

WACANA ILMIAH KOMUNITI SYARIAH JABATAN PEGUAM NEGARA
KE ARAH PEMBAHARUAN COMMON LAW DALAM PERUNDANGAN DI MALAYSIA
Hotel Marriott Putrajaya
24 Oktober 2007

TALKING POINTS

1. Common law England telah diterima pakai melalui dua cara:

- Melalui case law
- Melalui legislation

2. Penerimaan melalui case law:

- Tertakluk kepada kesesuaian, seksyen 3 Civil Law Act 1956. Setakat mana hendak diterima terletak kepada kita. Juga, jika prinsip common law didapati tidak sesuai, tidak ada halangan untuk kita menyesuaikan dengan keadaan tempatan, termasuk menerima prinsip-prinsip syariah/fiqh. Lihat Nepline Sdn. Bhd. V. Jones Lang Wooten (1995) 1 CLJ 865.
- Penerimaan Syariah melalui case law terhad. Sebab:
 - Mahkamah di bawah Mahkamah Persekutuan terikat dengan precedent Mahkamah Persekutuan.
 - Mahkamah Persekutuan juga tidak gemar mengubah undang-undang yang telah jelas untuk mengelak ketidakpastian.
 - Penghakiman Mahkamah Persekutuan tertakluk kepada undang-undang berulis.
 - Mahkamah Persekutuan tidak mempunyai kepakaran untuk mengenal pasti Hukum Syarak mengenai sesuai perkara dan melakukan ijtihad.

3. Penerimaan melalui legislation:

- Tiada apa yang akan menghalang kita dari menerima prinsip undang-undang daripada mana-mana sumber, tertakluk kepada Perlembagaan. Banyak undang-undang bertulis kita dibuat mengikut keperluan di negara kita. Di samping itu, kita masih banyak memakai prinsip-prinsip common law kerana keperluan semasa, kerana prinsip-prinsip itu telah menjadi prinsip-prinsip perundangan sejagat di zaman global ini dan tiada alternative Syariah yang dapat dikemukakan. Hinggakan undang-undang acara yang diterima pakai di Mahkamah Syariah pun diambil daripada perinsip-prinsip common law dengan pengubahsuaian yang perlu. Juga dalam perbankan Islam dan kewangan Islam, apa yang dilakukan ialah mengambil produk-produk konvensional dan mengubahsuainya (ada kalanya hanya dengan mencari justifikasi Syariah dengan memakai

beberapa prinsip sekaligus) untuk menjadikannya Shariah-compliance. Ini tidak salah, malah nampaknya inilah satu-satunya jalan yang praktikal.

- Hanya bercakap secara umum untuk menggantikan common law dengan Syariah seolah-olah menggantikan tanaman getah dengan kelapa sawit tidak akan membawa kita ke mana-mana. Pengalaman Sudan di bawah Ja'afar Nameiri, Pakistan mengenai "riba" dan Taliban.
- Tumpuan yang patut diberi ialah untuk menjadikan undang-undang kita Shariah-compliance seperti yang kita telah lakukan dalam masa 20 tahun kebelakangan dalam bidang acara Mahkamah Syariah, perbankan Islam dan kewangan Islam. (Sebagai seorang Hakim saya tidak mahu berkata kita patut melakukannya atau tidak. Itu soal polisi. Saya cuma memberi pandangan mengenai caranya, jika hendak dilakukan.)

4. Bagaimana melakukannya?

- Pertama, kita perlu mengkaji keseluruhan undang-undang yang ada sekarang untuk mengetahui, secara kasar, sejauh mana ianya bercanggah dengan Syariah. Mungkin banyak orang akan terkejut bahawa hanya sebahagian kecil sahaja yang bercanggah dengan Syariah. Kajian di Pakistan menunjukkan hanya lebih kurang 10%. Prof. Hashim Kamali berpendapat, di Malaysia pun tidak lebih dari itu. Jika itu penemuan kita di akhir kajian itu, ertinya 90% sudah pun Shariah-compliance.
- Peringkat kedua, mengkaji peruntukan sesuatu undang-undang, mengenal pasti bahagian-bahagian yang bercanggah dengan Syariah dan mengemukakan cadangan pindaan dan pengubahsuaian.
- Patut pilih mana yang kedudukan Syariahnya adalah jelas, bersesuaian dengan keperluan semasa dan yang mudah diterima umum mengambil kira keadaan di Malaysia, misalnya mu'amalat.

5. Siapa yang akan melakukan kerja itu?

- Jabatan Peguam Negara dan Jawatankuasa Teknikal sahaja tidak mampu melakukan semua itu.
- Kita perlu mengagih-agihkan di antara ahli-ahli akademik di Fakulti-Fakulti Undang-Undang dan Syariah di Universiti-Universiti kita. Peguam-peguam yang berminat juga diambil untuk menyertai program itu. Untuk mengkaji sesuatu undang-undang sekurang-kurangnya patut ada seorang yang mempunyai latar belakang undang-undang dan seorang yang mempunyai latar belakang Syariah.

- Bahagian Syariah Jabatan Peguam Negara hendaklah menjadi Sekretariatnya. Jabatan Peguam Negara adalah jabatan yang paling sesuai untuk menjadi Sekretariat kerana jabatan itulah yang menasihati Kerajaan mengenai undang-undang yang hendak dibuat, menggubalnya dan mengemukakannya kepada Kerajaan.
- Apabila sesuatu draf itu dikemukakan oleh pengkaji-pengkaji itu, ia hendaklah di bawa kepada Komuniti Syariah untuk dikaji lebih lanjut dan mengesyurkan kepada Peguam Negara untuk dibawa kepada Kabinet untuk keputusan polisi.

Sekian. Terima kasih.

Dato' Abdul Hamid Mohamad

Presiden,
Mahkamah Rayuan Malaysia