

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Perkosaan merupakan salah satu dari pelanggaran hak asasi manusia yang sering terjadi. Soetandyo Wignjosoebroto menyebut perkosaan merupakan suatu usaha melampiaskan nafsu seksual oleh seseorang lelaki terhadap seorang perempuan dengan cara yang menurut moral dan atau hukum yang berlaku melanggar.¹ Senada dengan Soetandyo, Abdul Wahid menjelaskan bahwa perkosaan merupakan suatu perbuatan seseorang yang secara paksa melampiaskan nafsu seksualnya yang dapat dilihat sebagai pelanggaran norma dan tertib sosial.² Perkosaan dapat dilihat sebagai perbuatan seseorang yang secara paksa hendak melampiaskan nafsu seksualnya dan bentuk pelanggaran norma-norma serta tertib sosial.

Perkosaan sebagai suatu tindakan kekerasan merupakan suatu tindak kejahatan yang dinilai sangat merugikan dan mengganggu ketentraman dan ketertiban hidup, terutama bagi korbannya. Korban perkosaan memiliki kemungkinan mengalami stres paska perkosaan yang dapat dibedakan menjadi dua, yaitu stres yang langsung terjadi dan stres jangka panjang. Stres yang langsung terjadi merupakan reaksi paska perkosaan seperti kesakitan secara fisik, rasa bersalah, takut, cemas, malu, marah, dan tidak berdaya.

Salah satu dampak buruk dari tindakan perkosaan ialah terjadinya kehamilan yang tidak diinginkan. Kehamilan ini jelas berdampak buruk bagi korban mulai dari sters, cemas, malu, gangguan fisik dan psikis sehingga kerap kali korban memilih untuk menggugurkan bayi yang dikandung. Tindakan ini disebut dengan Aborsi.

Aborsi merupakan kata serapan dari bahasa Inggris yaitu *abortion* yang

¹Soetandyo Wignjosoebroto, *Perlindungan Terhadap Korban Kekerasan Seksual*, (Bandung:PT. Refika Aditama, 2001), h. 40

² Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, *Perlindungan terhadap Korban Kekerasan Seksual Advokasi dan Hak Asasi Perempuan*, Cet. Ke-1, (Bandung: Refika Aditama, 2017), h. 40

berasal dari bahasa latin yang berarti pengguguran kandungan atau keguguran.³ Kamus Besar Bahasa Indonesia sendiri aborsi adalah terpercarnya embrio yang tidak mungkin lagi hidup sebelum habis bulan keempat dari kehamilan atau aborsi bisa didenfinisikan pengguguran janin atau embrio setelah melebihi masa dua bulan kehamilan.⁴ Dalam literatur fikih disebutkan aborsi berasal dari bahasa Arab *al-ijhahd*, *mashdar* dari *ajhadha* atau juga dalam istilah lain bisa disebut dengan *isqath al-haml*, keduanya mempunyai arti perempuan yang melahirkan secara paksa dalam keadaan belum sempurna penciptaanya. Secara bahasa disebut juga lahirnya janin karena dipaksa atau dengan sendirinya sebelum waktunya. Sedangkan makna gugurnya kandungan, menurut ahli fikih tidak keluar dari makna bahasa, diungkapkan dengan istilah menjatuhkan (*isqath*), membuang (*tharh*), melempar (*ilqaa'*), dan melahirkan dalam keadaan mati (*imlaash*).⁵ Selanjutnya Gulardi borsi ialah berhentinya (mati) dan dikeluarkannya kehamilan sebelum 20 minggu (dihitung dari haid terakhir) atau berat janin kurang dari 500 gram atau panjang janin kurang dari 25 cm. Pada umumnya abortus terjadi sebelum kehamilan tiga bulan.⁶

Aborsi merupakan isu kontroversial karena tidak hanya terkait dengan masalah medis, tetapi juga erat kaitannya dengan masalah kesehatan, etika moral, agama, dan hukum dan juga nyawa janin.⁷ Perdebatan agama, etika, serta nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat memiliki pembenaran masing-masing. Itulah mengapa sikap *prochoice* dan *prolife* dalam aborsi memiliki argumen yang dapat dibenarkan dalam perspektif masing-masing.⁸

Pihak yang berpandangan *pro-life* menyatakan bahwa hidup itu berharga, mulia, dan merupakan anugerah dari Tuhan. Kehidupan manusia itu dimulai sejak

³ Maria Ulfah Anshor. *Fikih Aborsi (Wacana Penguatan Hak Reproduksi Perempuan)*. (Jakarta: Kompas, 2006), h. 32.

⁴ [Departemen Pendidikan Nasional](#), [Pusat Bahasa \(Indonesia\)](#), *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Gramedia Pustaka Utama, 2008), h. 56

⁵ *Ibid.*, h. 32-33

⁶ Maria Ulfah Anshor, Wan Nedra, dan Sururin (editor), *Aborsi Dalam Perspektif Fiqh Kontemporer*. (Jakarta: Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, 2002), h. 158.

⁷ Dewani Romli, Aborsi dalam Perspektif Hukum Positif dan Hukum Islam (Suatu Kajian Komparatif, *Jurnal Al-Adalah*. Vol. 10 No. 2 Edisi Juli 2011, h. 157

⁸ Aroma Elmina Martha dan Singgih Sulaksana, *Legalisasi Aborsi*, (Yogyakarta: UII Press, Yogyakarta 2019), h. 1

konsepsi dan pertemuan ovum serta sperma. Terjadinya hal ini memberikan pemahaman bahwa dalam kandungan telah ada nyawa. Tindakan aborsi/menggugurkan janin dalam rahim sama saja dengan membunuh. Aborsi juga dianggap sebagai tindakan yang melawan kekuasaan Tuhan. Kemudian, mereka yang memilih *pro-choice* berpandangan bahwa seorang wanita mempunyai hak penuh atas kesehatan reproduksinya dan kebebasan penuh untuk memutuskan apakah dia akan menghentikan kehamilannya atau tidak.⁹

Pada kenyataannya aborsi merupakan suatu praktik yang ada di tengah-tengah masyarakat, dari zaman dulu hingga kini manusia membutuhkan layanan aborsi ini/ praktik aborsi telah berlangsung sepanjang manusia berinteraksi dan beranak-pinak, sejarah mencatat aborsi telah dilakukan sejak awal peradaban manusia. Sejumlah relief di balik Candi Borobudur (Jawa Tengah) maupun Ankor Watt (Kamboja) menggambarkan praktik itu dengan meletakkan batu di permukaan perut perempuan. Demikian halnya dalam Buku Sejarah Ketabiban dan Kedokteran Klasik di Yunani, Tiongkok dan di dunia kedokteran Islam.¹⁰

Aborsi menjadi isu Kesehatan dan sosial yang mendapatkan perhatian saat ini di Indonesia. Berbagai kalangan melakukan perdebatan dan diskusi mengenai aborsi ini tanpa pernah mencapai ujungnya. Karena aborsi apabila dikaitkan dengan hukum, moral, kesehatan dan hak asasi manusia, maka aborsi itu akan menjadi begitu paradox.¹¹

Berdasarkan Data yang dirilis Komnas Perempuan dalam rentang waktu 2016 hingga 2021 menyatakan bahwa telah terjadi peningkatan kasus perkosaan dan pencabulan yang mencapai 31%. Pada tahun 2016, jumlah kasus mencapai 5.237, sementara pada 2020 meningkat menjadi 6.872 kasus. Jika dilihat dalam lima tahun terakhir, tren jumlah kasus perkosaan dan pencabulan berfluktuatif. Kemudian, jumlah kasus di tahun 2016 jika dibandingkan dengan tahun 2017 meningkat 5,1%, yaitu 5.513 kasus. Pada tahun 2018, jumlah kasus turun 4,6%

⁹ Aroma Elmina Martha dan Fransiska Maryanti, *Lembar Fakta: Aborsi dalam Perspektif Agama dan HAM*, (Jakarta: Universitas Indonesia, 2020), h. 3

¹⁰ Khoirul Bariyyah, Khairul Muttaqin, *Legalisasi Aborsi dalam Perspektif Medis dan Yuridis*, *Al-Ihkam: Jurnal Hukum & Pranata Sosial*, Vol. 11, No. 1 (2016).

¹¹ Anggara Bayu, *Harmonisasi Pengaturan Aborsi di Indonesia*, *Jurnal Hukum Saraswati*, Vol. 03 (2021), h. 83–104

menjadi 5.258 kasus.¹² Sehubungan dengan aborsi, International Planned Parenthood Federation (IPPF) juga menyatakan bahwa dari 1000 perempuan terdapat tiga puluh dua sampai empat puluh enam perempuan yang melakukan aborsi. Menurut *World Health Organization* (WHO), 15% dari kehamilan akan berakhir dengan keguguran spontan. Di Indonesia terdapat lima belas sampai dua puluh perempuan di antara 100 kehamilan diakhiri dengan pengguguran sengaja.¹³

Berapa pun perkiraannya hal yang harus diperhatikan adalah bahwa aborsi adalah suatu kenyataan yang terjadi di tengah masyarakat dan angkanya terlalu besar untuk diabaikan. Praktik ini sangat berkontribusi pada tingginya kematian ibu, kecacatan bayi akibat aborsi yang gagal seperti melalui pijatan atau meminum ramuan tanpa aturan medis. Melihat tingginya angka aborsi tersebut maka dapat disimpulkan bahwa aborsi adalah suatu kenyataan di tengah masyarakat. Meskipun jika dilihat secara umum aborsi adalah perbuatan dilarang, yang menyalahi norma, etika dan hukum agama tetapi pada kenyataannya praktik aborsi tetap terjadi bahkan di Indonesia mencapai angka yang tergolong tinggi.

Permasalahan yang dihadapi oleh korban tindak pidana perkosaan tidak hanya kejadian buruk yang terjadi pada dirinya, namun proses hukum terhadap perbuatan aborsi atas anak yang tidak dikehendaki. Korban perkosaan bisa menjadi korban ganda dalam proses persidangan dan perlakuan yang tidak adil dalam proses mencari keadilan. Penting bagi penegak hukum untuk mempertimbangkan hal-hal dalam memutus perkara pelaku aborsi akibat perkosaan mulai dari sisi keadilan dan dampak dari perbuatan ini agar hak-hak korban tetap yang menjadi alasan utama untuk tidak dijatuhkan sanksi pidana.

Islam mengharamkan aborsi karena disamakan dengan perbuatan membunuh yang didasarkan pada ketentuan ayat al-qur'an:

¹² Reza Pahlevi, Jumlah Kasus Perkosaan dan Pencabulan Meningkat 31% dalam Lima Tahun Terakhir, databoks.katadata.co.id, Edisi Desember 2021, <https://databoks.katadata.co.id/datapublish/2021/12/15/jumlah-kasus-perkosaan-dan-pencabulan-meningkat-31-dalam-lima-tahun-terakhir>, diakses pada 14 Agustus 2023.

¹³ Sun Choiron Ummah, Tindakan Aborsi di Indonesia Menurut Hukum Islam, *Jurnal MKU UNY*, Vol. 14 No. 1 Edisi 2019, h. 2

وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءُوه جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا وَعَضِبَ اللهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ
عَذَابًا عَظِيمًا.

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

Ayat lain yang dapat dijadikan larangan melakukan aborsi adalah Surat al-Isra’ ayat 33:

وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطٰنًا فَلَا
يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا.

Artinya: Dan janganlah kamu membunuh orang yang diharamkan Allah (membunuhnya), kecuali dengan suatu (alasan) yang benar. Dan barang siapa dibunuh secara zalim, maka sungguh, Kami telah memberi kekuasaan kepada walinya, tetapi janganlah walinya itu melampaui batas dalam pembunuhan. Sesungguhnya dia adalah orang yang mendapat pertolongan.

Imam al-Gazali menjelaskan bahwa menggugurkan kandungan merupakan tindak kejahatan terhadap bayi yang berada dalam kandungan. Adapun mengenai pengguguran kandungan menurut al-Ghazali terdapat beberapa tingkatan. pertama, *nuthfah* yang berada dalam rahim yang telah bercampur dengan indung telur wanita dan siap untuk hidup, dimana pengguguran terhadapnya dianggap sebagai tindak kejahatan. Kedua, *nuthfah* tersebut telah menjadi segumpal darah, lalu menjadi segumpal daging, dimana pengguguran terhadapnya merupakan kejahatan yang lebih besar. Sedang tingkat yang ketiga adalah apabila telah ditiupkan ruh dan telah sempurna menjadi bayi, dimana pengguguran terhadapnya merupakan kejahatan yang nilainya jauh lebih berat.¹⁴

Fatwa Majelis Ulama Indonesia No. 4 Tahun 2005 menerangkan bolehnya aborsi karena keadaan uzur, *dharurat* dan hajat. Sebagaimana ketentuan hukum

¹⁴ Imam Al-Ghazali, *Ihya’ Ulumuddin*, (Semarang: C.V. Asy Syifa’, 2003), h. 167-168; Kamil Muhammad, *Uwaidah, Fikih Wanita*, Edisi Lengkap, (Jakarta: Pustaka Al-Kautsar, 2009), h. 452

pada poin b angka (2) bahwa keadaan uzur, dharurat dan hajat yang berkaitan dengan kehamilan yang dapat membolehkan aborsi adalah kehamilan akibat perkosaan yang ditetapkan oleh tim yang berwenang yang di dalamnya terdapat antara lain keluarga korban, dokter, dan ulama. Kebolehan aborsi sebagaimana dimaksud huruf (b) harus dilakukan sebelum janin berusia 40 hari.¹⁵

Keadaan darurat dalam Islam merujuk kepada situasi di mana seseorang berada dalam kondisi yang sangat mendesak atau krisis yang mengancam jiwa, keselamatan, atau kesejahteraan. Dalam keadaan seperti ini, hukum-hukum Islam (syariah) memberikan kelonggaran atau dispensasi tertentu untuk memastikan keselamatan dan kesejahteraan individu. Kelonggaran yang diberikan dalam keadaan darurat hanya berlaku selama kondisi darurat tersebut berlangsung dan harus diakhiri segera setelah keadaan darurat berlalu. Dispensasi ini juga harus digunakan secukupnya dan tidak boleh disalahgunakan. Keadaan darurat dalam Islam menunjukkan fleksibilitas syariah dalam menghadapi situasi krisis, dengan tujuan utama untuk melindungi kehidupan dan kesejahteraan umat manusia.

Ukuran atau standar darurat dalam Islam merujuk kepada situasi dan kondisi yang memenuhi kriteria tertentu yang membolehkan seseorang untuk mendapatkan kelonggaran dari hukum-hukum syariah yang biasanya berlaku. Kriteria atau ukuran yang digunakan untuk menentukan keadaan darurat dalam Islam antara lain terdapat ancaman nyawa atau keselamatan, hajat yang mendesak¹⁶ dan tidak ada alternatif halal.¹⁷ Dalam kaitannya dengan kebolehan aborsi bagi korban perkosaan kondisi darurat/ uzur sebagaimana dimaksudkan dalam fatwa MUI di atas adalah terdapatnya unsur yang mengancam jiwa si korban secara serius yang dibuktikan dengan keterangan ahli (tenaga medis). Dengan demikian korban perkosaan yang tidak terdapat unsur kedaruratan tidak dibolehkan melakukan aborsi.

¹⁵ Fatwa MUI No. 4 Tahun 2005 Tentang Pengguguran Kandungan poin b angka (2).

¹⁶ Situasi di mana seseorang berada dalam kondisi mendesak yang memerlukan tindakan segera untuk menghindari bahaya atau kerugian besar. Contohnya termasuk penyakit yang memerlukan pengobatan segera atau keadaan darurat medis lainnya.

¹⁷ Keadaan darurat haruslah sedemikian rupa sehingga tidak ada alternatif halal yang tersedia. Seseorang hanya diperbolehkan mengambil langkah-langkah yang biasanya dilarang jika benar-benar tidak ada pilihan lain yang halal.

Pengaturan aborsi di Indonesia diatur pada beberapa peraturan perundang-undangan yakni Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan UU No. 36 tahun 2009 tentang Kesehatan. Ketentuan yang ada dalam kedua aturan hukum ini terdapat disharmonisasi, dimana KUHP secara rigid melarang aborsi tanpa pengecualian, sementara UU Kesehatan relatif lebih lunak dengan memberikan pengecualiandapat dilakukannya aborsi atas alasan kedaruratan medis maupun kehamilan akibat perkosaan.

Ketentuan aborsi dalam KUHP diatur pada beberapa Pasal yakni Pasal 299, Pasal 346, 347, 348 dan 349. Dalam Pasal tersebut menyasar kepada setiap perempuan hamil yang dengan sengaja menggugurkan kandungannya (Pasal346). Setiap orang yang dengan sengaja menyebabkan gugurnya kandungan seorang perempuan tanpa izin dari perempuan tersebut (Pasal 347 ayat 1), Setiap orang yang dengan sengaja menggugurkan kandungan seorang perempuan atas izin dari perempuan tersebut (Pasal 348 ayat 1). Pasal 349 ditujukan kepada seorang dokter, bidan atau ahli meramu obat-obatan yang membantu melakukan aborsi.¹⁸

Ketentuan tersebut menunjukkan bahwa semua perbuatan yang diancamkan terkait aborsi mensyaratkan “unsur sengaja” dalam setiap pasalnya. PAF Lamintang mengemukakan bahwa *abortus provocatus* merupakan suatu kesengajaan untuk menggugurkan kandungan. Ini berarti bahwa untuk dapat disebut telah melakukan *abortus provocatus* maka disyaratkan adanya kesengajaan atau *opzet* untuk melakukan abortus tersebut, sehingga kelalaian atas terjadinya aborsi bukan merupakan pelanggaran atas Pasal tersebut.

Ancaman pidana bagi pelaku yang melakukan kejahatan dalam KUHP bervariasi, antara 4 (empat) sampai 15 (lima belas) tahun. Bahkan ancaman hukuman untuk dokter, bidan atau ahli obat-obatan yang turut membantu melakukan kejahatan-kejahatan yang tertera dalam KUHP dapat ditambah sepertiga dari ancaman hukuman yang ada. Hal ini menunjukkan bahwa aborsi dalam KUHP merupakan kejahatan serius yang diancam dengan hukuman yang berat.

¹⁸ Koesnadi, *Seksualitas dan Alat Kontrasepsi* (Surabaya: Usaha Nasional, 1992), h. 38

Untuk aborsi bagi korban perkosaan terdapat ketidaksesuaian aturan dalam ketentuan pidana dan undang-undang Kesehatan. Meski terdapat ketidaksesuaian antara KUHP dengan undang-undang Kesehatan, namun sesuai dengan teori pemberlakuan hukum atau konsep *lex specialis derogat legi generali* merupakan salah satu peraturan perundang-undangan di Indonesia yang diundangkan sesuai dengan asas perundang-undangan. Konsep *lex specialis derogat Legi Generali* mulai berlaku ketika korban perkosaan melakukan aborsi karena Pasal 346 sampai dengan 349 KUHP yang bersifat umum mengatur tindak pidana aborsi dan mengandung Pasal 75 sampai dengan 77 UU Kesehatan. Hukum atau peraturan khusus lebih diutamakan daripada aturan umum sesuai dengan gagasan ini. Undang-undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan dan Keselamatan Kesehatan Reproduksi JO PP No. 61 Tahun 2014. Sebagai aturan umum, adalah kitab hukum pidana (KUHP) yang mengatur segala tindak pidana. Asas *lex specialis derogat legi generali* dapat diterapkan dalam kasus korban perkosaan yang melakukan aborsi yang menyangkut Pasal 346 KUHP dengan Pasal 75 Ayat (2) Huruf B Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, Jo PP Nomor 61 Tahun 2014 tentang kesehatan reproduksi menurut teori KUHP dan Undang-Undang Kesehatan,¹⁹ keduanya merupakan undang-undang yang termasuk dalam hukum publik dan dengan demikian memiliki ruang lingkup yang setara.²⁰

Ketentuan aborsi dalam UU Kesehatan terdapat pada Pasal 75 UU No 36 Tahun 2009, yang berbunyi sebagai berikut:

- 1) Setiap orang dilarang melakukan aborsi.
- 2) Larangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dikecualikan berdasarkan:
 - a. Indikasi kedaruratan medis yang dideteksi sejak usia dini kehamilan, baik yang mengancam nyawa ibu dan/atau janin, yang menderita penyakit genetik berat dan/atau cacat bawaan,

¹⁹ Setiani, Lukis Yustitiani, Levina Sinta, S H Pasaribu, Gabaria H, M., “Analisis Yuridis Putusan Bebas Dalam Tindak Pidana Perkosaan Anak. Jurnal Pendidikan Kewarganegaraan Undiksha, Vol. 9, No. 3 (2021), h. 564–581

²⁰Muridah Isnawati. The Urgence of Indonesian Penal Code (KUHP) Reform To Realize Humanistic-Based Imprisonment. *Borobudur Law Review*, Vol. 3, No. 1(2021), h. 73-83

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.

Ketentuan tersebut merupakan dasar pengecualian dibolehkannya aborsi atas alasan indikasi kedaruratan medis atau karena kehamilan akibat perkosaan. Indikasi kedaruratan medis dapat diterima sebagai alasan aborsi manakala ada nyawa ibu yang harus diselamatkan akibat adanya penyakit atau gangguan tertentu yang menjadi kendala jika kehamilan dilanjutkan.

Namun alasan kehamilan akibat tindak pidana perkosaan masih memerlukan pengkajian yang serius dan meletakkan hati nurani dalam mengambil keputusan akan hal tersebut. Ketentuan ini juga menjadi perdebatan terkait moral, agama dan jaminan perlindungan hak hidup sebagai hak asasi manusia.²¹

Syarat aborsi dengan alasan korban perkosaan ditentukan secara khusus pada Pasal 31 ayat 2 PP No 61 Tahun 2014. Ketentuan tersebut memberi kemungkinan untuk dilakukan aborsi terhadap usia kehamilan paling lama 40 hari dihitung sejak hari pertama haid dari haid yang terakhir. Kemudian syarat lainnya ditentukan bahwa harus ada surat keterangan dokter bahwa usia kehamilan sesuai dengan kejadian perkosaan (Pasal 34 ayat 2a) dan keterangan dari penyidik, psikolog dan atau ahli lain mengenai adanya dugaan perkosaan (Pasal 34 ayat 2 b).

Dalam pandangan etika kedokteran, aborsi bagi korban perkosaan merupakan sebuah tindakan yang dilematis. Melakukan Tindakan aborsi, berarti dokter telah melanggar sumpahnya yaitu berkewajiban melindungi setiap makhluk hidup insani sejak saat pembuahan. Selain itu, dalam sumpahnya dokter harus pula mengutamakan kesehatan penderita. Jika aborsi tidak dilakukan maka akan mengancam nyawa ibu hamil yang mengalami trauma psikologis dan berkeinginan untuk mengakhiri hidupnya.²²

²¹ Ririn Fauziyah, *Aborsi dalam Kontroversi Para Fuqaha*, *Jurnal Al-Maqashidi*, Vol. 2 No 5, 2020, h. 24– 34

²² *Ibid.*,

Sepintas bahwa syarat-syarat untuk dapat dilakukan aborsi adalah syarat yang sangat ketat. Namun dalam implementasinya akan menemui kesulitan dan hambatan utamanya tentang penentuan tentang telah terjadinya tindak pidana perkosaan yang hanya didasarkan pada keterangan dari penyidik. Di sisi lain, untuk mengungkap benar telah terjadi suatu tindak pidana harus melalui proses panjang dalam penanganan suatu perkara pidana. Pertanyaan umum yang akan bermunculan adalah apakah dengan hanya keterangan penyidik tanpa adanya putusan hakim berkaitan hal tersebut, sudah dapat dikatakan bahwa benar sebuah tindak pidana perkosaan telah terjadi.

Ketentuan hukum Indonesia menempatkan aborsi sebagai suatu tindak pidana yang diancam dengan hukuman, namun sifatnya parsial. Dalam UU Kesehatan, terdapat pengecualian secara terbatas dimana boleh dilakukan aborsi berdasarkan alasan indikasi kedaruratan medis dan kehimalan akibat perkosaan.

Oleh karena itu, seyogianya ketentuan hukum di Indonesia dapat mengadopsi nilai-nilai dan pendirian Malaysia terkait aborsi, dalam arti karena aborsi atas kehamilan hasil perkosaan ditutup. Namun tatkala dalam proses kehamilan ternyata si ibu mengalami gangguan mental berat, maka atas dasar penilaian dokter yang kompeten, aborsi dapat dilakukan. Dengan demikian, tidak perlu penegasan legalisasi aborsi kehamilan hasil perkosaan dalam bentuk ketentuan undang-undang seperti yang berlaku di Indonesia saat ini, semua keputusan dapat dilakukannya aborsi diserahkan atas profesionalisme dokter berdasarkan kompetensinya untuk menilai boleh atau tidak dilakukan aborsi.

Penentuan legalisasi aborsi kehamilan hasil perkosaan dalam UU Kesehatan di Indonesia, dapat berdampak pada tataran implementasinya. Syarat-syarat untuk dilakukannya aborsi atas kehamilan hasil perkosaan seperti yang tertuang dalam Pasal 31 dan Pasal 34 PP No. 61 Tahun 2014 Tentang Kesehatan Reproduksi nampak sulit untuk dipenuhi.

Pada sisi implementasi ketentuan UU Kesehatan dan PP tentang Kesehatan Reproduksi berpotensi menimbulkan kerancuan pada tataran implementasi dimana dalam penanganan aborsi akibat perkosaan disyaratkan bahwa:

- 1) Usia kehamilan dilakukan maksimal 40 hari, dihitung mulai hari pertama dari haid yang terakhir. (Pasal 31 ayat 2 PP Kesehatan Reproduksi)
- 2) Sebagai bukti usia kehamilan tersebut sesuai dengan kejadian perkosaan harus disertai dengan Surat keterangan dokter serta keterangan dari penyidik, psikolog dan atau ahli lain tentang adanya dugaan perkosaan. (Pasal 34 PP Kesehatan Reproduksi)

Syarat-syarat yang menjadi dasar atas dilakukannya tindakan aborsi akibat perkosaan tersebut akan sulit dipenuhi, utamanya terkait limit waktu yang membatasi usia kehamilan yang tidak boleh lebih dari 40 hari (dihitung sejak hari pertama dari haid yang terakhir), sehingga terkesan prosesnya akan saling kejar-kejaran dengan limit waktu yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan. Sebab pada umumnya seorang wanita tau bahwa dirinya hamil setelah keterlambatan atau tidak haid-yang jelas sudah memakan waktu dari sejak haid terakhir.

Persoalan lain yang tidak kurang penting untuk dipertimbangkan adalah:

Pertama Jika ternyata korban perkosaan adalah perempuan yang telah bersuami, akan sulit menentukan benih yang tersemai tersebut adalah benih dari suami atukah benih dari si pelaku perkosaan.

Kedua Perkosaan dapat digunakan sebagai alasan dari seorang perempuan yang menginginkan pertanggungjawaban dari seorang pria padahal perbuatan tersebut dilandasi perbuatan suka sama suka. Ketika si pria tidak mau bertanggungjawab, maka digunakan alasan perkosaan sebagai dasar untuk menggugurkan kandungannya.

Ketiga Syarat lain bahwa harus ada keterangan penyidik yang menyatakan tentang adanya dugaan tindak pidana perkosaan. Syarat adanya surat keterangan penyidik berkaitan dengan dugaan telah terjadinya tindak pidana perkosaan, dinilai terlalu lemah. Sebab untuk menentukan telah terjadinya suatu tindak pidana perlu proses yang panjang melalui tahapan-tahapan tertentu. Oleh karena itu, untuk menjustifikasi adanya dugaan terjadinya perkosaan tidak cukup hanya melalui keterangan penyidik saja, tetapi harus ditentukan dalam putusan pengadilan yang

membenarkan tentang telah terjadinya suatu perbuatan perkosaan. Putusan pengadilan yang lahir dari proses pembuktian adalah rujukan utama tentang apakah tindak pidana telah terjadi atau tidak, sehingga dengan keterangan penyidik saja tentang dugaan terjadinya perkosaan tidak bisa dijadikan dasar untuk aborsi atas kehamilan akibat perkosaan.

Berdasarkan hal tersebut di atas, maka pelaksanaan aborsi akibat perkosaan sulit untuk terlaksana karena ketentuan pasal 34 ayat 2 b telah bertentangan dengan ketentuan dalam hukum acara pidana. Sebaliknya jika tindakan untuk aborsi harus menunggu putusan pengadilan yang sah maka butuh waktu lama dan kehamilan telah melewati batas waktu sebelum 40 hari yang ditentukan dalam Pasal 31 ayat 2 PP Kesehatan Reproduksi. Dengan demikian tindakan ini tidak dapat dilaksanakan.

Selain itu, ketentuan Pasal 75 ayat 2 b UU Kesehatan menentukan bahwa larangan atas aborsi dapat dikecualikan berdasarkan kehamilan akibat perkosaan yang dapat menyebabkan trauma psikologis bagi korban. Menurut penulis bahwa hal tersebut kurang tepat, khususnya penempatan kata “dapat”. Diksi tersebut seolah-olah memberi penegasan bahwa untuk dapat dilakukan aborsi akibat perkosaan cukup dengan adanya indikasi bahwa perkosaan itu dapat mengakibatkan trauma bagi korban, walaupun trauma tersebut tergolong ringan.

Seharusnya undang-undang mensyaratkan bahwa untuk dapat dilakukannya aborsi akibat perkosaan harus ada indikasi trauma berat dari korban yang dibuktikan dengan keterangan dari dokter spesialis. Kata dapat sebagaimana dalam undang-undang Kesehatan juga bermakna bahwa tidak mesti korban mengalami trauma, tapi cukup dengan adanya gejala bahwa korban akan mengalami trauma maka syarat untuk dilakukannya aborsi telah terpenuhi.

Begitu juga dalam Undang-Undang Kesehatan tidak diatur kapan dapat dilaksanakan aborsi bagi korban perkosaan, ketidak adanya pengaturan tersebut menjadi kendala bagi korban perkosaan disaat dirinya hendak melakukan aborsi, karena jika menunggu putusan pengadilan bahwa dirinya dinyatakan sebagai korban perkosaan, hal ini sangat dimungkinkan bagi korban tidak dapat melaksanakan aborsi dibawah usia kehamilan 40 hari yang ditentukan dalam Pasal 31 ayat 2 PP Kesehatan Reproduksi. Jika aborsi dilakukan tanpa adanya putusan

pengadilan, maka tenaga medis tidak ada yang berani melakukan Tindakan aborsi kepada korban perkosaan, sedangkan tenaga medis maupun kesehatan ialah bagian yang cukup penting dari sumber daya kesehatan khususnya terkait aborsi bagi korban pemerkosaan.²³

Menurut penulis, ketentuan dalam UU Kesehatan RI ini memberikan peluang besar untuk dilakukannya aborsi akibat perkosaan masih memerlukan rekonstruksi didalam pasal-pasal yang bertujuan untuk melindungi hal-hal besar didalamnya, seperti penghormatan terhadap hak hidup janin sebagai anugerah dari sang maha pemberi kehidupan. Hak hidup bukanlah semata-mata kebebasan personal tetapi memposisikan kehidupan manusia pada tingkat yang lebih tinggi.²⁴ Hak hidup merupakan bagian dari hak asasi manusia yang dijunjung tinggi dalam konstitusi sehingga wajib dilindungi dalam rangka mewujudkan cita-cita sebagai negara hukum.²⁵

Dengan demikian, Indonesia sebagai bangsa yang beradab, wajib mereformulasi ketentuan legalisasi aborsi kehamilan hasil perkosaan dalam ketentuan UU Kesehatan sebagai hukum positif. Alasan satu-satunya untuk dapat dilakukannya aborsi adalah karena kedaruratan medis sehingga konsekuensinya adalah tindakan aborsi oleh korban perkosaan tetap dipandang sebagai Tindakan kriminal dan diancam dengan pidana.

Berdasarkan uraian di atas penulis merasa tertarik untuk melakukan kajian terhadap aborsi bagi korban perkosaan dalam bentuk disertasi dengan judul **LEGALITAS ABORSI YANG DILAKUKAN OLEH TENAGA MEDIS BAGI KORBAN PERKOSAAN DI INDONESIA BERDASARKAN MAQSHID SYARI'AH.**

²³ Nafa Fadhilah Hasyim, Budi Sastra Panjaitan, Ramadan, Tinjauan Yuridis terhadap Bidan yang Memperdagangkan Obat Substandar dalam Perspektif Hukum Pidana dan Hukum Pidana Islam (Studi Putusan Nomor 1406/Pid.Sus/2020/PN Mdn), *Al-Manhaj: Jurnal Hukum dan Pranata Sosial Islam*, Vol. 5, No. 1. 2023, h. 527.

²⁴ Ismail Marzuki and Faridy Faridy, Relevansi Hukum Dan Hak Asasi Manusia Dengan Agenda Reformasi: Dimensi Nasional Dan Internasional, *JCH (Jurnal Cendekia Hukum)*, Vol, 5, No. 2 (2020), h. 350, <https://doi.org/10.33760/jch.v5i2.242>.

²⁵ Fauzi Iswari, Aplikasi Konsep Negara Hukum Dan Demokrasi Dalam Pembentukan Undang-Undang Di Indonesia, *JCH (Jurnal Cendekia Hukum)*, Vol, 6, No. 1 (2020), h. 127, <https://doi.org/10.33760/jch.v6i1.285>.

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana pengaturan hukum tentang aborsi yang dilakukan oleh korban perkosaan di Indonesia?
2. Bagaimana implementasi aborsi yang dilakukan oleh tenaga medis bagi korban perkosaan berdasarkan peraturan perundang-undangan di Indonesia?
3. Bagaimana reformulasi hukum yang ideal terhadap aborsi yang dilakukan oleh tenaga medis bagi korban perkosaan di Indonesia berdasarkan *maqashid syariah*?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk menganalisis pengaturan hukum tentang aborsi yang dilakukan oleh korban perkosaan di Indonesia.
2. Untuk menganalisis implementasi aborsi yang dilakukan oleh tenaga medis bagi korban perkosaan berdasarkan peraturan perundang-undangan di Indonesia.
3. Untuk merekomendasikan reformulasi hukum yang ideal terhadap aborsi yang dilakukan oleh tenaga medis bagi korban perkosaan di Indonesia berdasarkan *maqashid syariah*.

D. Manfaat Penelitian

1. Kegunaan praktis

Penelitian ini diharapkan memberikan sumbangsih pemikiran dan alternatif solusi bagi pemerintah dan masyarakat di Indonesia terkait permasalahan aborsi bagi korban perkosaan. Penelitian ini juga diharapkan dapat menjadi salah satu acuan konsep atau pengetahuan baru tentang rumusan regulasi dan aturan tentang tentang aborsi bagi korban perkosaan.

2. Kegunaan teoritis

Bagi kalangan akademisi, khususnya mahasiswa dan peneliti diharapkan penelitian ini menjadi penambahan khazan keilmuan dan dapat memberikan sumbangsih pemikiran mengenai aborsi yang dilakukan oleh korban perkosaan.

E. Batasan Istilah

Penelitian ini menitik beratkan pada legalitas aborsi bagi korban perkosaan di Indonesia, agar lebih terfokus dan mudah difahami dalam pembahasannya terdapat masing-masing variabel pada judul penelitian dan penjelasan sekaligus pembatasan istilah untuk penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Legalitas

Kata legalitas memiliki kata dasar “legal”, adalah suatu hal yang sesuai dengan peraturan perundang-undangan atau hukum. Menurut *Kamus Besar Bahasa Indonesia* atau KBBI, legalitas adalah perihal keadaan sah atau keabsahan.²⁶ Pasal 1 ayat (1) KUHP: “Tiada suatu perbuatan dapat di pidana, kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.”²⁷ Dalam hukum pidana, dikenal asas legalitas, yakni asas yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam undang-undang. Dalam bahasa latin, dikenal sebagai *Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenalli* yang artinya lebih kurangnya adalah tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan terlebih dahulu.²⁸ Asas ini di masa kini lebih sering diselaraskan dengan asas non retroaktif, atau asas bahwa peraturan perundang-undangan tidak boleh berlaku surut. Secara mudah, asas ini menyatakan bahwa tidak dipidana kalau belum ada aturannya.

Syarat pertama untuk menindak terhadap suatu perbuatan yang tercela, yaitu adanya suatu ketentuan dalam undang-undang pidana yang merumuskan perbuatan tercela itu dan memberikan suatu sanksi terhadapnya. Kalau, misalnya seseorang suami yang menganiaya atau mengancam akan menganiaya istrinya untuk memaksa bersetubuh tidak dapat dipidana menurut KUHP yang berlaku. Sebab Pasal 285 KUHP (Pasal 242 *Wetboek van Strafrecht/Sr*) hanya mengancam perkosaan “di luar pernikahan”. Syarat tersebut di atas bersumber dari asas legalitas.²⁹

²⁶ Tim Penyusun, *Kamus Besar Bahasa Indonesia* (Bandung: Diponegoro, 2000), h. 267

²⁷ Moeljatno, 2000, *Asas-asas Hukum Pidana*, (Jakarta : Rineka Cipta,2000), h. 23;

²⁸ *Ibid.*,

²⁹ *Ibid.*, h. 24

Dengan demikian yang dimaksudkan dengan legalitas dalam penelitian ini adalah berbicara mengenai suatu perbuatan atau benda yang diakui keberadaannya selama tidak ada ketentuan yang mengatur. Asas legalitas adalah prinsip hukum yang menegaskan suatu tindakan hanya bisa dikenai hukuman pidana, terutama jika tindakan tersebut telah secara jelas diatur sebagai perbuatan pidana dalam perundang-undangan yang berlaku sebelum tindakan dilakukan.

2. Aborsi

Aborsi diserap dari bahasa Inggris yaitu abortion yang berasal dari bahasa latin yang berarti pengguguran kandungan atau keguguran.³⁰ Namun, aborsi dalam literatur fikih berasal dari bahasa Arab *al-ijhahd*, merupakan *mashdar* dari *ajhadha* atau juga dalam istilah lain bisa disebut dengan *isqath al-haml*, keduanya mempunyai arti perempuan yang melahirkan secara paksa dalam keadaan belum sempurna penciptaannya. Secara bahasa disebut juga lahirnya janin karena dipaksa atau dengan sendirinya sebelum waktunya. Sedangkan makna gugurnya kandungan, menurut ahli fikih tidak keluar dari makna bahasa, diungkapkan dengan istilah menjatuhkan (*isqath*), membuang (*tharh*), melempar (*ilqaa'*), dan melahirkan dalam keadaan mati (*imlaash*).³¹

Sementara dalam kamus besar Bahasa Indonesia sendiri aborsi adalah terpencarnya embrio yang tidak mungkin lagi hidup sebelum habis bulan keempat dari kehamilan atau aborsi bisa didefinisikan pengguguran janin atau embrio setelah melebihi masa dua bulan kehamilan.³²

Sedangkan definisi aborsi menurut kedokteran sebagaimana dijelaskan Gulardi bahwa aborsi ialah berhentinya (mati) dan dikeluarkannya kehamilan sebelum 20 minggu (dihitung dari haid terakhir) atau berat janin kurang dari 500 gram atau panjang janin kurang dari 25 cm. Pada umumnya abortus terjadi sebelum kehamilan tiga bulan.³³

³⁰ Maria Ulfah Anshor. *Fikih Aborsi (Wacana Penguatan Hak Reproduksi Perempuan)*. (Jakarta: Kompas, 2006), h. 32.

³¹ *Ibid.*, h. 32-33

³² [Departemen Pendidikan Nasional, Pusat Bahasa \(Indonesia\)](#), *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Gramedia Pustaka Utama, 2008), h. 56

³³ Maria Ulfah Anshor, Wan Nedra, dan Sururin (editor), *Aborsi Dalam Perspektif Fiqh Kontemporer*. (Jakarta: Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, 2002), h. 158.

Pengertian aborsi menurut kedokteran tersebut berbeda dengan ahli fikih, karena tidak menetapkan usia maksimal, baik pengguran kandungan dilakukan dalam usia kehamilan nol minggu, 20 minggu maupun lebih dari itu dianggap sama sebagai aborsi. Pengertian aborsi menurut para ahli fikih seperti yang dijelaskan oleh al-Ghazali, aborsi adalah pelenyapan nyawa yang ada di dalam janin, atau merusak sesuatu yang sudah terkonsepsi, jika tes urine ternyata hasilnya positif, itulah awal dari suatu kehidupan. Dan, jika dirusak, maka hal itu merupakan pelanggaran pidana (jinayah). Pengguguran setelah terjadi pembuahan adalah merupakan perbuatan jinayah, dikarenakan fase kehidupan janin tersebut bertingkat. Fase pertama adalah terpencarnya sperma ke dalam vagina yang kemudian bertemu dengan ovum perempuan. Setelah terjadi konsepsi, berarti sudah mulai ada kehidupan (sel-sel tersebut terus berkembang), dan jika dirusak, maka tergolong Jinayah.³⁴

3. Perkosaan

Perkosaan yang dimaksud dalam penelitian ini berdasarkan perkosaan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Pasal 473:

- 1) Setiap Orang yang dengan Kekerasan atau Ancaman Kekerasan memaksa seseorang bersetubuh dengannya, dipidana karena melakukan perkosaan, dengan pidana penjara paling lama 12 (dua belas) tahun.
- 2) Termasuk Tindak Pidana perkosaan dan dipidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi perbuatan:
 - a. persetubuhan dengan seseorang dengan persetujuannya, karena orang tersebut percaya bahwa orang itu merupakan suami/istrinya yang sah;
 - b. persetubuhan dengan Anak;
 - c. persetubuhan dengan seseorang, padahal diketahui bahwa orang lain tersebut dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya; atau
 - d. persetubuhan dengan penyandang disabilitas mental dan/ atau disabilitas intelektual dengan memberi atau menjanjikan uang atau

³⁴ Maria Ulfah Anshor. *Fikih Aborsi (Wacana Penguatan Hak Reproduksi Perempuan)*, h. 34.

Barang, wibawa yang timbul dari hubungan keadaan, atau dengan penyesatan untuk melakukan atau membiarkan dilakukan persetubuhan dengannya, padahal tentang keadaan disabilitas itu diketahui.

- 3) Dianggap juga melakukan Tindak Pidana perkosaan, jika dalam keadaan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dengan cara:
 - a. memasukkan alat kelamin ke dalam anus atau mulut orang lain;
 - b. memasukkan alat kelamin orang lain ke dalam anus atau mulutnya sendiri; atau
 - c. memasukkan bagian tubuhnya yang bukan alat kelamin atau suatu benda ke dalam alat kelamin atau anus orang lain.

4. Korban Perkosaan

Perkosaan merupakan salah satu dari pelanggaran hak asasi manusia yang sering terjadi. Soetandyo Wignjosoebroto menyebut perkosaan merupakan suatu usaha melampiaskan nafsu seksual oleh seseorang lelaki terhadap seorang perempuan dengan cara yang menurut moral dan atau hukum yang berlaku melanggar.³⁵ Senada dengan Soetandyo, Abdul Wahid menjelaskan bahwa perkosaan merupakan suatu perbuatan seseorang yang secara paksa melampiaskan nafsu seksualnya yang dapat dilihat sebagai pelanggaran norma dan tertib sosial.³⁶ Perkosaan dapat dilihat sebagai perbuatan seseorang yang secara paksa hendak melampiaskan nafsu seksualnya dan bentuk pelanggaran norma-norma serta tertib sosial.

Perkosaan sebagai suatu Tindakan kekerasan merupakan suatu tindak kejahatan yang dinilai sangat merugikan dan mengganggu ketentraman dan ketertiban hidup, terutama bagi korbannya. Perkosaan sendiri merupakan kejahatan yang sudah ada sejak dulu dan masih ada hingga sekarang. Sedikit banyak tidak kejahatan ini mengalami perubahan seiring dengan berkembangnya zaman. Dengan adanya kejahatan perkosaan pastinya ada subjek yang menjadi korban dari tindakan kejahatan tersebut.

³⁵Soetandyo Wignjosoebroto, *Perlindungan Terhadap Korban Kekerasan Seksual*, (Bandung:PT. Refika Aditama, 2001), h. 40

³⁶Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, *Perlindungan terhadap Korban Kekerasan Seksual Advokasi dan Hak Asasi Perempuan*, Cet. Ke-1, (Bandung: Refika Aditama, 2017), h. 40

Yang dimaksudkan dengan korban perkosaan dalam penelitian ini adalah perempuan yang mengalami kekerasan seksual berupa pemaksaan hubungan seksual tanpa persetujuan yang sah dan perempuan yang dimaksud dinyatakan sebagai korban perkosaan melalui putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.

F. Penelitian Terdahulu

Kajian tentang aborsi sudah banyak dilakukan oleh para peneliti terdahulu, berikut penulis uraikan beberapa tentang penelitian tentang aborsi.

1. Jurnal international oleh andini Naulina Rahajeng³⁷, dengan judul *Abortion in Islamic Law and its Intersection With Human Rights*. Jurnal of Islamic Law Studies, Sharia Journal (JILS) Volume 3 tahun 2020 No. 3. Penelitian ini menyimpulkan bahwa Aborsi dibatasi oleh hukum di hampir setiap negara pada akhir abad ke-19. Aborsi adalah sebuah topik kontroversial karena melibatkan moral, etika, dan masalah keagamaan yang mendasar. Pembatasan hukum tentang aborsi memang ada di seluruh yurisprudensi Islam, walaupun hanya diizinkan dalam keadaan darurat. Saat ini, masyarakat menjadi lebih sadar tentang aborsi sebagai bagian dari hak asasi manusia, karena dianggap sebagai suatu otonomi perempuan atas tubuhnya dan bagian dari hak reproduksi. Aborsi dianggap harus diizinkan secara hukum dan dapat diakses oleh wanita.
2. Jurnal International oleh Achmad Prasetya Syailendra DKK dengan judul *Legal Protection of Incest Victims Who Have an Abortion*. Jurnal Novelty Volume 10 No.3 tahun 2019. Penelitian ini menyimpulkan bahwa aturan tentang aborsi di Indonesia bermacam-macam, mulai dari yang dilarang sepenuhnya, peraturan yang menyatakan pengecualian. KUHP adalah aturan yang melarang penuh aborsi. Sementara aturan lain melegalkan aborsi dengan pengecualian tertentu. Melalui peraturan perundang-undangan tersebut, Indonesia menjadi negara yang di satu sisi melarang

³⁷andini Naulina Rahajeng, dengan judul *Abortion in Islamic Law and its Intersection With Human Rights*. Jurnal of Islamic Law Studies, Sharia Journal (JILS) Volume 3 tahun 2020 No. 3

keras aborsi dan sebaliknya membolehkan aborsi hanya untuk tiga kasus, ada yang melindungi nyawa ibu, melindungi janin, dan korban perkosaan.

38

3. Jurnal oleh Agustina, Joelman Subaidi, Umami Kalsum, dengan judul *Aborsi dalam Perspektif Undang-Undang Kesehatan dan KUHP*. Jurnal Ilmiah Mahasiswa Fakultas Hukum (JIM FH). Volume IV Nomor 2 (April 2021). Pada penelitiannya berkesimpulan bahwa menurut KUHP *abortus provocatus* merupakan tindakan pidana yang dapat dikenakan sanksi pidana, begitu juga halnya dengan Undang-Undang kesehatan juga tidak membenarkan tindakan *abortus provocatus* tanpa ada alasan pembenar. Pandangan terhadap *abortus provocatus* atau aborsi menjadi berbeda manakala terdapat keadaan yang memaksa untuk dilakukannya aborsi. Sebagai alasan yang dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan. Meskipun sebagaimana telah dijelaskan diatas bahwa KUHP tidak memberikan Pengecualian Terhadap tindakan Aborsi dalam keadaan apapun. Sementara Undang-Undang kesehatan memberikan jalan keluar manakala terdapat alasan pembenar dilakukannya tindakan aborsi sebagai jalan terbaik yang harus ditempuh. Dua kutub pemikiran ini nampaknya berangkat dari titik pandang yang saling bertentangan. Mereka yang menolak tetap berpandangan negara seharusnya tidak terlibat dalam soal kesehatan reproduksi yaitu aborsi yang merupakan wilayah pribadi. Dengan adanya peran negara untuk memasuki wilayah ini dapat memperluas campur tangan negara kedalam wilayah pribadi anggota masyarakat dan berpotensi negatif terhadap kebebasan dan perkembangan demokrasi. Dukungan dan penolakan Undang-Undang Kesehatan mengenai aborsi ini berangkat dari paradigma yang berbeda. Pendukung adanya pelegalan aborsi sebagian

³⁸Achmad Prasetya Syailendra DKK dengan judul *Legal Protection of Incest Victims Who Have an Abortion*. Jurnal Novelty Volume 10 No.3 tahun 2019

berasal dari LSM kesehatan yang beranggapan bahwa masalah aborsi harus dilihat sebagai isu kesehatan reproduksi bukan sebagai isu kriminalitas.³⁹

G. Landasan Teori

Ada beberapa teori yang menjadi dasar penulis dalam meneliti persoalan yang ada, dimana teori ini merupakan kerangka awal bagi penulissehingga hasil yang didapatkan akan lebih jelas dan terukur sesuai metode yang ada, adapun teory yang penulis gunakan adalah sebagai berikut:

1. Teori Kepastian Hukum (*Positivisme Theory*)

Secara metodologis paradigma *positivisme* hukum berawal dari konsep pemikiran Auguste Comte, yang menyingkirkan pemikiran metafisis yang bersifat abstrak. Dalam pandangan *positivisme*, maka setiap norma atau kaidah hukum harus diwujudkan ke dalam sebuah norma yang konkrit dan nyata.⁴⁰ menurut Comte, *positivisme* merupakan puncak dari perkembangan pemikiran manusia tentang konsep hukum. Dalam hal ini, Comte membagi perkembangan konsep tentang hukum ke dalam tiga tahapan, yaitu : Pertama, tahap *teologis*, suatu tahap atau zaman di mana manusia percaya bahwa hakikat di belakang gejala-gejala alam, didalamnya terdapat kuasa adikodrati yang mengatur fungsi dan gerak dari gejala-gejala tersebut. Kedua, tahap *metafisis*, suatu tahap di mana hakikat kekuatan adikodrati diganti dengan ketentuan-ketentuan yang bersifat abstrak. Ketiga, tahap *Positif*, yaitu suatu tahap di mana orang tidak lagi mencapai pengetahuan tentang yang mutlak baik *teologis* maupun *metafisis*, melainkan telah membatasi fakta-fakta yang disajikan. Disini *positivisme* tidak lagi mengakui hal-hal di luar empiris sensual manusia sebagaimana paradigma tentang hukum pada tahap *teologis* dan *metafisis*.⁴¹

Pada perkembangannya, teori kepastian hukum (*positivisme theory*) mulai muncul pada abad ke 19 akhir dan awal abad ke 20 yang dikembangkan oleh Jhon Austin dan Hans Kelsen. Austin membedakan hukum ke dalam 2 (dua) jenis, yaitu

³⁹ Agustina, Joelman Subaidi, Umami Kalsum, dengan judul *Aborsi dalam Perspektif Undang-Undang Kesehatan dan KUHP*. Jurnal Ilmiah Mahasiswa Fakultas Hukum (JIM FH). Volume IV Nomor 2 (April 2021).

⁴⁰Endrik Safuddin, *Teori Hukum Percikan Pemikiran Ilmu Hukum Lintas Mazhab*, (Yogyakarta: Q Media, 2022), h. 7

⁴¹ *Ibid.*

hukum Tuhan dan hukum buatan manusia. Hukum yang dibuat oleh manusia oleh Austin dibedakan kemudian dibedakan lagi ke dalam 2 (dua) jenis, yaitu hukum yang sebenarnya dan hukum yang tidak sebenarnya. Hukum dalam arti sebenarnya (disebut sebagai hukum positif), meliputi hukum yang dibuat oleh penguasa dan hukum yang disusun oleh manusia untuk melaksanakan hak-hak yang diberikan kepadanya. Sedangkan hukum yang tidak sebenarnya adalah hukum yang tidak dibuat oleh penguasa, sehingga tidak memenuhi persyaratan sebagai hukum.⁴²

Positivisme hukum (aliran positif) memandang perlu untuk memisahkan secara tegas antara hukum dan moral (antara hukum yang berlaku. Selanjutnya dalam pandangan *positivisme* hukum dipandang tidak lain adalah perintah penguasa (*law is a command of the lewgivers*). Bahkan, bagian aliran hukum positif yang dikenal dengan istilah *legisme*, berpendapat dengan tegas, bahwa hukum itu identik dengan undang-undang.⁴³ Dalam hal ini aliran *positivisme* dapat dibedakan menjadi dua corak, yaitu : aliran hukum positif analitis (*analitical jurisprudence*) atau biasa disebut *positivisme* sosiologis yang dikembangkan oleh Jhon Austin dan aliran *positivisme* hukum murni (*Reine Rechtlehre*) atau yang disebut *positivisme* yuridis yang dikembangkan oleh Hans Kelsen.⁴⁴

Jhon Austin dalam teori hukum *positivisme*nya berpandangan bahwa hukum itu nyata dan berlaku, bukan karena mempunyai dasar dalam kehidupan sosial, bukan pula karena hukum itu bersumber pada jiwa bangsa, bukan karena cermin keadilan, tetapi karena hukum itu mendapat bentuk positifnya dari institusi yang berwenang.⁴⁵

Menurut Kelsen bahwa sumber pedoman-pedoman objektif diatur dalam norma dasar (*grundnorm*). Norma dasar (*grundnorm*) merupakan syarat transendental logis bagi berlakunya seluruh tata hukum. Seluruh tata hukum harus berpedoman secara hierarki pada *grundnorm*, setiap orang harus menyesuaikan diri

⁴² Muhammad Rahkmat, *Pengantar Filsafat Hukum*, (Bandung: CV. Warta Bagja, 2015), h. 85

⁴³ Darji Damodiharjo dan Shidarta. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*. (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2016), h. 113-114.

⁴⁴ Muhammad Rahkmat, *Pengantar Filsafat Hukum*, h. 107

⁴⁵ Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum*, (Yogyakarta: Liberty, 2016), h. 21.

dengan apa yang telah ditentukan oleh *grundnorm*. Pandangan Kelsen ini lebih menitikberatkan pada yuridis normatif yang sejalan dengan teori *positivisme*.⁴⁶

Kepastian hukum atau positivitas kaidah hukum adalah hal ditetapkannya hukum dalam suatu aturan hukum oleh pengemban kewenangan hukum yang berwenang (*bevoegde reshtsautoriet*). Dengan itu, maka aturan hukum itu disebut aturan hukum positif. Hukum positif merupakan terjemahaan dari *ius positum*, yang secara harfiah berarti sebagai hukum yang ditetapkan.⁴⁷ Hal ini pulalah yang mendasari adanya pemisahan yang tegas antara hukum dan moral (antara hukum yang berlaku dan hukum yang seharusnya, antara *das sein* dan *das sollen*) dalam *positivisme* hukum. Sehingga dalam *positivisme* hukum, maka hukum tidak lain dan bukan hanyalah undang-undang saja.⁴⁸

Menurut Hans Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen* dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang *deliberative*. Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungan dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu.⁴⁹

Kepastian hukum sebagaimana pandangan Utrecht mengandung dua pengertian, yaitu *Pertama*, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan. *Kedua*, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu.⁵⁰

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ J.J.H. Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum “pengertian-Pengertian Dasar Dalam Teori Hukum*, alih bahasa B. Arief Sidharta, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2011), h. 142.

⁴⁸ Darji Damodiharjo dan Shidarta. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*. h. 113-114.

⁴⁹ Peter Mahmud Marzuki. *Pengantar Ilmu Hukum*. (Jakarta: Prenada Kencana Media Group, 2017), h. 58.

⁵⁰ Riduan Syahrani. *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*. (Bandung: Citra Aditya, Bandung, 1999). hlm. 23.

Kepastian hukum berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran *positivisme* di dunia hukum yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom yang mandiri, Penganut aliran *positivisme*, menekankan bahwa tujuan hukum tidak lain sekedar menjamin terwujudnya hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata mencapai kepastian.⁵¹

Kepastian hukum merupakan perlindungan *yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Kepastian hukum sangat identik dengan pemahaman *positivisme* hukum yang berpendapat bahwa satu-satunya sumber hukum adalah undang-undang, sedangkan peradilan berarti semata-mata penerapan undang-undang pada peristiwa yang konkrit.⁵²

Pandangan *positivisme* hukum mengidentikan hukum sebagai undang-undang.⁵³ Hal ini berarti bahwa setiap peristiwa hukum yang terjadi di tengah masyarakat haruslah memiliki sarana atau undang-undang yang mengaturnya, sehingga peristiwa tersebut dapat memiliki kekuatan hukum dan memperoleh perlindungan hukum.

Kepastian hukum atau positivitas kaidah hukum adalah hal ditetapkannya hukum dalam suatu aturan hukum oleh pengemban kewenangan hukum yang berwenang (*bevoegde reshtsautoriet*), sehingga aturan hukum itu disebut sebagai hukum positif, yang merupakan terjemahaan dari "*ius positum*". Hukum positif secara harfiah dapat diartikan sebagai hukum yang ditetapkan.⁵⁴ *Positivisme* hukum menekankan, bahwa antara hukum dan moral haruslah dipisahkan secara tegas (antara hukum yang berlaku dan hukum yang seharusnya, antara *das sein* dan *das sollen*). *Positivisme* berpandangan bahwa hukum tidak lain adalah perintah

⁵¹ *Ibid*, h. 24.

⁵² Lili Rasdjidi dan Ira Rasjidi. *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), h. 42-43.

⁵³ Pontang Moerad, *Pembentukan Hukum Melalui Putusan Pengadilan Dalam Perkara Pidana*, (Bandung: Alumni, 2015), h.120.

⁵⁴ J.J.H. Bruggink, *Refleksi Tentang Hukum "pengertian-Pengertian Dasar Dalam Teori Hukum*, h. 142.

penguasa (*law is a command of lawgivers*), sehingga hukum selalu diidentikkan dengan undang-undang.⁵⁵

Jan M. Otto sebagaimana dikutip oleh Sidharta, yaitu bahwa kepastian hukum dalam situasi tertentu mensyaratkan sebagai berikut:

- 1) Tersedia aturan-aturan hukum yang jelas atau jernih, konsisten dan mudah diperoleh (*accessible*), yang diterbitkan oleh kekuasaan negara;
- 2) Bahwa instansi-instansi penguasa (pemerintahan) menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten dan juga tunduk dan taat kepadanya;
- 3) Bahwa mayoritas warga pada prinsipnya menyetujui muatan isi dan karena itu menyesuaikan perilaku mereka terhadap aturan-aturan tersebut;
- 4) Bahwa hakim-hakim (peradilan) yang mandiri dan tidak berpihak menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa hukum; dan
- 5) Bahwa keputusan peradilan secara konkrit dilaksanakan.⁵⁶

Kelima syarat yang dikemukakan Jan M. Otto tersebut menunjukkan bahwa kepastian hukum dapat dicapai jika substansi hukumnya sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Aturan hukum yang mampu menciptakan kepastian hukum adalah hukum yang lahir dari dan mencerminkan budaya masyarakat. Kepastian hukum yang seperti inilah yang disebut dengan kepastian hukum yang sebenarnya (*realistic legal certainty*), yaitu mensyaratkan adanya keharmonisan antara negara dengan rakyat dalam berorientasi dan memahami sistem hukum.

Kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, di mana yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan dapat dilaksanakan. Walaupun kepastian hukum erat kaitannya dengan keadilan, namun hukum tidak identik dengan keadilan. Hukum bersifat umum dan mengikat bagi

⁵⁵ Darji Damodiharjo, dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, h.113-114.

⁵⁶ *Ibid.*, h. 160.

setiap orang, bersifat menyamaratakan, sedangkan keadilan bersifat subyektif, individualistis, dan tidak menyamaratakan.⁵⁷

Kepastian hukum merupakan pelaksanaan hukum sesuai dengan bunyinya sehingga masyarakat dapat memastikan bahwa hukum dilaksanakan. Dalam memahami nilai kepastian hukum yang harus diperhatikan adalah bahwa nilai itu mempunyai relasi yang erat dengan instrumen hukum yang positif dan peranan negara dalam mengaktualisasikannya pada hukum positif.⁵⁸

Kepastian hukum menghendaki adanya upaya pengaturan hukum dalam perundang-undangan yang dibuat oleh pihak yang berwenang dan berwibawa, sehingga aturan-aturan itu memiliki aspek yuridis yang dapat menjamin adanya kepastian bahwa hukum berfungsi sebagai suatu peraturan yang harus ditaati.

Kepastian mengandung beberapa arti, yakni adanya kejelasan dan ketegasan dalam hukum (undang-undang), yaitu tidak menimbulkan multitafsir, tidak menimbulkan kontradiktif, dan dapat dilaksanakan. Hukum harus berlaku tegas di dalam masyarakat, mengandung keterbukaan sehingga siapapun dapat memahami makna atas suatu ketentuan hukum. Hukum yang satu dengan yang lain tidak boleh kontradiktif sehingga tidak menjadi sumber keraguan. Kepastian hukum menjadi perangkat hukum suatu negara yang mengandung kejelasan, tidak menimbulkan multitafsir, tidak menimbulkan kontradiktif, serta dapat dilaksanakan, yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara sesuai dengan budaya masyarakat yang ada.

Relevansi teori kepastian hukum dengan obyek kajian penelitian Disertasi ini bahwa di dalam hukum harus memberikan kepastian terhadap sertifikasi halal pada produk *Fashion*. Sehingga pelabelan halal pada produk *Fashion* dapat diukur dengan kriteria/ indicator halal yang jelas dan pasti.

⁵⁷ Sudikno Mertokusumo. *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2007), h. 160.

⁵⁸ Fernando M, Manullang. *Menggapai Hukum Berkeadilan: Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomi Nilai*, (Jakarta: Buku Kompas, 2007), h. 95.

2. Teori Hak Asasi Manusia

Hak Asasi Manusia (HAM) adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi, dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia⁵⁹. Asal-usul gagasan mengenai HAM (Hak Asasi Manusia) sebagaimana disebut terdahulu bersumber dari teori hak kodrati (*natural rights theory*).

Teori kodrati mengenai hak itu bermula dari teori hukum kodrati (*natural law theory*). Pada perkembangannya melawan kekuasaan muncul gerakan pembaharuan (*renaissance*) yang mengharapkan kembali kebudayaan Yunani dan Romawi yang menghormati orang perorang. Gerakan pembaharuan diteruskan dari aliran hukum kodrat yang dicetuskan oleh Thomas Aquinas dan Grotius yang menegaskan bahwa setiap orang dalam kehidupan ditentukan oleh Tuhan, namun semua orang apapun statusnya tunduk pada otoritas Tuhan. Berarti, bukan hanya kekuasaan Raja saja yang dibatasi oleh aturan-aturan Ilahiah tetapi semua manusia dianugerahi identitas individual yang unik, yang terpisah dari negara dimana ia memiliki hak kodrati yang menyatakan bahwa setiap individu adalah makhluk otonom.⁶⁰

Hak asasi (*fundamental rights*) artinya hak yang bersifat mendasar (*grounded*). Hak Asasi Manusia adalah hak-hak yang bersifat mendasar dan inheren dengan jati diri manusia secara universal. Oleh karena itu, menelaah HAM, menurut Todung Mulya Lubis sesungguhnya adalah menelaah totalitas kehidupan, sejauh mana kehidupan memberi tempat yang wajar kepada kemanusiaan.⁶¹ Sistem nilai yang menjelma dalam HAM tidak semata-mata dari produk barat melainkan pijakan yang kokoh dari keseluruhan agama dan budaya yang ada.⁶² Indonesia

⁵⁹ Pasal 1 butir 1 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia, Lembaran Negara RI Tahun 1999 Nomor 165, Tambahan Lembaran Negara RI Nomor 3886

⁶⁰ Roma K Smith et al, *Hukum HAM*, (Yogyakarta: Pusham UII, 2009), h. 12

⁶¹ Majda El Muhtaj, *Hak Asasi dalam Konstitusi Indonesia*, (Jakarta: Prenada Media, 2005), h. 47

⁶² Manfred Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 2003), h. 1

sebagai negara yang mengakui agama dan mempertahankan ragam budaya dalam kehidupan sehari-hari menimbulkan nilai-nilai hak asasi sesuai perkembangan agama dan budaya sehingga wacana tentang HAM sangat mudah dipahami namun tidak selalu sesuai dengan realita.

Di Indonesia wacana HAM (Hak Asasi Manusia) dengan mudah diterima, dipahami, dan diakutalisasikan dalam bingkai kebijakan dan perkembangan social politik yang berkembang. Dalam konteks reformasi wacana HAM dibentuk sebagai jaminan yang lebih kokoh dan semakin mendapatkan momentumnya. Perubahan Undang-Undang Dasar 1945 adalah fakta sejarah yang diyakini sebagai poin penting bagi penguatan demokrasi di Indonesia yang berbasiskan perlindungan terhadap HAM (Hak Asasi Manusia)⁶³.

Selanjutnya penguatan teori hak asasi manusia dalam penelitian ini dapat dilihat dari beberapa aspek penting yang saling berkaitan:

1. **Hak Hidup dan Keamanan Pribadi:** Dalam konteks HAM, hak hidup dan keamanan pribadi merupakan hak fundamental setiap individu. Korban perkosaan, sebagai individu yang hak-haknya telah dilanggar, berhadapan dengan dilema aborsi sebagai suatu tindakan yang mempengaruhi hak hidup janin. Dalam konteks *Maqashid Syari'ah*, perlindungan terhadap kehidupan (*hifz al-nafs*) merupakan salah satu tujuan utama, yang juga mencakup pertimbangan terhadap kehidupan dan kesejahteraan ibu.
2. **Hak atas Kesehatan:** Korban perkosaan memiliki hak untuk mendapatkan layanan kesehatan, termasuk pertimbangan untuk aborsi, sebagai bagian dari pemulihan fisik dan psikis. Dalam *Maqashid Syari'ah*, pemeliharaan kesehatan (*hifz al-'aql*) dianggap penting. Legalitas aborsi oleh tenaga medis bagi korban perkosaan perlu mempertimbangkan aspek ini, menimbang antara risiko kesehatan dan kepentingan psikologis korban dengan prinsip-prinsip syariah.
3. **Hak atas Keadilan dan Perlindungan dari Kekerasan:** Korban kekerasan seksual berhak mendapatkan keadilan dan perlindungan dari negara.

⁶³ Majda El Muhtaj, *Hak Asasi dalam Konstitusi Indonesia.*, h. 47

Penelitian ini perlu mengeksplorasi bagaimana hukum dan praktek aborsi bagi korban perkosaan di Indonesia mencerminkan upaya perlindungan hak-hak korban dalam kerangka *Maqashid Syari'ah* yang menekankan pada keadilan (*'adl*) dan pencegahan kemudharatan (*dar' mafsadah*).

4. Hak atas Privasi dan Kebebasan Pribadi: Korban perkosaan menghadapi stigma sosial dan dampak psikologis yang mendalam. Dalam konteks HAM, hak atas privasi dan membuat keputusan tentang tubuh dan kesehatan reproduksi sendiri sangat penting. *Maqashid Syari'ah*, dengan fokusnya pada perlindungan martabat manusia (*hifz al-'ird*) dan identitas individu, dapat memberikan perspektif dalam menghormati keputusan korban terkait aborsi.
5. Harmonisasi antara HAM dan *Maqashid Syari'ah*: Mencari titik temu antara prinsip HAM dan *Maqashid Syari'ah* dalam konteks aborsi bagi korban perkosaan menantang tetapi penting. Harmonisasi ini dapat menciptakan kerangka hukum dan etika yang menghormati hak asasi manusia sambil mematuhi prinsip-prinsip syariah.

Penelitian ini dapat menyelidiki bagaimana legalitas aborsi bagi korban perkosaan di Indonesia dapat dibingkai dalam *Maqashid Syari'ah* untuk mendukung hak-hak korban dalam konteks yang lebih luas dari HAM. Dengan demikian, penelitian ini berpotensi memberikan rekomendasi yang berharga untuk reformasi hukum dan kebijakan yang lebih adil dan inklusif bagi korban kekerasan seksual.

3. Teori *Maqasid Syari'ah*

Maqasid syariah adalah konsep yang menggabungkan kata *maqasid* dan *syariah*. *Maqasid* adalah bentuk jamak dari kata *qasada* yang berarti maksud, tujuan, dan hajat. Sedangkan *syariah* secara harfiah dapat diartikan sebagai jalan yang lurus atau petunjuk yang benar.

Syariah dalam pandangan Syaltout adalah sistem aturan yang ditetapkan oleh Allah sebagai panduan bagi manusia dalam membina hubungan dengan Tuhan, alam, sesama manusia, dan dalam kehidupan secara menyeluruh. *Syariah* meliputi prinsip-prinsip moral, nilai-nilai etika, serta petunjuk praktis yang

mengarahkan individu untuk menjalani kehidupan yang harmonis dan seimbang. Dalam pandangan ini, syariah tidak hanya berlaku bagi umat Muslim, tetapi juga menawarkan nilai-nilai universal yang dapat diadopsi oleh semua individu dalam mencapai kebaikan, keadilan, dan kedamaian. Dari kedua akar kata tersebut, maka maqasid syariah dapat diartikan sebagai suatu tujuan yang hendak ditempuh pada satu jalan⁶⁴

Al-Syatibi dikenal sebagai salah seorang pemikir hukum Islam yang banyak menjelaskan teori *mashlahah* dalam karyanya, *al-muwafaqat*, melalui konsep tujuan hukum syara' (*maqashid al-syari'ah*). Perumusan tujuan syari'at Islam bertujuan untuk mewujudkan kemaslahatan umum (*mashlahah al-'ammah*) dengan cara menjadikan aturan hukum syari'ah yang paling utama dan sekaligus menjadi *shalihah li kulli zaman wa makan* (kompatibel dengan kebutuhan ruang dan waktunya) untuk sebuah kehidupan manusia yang adil, bermartabat dan bermaslahat. Berdasarkan teori ini, konsep dan implementasi sertifikasi halal produk khususnya produk fashion hendaknya dirumuskan dan diaplikasikan sesuai dengan prinsip-prinsip, asas-asas, dan tujuan hukum syara' sehingga hukum Islam benar-benar kompatibel dengan kebutuhan ruang dan waktunya.

Imam al-Syatibi telah memberikan kerangka untuk mencapai tujuan-tujuan syari'at yang bersifat *dharuriyyah*, dan *tahsiniyyah*, dan berisikan lima asas hukum syara' yakni: (a) memelihara agama/*hifzh al-din*; (b) memelihara jiwa/*hifzh al-nafs*; (c) memelihara keturunan/*hifzh al-nasl*; (d) memelihara akal/*hifzh al-aql*; dan memelihara harta/*hifzh al-maal*.⁶⁵ Teori *mashlahah* yang diperkenalkan al-Syatibi dalam konsep *maqashi al-syari'ah* ini tampaknya masih relevan untuk menjawab segala persoalan hukum di masa depan khususnya berkaitan dengan sertifikasi halal produk.

Najamuddin al-Thufi juga menjelaskan teori *mashlahah* sebagai salah satu obyek penting dalam khazanah pemikiran hukum Islam (*ijtihad*). Dalam pandangan

⁶⁴ Munawir Dzasali, *Reformasi Hukum Islam* (Jakarta: Logos, 1999), h. 34. Lihat juga Muhammad Syarif Nurdin and Yusdani Rahman, "Sertifikasi Produk Halal Oleh BPJPH DIY Dengan Pendekatan Ekonomi Politik Perspektif Maqasid Syariah," *Equilibrium: Jurnal Ekonomi Syariah* 9, no. 1 (2021): 199-216, <https://doi.org/10.21043/equilibrium.v9i1.9783>

⁶⁵ Al-Syathibi, *al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, t.th), Juz. II, h. 7.

al-Thufi, asal-usul kata *mashlahah* Artinya, bentuk sesuatu dibuat sedemikian rupa sesuai dengan kegunaannya. Misalnya, perdagangan adalah sarana untuk mencapai keuntungan. Pengertian dari keuntungan berdasarkan syari'at adalah sesuatu yang menjadi penyebab untuk sampai kepada maksud syar'i, baik berupa ibadah maupun adat. Sehingga, *mashlahah* dalam hal perdagangan adalah untuk mendapatkan keuntungan berdasarkan pada tujuan dari perbuatan dagang dan melaksanakan kehendak syari'at pada waktu yang bersamaan. *Mashlahah* menurut al-Thufi lebih dari sekedar metode hukum, melainkan juga alat untuk mencapai tujuan hukum Islam (*maqashid al-syari'ah*). Seperti halnya disebut al-Syatibi (*al-muwafaqat*) bahwa *mashlahah* merupakan fundamen teori *maqashid al-syari'ah*. Al-Thufi juga menjelaskan kedudukan *mashlahah* selain sebagai tujuan hukum syara' juga merupakan inti dari seluruh konstruksi legislasi hukum Islam.

At-Thufy membangun pemikirannya tentang maslahat tersebut berdasarkan atas empat prinsip. *Pertama* Akal bebas menentukan maslahat dan mafsadat, terutama dalam lapangan mu'amalah dan adat. *Kedua* Maslahat merupakan dalil syar'i mandiri yang kejujahanannya tidak tergantung pada konfirmasi nash, tetapi hanya tergantung pada akal semata. *Ketiga* Maslahat hanya berlaku dalam lapangan muamalah dan adat kebiasaan. Sedangkan dalam bidang ibadah, ukuran-ukurannya ditentukan oleh syara' seperti ibadah mahdah. *Ke empat* Maslahat merupakan dalil syara' yang paling kuat.⁶⁶ Karena itu, jika ada nash dan ijma' bertentangan dengannya (maslahat), ia harus didahulukan dari keduanya dengan cara takhsis dan bayan terhadap nash. Jadi bukan dengan meninggalkan nash sama sekali.

Landasan teori yang dibangun oleh al-Thufi didasarkan pada sketsa historis perkembangan hukum Islam, mulai dari masa pertumbuhan dan pembangunannya hingga pada masa pertengahan dan modern. Salah satu teori yang memperhatikan *mashlahah* secara mutlak, baik terhadap masalah hukum Islam yang ada nashnya maupun masalah hukum yang tidak ada nashnya adalah dalam bidang *fiqh al-*

⁶⁶ Mustafa Zaid, *al-Mashlahah fi at-Tasyri'I al-Islami wa Najamuddin al-Thufi*, (Mesir: Dar al-Fikr al-Arabi), 1954), h. 113-127-132.

mu'amalah. Pemikiran al-Thufi tentang *mashlahah fi fiqh al-mu'amalah* termasuk dalam kategori *mashlahah al-mursalah*.⁶⁷

Teori *mashlahah* al-Thufi dalam bidang hukum *mu'amalah* dan yang sejenisnya dalil yang diikuti adalah *mashlahah*. *Mashlahah* dan dalil-dalil syari'at lainnya, terkadang senada dan terkadang bertentangan. Jika senada, memang hal itu baik seperti senadanya antara *nash*, *ijma'*, *qiyas*, dan *mashlahah* mengenai penetapan hukum *dharuri* yang berjumlah lima.⁶⁸

Dengan demikian hukum akan bisa dirumuskan dan diaplikasikan sesuai dengan tuntutan zaman demi tercapainya kemaslahatan bagi manusia khususnya berkaitan dengan sertifikasi halal produk sehingga seluruh produk baik makanan, minuman, obat-obatan, kosmetik dan fashion benar-benar dapat dijamin kehalalannya.

Maslahah dapat dikategorikan menjadi tiga. *Pertama* masalah *mu'tbarah* yaitu masalah yang diakui dan dijelaskan oleh *nash*. *Kedua* *masalah mulghah* masalah yang tidak diakui dan bertentangan oleh *nash* seperti ketentuan hukum waris 1:1 antara laki-laki dan perempuan.⁶⁹

Al-syatibi menjelaskan bahwa *maqasid syari'ah* merupakan sebuah metode istinbath hukum mengenai suatu masalah yang bertumpu pada dalil-dalil umum karena tidak ada dalil khusus mengenai masalah tersebut dengan berpijak pada azas kemaslahatan sesuai dengan *maqasid al-syari'ah* yang mencakup kebutuhan *darury*, *hajiyat* dan *tahsiniyat*.⁷⁰ Dasar pegangan dalam ijtihad bentuk ini hanyalah

⁶⁷ At-Thufi berpandangan bahwa masalah *mursalah* sebagai istinbat hukum islam, dengan alasan, *pertama* bahwa akal dapat menggali terhadap sesuatu (termasuk baik/kemaslahatan dan buruk/kemudaratan), sehingga akal dapat menghasilkan sebuah produk sesuatu yang kategorinya manfaat (kemaslahatan) dan sesuatu yang kategorinya mafsadah (kerusakan). *Kedua* Masalah merupakan dalil syari'ah tersendiri yang lepas dari dalil-dalil *nash*. *Ketiga* Kemaslahatan merupakan dalil yang kuat dibanding *nash*, karena pada esensinya *nash* itu kandungan sebuah kemaslahatan. *Keempat* Kemaslahatan hanya diberlakukan dalam bidang *mu'amalah* saja. Mustafa Zaid, *al-Mashlahah fi at-Tasyri' al-Islami wa Najamuddin al-Thufi*, (Mesir: Dar al-Fikr al-Arabi), 1954), h. 113-127-132.

⁶⁸ Yusdani, *Al-Thufi dan Teorinya Tentang Mashlahat*, Makalah disampaikan pada Acara Bedah Metodologi Kitab Kuning Seri Usul al-Fiqh Humanis yang diadakan oleh Pusat Studi Islam UII, Selasa, 7 September 2004 bertempat di Ruang Sidang I Kampus UII Jl. Cik Ditiro No. 1 Yogyakarta.

⁶⁹ Munawir Dzasali, *Reformasi Hukum Islam* (Jakarta: Logos, 1999), h. 34.

⁷⁰ Al-Syatiby, *al-Mwafaqat fi Ushul al-Ahkam, juz II*, h, 2-7.

jiwa, hukum syara' yang bertujuan untuk mewujudkan kemashlahatan umat, baik dalam bentuk mendatangkan manfaat maupun menghindari *mudharat*.⁷¹

Berdasarkan perspektif al-Syatiby tersebut di atas dapat dilihat bahwa dalam permasalahan aborsi terdapat masalah yang menmpati hajiyat bagi seseorang yang menjadi korban perkosaan, sebab di dalamnya terdapat udzur dan kedaruratan pada diri korban. Sedangkan dalam terori masalah al-Tufi maka posisi aborsi bagi seorang korban perkosaan yang mengalami trauma dan gangguan psikis pada adalah *masalahat mu'tabarah*. Sebab aborsi yang akan dilakukan bagi seorang korban tindak pidana perkosaan merupakan hajat bagi keberlangsungan hidupnya, Dimana menjaga/ *hifz an-nafs* merupakan masalahat yang pertama dalam teori al-Syatiby. Namun meskipun demikian butuh pengaturan hukum yang ketat dan jelas dalam pelaksanaan aborsi, sebab aborsi sarat dengan hak hidup janin yang dikandung. Jika kehamilan yang disebabkan korban perkosaan tidak terdapat indikasi medis yang dapat membahayakan fisik dan fisiks si korban tentunya tidak boleh dikalakukan aborsi, sebab aborsi sama saja dengan membunuh nyawa janin yang merupakan hak asasi dari janin tersebut. Namun antara aborsi dan keberlangsungan hidup dari korban perlu juga dilakukan kajiann sehingga jelas kriteria dan persyaratan bolehnya melakukan aborsi bagi seorang yang menjadi korban tindak pidana perkosaan.

H. Metodologi Penelitian

1. Jenis Penelitian

Jenis Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif, yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder,⁷² disebut juga penelitian doktrinal, dimana hukum seringkali dikonsepskan sebagai apa yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan (*law in books*) atau dikonsepskan sebagai kaidah atau norma yang merupakan patokan berperilaku manusia yang dianggap pantas.⁷³

⁷¹Ahmad Azhar Basyir, *Pokok-pokok Ijtihad Dalam Hukum Islam*”, Haidar Baqir (ed.), *Ijtihad Dalam Sorotan*, (Bandung: Penerbit Mizan, 1996), h.59

⁷² Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji. *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*. (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2013), h. 13.

⁷³ Amiruddin dan H Zainal Asikin. *Pengantar Metode Penelitian Hukum*. (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006), h 118.

Peter Mahmud Marzuki, penelitian hukum normatif adalah suatu proses untuk menemukan suatu aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.⁷⁴ Berdasarkan definisi tersebut diatas, maka jenis penelitian yang dilakukan dalam penelitian disertasi ini adalah penelitian hukum normatif, karena peneliti menggunakan bahan-bahan kepustakaan sebagai data utama untuk menganalisis kasus, dan penulis tidak melakukan penelitian lapangan. Penelitian ini diteliti dengan menggunakan bahan pustaka (bahan sekunder) atau penelitian hukum perpustakaan yang secara garis besar ditujukan kepada: penelitian asas-asas hukum, penelitian terhadap sistematika hukum, penelitian terhadap sinkronisasi hukum, penelitian terhadap sejarah hukum, dan penelitian terhadap perbandingan hukum.⁷⁵

2. Bahan Hukum

Bahan hukum dalam penelitian ini terdiri dari:

- a. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang terdiri atas peraturan perundang-undangan. Bahan ini antara lain adalah peraturan perundang-undangan seperti Undang-undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan dan Keselamatan Kesehatan Reproduksi JO PP No. 61 Tahun 2014.
- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang terdiri atas buku-buku, jurnal-jurnal hukum, pendapat para sarjana (doktrin), kasus-kasus hukum jurisprudensi, dan hasil-hasil simposium mutakhir, yang berkaitan dengan permasalahan penelitian.
- c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan-bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, misalnya penjelasan perundang-undangan, ensiklopedi hukum, dan indeks majalah hukum.

⁷⁴ Peter Mahmud Marzuki. *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana Prenada Group, 2007), h. 35.

⁷⁵ Ediwarman. Monograf. *Metode Penelitian Hukum* (Panduan Penulisan Tesis dan Disertasi), Medan, 2011), h. 94

3. Pendekatan Penelitian

Pada dasarnya metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan yuridis normatif. Pendekatan yuridis normatif (*doktriner*) yaitu pendekatan dengan mempergunakan kepustakaan atau studi dokumen dan pendapat para ahli yang berhubungan dengan permasalahan aborsi yang dilakukan oleh korban perkosaan.

Menurut Mukti Fajar dan Yulianto Achmad pendekatan dalam penelitian hukum normatif dimaksudkan adalah sebagai bahan untuk mengawali sebagai dasar sudut pandang dan kerangka berpikir seorang peneliti untuk melakukan analisis. Dalam penelitian hukum terdapat beberapa pendekatan, yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan analitis (*analytical approach*), pendekatan perbandingan (*comparative approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan filsafat (*philosophical approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*).⁷⁶ Pendekatan yang dilakukan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

- a. Pendekatan Perundang-Undangan. Suatu penelitian normatif tentu harus menggunakan pendekatan perundang-undangan, karena yang akan diteliti adalah berbagai aturan hukum yang menjadi fokus sekaligus tema sentral suatu penelitian. Untuk itu peneliti harus melihat hukum sebagai sistem tertutup yang mempunyai beberapa sifat, antara lain, *pertama Comprehensive* artinya norma-norma hukum yang ada didalamnya terkait antara satu dengan lain secara logis. *Kedua All-inclusive* artinya bahwa kumpulan norma hukum tersebut cukup mampu menampung permasalahan hukum yang ada, sehingga tidak akan kekurangan hukum. *Ketiga Systematic*, bahwa disamping bertautan antara satu dengan yang lain, norma-norma hukum tersebut juga tersusun secara hierarkis. Dalam penelitian ini undang-undang yang akan dikaji adalah Undang-undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan dan Keselamatan Kesehatan Reproduksi JO PP No. 61 Tahun 2014.

⁷⁶Fajar Muchti dan Yulianto Achmad, 2009, Dualisme Penelitian Hukum Normatif & Empiris, (Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2009), h. 185-192

- b. Pendekatan Analitis Maksud utama analisis terhadap bahan hukum adalah mengetahui makna yang dikandung oleh istilah-istilah yang digunakan dalam aturan perundang-undangan secara konseptual sekaligus mengetahui penerapannya dalam praktik dan putusan-putusan hukum. Hal ini dilakukan melalui dua pemeriksaan: pertama, sang peneliti berusaha memperoleh makna baru yang terkandung dalam aturan hukum yang bersangkutan. kedua, menguji istilah-istilah hukum tersebut dalam praktik melalui analisis terhadap putusan-putusan hukum.

4. Teknik Pengumpulan Data

Untuk memperoleh hasil yang objektif dan dapat dibuktikan kebenaran serta dapat dipertanggungjawabkan hasilnya, maka dipergunakan alat pengumpulan data yaitu Studi Kepustakaan (*Library Research*). Studi ini dilakukan dengan cara mengumpulkan data sekunder yang meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier.

Data yang diperoleh digunakan sebagai dasar teori untuk menganalisis data primer yang diperoleh dari penelitian lapangan. Data sekunder yang berasal dari Peraturan Perundang-undangan, buku teks, data dari instansi atau lembaga lain yang memiliki keterkaitan dengan judul penelitian ini.

5. Analisa Data

Keseluruhan data yang terdiri dari data primer dan data sekunder (bahan hukum primer, sekunder dan tersier) akan diolah dan dianalisis secara kualitatif. Penelitian kualitatif merupakan tahap penelitian yang melampaui berbagai tahapan berfikir kritis ilmiah, dimana penelitian dilakukan secara induktif, yaitu mengungkap berbagai fakta atau fenomena-fenomena yang diperoleh dari pengamatan di lapangan, lalu menganalisisnya. Selanjutnya berupaya melakukan teorisasi berdasarkan pengamatan tersebut.

Di dalam menarik suatu kesimpulan dalam penelitian ini menggunakan metode silogisme dan interpretasi. Penggunaan silogisme dalam penelitian hukum ini berpangkal pada pengajuan premis mayor dan kemudian diajukan premis minor,

selanjutnya ditarik suatu simpulan atau conclusion.⁷⁷ Dalam logika silogistik untuk penalaran hukum, yang merupakan premis mayor adalah aturan hukum, sedangkan fakta hukum merupakan premis minor yang kemudian dari kedua premis tersebut ditarik kesimpulan.

Langkah analisis data yang dilakukan dalam penelitian ini menggunakan metode Milles and Huberman Dimana peneliti harus memiliki kesiapan untuk bergerak di antara 4 proses utama:

- a. Pengumpulan Data. Dalam proses pengambilan data dapat juga sekaligus dilakukan analisis data. Datanya adalah segala sesuatu yang dilihat, didengar dan diamati. Data yang diperoleh bukan merupakan data akhir yang akan dapat langsung dianalisis untuk menarik suatu kesimpulan akhir.
- b. Reduksi Data. Tahap ini berlangsung terus menerus sejalan pelaksanaan penelitian berlangsung. Dimaksudkan untuk lebih menajamkan, menggolongkan, mengarahkan, membuang data yang tidak diperlukan dan mengorganisasikannya.
- c. Penyajian Data. Penyajian data adalah sekumpulan informasi tersusun yang memberi kemungkinan adanya penarikan kesimpulan dan pengambilan tindakan. Dengan mencermati penyajian data, peneliti lebih mudah memahami apa yang terjadi dan apa yang harus dilakukan. Bentuk data yang disajikan dapat berupa bagan, uraian singkat, grafik, chart atau tabel.
- d. Penarikan Kesimpulan/Verifikasi. Berdasarkan data yang telah direduksi dan disajikan, peneliti membuat kesimpulan yang didukung dengan bukti yang kuat pada tahap pengumpulan data. Kesimpulan adalah jawaban dari rumusan masalah dan pertanyaan yang telah diungkapkan oleh peneliti sejak awal.

⁷⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Kencana, Jakarta, 2009), h. 47

I. Sistematika Pembahasan

Untuk memudahkan peneliti melakukan penelitian berikut ditetapkan sistemtaika pembahasan. Sistematika pembahasan berikut ini merupakan gambaran isi penelitian yang akan dilakukan, namun tidak menutup kemungkinan akan adanya perubahan sesuai dengan temuan dan kebutuhan penelitian ini.

Bab I pendahuluan, bab ini akan menguraikan latarbelakang masalah, rumusan masalah, tujuan dan manfaat penelitian, kajian terdahulu, landasan teori, metodologi penelitian dan sistematika pembahasan.

Bab II memuat tentang tinjauan umum tentang aborsi, yang terdiri dari pembahasan defenisi aborsi, manusia dan aborsi dalam Islam, alasan dan fakta aborsi dan jenis-jenis aborsi.

Bab III berisi tentang legalisasi aborsi menurut Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan, pada bab ini membahas konsep aborsi sebagai suatu perbuatan pidana, penyusunan Undang-Undang No. 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan, legalisasi aborsi dalam Undang-undang No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan dan kriteria legalisasi aborsi bagi korban perkosaan menurut Peraturan Pemerintah No.61 Tahun 2014, serta implementasi hukum mengenai aborsi di Indonesia dari perspektif HAM dan undang-undang kesehatan.

Bab IV memuat tentang reformulasi hukum abrosi yang dilakukan oleh korban perkosaan di Indonesia berdasarkan *maqashid syariah*, pada bab ini membahas terntang aborsi akibat perkosaan dan kedaruratan medis dalam Islam, problematika aborsi bagi korban perkosaan berdasarkan perarturan perundang-undangan di Indonesia dan reformulasi legalisasi aborsi dalam Undang-undang No. 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan.

Bab V merupakan bagian penutup yang berisi kesimpulan dan rekomendasi.