

BAB IV

STUDI KOMPARATIF TENTANG TINDAK PIDANA PERCOBAAN

DALAM HUKUM PIDANA ISLAM DAN HUKUM POSITIF DI

INDONESIA

A. Konsep Hukum Pidana Positif tentang Percobaan Melakukan Tindak Pidana Tidak Terkenan

Dalam hukum pidana Islam, istilah "percobaan melakukan jarimah mustahil", maka dalam hukum pidana positif dikenal dengan istilah "*ondeugdelijke poging*" (percobaan yang tidak mampu).

Menurut doktrin hukum pidana, percobaan tidak mampu dibedakan antara:

- a. Percobaan tidak mampu karena obyeknya tidak sempurna, yang dibedakan antara:
 - 1) Obyek yang tidak sempurna absolut; dan
 - 2) Obyek yang tidak sempurna relatif;
- b. Percobaan tidak mampu karena alatnya yang tidak sempurna, juga dibedakan antara:
 - 1) Alatnya yang tidak sempurna absolut; dan
 - 2) Alatnya yang tidak sempurna relatif.

Percobaan tidak mampu karena obyek kejahatan yang tidak sempurna absolut, ialah melakukan perbuatan untuk mewujudkan suatu kejahatan mengenai obyek tertentu yang ternyata tidak sempurna, dan oleh karena itu

maka kejahatan tidak terjadi, dan tidak mungkin dapat terjadi. Melakukan perbuatan untuk mewujudkan kejahatan terhadap obyek yang tidak sempurna absolut, tidak mungkin kehendak mewujudkan kejahatan itu dapat tercapai. Karena obyek yang tidak sempurna absolut, secara mutlak tidak dapat menjadi obyek kejahatan. Contoh obyek mayat, tidak mungkin dapat dilakukan kejahatan pembunuhan pada orang yang dikira tidur, yang ternyata telah meninggal sebelumnya. Atau tidak mungkin melakukan pengguguran kandungan pada perempuan yang tidak hamil, karena obyek itu tidak ada tidak dapat melakukan kejahatan terhadap obyek yang dikira ada yang sebenarnya tidak ada. Dalam kasus ini tidak dapat dipidana, karena baik percobaan maupun kejahatan tidak terjadi.¹

Percobaan tidak mampu yang obyeknya tidak sempurna relatif, ialah suatu perbuatan yang ditujukan untuk mewujudkan kejahatan tertentu pada obyek tertentu, yang pada umumnya dapat tercapai, tetapi dalam keadaan khusus tertentu obyek tersebut menyebabkan kejahatan tidak terjadi. Misalnya brankas yang pada umumnya berisi uang, yang pada umumnya pencuri yang membongkar brankas dapat mengambil uang didalamnya (pencurian). Tetapi dalam keadaan tertentu, misalnya siang harinya uang telah digunakan untuk pembayaran gaji pegawai, sehingga brankas itu kosong. Maka malam hari pencuri membongkar brankas tersebut, tidak dapat menyelesaikan pencurian. Jadi brankas dalam keadaan kosong adalah obyek yang tidak sempurna relatif.

¹Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 3*, Jakarta: PT raja Grafindo Persada, 2002, hlm. 18.

Pada contoh peristiwa diatas, pembuat telah menjalankan perbuatan merusak brankas, dan oleh karena itu telah terdapat permulaan pelaksanaan dari pencurian yang untuk masuk ke tempat melakukan kejahatan atau sampai pada barang yang diambil dengan merusak (363 KUHP), atau juga telah dapat dipidana karena merusak benda (406 KUHP). Dalam kasus seperti contoh diatas, Hoge Raad telah memberikan sesuatu yang penting, ialah sebagaimana dalam pertimbangan hukum arrestnya (25-8-1931) yang menyatakan bahwa "kenyataan bahwa di dalam laci penjualan itu tidak terdapat uang, tidak menghapus kenyataan tentang adanya suatu percobaan untuk melakukan pencurian dengan kekerasan".

Percobaan tidak mampu karena alatnya yang tidak sempurna, dibedakan antara:

1. Percobaan tidak mampu relatif; dan
2. Percobaan tidak mampu absolut;²

Warangan (*arsenicum*) adalah racun yang pada umumnya mutlak mampu untuk membunuh orang. Tetapi mati atau tidaknya orang yang meminum minuman yang sebelumnya telah dicampur warangan, adalah relatif bergantung pada dua hal, yaitu apakah dengan dosis yang mampu untuk mematikan atukah tidak, dan kedua bila telah memenuhi dosis yang mematikan orang pada umumnya masih juga bergantung pada daya tahan tubuh orang itu terhadap racun warangan. Disini warangan adalah berupa alat yang tidak sempurna relatif. Misalnya perbuatan memasukkan racun ke dalam

²*Ibid.*, hlm. 50.

minuman yang dosisnya kurang cukup untuk mematikan, maka kematian tidak terjadi. Dalam hal ini: racun, alatnya kejahatan dapat mematikan jika diminum orang pada umumnya, tetapi dapat menjadi relatif, jika dosisnya kurang dan tidak cukup mematikan, atau orang yang dituju mempunyai daya tahan yang kuat terhadap jenis racun tersebut. Disini dapat terjadi percobaannya, karena dalam hal demikian kejahatan dapat terjadi (jika dosisnya cukup). Oleh karena itu percobaan tidak mampu yang alatnya tidak sempurna relatif, dapat dipidana.

Pada alat yang tidak sempurna mutlak, tidaklah dapat melahirkan tindak pidana. Melakukan perbuatan dengan maksud mewujudkan kejahatan, dengan menggunakan alatnya yang tidak sempurna mutlak, maka kejahatan itu tidak terjadi, dan tidak mungkin terjadi. Misalnya menembak musuhnya dengan bedil yang lupa mengisi pelurunya, maka secara mutlak pembunuhan tidak mungkin terjadi. Oleh karena itu percobaannya juga tidak mungkin terjadi. Syarat-syarat yang ditentukan dalam pasal 53 ayat (1) KUHP tidak mungkin ada dalam alat yang tidak sempurna mutlak.

Dalam hal percobaan tidak mampu karena obyeknya yang tidak mampu mutlak, MvT WvS Belanda menerangkan³ bahwa "syarat-syarat umum percobaan menurut pasal 53 KUHP yaitu syarat-syarat percobaan untuk melakukan kejahatan tertentu dalam buku II KUHP. Jika untuk terwujudnya kejahatan tertentu tersebut diperlukan adanya obyek, maka percobaan

³MvT (Memorie van Toelichting/memori penjelasan undang-undang), WvS (Wet boek van Straftrecht/Kitab Undang-Undang Hukum Pidana)

melakukan kejahatan itupun harus ada obyeknya. Kalau tidak ada obyeknya, maka tidak ada percobaannya".⁴

Dengan keterangan dari MvT tersebut, tampak dengan jelas bahwa jika tidak ada obyek kejahatan, karena obyeknya tidak sempurna mutlak, maka tidak mungkin adanya kejahatan, dan dengan demikian maka tidak mungkin pula ada percobaannya. Jikalau percobaannya tidak ada, maka tidak perlu memperpanjang persoalan yang sesungguhnya tidak ada.

Oleh karena itu dapat ditarik kesimpulan bahwa dari apa yang diterangkan dalam MvT tersebut, bahwa percobaan tidak mampu itu hanya ada pada alat yang tidak sempurna saja, dan tidak pada obyeknya yang tidak sempurna.

Bahwa perbedaan percobaan tidak mampu dengan percobaan mampu baik karena alatnya maupun obyeknya yang tidak sempurna, baik secara mutlak maupun secara relatif hanya ada menurut mereka yang berpandangan obyektif. Bagi mereka yang menganut ajaran percobaan subyektif tidak mengenal pemisahan antara percobaan mampu dengan yang tidak mampu, karena bagi penganut ajaran subyektif dasar dapat dipidananya percobaan kejahatan itu terletak pada sikap batin yang jahat yang membahayakan kepentingan hukum yang dilindungi. Seperti Van Hamel penganut ajaran subyektif yang mengatakan bahwa "ada perbuatan pelaksanaan, jika dari apa

⁴Adami Chazawi, *op. cit.*, hlm. 51.

yang telah dilakukan, sudah ternyata kepastiannya niat untuk melakukan kejahatan".⁵

Dalam hal untuk menentukan batas antara percobaan yang mampu dan percobaan tidak mampu, baik mengenai alatnya maupun obyeknya, kadang menjadi persoalan yang tidak mudah. Contohnya gula menurut sifatnya tidak mampu menimbulkan kematian orang. Tetapi bagi pengidap penyakit gula, alat ini mampu mematikan orang itu. Arsenicum juga menurut sifatnya mampu mematikan orang, tetapi jika dosisnya dibawah ukuran yang cukup berbahaya, maka tidak mampu mematikan orang. Persoalannya ialah baik alat maupun obyek, apakah ditentukan berdasarkan hal atau kejadian dan keadaan kongkrit tertentu, ataukah harus mengabstraksikan alat atau obyek itu sedemikian rupa sebagai jenis tersendiri lepas dari kejadian kongkritnya? Jika gula diabstraksikan sedemikian rupa lepas dari keadaan kongkrit, maka alat ini mutlak tidak dapat mematikan, sehingga jika ada pengidap penyakit gula penyakitnya bertambah parah dan mati akibat dari diberi minuman bergula oleh seseorang, maka orang ini tidak dapat dipidana. Demikian juga tidak dipidana apabila dia tidak mati tapi sekedar penyakitnya bertambah parah. Tetapi apabila dilihat dari keadaan kongkritnya pada kejadian itu, bahwa yang diberi minum bergula adalah pengidap penyakit gula, maka gula adalah alat yang mampu menimbulkan kematian orang, dan orang yang sengaja memberi minum bergula dengan maksud membunuh, baik mad (kejahatan pembunuhan

⁵Moeljatno, *Delik-Delik Percobaan, Delik-Delik Penyertaan*, Jakarta: PT Bina Aksara, 1985, hlm. 22.

selesai) maupun tidak (menjadi percobaan pembunuhan mampu), dia dapat dipidana.

Nyatalah untuk mencari jawaban mengenai suatu obyek atau alat dalam percobaan mampu atau tidak mampu, atau apakah mutlak atau relatif, atautkah tidak dapat dipidana atau dapat dipidana, bergantung daripada bagaimana cara menafsirkannya. Tentang bagaimana para ahli menafsirkan peristiwa-peristiwa tertentu apakah masuk percobaan mampu atau tidak mampu (relatif atau absolut), atau dapat dipidana atau tidak dapat dipidana, dapat diikuti pendapat beberapa di antara mereka di bawah ini.⁶

Dalam hubungan ini Simons menerangkan bahwa "percobaan yang mampu ada apabila perbuatan dengan menggunakan alat tertentu dapat membahayakan benda hukum (*rechts goed*). Tetapi jika dipakai alat yang menurut keadaannya yang normal kejahatan tidak dapat timbul, disitu juga tidak ada percobaan yang mampu. Meskipun demikian jika ternyata, alat yang pada umumnya (misalnya gula) tidak berbahaya, tetapi dalam keadaan tertentu (bagi pengidap penyakit gula) dapat membahayakan orang itu, padahal dengan sengaja alat ini dipakai, maka sangkaan tidak berbahayanya alat (gula) tadi menjadi hapus manakala dibuktikan sebaliknya.⁷

Bagi Pompe melihatnya dengan dasar yang agak lain, di mana beliau mengatakan bahwa "ada percobaan mampu apabila perbuatan dengan memakai alat yang mempunyai kecenderungan (*strekking*) atau menurut sifatnya (*naar haar aard*) mampu untuk menimbulkan penyelesaian kejahatan

⁶Adami Chazawi, *op. cit.*, hlm. 53.

⁷Moeljatno, *op.cit.*, hlm. 48

yang dituju. Sifat yang demikian ini tidak ada dalam hal percobaan yang tidak mampu absolut, seperti pada contoh orang mencoba membunuh orang dengan mendoakan dia secara terus-menerus supaya mati, yang pada contoh ini doa tidak mempunyai sifat yang cenderung mampu menimbulkan kematian orang. Demikian juga pada contoh orang yang mencoba meracun dengan gula dan soda. Bagi beliau, untuk menentukan relatif atukah absolutnya ketidakmampuan itu, tidak memandangnya dari sudut abstraknya saja, akan tetapi harus dipandang dari sudut kongkrit berhubung dengan perbuatan dalam keadaan seluruhnya kejadian.

Atas dasar pandangan Pompe ini, maka contoh orang yang dengan maksud membunuh musuhnya, yang sebelumnya datang ke apotik untuk membeli arsenicum yang karena kekeliruan pegawainya telah memberikan gula, yang kemudian orang itu memasukkan pada minuman yang disuguhkan pada musuhnya, sehingga tidak menimbulkan kematian, tidaklah boleh dipandang dari sudut gulanya semata, tetapi harus dipandang dari seluruh kejadiannya. Dari pandangan ini, maka pada peristiwa ini telah ada percobaan yang dapat di-pidana. Tampaknya POMPE telah mengambil sikap dalam menghadapi persoalan mampu dan tidak mampunya percobaan itu atas dasar tidak murni abstrak dan juga tidak murni kongkrit, sebab, jika berpandangan murni abstrak (tidak dihubungkan pada keadaan kongkrit ternyata gula), arsenicum adalah mutlak menimbulkan kematian, maka gula tidak menimbulkan kematian. Tetapi jika dipandang murni kongkrit, yakni gula, maka gula adalah alat yang tidak mampu menimbulkan kematian. Tidak

demikian jika dilihat dari seluruh kejadian dalam peristiwa itu, mulai dari timbulnya niat membunuh dengan membeli arsenicum di apotik (yang keliru diberikan gula), yang kemudian mencampurkannya pada minuman dan seterusnya dipandang telah cukup membahayakan nyawa orang itu, disini menurut beliau telah terjadi percobaan pembunuhan. Sebenarnya pandangan Pompe ini berpijak dari ajaran percobaan subyektif, yang mementingkan sikap batin si pembuat, sebagaimana ternyata dari rangkaian perbuatan yang dilakukan orang itu telah membuktikan secara kuat adanya niat untuk membunuh.⁸

Pandangan Pompe ini lemah, karena jika dilihat dari syarat dipidananya percobaan kejahatan pada pasal 53 ayat (1) KUHP. Perbuatan demikian tidak dapat lagi disebut pelaksanaan tidak selesai, tetapi telah selesai penuh, hanya akibat saja yang tidak timbul berhubung alatnya yang mutlak tidak sempurna. Sedangkan dalam hal ini tidak ada kejahatan selesai, mengingat akibat tidak timbul. Syarat mutlak pembunuhan, harus timbulnya akibat kematian.

Jonkers dalam hal melihat percobaan itu sebagai tidak selesainya tindak pidana karena suatu keadaan yang tidak tergantung daripada kehendak si pembuat, maka dalam hal percobaan tidak mampu yang alatnya tidak sempurna relatif, seperti pada contoh kejahatan menembak boneka dari lilin (yang dikira orang yang dituju), dan contoh melakukan pengguguran kandungan pada perempuan (yang ternyata) tidak sedang hamil, walaupun

⁸*Ibid.*, hlm. 53-54.

dalam hal ini tidak akan terjadi tindak pidana selesai, bukan berarti tidak ada percobaan.⁹

Lain lagi Van Hattum. Menurut beliau dalam menghadapi persoalan percobaan tidak mampu yang dapat dipidana atau tidak dapat dipidana dengan menggunakan ajaran *adequat kausal*, yang penting ialah bagaimana caranya kita memformulering perbuatan si pembuat dalam menggeneralisir perbuatan itu sedemikian rupa untuk dapat ditentukan apakah perbuatan itu *adequat* menimbulkan akibat yang dapat dipidana atautkah tidak. Beliau memberikan contoh: orang hendak membunuh musuhnya dengan bedil. Bedil itu diisinya dengan peluru, kemudian diletakkan di suatu tempat. Tanpa diketahuinya, ada orang lain mengosongkan bedil itu. Ketika musuhnya itu lewat, bedil diambil dan ditembakkan pada musuhnya, tapi tidak meletup, karena tidak ada mesiuinya. Dalam hal ini keadaan-keadaan kongkrit haruslah diformulering sedemikian rupa, namun tidak semua keadaan kongkrit masuk dalam pertimbangan. Keadaan kongkrit yang terjadi secara kebetulan tidak perlu dimasukkan dalam pertimbangan. Dalam contoh ini, keadaan kongkrit yang kebetulan ialah adanya orang yang mengosongkan bedil, hal ini tidak perlu dimasukkan dalam pertimbangan. Dengan demikian maka pada kejadian ini, dapat diformulering sebagai berikut: "mengarahkan bedil yang sebelumnya telah diisi peluru kepada musuhnya dan menembaknya adalah adekuat untuk

⁹J.E. Jonkers, *Handboek van het Nederlandsch Indische Strafrecht*, terj. Tim Penerjemah Bina Aksara, "Hukum Pidana Hindia Belanda", Jakarta: PT. Bina Aksara, 1987, hlm. 165.

menimbulkan kematian.¹⁰ Dengan formulering demikian, maka pada si pembuat dalam peristiwa ini dapat dipidana.

Mengenai persoalan tentang mampu atau tidak mempunya percobaan, menurut Moeljatno tidak dapat dipecahkan melalui teori adekuat kausal oleh karena dalam kenyataannya tiap-tiap pengertian adalah tidak adekuat kausal, yaitu karena pada kenyataannya tidak menimbulkan akibat yang dituju. Menurut hemat beliau, untuk memecahkan persoalan ini, kita harus kembali kepada dasar dapat dipidananya delik percobaan, ialah pada sifat melawan hukumnya pada perbuatan. Dengan demikian persoalan yang pada hakikatnya masuk dalam lapangan hubungan kausal janganlah dipandang secara kausatif, hal mana ternyata tidak memuaskan tapi harus dipandang secara normatif. Dengan demikian, maka pertanyaannya ialah apakah perbuatan yang dilakukan terdakwa dipandang dari segi kemungkinan mendekati pada kejahatan yang dituju, bersifat melawan hukum atautkah tidak. Jika bersifat melawan hukum, maka percobaan ini adalah percobaan yang mampu, dan karenanya dapat dipidana.

Pandangan Moeljatno ini dapatlah dimengerti, karena beliau memandang percobaan itu juga sebagai tindak pidana (delik) sebagaimana juga istilah yang digunakan beliau dengan delik percobaan, di mana syarat untuk dipidananya pembuat delik adalah sama dengan syarat untuk dipidananya percobaan yaitu perbuatan si pembuat bersifat melawan hukum (*wedderechtelijk*).

¹⁰ Moeljatno, *op.cit.*, hlm. 50

Dalam hal menghadapi persoalan percobaan mampu dan percobaan tidak mampu baik karena obyeknya atau alatnya yang tidak sempurna, dengan melihat pada kenyataan apakah dengan alat atau obyek dalam keadaan senyatanya itu mungkin terjadi kejahatan selesai atautakah tidak. Apabila dalam hal alat atau obyeknya tidak sempurna, yang karena sifat atau alatnya sedemikian rupa sehingga tidak mungkin terjadinya kejahatan selesai, maka demikian juga tidak ada percobaannya. Percobaan itu hanyalah mungkin ada pada perbuatan-perbuatan yang baik mengenai obyek dan dengan alatnya pada keadaan kongkritnya dapat menyelesaikan kejahatan. Apabila tidak, maka tidak mungkin ada percobaannya. Perbuatan meracun (yang ternyata dengan gula), menembak musuh dengan bedil yang ternyata tidak ada pelurunya, karena tidak mungkin dapat menimbulkan kejahatan selesai, maka dalam hal yang demikian tidaklah mungkin ada percobaannya. Tetapi meracun dengan gula baru dapat dipidana, apabila memenuhi syarat-syarat yaitu adanya kesengajaan baik terhadap gula, terhadap obyeknya (diketahui orang itu sakit gula), maupun terhadap akibat dari pengidap penyakit gula yang meminum gula. Hal yang terakhir ini pun adalah juga kenyataan kongkrit yang harus menjadi pertimbangan dalam menilai si peracun gula tersebut. Apabila syarat subjektif yang diobyektifkan ini tidak dipenuhi, maka terhadap orang itu tidak dapat dipidana.

Lain halnya pada kejahatan yang dilakukan dengan menggunakan cara tertentu dalam hal alat atau obyek yang tidak sempurna, bila cara itu telah dilakukan, disini ada percobaan, walaupun dengan alat atau obyek yang tidak

sempurna itu pada kenyataannya tidak mungkin menimbulkan kejahatan. Pada kejadian-kejadian seperti ini, dipakai ukuran lain yang telah lazim, ialah bila cara itu telah dilakukan, walaupun perbuatan yang menjadi larangan belum diperbuat, dengan telah menyelesaikan cara tersebut, disini telah terjadi percobaan. Contohnya telah merusak brankas untuk mencuri, ternyata isinya kosong atau telah memanjat atap dan masuk melalui genteng untuk mencuri di sebuah rumah, yang ternyata rumah kosong. Di sini telah terjadi percobaan yang dapat dipidana (363 juncto 53 KUHP).

B. Konsep Hukum Pidana Islam tentang Percobaan Melakukan Tindak Pidana Tidak Terkenan

Suatu perbuatan *jarimah* (tindak pidana) adakalanya telah selesai dilakukan dan adakalanya tidak selesai karena ada sebab-sebab dari luar. *Jarimah* yang tidak selesai ini dalam hukum positif disebut perbuatan percobaan (الشروع).¹¹ Menurut Haliman bahwa dalam Kitab-Kitab fiqh tidak ditemukan pengaturan mengenai percobaan untuk melakukan sesuatu tindak pidana. Percobaan perkosaan misalnya, dimana permulaan pelaksanaan telah dimulai dengan memaksa dan membuka pakaian korban, tetapi tindak pidana perkosaan itu sendiri tidak jadi dilakukan oleh karena pencegahan yang datangnya dari luar orang yang melakukan tindak pidana itu, dapatkah ia dihukum oleh karena percobaan untuk melakukan tindak pidana perkosaan.¹²

¹¹Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam: Fikih Jinayah* Jakarta: Sinar Grafika, 2004, hlm. 59.

¹²Haliman, *Hukum Pidana Islam Menurut Ajaran Ahli Sunnah wal Jama'ah*, Jakarta: Bulan Bintang, 1967, hlm. 224.

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.¹³ 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.¹⁴ Hukum pidana Islam tidak konsentrasi membahas delik percobaan, tetapi lebih menekankan pada jarimah yang telah selesai dan belum selesai.¹⁵

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 faktor.¹⁶ *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. *Kedua*, 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

¹³Ahmad Wardi Muslich, *op.cit.*, hlm. 60.

¹⁴Jaih Mubarak, *Kaidah-Kaidah Fiqh Jinayah*, Bandung: Bani Quraisy, 2004, hlm. 177.

¹⁵Makhrus Munajat, *Hukum Pidana Islam di Indonesia*, Yogyakarta: Teras, 2009, hlm. 41

¹⁶Haliman, *op.cit.*, hlm.224.

menjatuhkan hukuman, di mana a bisa bergerak antara batas tertinggi dengan batas terendah.¹⁷

Di kalangan fuqaha nampak adanya pembahasan tentang percobaan melakukan "jarimah mustahil" yang terkenal di kalangan sarjana-sarjana hukum positif dengan nama "*oendeug delik 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 maksud untuk membunuhnya, sedangkan sebenarnya orang tersebut telah meninggal sebelumnya.¹⁸

Biasanya dibedakan antara "percobaan tak terkenan absolut" dengan "percobaan tak terkenan relatif" (*absolut ondegudelijke poging* dengan *relatief ondegudelijke poging*). Apabila ada seseorang yang hendak meracun orang lain bukan dengan bahan racun atau dengan bahan racun tetapi sedikit sekali, sehingga tidak mengakibatkan matinya korban. Atau pengguguran kandungan dengan sengaja terhadap orang wanita yang sebenarnya tidak hamil.

Dalam kedua contoh tersebut, perbuatan-perbuatan itu "percobaan-tak-terkenan-absolut". Akan tetapi kalau contoh pertama disebut absolute

¹⁷Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1967, hlm.118-119.

¹⁸*Ibid*, hlm. 132.

(mustahil) dari segi alat yang dipakai (*midded*) maka pada contoh kedua adalah absolut (mustahil) dari segi perkara yang menjadi obyek (*voonverp*).¹⁹

Apabila pada peracunan tersebut sebenarnya racun yang diberikan sudah cukup mencapai dosisnya, akan tetapi orang yang diracun kuat badannya sedemikian rupa, sehingga ia tidak mati, maka perbuatan tersebut disebut "percobaan-tak-terkenan-relatif" dari segi alat. Atau seseorang mencoba meledakkan gudang alat senjata dengan bom pembakar; akan tetapi kebetulan alat senjata tersebut sedang basah. Perbuatan ini disebut: percobaan-tak-terkenan-relatif" dari segi perkara yang menjadi obyek jarimah.²⁰

C. Persamaan dan Perbedaan Hukum Pidana Islam dan Hukum Pidana Positif tentang Percobaan Melakukan Tindak Pidana Tak Terkenan

Dalam konteksnya dengan percobaan secara umum maka dapat dianalisis sebagai berikut:

Pendirian hukum positif sama dengan syara', bahwa permulaan tindak pidana tidak dapat dihukum, baik pada fase-fase pemikiran-perencanaan dan persiapan. Akan tetapi di kalangan sarjana-sarjana hukum positif terdapat perbedaan pendapat tentang saat di mana pembuat dianggap telah mulai melaksanakan jarimahnya itu.

Menurut aliran obyektif (*objectieve leer*), saat tersebut ialah ketika ia melaksanakan perbuatan material yang membentuk sesuatu jarimah. Kalau jarimah tersebut terdiri dari satu perbuatan saja, maka percobaan untuk

¹⁹*Ibid.* hlm.132-134

²⁰*Ibid*

jarimah itu ialah ketika memulai perbuatan tersebut. Kalau jarimah itu terdiri dari beberapa perbuatan, maka memulai salah satunya dianggap melakukan perbuatan, maka memulai salah satunya dianggap melakukan perbuatan jarimah. Mengerjakan perbuatan lain yang tidak masuk dalam rangka pembentukan jarimah tidak dianggap telah mulai melaksanakan. Dengan perkataan lain, aliran tersebut melihat kepada obyek atau perbuatan yang telah dikerjakan oleh pembuat.²¹

Menurut aliran subyektif (*subjectieve leer*), untuk dikatakan melakukan percobaan cukup apabila pembuat telah memulai sesuatu pekerjaan apa saja yang mendatangkan kepada perbuatan jarimah itu sendiri. Aliran tersebut memakai niatan dan pribadi pembuat untuk mengetahui maksud yang dituju oleh perbuatannya itu. Dengan perkataan lain, aliran tersebut lebih menekankan kepada subyek, atau niatan pembuat.²²

Nampaknya masing-masing aliran tersebut terlalu menyebelah (*eenzijdig*), sedang seharusnya dalam soal-soal kepidanaan, tidak dicukupkan dengan segi dari pembuat saja atau segi perbuatan saja, melainkan harus memperhatikan kedua-dua segi tersebut yakni perbuatan dari pembuat.

Dari perbandingan dengan syari'at Islam, ternyata pendirian syari'at Islam dapat menampung kedua aliran subyektif dan obyektif bersama-sama. Perbuatan yang bisa dihukum menurut aliran subyektif bisa dihukum pula menurut Syari'at Islam. Akan tetapi Syari'at Islam menambahkan syarat, yaitu apabila perbuatan yang dilakukan pembuat bisa dikualifikasikan sebagai

²¹ Hanafi, *op.cit.*, hlm. 124.

²² Abd. Qadir Awdah, *op.cit.*, hlm. 227

perbuatan maksiat (perbuatan salah), baik bisa menyiapkan jalan untuk jarimah yang dimaksudkan atau tidak. Sedang menurut aliran subyektif perbuatan yang mulai dikerjakan harus bisa mendatangkan kepada unsur materialnya jarimah.

Sebagai contoh ialah orang yang masuk sesuatu rumah dengan maksud untuk melakukan perbuatan zina dengan orang (wanita) yang ada di dalamnya, dan perbuatan yang diniatkannya itu tidak terjadi, karena sesuatu sebab, ada orang lain umpamanya. Menurut aliran obyektif, perbuatan tersebut tidak dapat dihukum, sebab tidak ada kepentingan yang dirugikan. Menurut aliran subyektif, perbuatan tersebut dapat dihukum karena sudah cukup menunjukkan teguhnya maksud yang ada pada dirinya. Menurut Syari'at Islam, juga dapat dihukum sebab perbuatan itu sendiri merupakan maksiat (perbuatan salah).²³

Pendirian Syari'at juga mirip dengan pendapat yang hidup di kalangan sarjana-sarjana hukum positif. Vos misalnya, berpendapat bahwa pada pokoknya teori subyektif lebih benar daripada teori obyektif, akan tetapi harus diperbaiki dengan rumus berikut: Pembuat baru patut dihukum, jika perbuatannya berlawanan dengan hukum, dengan pengertian, bahwa perbuatan itu tidak diperbolehkan (oleh masyarakat atau hukum) berhubung dengan kepentingan hukum yang dikenai oleh jarimah itu.²⁴

Dalam konteksnya dengan percobaan melakukan jarimah mustahil, maka dapat dianalisis sebagai berikut:

157. ²³Abdurahman al-Maliki, *Nidzam al-Uqubah*, Beirut: Dar al-Ummah, 1990, hlm. 155-

²⁴ A.Hanafi, *loc.cit.*

Di kalangan fuqaha nampak adanya pembahasan tentang percobaan melakukan "jarimah mustahil" yang terkenal di kalangan sarjana-sarjana hukum positif dengan nama "*ondeugdelijke poging*" (percobaan tidak mampu = *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 maksud untuk membunuhnya, sedangkan sebenarnya orang tersebut telah meninggal sebelumnya.

Biasanya dibedakan antara "percobaan tidak mampu absolut" dengan "percobaan tidak mampu relatif" (*absolut ondegudelijke poging* dengan *relatief ondegudelijke poging*). Apabila ada seseorang yang hendak meracun orang lain bukan dengan bahan racun atau dengan bahan racun tetapi sedikit sekali, sehingga tidak mengakibatkan matinya korban. Atau pengguguran kandungan dengan sengaja terhadap orang wanita yang sebenarnya tidak hamil.

Dalam kedua contoh tersebut, perbuatan-perbuatan itu "percobaan tidak mampu absolut". Akan tetapi kalau contoh pertama disebut absolute

(mustahil) dari segi alat yang dipakai (*midded*) maka pada contoh kedua adalah absolut (mustahil) dari segi perkara yang menjadi obyek (*voonverp*).²⁵

Apabila pada peracunan tersebut sebenarnya racun yang diberikan sudah cukup mencapai dosisnya, akan tetapi orang yang diracun kuat badannya sedemikian rupa, sehingga ia tidak mati, maka perbuatan tersebut disebut "percobaan tidak mampu relatif" dari segi alat. Atau seseorang mencoba meledakkan gudang alat senjata dengan bom pembakar; akan tetapi kebetulan alat senjata tersebut sedang basah. Perbuatan ini disebut: percobaan-tidak mampu relatif" dari segi perkara yang menjadi obyek jarimah.

Tidak selamanya mudah untuk mengadakan pemisahan yang jelas antara kemustahilan relatif, dan sering-seringnya hanya tergantung kepada cara memberikan alasan (*redeneering*).

Di antara sarjana-sarjana hukum positif ada yang mempersamakan antara percobaan tidak mampu dengan apa yang disebut "*Mangel am Tatbestand*" (*on teoreikende Delictsinhoud*-kekurangan anasir delik), dan ada pula sarjana lain yang memisahkannya, antar lain Karni, S.H. dalam bukunya "*Ringkasan Tentang Hukum Pidana*".

Jika seseorang telah menggunakan segala daya upaya yang diperlukan untuk menggugurkan kandungannya, padahal ia tidak hamil, maka perbuatan ini termasuk percobaan tidak mampu karena tujuan pembuat tidak tercapai.

Akan tetapi jika seorang lelaki melarikan seorang perempuan yang ternyata kemudian telah cukup umur, maka dalam contoh ini tujuan pembuat

²⁵ *Ibid.* hlm.132-134

tercapai. Hanya saja bagi pembuat tidak ada pasal yang bisa diterapkan, sebab Pasal 332 KUHP Indonesia ayat 1, hanya mengenai perempuan yang masih dibawah umur.

Jarimah mustahil atau percobaan tidak mampu menjadi bahan perdebatan di kalangan sarjana-sarjana hukum positif. Ada yang berpendirian bahwa perbuatan tersebut bisa dijatuhi hukuman, sedang menurut lainnya tidak. Menurut aliran obyektif, sudah barang tentu tidak ada hukuman, sebab tidak ada kepentingan (hak yang dilanggar). Akan tetapi pada masa sekarang teori tentang kemustahilan jarimah (jarimah mustahil) tidak lagi dipertahankan, dan aliran subyektif lebih banyak diikuti.

Aliran subyektif menekankan kepada tujuan yang dikandung dalam diri pembuat dan bahaya yang ditimbulkannya. Apabila perbuatan-perbuatan yang dilakukannya sudah cukup jelas menunjukkan kepada niatan pembuatan, maka berarti ia telah melakukan percobaan jarimah, dan oleh karenanya ia berhak dijatuhi hukuman perbuatan percobaan.

Pendirian aliran subyektif dalam jarimah mustahil sama dengan Syari'at Islam, sebab menurut Syari'at Islam tidak menjadi soal, apakah kemustahilan sesuatu jarimah karena alat yang dipakai atau karena perkara yang menjadi tujuannya. Selama perbuatan pembuat berupa maksiat maka pembuat harus mempertanggung-jawabkannya. Sudah barang tentu pelanggaran (terhadap si korban itu sendiri merupakan perbuatan maksiat, tanpa mempertimbangkan, apakah bisa mewujudkan hasil yang dicarinya atau tidak). Selama niatan salahnya sudah nampak dan menjelma pada perbuatan-

perbuatan nyata yang telah dilakukan oleh pembuat, dengan maksud untuk melaksanakan jarimah, maka artinya pembuat tersebut sudah berhak akan hukumannya. Kalau perbuatannya tersebut tidak menimbulkan sesuatu derita pada diri si korban atau jarimah yang dikehendaki itu mustahil dilaksanakan, maka untuk menilai keadaan demikian, diserahkan pada pertimbangan hakim, dan ia bisa menjatuhkan hukuman dengan disesuaikan kepada keadaan pembuat dan perbuatannya.

Berdasarkan analisis di atas dapat disimpulkan bahwa persamaan hukum pidana Islam dan hukum pidana positif tentang percobaan melakukan jarimah mustahil:

1. Pendirian hukum positif sama dengan syara', bahwa permulaan tindak pidana tidak dapat dihukum, baik pada fase-fase pemikiran-perencanaan dan persiapan
2. Pendirian Syari'at juga mirip dengan pendapat yang hidup di kalangan sarjana-sarjana hukum positif. Vos misalnya, berpendapat bahwa pada pokoknya teori subyektif lebih benar daripada teori obyektif, akan tetapi harus diperbaiki dengan rumus berikut: Pembuat baru patut dihukum, jika perbuatannya berlawanan dengan hukum, dengan pengertian, bahwa perbuatan itu tidak diperbolehkan (oleh masyarakat atau hukum) berhubung dengan kepentingan hukum yang dikenai oleh jarimah itu.²⁶
3. Pendirian aliran subyektif dalam jarimah mustahil sama dengan Syari'at Islam, sebab menurut Syari'at Islam tidak menjadi soal, apakah

²⁶ A.Hanafi, *loc.cit.*

kemustahilan sesuatu jarimah karena alat yang dipakai atau karena perkara yang menjadi tujuannya. Selama perbuatan pembuat berupa maksiat maka pembuat harus mempertanggung-jawabkannya.

Adapun perbedaan hukum pidana Islam dan hukum pidana positif tentang percobaan melakukan jarimah mustahil:

1. Dari perbandingan dengan syari'at Islam, ternyata pendirian syari'at Islam dapat menampung kedua aliran subyektif dan obyektif bersama-sama.
2. Syari'at Islam menambahkan syarat, yaitu apabila perbuatan yang dilakukan pembuat bisa dikualifikasikan sebagai perbuatan maksiat (perbuatan salah), baik bisa menyiapkan jalan untuk jarimah yang dimaksudkan atau tidak. Sedang dalam hukum positif menurut aliran subyektif perbuatan yang mulai dikerjakan harus bisa mendatangkan kepada unsur materialnya jarimah.
3. Jarimah mustahil atau percobaan tidak mampu menjadi bahan perdebatan di kalangan sarjana-sarjana hukum positif. Ada yang berpendirian bahwa perbuatan tersebut bisa dijatuhi hukuman, sedang menurut lainnya tidak. Menurut aliran obyektif, sudah barang tentu tidak ada hukuman, sebab tidak ada kepentingan (hak yang dilanggar). Aliran subyektif, perbuatan tersebut bisa dijatuhi hukuman.

Dengan demikian kelebihan hukum pidana Islam dalam menyikapi percobaan melakukan jarimah mustahil yaitu pendirian syari'at Islam dapat menampung kedua aliran subyektif dan obyektif bersama-sama.