

BAB I PENDAHULUAN

Perbuatan pidana menurut Hukum Pidana Indonesia secara kualitatif dibedakan dalam perbuatan "Pidana Kejahatan" dan "Pidana Pelanggaran". Perbuatan pidana kejahatan adalah sifat perbuatan itu tidak semata-mata tergantung kepada ada atau tidaknya ketentuan Undang-Undang yang menentukan perbuatan tersebut sebagai suatu kejahatan. Yang menentukannya adalah sifat dari perbuatan tersebut memang tidak baik menurut ukuran hati nurani atau bertentangan dengan kebenaran (*filosofisch recht*). Sedangkan perbuatan pidana pelanggaran adalah perbuatan-perbuatan yang oleh Undang-Undang dinyatakan tidak baik atau dilarang.

Pada umumnya perbuatan pelanggaran oleh Undang-Undang dihukum dengan hukuman "pidana kurungan, denda atau hukuman administratif". Sifat dari masing-masing jenis hukuman tersebut berbeda kualitasnya. Hukuman yang bersifat fisik digolongkan kepada hukuman *Ultimum Remidium*. Hukuman pidana penjara atau kurungan karena sifatnya merampas kemerdekaan seseorang, maka ketentuan pidananya dalam materi muatan suatu peraturan perundang-undangan tidaklah sembarangan, akan tetapi harus dimuat dalam tingkat hirarchi Undang-Undang¹

Perbuatan Pidana yang di dalam Islam disebut dengan "Jarimah" atau bisa juga disebut dengan "Jinayah". Secara kualitatif

¹ Kurtubi Kosim, *Ketentuan Pidana Pelanggaran Terhadap Hukum Perkawinan, Sebuah Analisis dari Sudut Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Dibirperta Islam, Mimbar Hukum No. 2, 1997), hlm. 23.

Jika dilihat dari segi berat ringannya hukuman, maka jarimah itu dapat dibedakan kepada "Jarimah Hudud, Jarima Qishash-Diyat dan Jarimah Ta'zir".

Jarimah hudud adalah suatu jarimah yang diancamkan hukuman had, yakni suatu hukuman yang telah ditentukan macam dan jumlahnya, dan ia merupakan hak Allah SWT, oleh sebab itu hukuman had ini tidak mempunyai batas terendah maupun batas tertinggi. Sedangkan Jarimah Qishash-Diyat adalah perbuatan-perbuatan yang diancamkan hukuman Qishash atau Diyat. Hukuman Qishash Diyat adalah hukuman yang telah ditentukan batasnya, dan tidak mempunyai batas terendah atau tertinggi, tetapi menjadi hak perorangan. Dengan pengertian bahwa si korban bisa memaafkan si pe;aku (pembuat), dan apabila dimaafkan maka hukuman tersebut menjadi hapus.

Adapun jarimah Ta'zir adalah perbuatan-perbuatan yang diancam dengan satu atau beberapa hukuman ta'zir. Ta'zir adalah memberikan pengajaran (al Ta'dib). Syara' atau hukum Islam tidak menentukan macamnya hukuman untuk tiap-tiap jarimah Ta'zir, tetapi hanya menyebutkan sekumpulan hukuman, oleh karena itu dalam hal ini diberikan kebebasan untuk memilih hukuman-hukuman mana yang sesuai dengan macam dan bentuk jarimah ta'zir keadaan si pelakunya.²

Ketentuan pidana terhadap nyawa telah diatur dalam materi muatan Hukum Pidana Indonesia (KUHP) Buku II BAB XIX,³ maupun hukum Pidana Islam. Hanya saja Hukum Pidana Indonesia (KUHP) tidak mempersoalkan tentang kapan janin dalam rahim seorang wanita mulai disebut sebagai manusia yang hidup. Bahkan Kitab UndangUndang Hukum Pidana (KUHP) membedakan antara *menggugurkan kandungan* dengan *mematikan kandungan*. Dengan kata lain pengguguran kandungan tidak berarti harus

² Lihat Muhammad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*. (Jakarta: Bulan Bintang, 1993), Cet V, hlm. 1-8.

³ R. Soesilo, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP)*, (Bogor: Politica, 1994), hlm. 218.

mengakibatkan kematian bayi, maka oleh sebab itu menurut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia (KUHP) apapun bentuk dan alasan kejahatan terhadap nyawa tetap dianggap sebagai suatu kejahatan yang diancam dengan sanksi pidana.

Sementara itu dalam hukum pidana Islam yang kendatipun telah dijelaskan bahwa kejahatan terhadap nyawa/pembunuhan merupakan suatu perbuatan pidana (jarimah) yang diharamkan (dilarang/berdosa), dan kepada pelakunya diancam dengan ancaman pidana qishosh, namun di dalam hukum pidana Islama si korban atau keluarganya mendapatkan hak atau kekuasaan dari Allah untuk melakukan qishosh (pembalasan) terhadap pelaku kejahatan tersebut yang bersifat sengaja atau pun memaafkannya, sehingga si pelaku dapat terbebas dari tuntutan hukum (ancaman pidana), dan kepadanya (si pelaku pembunuhan) tersebut dibebani kewajiban untuk membayar diyat (kerugian) kepada korban atau keluarganya (QS. 17: 33 dan QS. 2: 178).

Persoalan lain yang juga muncul dalam hal ini adalah bagaimana ketentuan hukum pidana Indonesia maupun hukum pidana Islam melihat kejahatan terhadap nyawa janin yang masih berada di dalam rahim (kandungan seorang wanita), yang termasuk juga melalui menstrual regulation yang secara harfiah dapat diartikan dengan "Pengaturan menstruasi/haid" atau dengan istilah lain "Pengguguran kandungan yang masih muda (yang terlambat menstruasi/haid berdasarkan hasil pemeriksaan medis, yang dari hasil pemeriksaan tersebut diketahui bahwa yang bersangkutan telah positif hamil",⁴ dan dengan kehamilan tersebut apakah telah memberikan indikasi bahwa pada saat itu telah dimulai suatu kehidupan dalam rahim seorang wanita yang oleh karenanya berimplikasi hukum pembunuhan bilamana dilakukan pengguguran, ataukah hanya merupakan suatu pertanda dimulainya pembuahan yang disebabkan oleh pertemuan sel sperma dengan

⁴ Lihat M. Ali Hasan dalam: *Masail al Fiqhiyah al Haditsah Pada Masalah-masalah Kontemporer Hukum Islam*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1996), hlm. 54. Dan Masyfuk Zuhdi, dalam: *Masail al Fiqhiyah Kapita Selektta Hukum Islam*, (Malang: Edisi Revisi, 1989), hlm. 78.

Pendahuluan

ovum yang menempel pada rahim seorang wanita. Dalam arti pada saat itu belum ada kehidupan. Jika halnya seperti demikian, maka hukumnya-pun tidak dapat disamakan dengan pembunuhan biasa yang diancam dengan qishosh ataupun pengguguran janin yang diancam dengan kaffarah atau gurrah.

Perselisihan dan perdebatan tentang kapan dimulainya kehidupan manusia dalam rahim seorang wanita sampai kini masih dipersoalkan, dan hal ini berimplikasi cukup mendasar. Artinya bilamana kejahatan itu dilakukan terhadap kandungan yang masih muda (janin belum bernyawa/hidup), maka perbuatan itu tidak dapat dikatakan sebagai suatu pembunuhan, yang berarti pelakunya tidak dapat diancam dengan ancaman sanksi pidana. Sebaliknya apabila perbuatan itu dilakukan terhadap kandungan yang sudah tua (janin yang telah bernyawa/hidup), maka perbuatan tersebut termasuk pembunuhan dan kepada pelakunya diancam dengan sanksi pidana pembunuhan.

Kejahatan terhadap nyawa dengan menggugurkan kandungan terdapat perbedaan pendapat dikalangan ulama tersebut ada pendapat yang membenarkan (membolehkan). Pendapat ini yang antara lain dikemukakan oleh Muhammad Ar Ramli, dalam kitab *al Nihayah* (w. tahun 1596), dengan alasan belum ada makhluk yang bernyawa, selain itu, ada pula pendapat yang mengatakan bahwa kejahatan dengan menggugurkan janin yang belum bernyawa (belum diberi ruh) hukumnya makruh, dengan alasan bahwa janin itu sedang mengalami pertumbuhan. Sedangkan Imam Al Ghazali dalam kitabnya *Ihya 'Ulumuddin* dan Ibnu Hajar (w. tahun 1567) dalam kitab *al Tuhfah* mengharamkannya.⁵

Adapun kejahatan dengan menggugurkan janin/embrio yang telah bernyawa atau telah berumur empat kali tiga puluh hari (seratus dua puluh hari) di kalangan ulama telah ijma' (konsensus) mengharamkannya,⁶ sebab Allah SWT menciptakan manusia dari

⁵ Masyfuk Zuhdi, *Ibid.*, hlm. 81

⁶ *Ibid*

intisari tanah dan berkembang dalam kandungan seorang wanita menurut evolusi mani, darah, daging dan tulang, dan setelah empat kali tiga puluh hari (seratus dua puluh hari) perkembangannya Allah SWT meniupkan/menghembuskan ruh ke dalam jiwanya melalui Malaikat-Nya.⁷ Dengan demikian dapatlah dikatakan bahwa masuknya jiwa ke dalam janin setelah janin mengalami perkembangan seratus dua puluh hari dalam rahim seorang wanita. Dan sebelum itu janin belum mempunyai jiwa, ia baru merupakan tubuh yang hidup dan belum menjadi manusia dalam arti yang sebenarnya, akan tetapi baru merupakan calon manusia. Oleh karena yang membuat janin itu hidup dan berkembang dalam rahim seorang wanita bukanlah jiwa, tetapi hayat yang terdapat dalam sperma dan ovum. Hayat inilah yang membuat janin hidup dan berkembang. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa manusia itu pada hakikatnya tersusun dari tiga unsur, yaitu: adanya tubuh, hayat dan adanya jiwa. Oleh karena itu jika seandainya hayat sudah tidak ada lagi, maka tubuhpun menjadi mati, dan tubuh yang mati akan

⁷ Muhammad Yusuf Al Qardhawi, *Fatwa-Fatwa Kontemporer*, Juz. II, Gema Insani Press, Jakarta, 1995 hlm. 773-775, mengemukakan bahwa menurut hadits Ibnu Mas'ud ra. Dalam janin setelah usia kandungan melampaui masa empat kali tiga puluh hari (seratus dua puluh hari). Rasulullah SAW bersabda: "Bahwa sesungguhnya kamu diciptakan di dalam kandungan ibumu empat puluh hari mani, kemudian selama itu pula gumpalan darah, kemudian selama itu pula gumpalan daging, kemudian dikirimlah Malaikat dan Ia hembuskan ke dalamnya ruh, dan dituliskan empat hal, yaitu: rezkinya, ajalnya, amalnya dan nasibnya apakah celaka atau bahagia" (HR. Muslim dari Ibnu Mas'ud), Dikutif dari: *Shahih Muslim*, Juz. II, (Semarang: Thoha Putra, tt), hlm. 451. Akan tetapi menurut hadits Huzaifah Ibnu Usaid bahwa diutusny Malaikat oleh Allah SWT untuk meniupkan ruh itu ke dalam kandungan setelah kandungan itu berusia empat puluh hari (enam minggu). Rasulullah SAW bersabda: "Apabila nutfah (mani) itu telah berusia empat puluh dua malam, maka Allah SWT mengutus Malaikat-Nya, lalu dibuatkan bentuknya, diciptakan pendengarannya, penglihatannya, kulitnya, dagingnya dan tulangnya. Kemudian Malaikat bertanya: laki-laki atau perempuan, maka Allah menentukan sesuai dengan kehendak-Nya dan Malaikat menuliskannya, kemudian Malaikat bertanya: Bagaimana ajalnya, maka Allah menetapkan-Nya sesuai dengan kehendakNya, dan Malaikat menuliskannya, kemudian Malaikat bertanya: Bagaimana ajalnya: maka Allah menetapkanNya sesuai dengan kehendakNya, dan Malaikat menuliskannya, kemudian Malaikat bertanya: Bagaimana rezkinya, maka Allah menentukan sesuai kehendakNya, dan Malaikat menuliskannya. Kemudian Malaikat keluar dengan membawa lembaran catatannya dan Malaikat itu tidak akan menambahkan dan mengurangi sedikitpun terhadap apa yang telah diperintah Allah SWT itu kepada-Nya" (HR. Muslim dari Hizaifah Ibnu Usaid) Hadits ini dikutip dalam: *Shahih Muslim*, Juz. II, hlm. 452. Dan lihat pula Imam Al Bukhari, *Shahih Bukhari*, Juz IV, (Bairut: Dar al Fikri, tt), hlm. 78-79.

pergi kembali ke alam immateri menunggu hari perhitungan di hadapan Allah Rabbul Alamin.⁸

Sementara perselisihan dan perdebatan tentang kapan dimulainya kehidupan manusia dalam rahim seorang wanita terus diperbincangkan, namun sementara itu pula praktik dan perilaku kejahatan terhadap nyawa masih dilakukan oleh kaum wanita dewasa ini, baik dilakukan oleh kaum wanita itu sendiri maupun atas bantuan orang lain, khususnya bagi wanita yang merasa menstruasinya terlambat, tetapi telah positif hamil berdasarkan hasil pemeriksaan medis (*laboratoris*).

Deskripsi pemikiran dan pengembangan hukum Islam menurut Abdullah An-Na'im secara ideal teoritis akan nampak bahwa Islam dan hukum Islam itu bersifat universal, tetapi dalam rangka elaborasinya pada dataran praktis sangat dipengaruhi oleh kondisi sosio kultural, ekonomi dan politik masyarakat,⁹ sebab secara faktual tidak dapat disangkal lagi adanya aspek elastis yang memberi peluang timbulnya perbedaan menurut kondisi sosio kultural masyarakat tertentu. Hukum Islam bila dicermati dalam tataran pengertian fikih, maka Hukum Islam itu sebagai produk pemikiran dan penafsiran fuqaha terhadap syar'iyat yang memiliki toleransi-toleransi. Toleransi-toleransi tersebut akan cenderung mengikuti kondisi sosio kultural masyarakat dimana proses produk pemikiran dan penafsiran itu dilakukan

“تَعْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَنِ وَالْأَمْكِينَةِ وَالْأَحْوَالِ”.

“Hukum-hukum itu bisa berubah sesuai dengan perubahan zaman, tempat dan keadaan.”¹⁰

⁸ Harun Nasution, *Konsep Manusia Dalam Islam Dikaitkan Dengan Hayat dan Maut*, Dalam Kajian Islam Tentang Berbagai Masalah Kontemporer, (Jakarta: Hikmah Syahid Indah, 1988), hlm. 260-261

⁹ Abdullah An-Na'im, *Dikonstruksi Syar'iah*, Alih bahasa Ahmad Suady dan Amiruddin Al Rani, (Yogyakarta: Lkis dan Pustaka Pelajar, 1994), hlm. xx.

¹⁰ Masyfuk Zuhdi, *op.cit*, hlm. 55.

Masalah penetapan awal kehidupan manusia kaitannya dengan kejahatan terhadap nyawa menurut konsep Hukum Pidana Indonesia (KUHP) dan Hukum Pidana Islam dapat dipahami melalui kerangka berpikir tentang proses terjadinya manusia itu sendiri di dalam rahim seorang wanita.

Ulama fikih kontemporer sebelum membahas tentang hukum pebgguguran kandungan (aborsi), mereka terlebih dahulu mengemukakan uraian tentang proses kejadian manusia di dalam rahim seorang wanita. Di dalam Al Qur'an surah *Al Mu'munin* ayat 12-14¹¹ Allah SWT telah menggambarkan tentang proses kejadian manusia dengan pertama-tama menciptakannya dari saripati tanah liat, yang pada tahap berikutnya menjadilah ia sebagai seorang anak keturunan manusia. Ia diciptakan dari tiga tahapan kejadian, yaitu: tahapan *nuthfah*, tahapan 'alaqah dan tahapan *mudghah*.

Menurut Ahmad Azhar Basyir¹² bahwa yang dimaksud dengan tahapan "*nuthfah*" adalah tahapan bibit ovum yang telah dibuahi. Oleh karena itu ia bukanlah air mani yang mengandung jutaan bibit laki-laki tiap-tiap memancar keluar, bukan pula bibit laki-laki saja, sebab bila "*nuthfah*" hanya diartikan bibit laki-laki, lebih-lebih air mani, maka itu belum merupakan tahap pertama dari proses kejadian manusia, seperti halnya bibit perempuan saja bukan merupakan tahap pertama proses kejadian manusia. Dengan demikian bila al Qur'an menyatakan bahwa "*nuthfah*" merupakan tahap pertama kejadian manusia, maka itu harus diartikan sebagai hasil pembuahan setelah terjadi pertemuan antara bibit laki-laki dan bibit perempuan di dalam rahim.

¹¹ Allah SWT berfirman yang artinya: "Dan sesungguhnya Kami telah menciptakan manusia dari suatu saripati (berasal) dari tanah. Kemudian Kami jadikan saripati itu air mani (yang disimpan) dalam tempat yang kokoh (rahim). 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 (berbentuk) lain. Maka Maha suci Allah, Pencipta yang paling baik.

¹² K.H. Ahmad Azhar Basyir, *Refleksi Atas Persoalan Keislaman* (Seputar Fikafat, Hukum, Politik dan Ekonomi), (Bandung: Mizan, 1993 M = 1414. H), Cet. I, hlm. 163

sebab itu "foetus" telah dapat disamakan dengan manusia biasa. Satu-satunya perbedaan ialah bahwa paru-paru janin selama berada di dalam kandungan belumlah berfungsi sama sekali, dengan demikian maka "foetus" tidaklah bernafas seperti manusia biasa.¹⁵

Christopher Tietze menyebutkan bahwa ". . . the term 'abortion' denotes the termination of a pregnancy after the implantation of the blastocyst in the endometrium but before the fetus has attained viability, that is, before it has become capable or surviving, with appropriate life support, the neonatal period and eventually maintaining an independent extra-uterine life".¹⁶

Dikatakan bahwa menurut tradisi kedokteran bahwa suatu kehidupan (*viability*) pada janin diperoleh sesudah dua puluh delapan minggu dalam masa kandungan, dihitung dari hari pertama saat haid normal yang terakhir. Pada saat itu janin mencapai berat kurang lebih 1000 gram. Defenisi Tietze tersebut didasarkan atau observasi bahwa bayi yang kurang dari 100 gram memiliki kemungkinan kecil untuk hidup, sedangkan kematian bayi di atas 1000 gram semakin berkurang semakin berkurang dengan bertambahnya berat bayi.¹⁷

Disamping itu FIGO (Persatuan Dokter Ahlin Kebidanan Sedunia) pada tahun 1985 mengatakan bahwa kehidupan manusia itu pada prinsipnya dimulai saat Zegot (sel telur yang sedang dibuahi) menempel dalam rahim seorang wanita,¹⁸ atau sejak bertemunya sel sperma (mani laki-laki) dengan ovum (sel telur perempuan).¹⁹

Dari gambaran tersebut di atas dapat dipahami ada dua teori yang erat kaitannya dengan penetapan awal kehidupan manusia dan

¹⁵ *Ibid.*, hlm. 38.

¹⁶ M. Kafrawi, *Efektivitas Pasal-pasal KUHP yang Berkaitan Dengan Pelaksanaan Program Nasional KB di Jawa Timur*, Desertasi, (Surabaya: Airlangga University Press, 1984), hlm. 79.

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 79.

¹⁸ Antonius PS. Wibowo, "Suara Pembaharuan", Edisi Kamis 11 Desember 1997 Tahun XI Nomor 3814.

¹⁹ Masyfuk Zuhdi, *Loc. cit.*

Pendahuluan

implikasinya terhadap penerapan hukum dalam KUHP dan Hukum Pidana Islam, yaitu:

"Teori pertama" menyebutkan bahwa sesungguhnya kehidupan manusia (janin) dalam rahim seorang wanita dimulai saat zigot (Sel telur yang sedang dibuahi) menempel dalam rahim seorang wanita, atau sejak pembuahan ketika bertemunya sel sperma (mani laki-laki) dengan ovum (sel telur perempuan). Yang berarti pula bahwa pada saat yang bersamaan janin itu telah memiliki hak untuk dilindungi dan dihormati sebagaimana layaknya seorang manusia yang hidup. Dalam arti tidak seorangpun diperkenankan untuk merampas kehidupan (membunuh)nya.

Dengan demikian, maka jika terjadi perbuatan yang mengakibatkan hilangnya nyawa janin tersebut dapat digolongkan sebagai tindak pidana pembunuhan, yang menyebabkan hilangnya nyawa orang lain. Dan kepada pelakunya diancam dengan "sanksi pidana kejahatan terhadap jiwa orang (KUHP Bab XIX)" dan jarimah "qishash-diyat" dalam Hukum Pidana Islam.

"Teori kedua" menyebutkan bahwa kehidupan manusia (janin) dalam rahim seorang wanita dimulai pada saat ditiupkan "ruh" oleh Allah melalui Malaikat-Nya. Artinya seorang manusia (janin) baru dianggap hidup setelah ia mendapatkan "ruh" dari Allah SWT, sebagaimana dijelaskan dalam sabda Rasulullah SAW yang diriwayatkan oleh Muslim dari Ibnu Mas'ud "Bahwa Allah SWT mengutus Malaikat-Nya untuk menghembuskan "ruh" ke dalam janin setelah itu berjalan melalui tiga kali empat puluh hari (seratus dua puluh hari)".

Oleh sebab itu jika terjadi suatu kejahatan, terhadap "janin" yang belum melewati seratus dua puluh hari, maka kejahatan tersebut tidak dapat digolongkan sebagai tindak pidana pembunuhan yang diancam dengan sanksi pidana pembunuhan/kejahatan terhadap jiwa orang (KUHP Bab XIX) maupun "jarimah qishash diyat" (dalam Hukum Pidana Islam).