalam menentukan indikasi medis. Indikasi medis yang tradisional didasarkan pada kondisi klinis si penderita tanpa memperhatikan faktor-faktor sosial. Dalam arti sempit indikasi medis sangat terbatas pada indikasi vital yaitu aborsi yang dilakukan untuk menyelamatkan jiwa ibu apabila si ibu oleh karena mengandung terancam bahaya maut yang tidak dapat dielakkan dengan cara apapun kecuali dengan cara menggugurkan kandungannya. indikasi medis dalam arti luas adalah indikasi demi keselamatan atau kesehatan ibu. Indikasi ini aborsi dilakukan apabila nyata bahwa kelangsungan kehamilan akan sangat mengganggu kesehatan si ibu¹⁶.

Baik dalam Pasal 75 maupun Pasal 76 tidak dijelaskan apa yang dimaksud dengan kedaruratan medis sebagai dasar untuk melakukan tindakan aborsi. Padahal seharusnya ada penjelasan berkaitan dengan yang dimaksud dengan kedaruratan medis sehingga aborsi yang dilakukan benar-benar sesuai dengan indikasi medis yang terjadi baik pada diri ibu atau janin. UUK hanya mengisyaratkan tentang kedaruratan medis yang akan diatur lebih lanjut dalam peraturan pemerintah, hanya saja sampai saat ini peraturan pemerintah tersebut belum juga terbentuk. Menurut penulis, setidaknya ada batasan dari pengertian kedaruratan medis itu sendiri, sebab seiring kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi di dunia kedokteran telah banyak kondisi-kondisi kesehatan ibu dan janin yang telah dapat diatasi atau sebaliknya justru adanya kondisi-kondisi kesehatan ibu dan janin yang sama sekali baru terjadi. Dengan demikian penyalahgunaan tindakan aborsi yang mengatasnamakan ‘kedaruratan medis’ dapat diminimalisir.

Kedaruratan medis sendiri dapat dilihat dari dua sisi yaitu indikasi medis pada ibu dan indikasi medis pada janin. Indikasi medis pada ibu, yaitu jika si ibu menderita berbagai penyakit seperti jantung, ginjal, hati, atau hipertensi. Jika kehamilan diteruskan, penyakit-

¹⁶ Paulinus Soge, loc. cit., hlm. 55.

penyakit tersebut dapat mengancam jiwa si ibu, biasanya tim medis memberi alternatif pada wanita yang bersangkutan untuk tidak meneruskan kehamilannya yang penuh risiko tersebut.

Indikasi medis pada anak yang akan dilahirkan, yakni jika diketahui bahwa si anak yang akan dilahirkan menderita cacat berat dan tidak punya harapan hidup, adanya kelainan kromosom pada anak maupun jika si ibu menderita *rubella* (penyakit campak jerman). Dengan semakin majunya teknologi kedokteran sekarang ini anak dalam kandungan dapat diketahui perkembangannya lewat pemeriksaan USG (*Ultrasonografi*). Sebelum anak dilahirkan, dokter maupun orang tuanya sudah tahu bagaimana kondisi anak yang akan dilahirkan nanti, apakah cacat berat atau sempurna.

Pada dasarnya pemberian informasi mengenai kesehatan reproduksi bukan semata-mata menjadi beban tanggung jawab pemerintah. Tetapi merupakan tanggung jawab semua pihak baik itu orang tua, kalangan pendidik, para agamawan maupun remaja itu sendiri. Jika telah mendapatkan informasi dan edukasi tentang kesehatan reproduksi tetapi masih saja terjadi perilaku yang mengakibatkan kehamilan yang tidak diinginkan maka tetap harus dilakukan beberapa langkah penyuluhan sebelum abortus elektif¹⁷ menjadi alternatif terakhir.

4. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran

Pembangunan kesehatan ditujukan untuk meningkatkan kesadaran, kemauan, dan kemampuan hidup sehat bagi setiap orang dalam rangka mewujudkan derajat kesehatan yang optimal sebagai salah satu unsur kesejahteraan umum sebagaimana dimaksud dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Penyelenggaraan praktik kedokteran yang merupakan inti dari berbagai kegiatan dalam penyelenggaraan upaya kesehatan harus dilakukan oleh dokter dan dokter gigi yang memiliki etik dan moral yang tinggi, keahlian dan kewenangan yang secara terus-menerus harus ditingkatkan mutunya melalui pendidikan dan pelatihan berkelanjutan, sertifikasi, registrasi, lisensi, serta pembinaan, pengawasan, dan pemantauan agar penyelenggaraan praktik kedokteran sesuai dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi. Hal ini telah diatur dalam Bab II Asas dan Tujuan Pasal 2 bahwasanya “Praktik kedokteran dilaksanakan berdasarkan Pancasila dan didasarkan pada nilai ilmiah, manfaat, keadilan, kemanusiaan, keseimbangan, serta perlindungan dan keselamatan pasien”.

Pada prinsipnya dibentuknya undang-undang ini lebih memberikan jaminan perlindungan kesehatan kepada pasien dan mengingatkan para dokter untuk senantiasa

¹⁷ Abortus elektif (volunter) adalah terminasi buah kehamilan sebelum janin mampu hidup atas permintaan wanita yang bersangkutan, tetapi bukan atas alasan penyakit janin atau gangguan kesehatan ibu.

menjaga dan meningkatkan mutu pelayanan medisnya untuk kesehatan masyarakat. Sehingga akan menjadi bertentangan jika para dokter dalam melakukan aktivitas medisnya hanya berorientasi pada *profit oriented* tanpa mempertimbangkan faktor kesehatan dan kualitas hidup masyarakat. Lebih lanjut tujuan pengaturan praktik kedokteran diatur dalam Pasal 3 sebagai berikut:

- a. Memberikan perlindungan kepada pasien
- b. Mempertahankan dan meningkatkan mutu pelayanan medis yang diberikan oleh dokter dan dokter gigi; dan
- c. Memberikan kepastian hukum kepada masyarakat, dokter dan dokter gigi.

2.2. Kebijakan Kriminalisasi Pengguguran Kandungan Dalam Hukum Positif Yang Akan Datang

Pada bagian ini akan diuraikan implementasi nilai-nilai Pancasila dan perbandingan pengaturan pengguguran kandungan di beberapa negara lain dalam rangkaian pembaharuan hukum pidana Indonesia berkaitan dengan kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan yang diatur dalam hukum positif yang akan datang. Metode memperbandingkan hukum pidana (KUHP) hal ini menyangkut ukuran nilai tiap negara. Hermann Mannheim¹⁸ mengatakan : *penal code is the most faithful mirror of civilization of a nation* (KUHP adalah cermin yang paling terpercaya mengenai peradaban suatu bangsa). Oleh karenanya dalam melaksanakan kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan dalam hukum positif yang akan datang hendaknya perlu diperhatikan beberapa hal sebagai berikut:

1. Pendekatan/orientasi dalam melakukan kebijakan kriminalisasi

Sebagaimana yang pernah dikaji dalam bab sebelumnya bahwa dalam melakukan kebijakan kriminalisasi dalam pembaruan hukum dapat dilihat dari dua sudut pendekatan yaitu pendekatan kebijakan dan pendekatan nilai. Pendekatan kebijakan meliputi pembaruan hukum sebagai bagian dari kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum. Ketiganya digunakan sebagai rangkaian yang nantinya dapat menunjang terwujudnya tujuan nasional sebagaimana yang tercantum dalam pembukaan UUDNRI 1945 alinea IV. Penulis berpendapat dengan rendahnya perhatian terhadap maraknya kasus pengguguran kandungan sama halnya dengan membiarkan untuk tidak tercapainya pembangunan bangsa. Pembangunan bangsa bukan semata dari segi pembangunan fisik tetapi juga pembangunan manusia Indonesia seutuhnya. Perempuan yang melakukan pengguguran kandungan tidak jarang mengalami gangguan kesehatan secara fisik tetapi juga secara psikis. Hal ini dapat

¹⁸ Andi Hamzah, *Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara Edisi Ketiga*, 2008, Jakarta: Sinar Grafika, Hal. 6.

menurunkan kualitas hidupnya yang mau tidak mau juga berpengaruh terhadap tidak tercapainya tujuan pembangunan manusia Indonesia. Sedangkan dilihat dari sudut pendekatan nilai, masyarakat Indonesia adalah masyarakat yang religius di mana nilai dan norma agama sangat kuat dipegang. Pengguguran kandungan adalah salah satu perbuatan yang dikecam. Walaupun dalam beberapa hal menurut pandangan beberapa agama, pengguguran kandungan dapat dilakukan. Masyarakat Indonesia sebagian besar memandang perzinahan ataupun pengguguran kandungan adalah perbuatan yang bertentangan dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Perzinahan ataupun pengguguran kandungan bukan semata menjadi urusan pribadi semata tetapi telah mengusik nilai-nilai yang selama ini dipegang teguh masyarakat¹⁹. Dengan demikian pembaruan hukum pidana yang pada hakekatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (“re-orientasi dan re-evaluasi”) nilai-nilai sosiopolitik, sosiofilosofis dan sosiokultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan. Oleh karena itu pembaruan hukum berkaitan dengan pengguguran kandungan ini hendaknya dapat dengan cermat dirumuskan dan diaplikasikan. Hal ini bertujuan agar tidak terjadi lagi praktek pengguguran kandungan secara ilegal yang sangat merugikan kesehatan reproduksi perempuan.

Sebagaimana yang telah dikemukakan di awal, bahwasanya pengguguran kandungan yang terjadi di Indonesia hampir sebagian besar dilakukan oleh para remaja di luar ikatan perkawinan yang sah akibat pergaulan yang salah dan kurangnya pengetahuan akan kesehatan reproduksi, incest, atau perkosaan. Oleh karenanya pengaturan kebijakan kriminalisasi bagi bangsa Indonesia hendaknya berdasarkan Pancasila dan garis kebijakan pembangunan nasionalnya bertujuan membentuk manusia Indonesia seutuhnya. Apabila pidana akan digunakan sebagai sarana untuk tujuan tersebut, maka pendekatan humanistik harus pula diperhatikan. Pendekatan humanistik dalam penggunaan sanksi pidana, tidak hanya berarti bahwa pidana yang dikenakan kepada si pelanggar harus sesuai dengan nilai-nilai kemanusiaan yang beradab ; tetapi juga harus dapat membangkitkan si pelanggar akan nilai-nilai kemanusiaan dan nilai-nilai pergaulan hidup bermasyarakat.²⁰

2. Ruang lingkup kebijakan formulasinya.

a. Pengaturan pengguguran kandungan dimasukkan ke dalam tindak pidana yang

¹⁹ Ketua Umum Pengurus Pusat Muslimat NU Khofifah Indar Parawansa menyebutkan, sepanjang 2011 terdapat lima juta perempuan yang menggugurkan kandungannya karena terjadi di luar nikah. Lebih lanjut dikemukakan, sekitar 62 persen perempuan yang melakukan pengguguran kandungannya itu berumur di bawah 16 tahun. Sumber : <http://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/12/05/05/m3k26k-dilanda-euforia-kebebasan-lima-juta-perempuan-indonesia-aborsi> diakses 8 Mei 2012

²⁰ Barda Nawawi Arief, loc. Cit., hal.34

berhubungan dengan moral

Hal menarik lain yang patut dipertimbangkan untuk dimasukkan dalam pengaturan KUHP yang akan datang adalah pengaturan penamaan. Seperti halnya yang diatur dalam KUHP Fiji, KUHP Kepulauan Fiji terdiri dari dua bagian yaitu part 1 berisi *general provisions* dan part II mengatur tentang *Crimes*. Sistematika pengaturan aborsi berada dalam *chapter XVII tentang Offences Against Morality*. Sistematika ini pula yang sekarang dianut RUU KUHP di mana tidak lagi dibedakan antara kejahatan dan pelanggaran tetapi dalam satu nama yaitu Tindak pidana sehingga RUU KUHP terdiri dari dua buku yaitu Buku I Aturan Umum dan Buku II berisi Tindak Pidana. Dengan penamaan *offences against morality* jelas menunjukkan perhatian bahwasanya pengguguran kandungan semata-mata bukan hanya berkaitan dengan gugurnya janin semata tetapi ada faktor moral yang dilanggar. Maka menjadi tidak mengherankan jika dalam pengaturan pidananya pun KUHP Fiji memberikan pidana yang berat terhadap pelaku pengguguran kandungan.

b. Batasan pengguguran kandungan

Pengaturan kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan sebagaimana diatur dalam KUHP masih menimbulkan celah. Di mana dalam KUHP menggunakan dua istilah yang berbeda yaitu menggugurkan kandungan dan mematikan kandungan. Sebagaimana yang telah dikemukakan pada bab sebelumnya bahwa secara definisi menurut Gulardi H. W.²¹, pengguguran kandungan adalah berhentinya dan dikeluarkannya kehamilan sebelum 20 minggu (dihitung dari haid terakhir) atau berat janin kurang dari 500 g atau panjang janin kurang dari 25 cm. Pada umumnya abortus terjadi sebelum kehamilan 3 bulan. Angka kejadian abortus spontan ialah 15%. Bahkan bila diselidiki pada seluruh haid yang terjadi pada kemungkinan angka tersebut menjadi 40% bila mengikutsertakan hasil konsepsi yang larut dengan haid. Sedangkan keluarnya hasil konsepsi (pembuahan) setelah usia kehamilan 20 minggu dapat dikatakan sebagai per salinan mengingat janin yang dikeluarkan sudah mempunyai harapan hidup walaupun amat tipis.

Pada pengguguran kandungan perbuatan yang diancam pidana adalah menyebabkan gugurnya kandungan, yakni lepasnya kandungan dari rahim dan keluarnya kandungan tersebut dari tubuh wanita yang mengandung. Apakah pengguguran kandungan menyebabkan mati atau tidaknya kandungan, tidaklah menjadi persyaratan. Sedangkan istilah membunuh atau mematikan mempunyai arti yang sama, yakni menyebabkan mati atau menghilangkan nyawa. Mematikan kandungan berarti menyebabkan kandungan menjadi mati atau

²¹ Ibid., hlm. 3-4

menghilangkan nyawa kandungan. Dengan demikian suatu perbuatan dapat dikualifikasikan sebagai perbuatan mematikan kandungan jika kandungan tersebut lepas dari rahim dan keluar dari tubuh wanita yang mengandung serta kandungannya harus mati.

KUHP tidak membedakan dua akibat dari dua perbuatan ini tetapi memberikan pidana yang sama. Padahal subyek yang dikenai akibat jelas berbeda di mana menggugurkan kandungan subyek yang digugurkan adalah janin sedangkan mematikan kandungan, subyeknya adalah bayi. Jadi pengaturan yang diatur dalam pasal 346, 347, dan 348 KUHP hendaknya hanya diperuntukkan dalam terminologi menggugurkan kandungan. Sedangkan untuk terminologi mematikan kandungan hendaknya dikenai pasal yang berkaitan dengan pembunuhan bayi.

2. Ruang lingkup delik

- a. pengaturan yang berkaitan dengan syarat-syarat diijinkannya pengguguran kandungan.

Sebagaimana diatur pada Pasal 346-348 KUHP bahwasanya pengguguran kandungan adalah dilarang tanpa kecuali. Hal ini berakibat maraknya praktek pengguguran kandungan secara ilegal yang dilakukan tanpa standar medis sehingga membahayakan kesehatan reproduksi ibu. Dalam kasus di mana ibu hamil mengalami gangguan kesehatan baik secara fisik maupun psikis atau kesehatan janin yang mengalami gangguan maka paramedis dihadapkan pada dilema antara menolong ibu atau janin dengan aturan larangan melakukan pengguguran kandungan. Oleh karenanya penulis berpendapat dalam batasan kasus dengan kondisi kesehatan janin dan kondisi kesehatan ibu maka pengguguran kandungan secara selektif dapat dilakukan. Seiring dengan perkembangan dunia kedokteran bahwa beberapa penyakit tertentu yang dulunya belum dapat diatasi telah ditemukan cara pengobatannya saat ini ataupun sebaliknya dengan munculnya beberapa penyakit generatif baru yang belum ditemukan cara pengobatannya maka penulis berpendapat klausul atau redaksional tentang diijinkannya pengguguran kandungan jika kesehatan janin dan kesehatan ibu baik secara psikis maupun fisik tidak memungkinkan dilanjutkannya kehamilan. Hal ini sebagai batasan bahwa tanpa alasan kesehatan yang terkait pada janin dan ibu maka pengguguran tidak bisa dilakukan.

Pengaturan yang demikian juga dapat dilihat pada KUHP Ethiopia²² Pasal 551 ayat (1) dengan menggunakan batasan diijinkannya pengguguran kandungan (cetak tebal oleh penulis) jika :

- a) *the pregnancy is the result of rape or incest; or*

²² Proclamation No.414/2004 The Criminal Code Of The Federal Democratic Republic of Ethiopia diakses dari Perpustakaan Komputer S2 Ilmu Hukum Universitas Diponegoro

- b) *the continuance of the pregnancy endangers the life of the mother or the child or the health of the mother or where the birth of the child is a risk to the life or health of the mother; or*
- c) *the child has an incurable and serious deformity; or*
- d) *the pregnant woman, owing to a physical or mental deficiency she suffers from or her minority, is physically as well as mentally unfit to bring up the child.*

KUHP Romania²³ Art. 185

- a) *in order to save the pregnant woman's life, health or physical integrity against a serious and imminent danger which could not have been avoided otherwise;*
- b) *in the case mentioned in paragraph 1, when pregnancy interruption was a must due to therapeutical reasons, according to the legal provisions;*
- c) *in the case provided in paragraph 2, when the pregnant woman could not express her will, and pregnancy interruption was imposed by therapeutical reasons, according to the legal provisions.*

KUHP Vanuatu²⁴ Art. 117.

- (1) *It shall be a defence to any charge under subsections (1) and (2) if the person charged shall show that the miscarriage procured constituted a termination of pregnancy for good medical reasons.*

KUHP Jerman²⁵ Pasal 218a (2)

The termination of pregnancy performed by a physician with the consent of the pregnant woman shall not be unlawful, if, considering the present and future living conditions of the pregnant woman, the termination of the pregnancy is advisable to avert a danger to life or the danger of a grave impairment of the physical or emotional state of health of the pregnant woman and the danger cannot be averted in another way which is reasonable for her

KUHP Kepulauan Fiji²⁶

Tidak disebutkan dalam satu pasal tetapi dapat tersirat dalam Pasal 234 yang berbunyi:

A person is not criminally responsible for performing in good faith and with reasonable care and skill a surgical operation upon any person for his benefit, or upon an unborn child for the preservation of the mothers life, if the performance of the operation is reasonable, having regard to the patient's state at the time, and to all the circumstances of the case.

- b. Pengaturan yang berkaitan dengan peredaran obat atau sarana yang digunakan untuk

²³ Romania Criminal Code diakses dari Perpustakaan Komputer S2 Ilmu Hukum Universitas Diponegoro

²⁴ Laws of The Republic of Vanuatu Revised Edition 1988 diakses dari Perpustakaan Komputer S2 Ilmu Hukum Universitas Diponegoro

²⁵ German Criminal Code diakses dari Perpustakaan Komputer S2 Ilmu Hukum Universitas Diponegoro

²⁶ Fiji Islands Penal Code diakses dari Perpustakaan Komputer S2 Ilmu Hukum Universitas Diponegoro

pengguguran kandungan. Seperti halnya yang diatur dalam Pasal 219b KUHP Jerman dan Pasal 174 KUHP Fiji. Tanpa pengaturan peredaran obat atau sarana yang digunakan untuk pengguguran kandungan maka sama saja memberikan celah terjadinya pengguguran kandungan yang dapat saja dilakukan tanpa jaminan keamanan dan kesehatan dan oleh siapa saja (yang mungkin tidak mempunyai kualifikasi di bidang kesehatan) di mana hal ini kembali memberikan celah akan terjadinya hal-hal yang tidak melindungi kesehatan reproduksi ibu.

c. Pengaturan yang berkaitan dengan pemberian konseling dan informasi tentang prosedur pengguguran kandungan hendaknya diberikan kepada pasien sebelum dilakukan tindakan medis (pengguguran kandungan). Berkaitan dengan pengaturan prosedur pengguguran kandungan hendaknya sebelum dilakukan tindakan medis (pengguguran kandungan), ibu hamil diberikan informasi lengkap berkaitan dengan proses dan risiko dilakukannya tindakan pengguguran kandungan. Sebab tidak jarang pasien yang berinisiatif sendiri bertanya terkait proses ataupun risiko yang diterima setelah dilakukannya pengguguran kandungan. Dibeberapa negara pengaturan tentang prosedur pengguguran kandungan ini diatur dalam KUHP seperti pada KUHP Ethiopia Pasal 552 dan Pasal 218a KUHP Jerman. Dengan diaturnya prosedur pengguguran kandungan pasien (ibu hamil) diberikan informasi selengkap-lengkapnyanya atas tindakan medis yang dilakukan terhadapnya.

3. kebijakan pidana dan pembedanaannya

a. Jenis pidana dan lama pidana

Jenis pidana (*strafsoort*) tentang pengguguran kandungan sebagaimana diatur dalam KUHP berupa pidana tunggal. Meskipun jenis pidana penjara masih relevan digunakan dalam delik pengguguran kandungan, tetapi sistem perumusannya sangat kaku, absolut, dan imperatif karena dirumuskan secara tunggal sehingga tidak sesuai dengan ide individualisasi pidana. Jenis pidana yang bisa dialternatifkan atau dikumulasikan terhadap delik pengguguran kandungan ini selain pidana penjara adalah pidana denda atau pidana kerja sosial.

Jika dikaji dari berat ringannya pidana (*strafmaat*) ancaman pidana penjara atas pelaku pengguguran kandungan cukup tinggi. Dilihat dari rumusan Pasal 346 sampai 349 KUHP maka paling rendah ancaman pidana penjara adalah selama 4 (empat) tahun (Pasal 346 KUHP), selama-lamanya 12 (dua belas) tahun dan 15 (lima belas) tahun (Pasal 347 KUHP), dan selama-lamanya 5 (lima) tahun dan 7 (tujuh) tahun (Pasal 348 KUHP). Apabila dibandingkan dengan beberapa KUHP asing lain maka KUHP Indonesia dan KUHP Kepulauan Fiji dapat dikatakan memiliki ancaman pidana penjara yang lama. serta tidak

menggunakan pola minimum khusus. Tidak digunakannya pola minimum khusus ini mengakibatkan dapat beragamnya penjatuhan pidana. Semisal walaupun secara jelas diancam pidana penjara selama-lamanya 12 tahun, hakim dapat saja menjatuhkan pidana dalam hitungan bulan saja. Hal ini dapat saja mengakibatkan disparitas pidana yang tinggi yang pada akhirnya dapat saja menimbulkan faktor kriminogen dalam sistem peradilan pidana.

Dikaji dari cara pelaksanaan pidana (*strafmodus*) apabila tidak dapat dihindari penggunaan perumusan pidana secara tunggal sebagaimana dirumuskan dalam konsep KUHP tahun 2008 dalam ketentuan umumnya perlu ada pedoman penerapan agar lebih fleksibel dan berorientasi pada individualisasi pidana. Pasal 58 RUU KUHP 2008 memberikan pedoman penerapan pidana penjara dengan perumusan tunggal sebagai berikut:

- (1) Jika seseorang melakukan tindak pidana yang hanya diancam dengan pidana penjara, sedangkan hakim berpendapat tidak perlu menjatuhkan pidana penjara setelah mempertimbangkan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 54 dan Pasal 55 maka orang tersebut dapat dijatuhi pidana denda.
- (2) ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku bagi orang yang pernah dijatuhi pidana penjara untuk tindak pidana yang dilakukan setelah berumur 18 (delapan belas) tahun.
- (3) Pidana denda yang dapat dijatuhkan berdasarkan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah pidana denda paling banyak menurut Kategori V dan pidana denda paling sedikit menurut Kategori III
- (4) Jika tujuan pemidanaan tidak dapat dicapai hanya dengan penjatuhan pidana penjara, maka untuk tindak pidana terhadap harta benda yang hanya diancam dengan pidana penjara dan mempunyai sifat merusak tatanan sosial, dapat dijatuhi pidana denda paling banyak Kategori IV bersama-sama dengan pidana penjara.

b. Alasan penghapus pidana berupa pengaturan tentang perlindungan kepada dokter yang melakukan tindakan medis berupa pengguguran kandungan karena adanya pertimbangan kesehatan janin dan ibu untuk tidak dikenai pidana. Hal ini untuk memberikan perlindungan hukum bagi dokter sebagaimana yang juga diatur dalam KUHP Rumania dan KUHP Jerman.

Selain itu juga berkaitan dengan penjatuhan pidana terdapat hal yang menarik yang diatur dalam KUHP Jerman yang dapat sebagai bahan pertimbangan untuk diatur dalam RUU KUHP Indonesia di mana wanita hamil tidak dikenai pidana sebagaimana yang diatur dalam Pasal 218c. Ketentuan ini memberikan jaminan kepada ibu hamil akan haknya mendapatkan *medical advice*, perlindungan hukum dan perlindungan kesehatan. Bunyi lengkapnya sebagai berikut:

Section 218c Breach of Medical Duties During a Termination of Pregnancy

(1) Whoever terminates a pregnancy:

- 1. without having given the woman an opportunity to explain the reasons for her request for a termination of pregnancy;***

2. *without having given the pregnant woman medical advice about the significance of the intervention, especially about the order of events, after effects, risks, possible physical or psychic consequences;*
 3. *in cases under Section 218a subsections (1) and (3), without having previously convinced himself on the basis of a medical examination as to the length of the pregnancy; or*
 4. *although he counseled the woman in a case under Section 218a subsection (1), pursuant to Section 219,*
shall be punished with imprisonment for not more than one year or a fine if the act is not punishable under Section 218.
- (2) ***The pregnant woman shall not be punishable under subsection (1).*** (cetak tebal oleh penulis)

c. Alasan pemberat pidana

Sebagaimana dikemukakan sebelumnya bahwasanya terkait dengan pengguguran kandungan tidak hanya dilihat dari penghilangan janin semata tetapi jauh dari itu menyangkut masalah moral, rasa kemanusiaan yang beradab, kesehatan reproduksi serta sisi tujuan bernegara di dalamnya. Oleh karenanya untuk mencegah terjadinya praktek ilegal yang mengesampingkan sisi kemanusiaan yang beradab perlu ada pengaturan terkait praktek ilegal pengguguran kandungan yang dilakukan oleh dokter atau paramedis yaitu dengan memperberat pidana yang dijatuhkan. Sebab seharusnya dengan keahlian yang dimiliki dokter atau paramedis tersebut mampu mempertanggungjawabkan segala tindakan medis yang diambil bukan berorientasi pada profit semata. Pemberatan pidana dapat dilakukan dengan kerja sosial atau dengan pencabutan hak ijin praktek.

Pengaturan pengguguran kandungan dalam RUU KUHP ini tidak banyak memberi perubahan walaupun memang diatur tentang diperbolehkannya dilakukan pengguguran kandungan jika ditemukan indikasi medis, di mana tindakan medis tertentu dalam keadaan darurat sebagai upaya untuk menyelamatkan jiwa ibu hamil dan/atau janinnya. Sejalan dengan hal ini Nyoman Serikat Putra Jaya²⁷ mengemukakan bahwa dalam hubungannya dengan pembaharuan hukum pidana di Indonesia khususnya pembuatan Rancangan Konsep KUHP Nasional, maka nilai-nilai Pancasila harus meresap ke dalam pasal-pasal konsep KUHP Nasional.

3.PENUTUP

A. KESIMPULAN

²⁷ Nyoman Serikat Putra Jaya, *Bahan Kuliah Pembaharuan Hukum Pidana, Program Magister Ilmu Hukum UNDIP. UNSOED, dan UNTAG, 2007*, hlm. 12

Berdasarkan uraian yang disajikan dalam tesis ini maka dapat diambil kesimpulan sebagai berikut:

1. Kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan dalam hukum positif saat ini

Kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan saat ini yang diatur dalam hukum positif belum cukup memberikan jaminan perlindungan bagi kesehatan masyarakat khususnya berkaitan dengan kesehatan reproduksi. Kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan yang diatur dalam hukum positif secara garis dapat dikaji dalam dua bagian, yaitu:

- a. Hukum positif yang secara tersurat mencantumkan redaksional pengguguran kandungan adalah KUHP dan Undang-Undang Republik Indonesia tentang Kesehatan Nomor 36 Tahun 2009 (UUK). KUHP tidak merumuskan secara eksplisit tentang pengguguran kandungan yang bersifat *medicinalis* atau *abortus provocatus therapeuticus*. Sedangkan UUK dapat digolongkan dalam hukum yang membolehkan aborsi dengan syarat yang rumit karena keadaan darurat merupakan kata kunci untuk menggugurkan kandungan dalam upaya menyelamatkan jiwa ibu hamil.
- b. Hukum positif yang secara tersirat mengatur kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan diatur dalam UUD NRI 1945, Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran. UUD maupun undang-undang tersebut memang mengatur tentang kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan secara eksplisit tetapi baik dalam UUD maupun UU tersebut memberikan jaminan perlindungan terhadap anak (definisi anak yang dimaksud di sini adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih di dalam kandungan) dan menegaskan kembali tanggung jawab dokter untuk melakukan praktik kedokteran berdasarkan Pancasila dan didasarkan pada nilai ilmiah, manfaat, keadilan, kemanusiaan, keseimbangan, serta perlindungan dan keselamatan pasien.

2. Kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan dalam hukum positif yang akan datang

Kebijakan kriminalisasi pengguguran kandungan dalam hukum positif yang akan datang dapat dilakukan dengan mempertimbangkan pengaturan pengguguran kandungan di beberapa KUHP asing sebagai bahan untuk melakukan pembaruan hukum dan utamanya mengingat kembali makna yang terkandung dalam sila kedua Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab. Berkaitan dengan hal itu penulis melakukan perbandingan hukum beberapa negara yaitu Ethiopia, Romania, Vanuatu, Jerman, dan Kepulauan Fiji. Masing-masing negara tersebut memberikan pengaturan tentang Nama dan letak aturan aborsi, alasan diijinkannya

aborsi, pengaturan prosedur aborsi, umur kehamilan yang boleh diaborsi, pengaturan iklan aborsi, pengaturan tentang obat atau sarana untuk aborsi, konseling wanita hamil sebelum memutuskan aborsi dan alasan penghapus, peringatan, dan pemberat pidana bagi pelaku aborsi

B. SARAN

1. Pengguguran kandungan bukanlah langkah terbaik yang dapat dipilih untuk diambil tetapi dalam kondisi tertentu yang dapat membahayakan kesehatan fisik dan psikis baik bagi ibu hamil ataupun janin maka sebaiknya perlu ada pengaturan yang dapat memberi rasa perlindungan dan jaminan kesehatan bagi ibu hamil untuk mendapatkan konseling atau fasilitas pengguguran kandungan yang aman.
2. Hendaknya ada pengaturan tentang peredaran obat atau sarana yang digunakan untuk melakukan pengguguran kandungan sebab tanpa itu maka sama saja memberikan celah terjadinya pengguguran kandungan yang tidak melindungi kesehatan reproduksi ibu.
3. Berkaitan dengan penamaan bab yang mengatur tentang pengguguran kandungan hendaknya dapat dipertimbangkan untuk dimasukkan dalam bab tentang tindak pidana yang bertentangan dengan moral. Dengan penamaan demikian jelas menunjukkan perhatian bahwasanya pengguguran kandungan semata-mata bukan hanya berkaitan dengan gugurnya janin semata tetapi ada faktor moral (kemanusiaan yang beradab) yang dilanggar.
4. Perlu dirumuskan tindak pidana yang dapat memberikan kepastian hukum bagi kedua belah pihak dalam hal ini dokter dan pasien sehingga dokter merasa nyaman di dalam menjalankan tugasnya sebagai dokter tanpa adanya rasa takut yang berlebihan dan di pihak pasien dapat memberikan perlindungan hukum apabila terjadi hal-hal yang menyimpang atau menimbulkan akibat tertentu yang merugikan pasien atau korban.
5. Pengaturan kebijakan kriminalisasi khususnya yang berkaitan dengan pengguguran kandungan hendaknya berdasarkan Pancasila dan garis kebijakan pembangunan nasionalnya bertujuan membentuk manusia Indonesia seutuhnya. Oleh karena itu pendekatan humanistik harus pula diperhatikan. Selain itu pula perlu diperhatikan sumber dari terjadinya pengguguran kandungan di mana pengguguran kandungan adalah salah satu rentetan dari beberapa tindak pidana yang bersumber pada masalah perzinahan, oleh karenanya perlu diubah agar masalah perzinahan tidak diatur dengan delik aduan absolut tetapi cukup dengan delik aduan relatif.

DAFTAR PUSTAKA

Hamzah, Andi, 2008, *Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara Edisi Ketiga*, Sinar Grafika, Jakarta.

Keras, Gorys, 1997, *Komposisi: Sebuah Pengantar Kemahiran Bahasa*, Penerbit Nusa Indah, Ende, Flores.

_____, Pedoman Penulisan Tesis, 2008, Badan Penerbit UNDIP, Semarang.

Nawawi Arief, Barda, 2007, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia) Pidato Pengukuhan*, Semarang, Universitas Diponegoro.

-----, 2008, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*, Jakarta, Kencana.

Senoadji, Oemar, *Mass Media dan Hukum*, 1977 Jakarta: Erlangga.

Serikat Putra Jaya, Nyoman, 2007, *Bahan Kuliah Pembaharuan Hukum Pidana, Program Magister Ilmu Hukum UNDIP. UNSOED, dan UNTAG*.

----- *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro.

Sulaeman, Eman, 2008, *Delik Perzinaan Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Walisongo Press, Semarang.

Sudarto, 1986, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung.

Sunardi dan Fanny Tanuwijaya, 2001, *Tindak Pidana Terhadap Nyawa dan Badan*, Malang: Lembaga Penerbitan Fakultas Hukum Universitas Islam Malang

Soekanto, Soerjono & Sri Mamudji, 1985, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali, Jakarta.

Soge, Paulinus, 2010, *Hukum Aborsi Tinjauan Politik Hukum Pidana Terhadap Perkembangan Hukum Aborsi di Indonesia*, Yogyakarta, Penerbit Universitas Atma Jaya Yogyakarta.

Internet:

Proclamation No.414/2004 The Criminal Code Of The Federal Democratic Republic of Ethiopia diakses dari Perpustakaan Komputer S2 Ilmu Hukum Universitas Diponegoro diambil tanggal 5 Juni 2009.

Fiji Islands Penal Code diakses dari Perpustakaan Komputer S2 Ilmu Hukum Universitas Diponegoro diambil tanggal 5 Juni 2009.

Romania Criminal Code diakses dari Perpustakaan Komputer S2 Ilmu Hukum Universitas Diponegoro diambil tanggal 5 Juni 2009.

Laws of The Republic of Vanuatu Revised Edition 1988 diakses dari Perpustakaan Komputer S2 Ilmu Hukum Universitas Diponegoro diambil tanggal 5 Juni 2009.

German Criminal Code diakses dari Perpustakaan Komputer S2 Ilmu Hukum Universitas Diponegoro diambil tanggal 5 Juni 2009.

-----, dilanda-euforia-kebebasan-lima-juta-perempuan-indonesia-aborsi
<http://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/12/05/05/m3k26k-dilanda-euforia-kebebasan-lima-juta-perempuan-indonesia-aborsi> diakses 8 Mei 2012.

-----, aborsi-di-indonesia-2-5-juta-tahun
<http://autos.okezone.com/index.php/ReadStory/2008/02/24/1/86215/1/aborsi-di-indonesia-2-5-juta-tahun> diakses tanggal 9 Juni 2009.

Undang-undang:

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana Tahun 2008

Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran