

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Percobaan tindak pidana adalah tidak selesainya perbuatan pidana karena adanya faktor eksternal, namun si pelaku ada niat dan adanya permulaan perbuatan pidana.¹ Hukum pidana Islam tidak konsentrasi membahas delik percobaan, tetapi lebih menekankan pada jarimah yang telah selesai dan belum selesai.² Sejalan dengan itu, di kalangan fuqaha nampak adanya pembahasan tentang percobaan melakukan "*jarimah mustahil*" yang terkenal di kalangan sarjana-sarjana hukum positif dengan nama "*oendeug delijke poging*" (percobaan tak terkenan = *as-syuru fi al Jarimah al-mustahilah*), yaitu suatu *jarimah* yang tidak mungkin terjadi (mustahil) karena alat-alat yang dipakai untuk melakukannya tidak sesuai, seperti orang yang mengarahkan senjata kepada orang lain dengan maksud untuk membunuh, tetapi ia sendiri tidak tahu bahwa senjata itu tidak ada pelurunya atau ada kerusakan bagian-bagiannya, sehingga orang lain tersebut tidak meninggal. Atau boleh jadi karena barang perkara (*voonverp*) yang menjadi obyek perbuatannya tidak ada, seperti orang yang menembak orang lain dengan

¹Jaih Mubarak, *Kaidah-Kaidah Fiqh Jinayah*, Bandung: Bani Quraisy, 2004, hlm. 177.

²Abd al-Qadir Audah, *al-Tasyri' al-Jina'i al-Islamy*, Juz I, Mesir: Dar al-Fikr al-Araby, tth, hlm. 343.

maksud untuk membunuhnya, sedangkan sebenarnya orang tersebut telah meninggal sebelumnya.³

Dilihat dari sanksi yang telah ditetapkan atau tidak oleh syara', *jarimah* dapat dibedakan menjadi tiga. Pertama, *jarimah hudud* yaitu *jarimah* yang hukumannya telah ditetapkan baik bentuk maupun jumlahnya oleh syara'. Ia menjadi hak Tuhan; hakim tidak mempunyai kewenangan untuk mempertinggi atau memperendah hukuman bila si pelaku telah terbukti melakukan *jarimah* tersebut. *Jarimah* yang termasuk *jarimah hudud* adalah *jarimah* zina, menuduh zina, minum-minuman keras, mencuri, merampok, keluar dari Islam dan memberontak.

Salah satu dalil perzinaan, antara lain dalam firman Allah Swt dalam surat an-Nur ayat 2:

الرَّانِيَةُ وَالرَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ (النور: 2)

Artinya: "Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina maka deralah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus kali dera, dan janganlah betas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah dan hari akhirat, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan dari orang-orang yang beriman" (QS. An-Nur: 2).⁴

Kedua, *jarimah qisas* yaitu *jarimah* yang hukumannya telah ditetapkan oleh syara', namun ada perbedaan dengan *jarimah hudud* dalam hal

³Ahmad Hanafi, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1990, hlm. 1.

⁴Depag RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, Surabaya: Surya Cipta Aksara, 1993, hlm. 543.

pengampunan. Pada *jarimah qisas*, hukuman bisa berpindah kepada *al-diyat* (denda) atau bahkan bebas dari hukuman, apabila korban atau wali korban memaafkan pelaku. Perbuatan yang termasuk dalam *jarimah qisas* adalah pembunuhan dan pelukaan. Pembunuhan terbagi kepada tiga, yaitu: pembunuhan sengaja, semi sengaja, dan kekeliruan. Sedangkan pelukaan terbagi menjadi dua, yaitu: pelukaan sengaja dan kekeliruan. *Ketiga, jarimah ta'zir* yaitu *jarimah* yang hukuman-nya tidak ditetapkan baik bentuk maupun jumlahnya oleh syara', melainkan diberikan kepada negara kewenangannya untuk menetapkannya sesuai dengan tuntutan kemaslahatan.⁵

Salah satu dalil tentang hukum qisas dapat dibaca dalam surat al-Baqarah ayat 178:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ
بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ
وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدَاةٍ
فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ (البقرة: 178)

Artinya: "Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu *qisâs* berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barang siapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya, hendaklah (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi maaf) membayar (diyat) kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik (pula). Yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat. Barang siapa yang melampaui batas sesudah itu, baginya siksa yang sangat pedih". (QS. Al-Baqarah: 178).⁶

⁵*Ibid.*, hlm. vii.

⁶*Ibid.*, hlm. 70.

حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ الْمُقْرِيُّ قَالَ أَخْبَرَنَا سَعِيدُ بْنُ أَبِي أَيُّوبَ قَالَ حَدَّثَنِي يَزِيدُ
 بْنُ أَبِي حَبِيبٍ عَنْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَشَجِّ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ
 عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي بُرْدَةَ بْنِ نِيَارٍ قَالَ سَمِعْتُ
 رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ لَا يُجْلَدُ فَوْقَ عَشْرَةِ أَسْوَاطٍ إِلَّا فِي
 حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى (رواه أحمد)⁷

Artinya: "Telah mengabarkan kepada kami dari Abdullah al-Muqriy dari Said bin Abi Ayyub dari Yazid bin Abi Habib dari Bukair bin Abdillah bin al-Asaj dari Sulaiman bin Yasar dari Abdurrahman bin Jabir bin Abdillah dari Abi Burdah bin Niyar bahwa ia mendengar Rasulullah Saw bersabda: seseorang tidak boleh dijilid (dicambuk) di atas sepuluh cambukan kecuali dalam tindak pidana yang hukumannya sudah ditentukan oleh Allah Swt". (HR. Ahmad)

Ada tiga unsur seseorang dianggap telah melakukan perbuatan *jarimah*, salah satu unsurnya yaitu unsur material (*al-rukn al-mâdî*). Unsur materiil adalah perbuatan atau ucapan yang menimbulkan kerugian kepada individu atau masyarakat. Dalam *jarimah zina* unsur materiilnya adalah perbuatan yang merusak keturunan. Dalam *jarimah qadzaf* unsur materiilnya adalah perkataan yang berisi tuduhan zina. Sedangkan dalam *jarimah* pembunuhan unsur materiilnya adalah perbuatan yang mengakibatkan hilangnya nyawa orang lain.

Perbuatan-perbuatan tersebut adakalanya telah dilakukan dan adakalanya tidak selesai karena ada sebab-sebab dari luar. *Jarimah* yang tidak selesai ini dalam hukum positif disebut perbuatan percobaan. Kitab Undang-

⁷Al-Imam Abu Abdillah Ahmad Ibn Muhammad Ibn Hambal Asy-Syaibani al-Marwazi, hadis No. 1382 dalam CD program *Mausu'ah Hadis al-Syarif*, 1991-1997, VCR II, Global Islamic Software Company).

undang Hukum Pidana telah membuat "percobaan untuk melakukan kejahatan" atau "*poging tot misdrijf*" itu sebagai suatu perbuatan yang terlarang dan telah mengancam pelakunya dengan suatu hukuman.⁸

Pasal 53 KUHP merumuskan:

- (1). Mencoba melakukan kejahatan dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, dan tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri.
- (2). Maksimum pidana pokok terhadap kejahatan, dalam hal percobaan dikurangi sepertiga.
- (3). Jika kejahatan diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, dijatuhkan pidana penjara paling lama lima belas tahun.
- (4). Pidana tambahan bagi percobaan sama dengan kejahatan selesai.⁹

Dalam Pasal 45 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Mesir dijelaskan tentang pengertian 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.

Di kalangan sarjana-sarjana hukum positif pelaku "*oendeug delijke poging*" (percobaan tak terkenan = *as-syuru 'fi al Jarimah al-mustahilah*) tidak

⁸PAF., Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Sinar baru 1984, hlm. 510.

⁹Moeljatno, *KUHP*, Jakarta: PT Bumi Aksara, 2003, hlm. 24.

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

¹¹Jaih Mubarak dan Enceng Arif Faizal, *op.cit.*, hlm. 177.

dapat dipidana, sedangkan 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.¹²

Dengan demikian, perbedaan antara hukum positif dengan hukum pidana Islam yaitu dalam hukum positif, ada sebagian sarjana yang menetapkan bahwa percobaan melakukan jarimah mustahil atau percobaan tak terkenan dapat dihukum, karena sudah cukup jelas menunjukkan adanya niatan melakukan kejahatan (aliran subyektif). Sarjana lainnya ada yang menyatakan tidak dapat dihukum karena tidak ada kepentingan (hak) yang dilanggar (aliran obyektif). Berbeda dengan hukum pidana Islam yang menetapkan bahwa percobaan melakukan jarimah mustahil atau percobaan tak terkenan dapat dihukum meskipun tidak ada kepentingan (hak) yang dilanggar, alasannya karena setiap perbuatan yang mengandung unsur maksiat maka dapat dihukum.¹³

Berdasarkan keterangan tersebut mendorong penulis memilih tema ini dengan judul: *Studi Komparatif tentang Percobaan Melakukan Jarimah Mustahil dalam Hukum Pidana Islam dan Hukum Positif di Indonesia*

¹²Ahmad Wardi Muslich, *op.cit.*, hlm. 61.

¹³Makhrus Munajat, *Hukum Pidana Islam di Indonesia*, Yogyakarta: Teras, 2009, hlm.

B. Perumusan Masalah

Perumusan masalah merupakan upaya untuk menyatakan secara tersurat pertanyaan-pertanyaan apa saja yang ingin dicarikan jawabannya,¹⁴ maka yang menjadi rumusan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimana konsep hukum pidana positif tentang percobaan melakukan tindak pidana tak terkenan?
2. Bagaimana konsep hukum pidana Islam tentang percobaan melakukan tindak pidana tak terkenan?
3. Bagaimana kelebihan, kekurangan, persamaan dan perbedaan hukum pidana Islam dan hukum pidana positif tentang percobaan melakukan tindak pidana tak terkenan?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan yang ingin dicapai dalam kajian ini adalah

1. Untuk mengetahui konsep hukum pidana positif tentang percobaan melakukan tindak pidana tak terkenan
2. Untuk mengetahui konsep hukum pidana Islam tentang percobaan melakukan tindak pidana tak terkenan
3. Untuk mengetahui kelebihan, kekurangan, persamaan dan perbedaan hukum pidana Islam dan hukum pidana positif tentang percobaan melakukan tindak pidana tak terkenan Telaah Pustaka

¹⁴Jujun S. Suria Sumantri, *Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Populer*, Cet. VII, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, Anggota IKAPI, 1993, hlm. 112

Ada beberapa penelitian yang berbicara masalah ancaman hukuman.

Penelitian yang dimaksud yaitu:

Pertama, skripsi yang ditulis oleh Imron (NIM: 2100094 IAIN Walisongo) dengan judul *Analisis Pendapat Imam Malik tentang Qisas terhadap Orang yang Menyuruh dan Disuruh Melakukan Pembunuhan*. Dalam skripsi tersebut dijelaskan bahwa fuqaha sepakat, pembunuh yang dikenai hukuman *qisas* disyaratkan berakal sehat, dewasa, sengaja untuk membunuh, dan melangsungkan sendiri pembunuhannya tanpa ditemani orang lain. Kemudian fuqaha berselisih pendapat tentang orang yang dipaksa membunuh dan orang yang melaksanakannya. Ringkasnya, tentang orang yang menyuruh membunuh dan yang melaksanakannya.

Kedua, skripsi yang ditulis oleh Hamam Arifin (NIM: 2102158 IAIN Walisongo) dengan judul *Qisas terhadap Orang yang Sengaja dan Tidak Sengaja Membunuh dalam Ajaran Penyertaan (Analisis Pendapat Imam Abu Hanifah)*. Mengenai orang yang secara sengaja ikut serta dalam melakukan pembunuhan ada kalanya dilakukan dengan sengaja atau tidak sengaja. Orang yang melakukan pembunuhan itu pun ada kalanya orang mukalaf dan bukan mukallaf. Ulama berselisih pendapat tentang pembunuhan yang di dalamnya bergabung antara orang yang sengaja dan yang tidak sengaja, orang mukallaf dan bukan mukallaf seperti anak-anak, orang gila, orang merdeka dan hamba yang membunuh hamba yang lain, yakni bagi fuqaha yang tidak memberikan batasan antara orang merdeka dengan hamba.

Ketiga, skripsi yang ditulis oleh Achmad Agus Imam Hariri (NIM: 2102160 IAIN Walisongo) dengan judul *Studi analisis Pendapat Imam Mazhab tentang Qisas terhadap Ayah Membunuh Anaknya*. Fuqaha berselisih pendapat tentang pembunuhan ayah terhadap anaknya. Menurut Malik, ayah tidak dikenai *qisas* karena membunuh anaknya. Kecuali jika ayah tersebut membaringkannya kemudian menyembelihnya. Tetapi jika ia memukulnya dengan pedang atau tongkat kemudian mati, maka ayah tersebut tidak dihukum mati. Demikian pula kakek terhadap cucunya. Sedang menurut Syafi'i, Abu Hanifah, dan ats-Tsauri, seorang ayah tidak dikenai *qisas* karena membunuh anaknya. Demikian pula kakek yang membunuh cucunya, bagaimanapun cara pembunuhan yang disengaja itu. Pendapat ini dikemukakan oleh jumhur ulama.

Dari beberapa penelitian di atas menunjukkan bahwa penelitian terdahulu berbeda dengan saat ini karena penelitian terdahulu belum mengungkapkan persoalan tentang percobaan melakukan *jarimah* mustahil. Dengan demikian, belum ditemukan penelitian yang secara langsung mengulas tentang percobaan melakukan *jarimah* mustahil. Meskipun demikian masing-masing penelitian di atas memiliki hubungan dengan tema skripsi yang penulis tulis. Skripsi pertama yang mengulas persoalan qisas hubungannya yaitu menyangkut aspek sanksi dari tindak pidana, demikian pula percobaan merupakan materi tindak pidana. Skripsi kedua yang berbicara ajaran pernyataan ada hubungannya yaitu karena percobaan pun bisa dilakukan oleh beberapa orang dalam suatu kerjasama terlaksananya suatu

tindak pidana. Skripsi ketiga menyangkut pula tentang qisas ini berhubungan dengan persoalan tindak pidana yang mungkin saja percobaan menyangkur perbuatan yang bisa di qisas.

D. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Oleh karena penelitian ini merupakan jenis penelitian kepustakaan (*Library Research*), yaitu dengan jalan melakukan penelitian terhadap sumber-sumber tertulis, maka penelitian ini bersifat kualitatif. Sedangkan *library research* menurut Sutrisno Hadi, adalah suatu riset kepustakaan atau penelitian murni.¹⁵ Dalam penelitian ini dilakukan dengan mengkaji dokumen atau sumber tertulis seperti buku, majalah, dan lain-lain.

2. Sumber Data

Sumber data¹⁶ yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah sumber primer dan sumber sekunder. Sumber primer atau tangan pertama, adalah data yang diperoleh langsung dari obyek penelitian dengan menggunakan alat pengukuran atau alat pengambilan data langsung dari subjek sebagai sumber informasi yang dicari. Sumber utama tersebut, yaitu J.M. Van Bemmelen, *Hukum Pidana I: Hukum Pidana Material Bagian Umum*; JE. Jonkers, *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia*

¹⁵Sutrisno Hadi, *Metodologi Research*, Jilid I, Yogyakarta: Yayasan Penerbitan Fakultas Psikologi, UGM, 1981, hlm. 9.

¹⁶Sumber data yang dimaksud dalam penelitian ini adalah subjek dari mana data dapat diperoleh. Lihat Suharsimi Arikunto, *Prosedur Penelitian Suatu Pendekatan Praktek*, Jakarta: PT Rineka Cipta, 2002, hlm. 107.

Belanda; Abdul Qadir Audah, Al-Tasyri' al-Jinai', Hanafi, Asas-Asas Hukum Pidana.

Adapun sumber data sekunder, yaitu data yang diperoleh lewat pihak lain, tidak langsung diperoleh oleh peneliti dari subjek penelitiannya. Data-data ini diperoleh dari buku-buku bacaan dan literatur-literatur lain yang membahas tentang percobaan melakukan *jarimah* mustahil.

3. Analisis Data

Untuk menganalisis data yang telah terkumpul, maka penulis akan menggunakan metode sebagai berikut:

Metode Deskriptif Analitis

Yaitu cara penulisan dengan mengutamakan pengamatan terhadap gejala, peristiwa dan kondisi aktual di masa sekarang.¹⁷ Berdasarkan hal itu, aplikasi metode ini adalah dengan mendeskripsikan fakta-fakta itu, pada tahap permulaan tertuju pada usaha mengemukakan gejala-gejala secara lengkap di dalam aspek yang diselidiki, agar jelas keadaan atau kondisinya yaitu yang melatarbelakangi pembentuk undang-undang mencantumkan beberapa percobaan melakukan pelanggaran dan kejahatan tidak dikenai sanksi.

¹⁷Tim Penulis Fakultas Syari'ah IAIN Walisongo, *Pedoman Penulisan Skripsi*, Semarang: Fakultas Syari'ah IAIN Walisongo, 2000, hlm. 17.

E. Sistematika Penulisan

Dalam penulisan skripsi penulis membaginya dalam lima bab dan diuraikan dalam sub-sub bab, sebagai berikut:

Bab pertama berisi pendahuluan. Dalam bab ini akan dipaparkan tentang latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, telaah pustaka, metode penelitian, sistematika penelitian.

Bab kedua berisi percobaan melakukan jarimah yang meliputi pengertian percobaan melakukan jarimah, macam-macam jarimah, konsep hukuman percobaan terhadap pelaku jarimah, tidak selesainya percobaan.

Bab ketiga beberapa perbuatan yang mirip dengan percobaan kejahatan dalam KUHP yang meliputi percobaan tindak pidana, jenis-jenis tindak pidana, percobaan yang tidak mampu, percobaan melakukan jarimah mustahil

Bab keempat berisi studi komparatif tentang percobaan melakukan *jarimah mustahil* dalam hukum pidana Islam dan hukum positif di Indonesia yang meliputi konsep hukum pidana positif tentang percobaan melakukan jarimah mustahil, persamaan dan perbedaan hukum pidana Islam dan hukum pidana positif tentang percobaan melakukan tindak pidana tak terkenan.

Bab kelima merupakan bab penutup dari keseluruhan rangkaian pembahasan skripsi ini yang terdiri atas kesimpulan dan saran-saran.