

BAB IV

ANALISIS PERCOBAAN MELAKUKAN PELANGGARAN DAN KEJAHATAN YANG TIDAK DIKENAI SANKSI

A. Analisis terhadap Percobaan Melakukan Pelanggaran dan Kejahatan Yang Tidak Dikenai Sanksi

Dalam hukum pidana positif tidak semua percobaan melakukan kejahatan diancam dengan sanksi. Ternyata KUHP mencantumkan hal tersebut dengan membuat rumusan bahwa percobaan untuk melakukan tindak pidana tertentu tidak dapat dihukum, antara lain:

- a. Pasal 184 ayat (5) KUHP, percobaan melakukan perkelahian tanding antara seseorang lawan seseorang;
- b. Pasal 302 ayat (4) KUHP, percobaan melakukan penganiayaan ringan terhadap binatang;
- c. Pasal 351 ayat (5) KUHP dan Pasal 352 ayat (2), percobaan melakukan penganiayaan dan penganiayaan ringan;
- d. Pasal 54 KUHP, percobaan melakukan pelanggaran, tidak boleh dihukum.

Sejalan dengan pasal-pasal tersebut, Kanter dan Sianturi menyatakan:

Sistem hukum-pidana tentang pemidanaan percobaan ialah, bahwa pada umumnya yang ditentukan dapat dipidana, adalah percobaan terhadap kejahatan (pasal 53). Sedangkan percobaan melakukan pelanggaran tidak dipidana (pasal 54). Ternyata ketentuan umum ini tidak konsekuen dipedomani. Ada beberapa percobaan untuk melakukan kejahatan dengan tegas dinyatakan tidak dipidana, seperti: percobaan melakukan penganiayaan-binatang (*dierenmishandeling*) pasal 302 ayat 4; percobaan untuk melakukan penganiayaan-manusia

pasal 351 ayat 5, 352 ayat 2 dan percobaan untuk melakukan "perkelahian", pasal 184 ayat 5.¹

Sebagaimana yang telah dikatakan terdahulu, bahwa syarat yang pertama yang harus dipenuhi oleh seseorang, agar orang tersebut dapat dihukum karena telah melakukan suatu percobaan atau suatu *poging* seperti yang dimaksud di dalam pasal 53 ayat 1 KUHP itu, maka haruslah ia mempunyai suatu *voornemen* atau suatu maksud untuk melakukan suatu kejahatan tertentu.

Yang menjadi permasalahan kini adalah, apakah benar bahwa percobaan untuk melakukan semua kejahatan itu dapat dihukum?

Pembentuk undang-undang ternyata telah mengecualikan beberapa tindak pidana yang telah dimasukkannya ke dalam Buku ke-II Kitab Undang-undang Hukum Pidana, percobaan untuk melakukan tindak-tindak pidana tersebut telah dinyatakan sebagai tidak dapat dihukum.

Tindak-tindak pidana tersebut adalah tindak pidana perkelahian antara seseorang lawan seseorang atau *tweegevecht*, tindak pidana penganiayaan atau *mishandeling* dan tindak pidana penganiayaan ringan terhadap binatang atau *lichte dieren mishandeling*.

Menurut ketentuan pasal 184 ayat 5 KUHP, percobaan melakukan perkelahian antara seseorang lawan seseorang itu tidak dapat dihukum, dengan alasan bahwa pembentuk undang-undang ingin memberi kesempatan kepada setiap orang yang mengetahui adanya maksud mengadakan perkelahian antara

¹E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Jakarta: Alumni AHM-PTHM, 1982, hlm. 312

seseorang lawan seseorang, untuk sampai saat terakhir mau memberitahukan masalah tersebut kepada polisi, dengan menganggap tidak perlu melakukan penuntutan terhadap pihak-pihak yang tersangkut di dalamnya apabila perkelahiannya itu sendiri dapat dicegah.²

Menurut ketentuan pasal 302 ayat 4 KUHP, percobaan melakukan penganiayaan ringan terhadap binatang itu tidak dapat dihukum. Menurut ketentuan pasal-pasal 351 ayat 5 dan 352 ayat 2 KUHP, percobaan-percobaan melakukan penganiayaan dan penganiayaan ringan itu tidak dapat dihukum, oleh karena hal tersebut tidak dianggap begini penting oleh pembentuk undang-undang.

Menurut Van Bemmelen, dengan menentukan bahwa seseorang yang melakukan suatu percobaan, melakukan suatu kejahatan itu dapat dihukum, maka sesungguhnya pembentuk undang-undang telah memperluas pengertian *dader* atau pelaku, oleh karena sudahlah jelas bahwa barangsiapa tidak berhasil melakukan suatu perbuatan yang terlarang ataupun barangsiapa tidak berhasil menimbulkan suatu akibat yang terlarang seperti yang ia kehendaki, maka dengan sendirinya itu berarti bahwa orang tersebut tidak memenuhi semua unsur yang terdapat di dalam rumusan delik.³

Sebagai contoh telah dikemukakan oleh Van Bemmelen yaitu misalnya seseorang yang sedang mencoba-coba membuka kunci sebuah sepeda milik orang lain dengan maksud mengambil sepeda tersebut, akan tetapi kemudian ternyata tidak berhasil mengambilnya, oleh karena ketahuan oleh penjaganya.

²J.M. Van Bemmelen, *Hukum Pidana I*, Terj. Jakarta: Binacipta, 1984, hlm. 238.

³*Ibid*

Di dalam contoh ini sudah jelas, bahwa orang itu belum mengambil sepeda milik orang lain.

Selanjutnya terlihat bahwa di dalam rumusan pasal 54 KUHP, pembentuk undang-undang telah menentukan: "Percobaan untuk melakukan suatu pelanggaran itu tidak dapat dihukum".

Dicantulkannya ketentuan pidana seperti yang dimaksud di dalam pasal 54 KUHP di atas itu bukanlah tanpa maksud tertentu, oleh karena pembentuk undang-undang itu merasa perlu menentukan secara tegas bahwa "percobaan melakukan pelanggaran itu tidak dapat dihukum", yakni dengan maksud mencegah para pembentuk undang-undang yang lebih rendah dalam hal tersebut menyimpang dari ketentuan-ketentuan yang telah diletakkan di dalam Bagian Umum dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana.⁴

Sesuai dengan ketentuan pasal 103 KUHP, maka tertutuplah kemungkinannya bagi para pembentuk undang-undang (eksekutif dan legislatif) untuk menyatakan percobaan melanggar ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang mereka bentuk itu sebagai suatu tindak pidana. Demikian halnya sesuai dengan ketentuan pasal 60 KUHP, para pembentuk undang-undang rendah itu tidak dapat menyatakan suatu perbuatan membantu orang lain yang melanggar ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang mereka bentuk itu sebagai suatu tindak pidana.

Menurut Satochid Kartanegara bahwa sebabnya perbuatan *poging* terhadap pelanggaran tidak dapat dihukum adalah karena dalam pelanggaran

⁴*Ibid.*, hlm. 238.

itu kepentingan hukum yang dilanggar tidak begitu penting, sehingga tidak dipandang perlu untuk menghukum perbuatan *poging* terhadap pelanggaran.⁵

Di dalam arrest-arrest-nya, masing-masing tanggal 15 Pebruari 1909. W. 8846 dan tanggal 4 Oktober 1909, W. 8908⁶, secara tegas Hoge Raad telah menyatakan:

"Di dalam memberlakukan peraturan-peraturan pemerintah daerah itu, tentang siapa yang harus dianggap sebagai pelaku suatu tindak pidana, jawabannya tidak terdapat di dalam peraturan-peraturan pemerintah itu sendiri melainkan di dalam pasal 55 KUHP. Peraturan-peraturan pemerintah daerah itu tidak boleh memberikan ketentuan-ketentuan yang menyimpang".

Untuk mencegah kesalahpahaman seolah-olah percobaan melakukan setiap pelanggaran itu selalu tidak dapat dihukum, maka perlu saya jelaskan bahwa berdasarkan *Koninklijk Besluit* atau Keputusan Kerajaan yang telah diundangkan di dalam Staatsblad tahun 1923 no. 394, untuk memberlakukan peraturan-peraturan mengenai "*opium en andere verdovende middelen*" atau mengenai "candu dan lain-lain barang yang membiuskan", telah ditentukan tentang kemungkinan diadakannya penyimpangan-penyimpangan terhadap delapan buah bab pertama dari Buku ke-I Kitab Undang-undang Hukum Pidana, di mana menurut pasal 1 angka Romawi II nomor 4 dari Keputusan Kerajaan tersebut telah dinyatakan:

"Poging tot of medeplichtigheid aan strafbare feiten, die als overtredingen worden aangemerkt, kunnen worden strafbaar gesteld".⁷

⁵Satochid Kartanegara, *Hukum Pidana*, Bagian I, Balai Lektor Mahasiswa., tth, hlm. 407.

⁶P.A.F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Sinar baru 1984, hlm. 522.

⁷E.M.L. Engelbrecht, *Kitab Undang-Undang, Undang-Undang dan Peraturan-Peraturan Serta Undang-Undang Dasar 1945 Republik Indonesia*, Jakarta: PT Soeroengan, 1960, hlm. 1599

Artinya: "Percobaan melakukan atau keturutsertaan dalam tindak pidana yang telah dinyatakan sebagai pelanggaran-pelanggaran itu, dapat dinyatakan sebagai dapat dihukum".⁸

Dengan Staatsblad tahun 1925 no. 370, keputusan kerajaan tersebut di atas oleh Gubernur Jenderal telah dinyatakan berlaku sejak tanggal 15 September 1925 untuk Pulau Jawa dan Madura serta beberapa daerah di luar Pulau Jawa, dan sejak tanggal 15 Oktober 1925 untuk daerah-daerah selebihnya di Indonesia.

Dalam pada itu perlu juga diketahui, bahwa pembentuk undang-undang itu telah membuat beberapa *poging* atau percobaan sebagai tindak pidana yang tersendiri, dalam arti bahwa apabila seseorang itu telah melakukan suatu *poging* semacam itu, maka ia dianggap sebagai telah melakukan suatu *voltooid delict* atau suatu delik yang telah selesai.

Poging seperti dimaksud di atas itu dapat dijumpai dalam ketentuan-ketentuan pidana seperti yang telah dirumuskan di dalam:

- a. pasal-pasal 104—107, 139a dan 139b KUHP yang semuanya mengatur tentang *aanslag* atau yang biasanya juga diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dengan perkataan "makar". Menurut ketentuan pasal 87 KUHP, makar itu dipandang sebagai telah ada jika maksud atau *voornemen* pelakunya telah menjadi nyata dalam suatu permulaan pelaksanaan seperti yang dimaksud di dalam pasal 53 ayat 1 KUHP.
- b. pasal-pasal 110, 116, 125 dan 139c KUHP yang semuanya mengatur tentang apa yang disebut "*samenspanning*" atau yang biasanya juga diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dengan perkataan "permufakatan jahat". Menurut ketentuan pasal 88 KUHP, suatu permufakatan jahat itu dipandang sebagai telah terjadi, yakni segera setelah dua orang atau lebih mencapai kesepakatan untuk melakukan kejahatan.
- c. pasal-pasal 250, 261 dan 275 KUHP di mana tindakan-tindakan persiapan atau *voorbereidingshandelingen*, yang pada hakekatnya bukan

⁸ PAF Lamintang, *op.cit.*, hlm. 523.

merupakan tindakan-tindakan pelaksanaan atau *uitvoeringshandelingen* seperti yang dimaksud di dalam pasal 53 ayat 1 KUHP itu dipandang sebagai tindak pidana yang dianggap selesai.⁹

Berdasarkan keterangan yang telah diketengahkan, maka menurut analisis penulis bahwa alasan untuk tidak memidana percobaan penganiayaan manusia dan binatang ialah bahwa hakekat dari tindakan dalam percobaan tersebut dihubungkan dengan sesuatu kepentingan hukum yang dilindungi adalah sedemikian rupa, sehingga tidak diperlukan (ancaman) pemidanaan. Tetapi untuk percobaan penganiayaan manusia yang dikwalifisir, seperti penganiayaan berat, penganiayaan dengan direncanakan terlebih dahulu tetap diancam pidana. Alasan untuk tidak memidana percobaan "perkelahian" adalah atas dasar kegunaan, agar mereka yang hendak berkelahi masih bisa didamaikan baik secara adat (bagi umum) maupun secara penegakan disiplin (bagi militer) tanpa dipidana karena melakukan percobaan.

Secara umum dapat dikatakan bahwa alasan atau jalan pikiran (*ratio*) untuk tidak memidana percobaan terhadap pelanggaran dan beberapa kejahatan tertentu ialah:

- kepentingan hukum yang "dibahayakan" dan sifat-nakal/jahat dari pelaku percobaan masih belum begitu penting, atau belum begitu dirasakan oleh umum akan kerugian atau bahayannya;
- diharapkan supaya para penegak-hukum dalam hal ini pegawai penyidik/polisi lebih "lancar" menjalankan tugas utamanya yaitu tugas

⁹*Ibid.*, hlm. 523.

preventip, yang akan memberikan efek psikologis yang lebih baik daripada memidananya;

- mempertinggi respek masyarakat terhadap hukum yang "dibuatnya sendiri", serta mempertinggi peradaban, dengan cara mengatur diri sendiri agar jangan sampai ditegur oleh petugas hukum dalam rangka tugas preventipnya. Pemidanaan saja, tidak akan lebih memuaskan rasa keadilan masyarakat, dalam hal percobaan;
- ditinjau dari segi asas-kegunaan, selain daripada yang telah diutarakan di atas, kiranya biaya penyelesaian perkara ini baik dari sudut penegak hukum, maupun dari sudut pelaku percoba akan jauh lebih mahal dibandingkan dengan kerugian yang ditimbulkannya.

B. Analisis Konsep Percobaan dalam Hukum Pidana Islam dan Hukum Positif

Percobaan yaitu mulai melaksanakan suatu perbuatan dengan maksud melakukan (*jinayah* atau *janhah*), tetapi perbuatan tersebut tidak selesai atau berhenti karena ada sebab yang tidak ada sangkut pautnya dengan kehendak pelaku.¹⁰ Dengan perkataan lain, percobaan tindak pidana adalah tidak selesainya perbuatan pidana karena adanya faktor eksternal, namun si pelaku ada niat dan adanya permulaan perbuatan pidana.¹¹ Hukum pidana Islam tidak konsentrasi membahas delik percobaan, tetapi lebih menekankan pada jarimah yang telah selesai dan belum selesai.¹²

¹⁰Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam: Fikih Jinayah* Jakarta: Sinar Grafika, 2004, hlm. 60.

¹¹Jaih Mubarak, *Kaidah-Kaidah Fiqh Jinayah*, Bandung: Bani Quraisy, 2004, hlm. 177.

¹²Makhrus Munajat, *Hukum Pidana Islam di Indonesia*, Yogyakarta: Teras, 2009, hlm. 41

Hal ini tidak berarti bahwa mereka tidak membicarakan isi teori tentang "percobaan", sebagaimana yang akan terlihat nanti. Tidak adanya perhatian secara khusus terhadap jarimah percobaan disebabkan oleh beberapa dua faktor.¹³ *Pertama* : Percobaan melakukan jarimah tidak dikenakan hukuman *had* atau *qisas*, melainkan dengan hukuman *ta'zir*. Di mana ketentuan sanksinya diserahkan kepada penguasa Negara (*ulul-al amri*) atau hakim. Untuk menetapkan hukuman-hukuman jarimah tersebut, baik yang dilarang dengan langsung oleh syara' atau yang dilarang oleh penguasa negara tersebut, diserahkan pula kepada mereka, agar bisa disesuaikan dengan kebutuhan masyarakat. Sesudah itu, hakim diberi wewenang luas dalam menjatuhkan hukuman, di mana a bisa bergerak antara batas tertinggi dengan batas terendah.¹⁴

Kebanyakan jarimah *ta'zir* bisa mengalami perubahan antara dihukum dan tidak dihukum, dari masa ke masa, dan dari tempat ke tempat lain, dan unsur-unsurnya juga dapat berganti-ganti sesuai dengan pergantian pandangan penguasa-penguasa negara. Oleh karena itu di kalangan fuqaha tidak ada perhatian khusus terhadap percobaan melakukan jarimah, karena percobaan ini termasuk jarimah *ta'zir*.¹⁵

Kedua: Dengan adanya aturan-aturan yang mencakup dari syara' tentang hukuman jarimah *ta'zir*, maka aturan-aturan khusus untuk percobaan tidak perlu diadakan, sebab hukuman *ta'zir* dijatuhkan atas setiap perbuatan

¹³Haliman, *Hukum Pidana Islam Menurut Adjaran Ahli Sunnah wal Jama'ah*, Jakarta: Bulan Bintang, 1967, hlm.224.

¹⁴Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1967, hlm.118-119.

¹⁵*Ibid.*,

maksiat (kesalahan) yang tidak dikenakan hukuman had atau kifarat. Dengan perkataan lain, setiap perbuatan yang dianggap percobaan atau permulaan jahat dianggap maksiat dan dapat dijatuhi hukuman ta'zir.¹⁶ Karena hukuman had dan kifarat hanya dikenakan atas jarimah-jarimah tertentu yang benar-benar telah selesai, maka artinya setiap percobaan (memulai) sesuatu perbuatan yang dilarang hanya dijatuhi hukuman ta'zir, dan percobaan itu sendiri dianggap maksiat, yakni jarimah yang selesai juga, meskipun merupakan satu bagian saja di antara bagian-bagian lain yang membentuk jarimah yang tidak selesai, selama satu bagian itu sendiri dilarang. Jadi tidak aneh kalau sesuatu perbuatan semata-mata menjadi suatu jarimah, dan apabila bergabung dengan perbuatan lain maka akan membentuk jarimah yang lain lagi.¹⁷

Pencuri misalnya apabila telah melubangi dinding rumah, kemudian dapat ditangkap sebelum sempat memasukinya, maka perbuatannya itu semata-mata dianggap maksiat (kesalahan) yang bisa dijatuhi hukuman meskipun sebenarnya baru merupakan permulaan dari pelaksanaan jarimah pencurian.

Demikian pula ketika ia masuk rumah orang lain dengan maksud hendak mencuri, tanpa melubangi dindingnya atau menaiki atapnya, dianggap telah memperbuat suatu jarimah tersendiri, meskipun perbuatan tersebut bisa disebut juga pencurian yang tidak selesai. Apabila pencuri tersebut dapat menyelesaikan berbagai perbuatan yang membentuk jarimah pencurian dan

¹⁶*Ibid.*,

¹⁷Makhrus Munajat, *op.cit.*, hlm. 43.

dapat membawa barang curiannya ke luar rumah, maka kumpulan perbuatan tersebut dinamakan "pencurian", dan dengan selesainya jarimah pencurian itu maka hukuman had yang telah ditentukan dijatuhkan kepadanya, dan untuk masing-masing perbuatan yang membentuk pencurian itu tidak boleh dikenakan hukuman ta'zir, sebab masing-masing perbuatan tersebut sudah bercampur jadi satu, yaitu pencurian.

Di sini jelaslah kepada kita, mengapa para fuqaha tidak membuat pembahasan khusus tentang percobaan melakukan jarimah, sebab yang diperlukan oleh mereka ialah pemisahan antara jarimah yang telah selesai dengan jarimah yang tidak selesai, dimana untuk jarimah macam pertama saja dikenakan hukuman had atau qisas, sedang untuk jarimah macam kedua hanya dikenakan hukuman ta'zir.¹⁸

Pendirian Syara' tentang percobaan melakukan jarimah lebih mencakup daripada hukum-hukum positif, sebab menurut syara' setiap perbuatan yang tidak selesai disebut maksiat yang dijatuhi hukuman, dan dalam hal ini tidak ada pengecualiannya. Siapa yang mengangkat tongkat untuk dipukulkan kepada orang lain, maka ia dianggap memperbuat maksiat dan dijatuhi hukuman ta'zir. Menurut hukum positif tidak semua percobaan melakukan jarimah dihukum.

Sesuai dengan pendirian syara', maka pada peristiwa penganiayaan dengan maksud untuk membunuh, apabila penganiayaan itu berakibat kematian, maka perbuatan itu dianggap pembunuhan sengaja. Kalau korban

¹⁸*Ibid.*, hlm. 44.

dapat sembuh, maka perbuatan tersebut dianggap penganiayaan saja dengan hukumannya yang khusus. Akan tetapi kalau pembuat hendak membunuh korbannya, kemudian tidak mengenai sasarannya, maka perbuatan itu disebut *ma'siat*, dan hukumannya adalah *ta'zir*.¹⁹

Berdasarkan pendapat dan keterangan di atas, maka menurut analisis penulis bahwa istilah percobaan di kalangan fuqaha tidak kita dapati. Akan tetapi, apabila definisi tersebut kita perhatikan maka apa yang dimaksud dengan istilah tersebut juga terdapat pada mereka, karena di kalangan mereka juga dibicarakan tentang pemisahan antara jarimah yang sudah selesai dan jarimah yang tidak selesai. Tidak adanya perhatian para fuqaha secara khusus terhadap jarimah percobaan disebabkan oleh dua hal.

- 1). Percobaan melakukan jarimah tidak dikenakan hukuman had atau qishash, melainkan dengan hukuman *ta'zir* bagaimanapun macamnya jarimah-jarimah itu. Para fuqaha lebih banyak memperhatikan jarimah-jarimah hudud dan qishash, karena unsur dan syarat-syaratnya sudah tetap tanpa mengalami perubahan. Di samping itu, hukumannya juga sudah ditentukan macam dan jenisnya tanpa boleh dikurangi atau ditambah. Akan tetapi untuk jarimah-jarimah *ta'zir*, hampir seluruhnya diserahkan kepada penguasa untuk menetapkannya terutama hukumannya. Di samping itu, hakim diberi wewenang yang luas dalam menjatuhkan hukuman dengan berpedoman kepada batas maksimal dan minimal yang telah ditetapkan oleh penguasa. *Ta'zir* juga dapat mengalami perubahan

¹⁹Haliman, *op.cit.*, hlm. 224.

sesuai dengan perubahan masyarakat. Oleh karena itu, para fuqaha tidak mencurahkan perhatian dan pembicaraan secara khusus dan tersendiri, karena percobaan melakukan jarimah sudah termasuk jarimah ta'zir.

- 2). Dengan adanya aturan-aturan yang sudah mencakup dari syara' tentang hukuman untuk jarimah ta'zir maka aturan-aturan yang khusus untuk percobaan tidak perlu diadakan, sebab hukuman ta'zir dijatuhkan atas perbuatan maksiat yang tidak dikenakan hukuman had atau kifarat. Percobaan yang pengertiannya sebagaimana telah dikemukakan di atas adalah mulai melakukan suatu perbuatan yang dilarang tetapi tidak selesai, termasuk kepada maksiat yang hukumannya adalah ta'zir. Dengan demikian, percobaan sudah termasuk ke dalam kelompok ta'zir, sehingga para fuqaha tidak membahasnya secara khusus.

Pendirian hukum pidana Islam tentang percobaan melakukan jarimah, lebih mencakup dari hukum positif. Sebab menurut hukum Islam setiap perbuatan yang tidak selesai yang sudah termasuk maksiat harus dijatuhi hukuman, dan dalam hal ini tidak ada pengecualiannya. Akan tetapi, menurut hukum positif tidak semua percobaan dikenakan hukuman. Misalnya dalam KUHP Mesir hanya percobaan melakukan *jarimah jinayah* dan beberapa *jarimah janahah* saja yang dapat dikenakan hukuman, sedangkan percobaan melakukan *jarimah mukhalafah* tidak dikenakan hukuman (Pasal 46 dan 47). Menurut Pasal 54 KUH Pidana Indonesia bahwa percobaan melakukan pelanggaran tidak dapat dipidana.