

## **SISTEM KEHAKIMAN DAN PERUNDANGAN DI MALAYSIA: SATU WAWASAN**

(Membincangkan kedudukan undang-undang sivil, undang-undang Islam, mahkamah sivil dan mahkamah syariah di Malaysia dan kemungkinan penyatuan kedua-dua mahkamah itu)

2 April 2001

oleh

Dato' Abdul Hamid bin Haji Mohamad  
(Hakim Mahkamah Rayuan, Malaysia)

Tanpa menghabiskan masa membincangkan istilah dan maknanya, dalam ucapan ini saya akan menggunakan kata-kata “mahkamah syariah, “mahkamah sivil”, “undang-undang Islam” dan “undang-undang-sivil”. Pembahagian antara “mahkamah syariah” dengan “mahkamah sivil” adalah jelas. Tetapi, pembahagian antara “undang-undang Islam” dengan “undang-undang sivil” tidaklah sejelas yang kerap dianggapkan. Malah saya tidak fikir ada satu garisan yang jelas untuk memisahkan kedua-duanya. Nyataan ini akan lebih jelas kelak.

Sejarah perundangan di Malaysia bolehlah dikatakan bermula dengan kedatangan Islam di abad ketiga belas Masihi. Islam membawa undang-undang Islam ke rantau ini. Walau pun pada masa itu tidak terdapat mahkamah-mahkamah seperti sekarang, undang-undang Islam, di samping adat Melayu, menjadi teras undang-undang di negara ini sehingga kedatangan British.

Kedatangan British membawa bersamanya undang-undang Inggeris khususnya “Common Law of England” dan “the rules of equity”. Ia dibawa masuk melalui Charter, melalui peguam-peguam dan hakim-hakim yang terlatih di England dan kemudiannya melalui undang-undang bertulis seperti ordinan, enakmen, kanun (code), kaedah dan peraturan.

Pada masa itu cuma ada satu sistem mahkamah di sini. Ia melaksanakan undang-undang yang dibuat di sini yang berasaskan

undang-undang di England di samping memakai “common law of England” dan “the rules of equity”. Mahkamah syariah belum ada. Maka, makin sehari semakin kukuhlah kedudukan undang-undang Inggeris dalam pelaksanaannya di negara ini.

Setahun sebelum British meninggalkan Malaya (pada masa itu) Civil Law Act 1956 dikanunkan. Ia memperuntukkan bahawa “common law of England” dan “the rules of equity” seperti yang berkuatkuasa di England pada 7 April 1956 hendaklah di pakai, melainkan jika ianya didapati tidak sesuai dengan keadaan di sini. Demikian juga dengan undang-undang perdagangan. (Peruntukan ini juga terpakai di Sabah dan Sarawak, tetapi tarikhnya berlainan).

Saya belum temui suatu kajian tentang mengapa setahun sebelum memberi kemerdekaan kepada Malaya (pada masa itu) undang-undang itu dibuat. Adakah pihak British ingin memastikan bahawa Malaya yang merdeka akan terus memakai “common law of England” dan “the rules of equity” seperti ia hendak memastikan pemakaian “basic law” di Hong Kong apabila ia hendak menyerahkannya balik kepada Cina?

Untuk lebih adil terhadap niat British, perlu diambil perhatian bahawa peruntukan itu pun tertakluk kepada undang-undang yang akan dibuat oleh badan perundangan di negara ini dan pemakaian “common law of England” dan “the rules of equity” itu pun tertakluk pula kepada kesesuaiannya dengan keadaan di Malaya, sekarang Malaysia. Pendek kata peruntukan untuk membuat undang-undang baru dan menolak pemakaian “common law of England” dan “the rules of equity” ada. Jika kita tidak memanfaatkannya, itu salah kita.

Di samping itu, pada masa itu, rakyat Malaya, termasuk sebilangan besar orang-orang Melayu yang beragama Islam sendiri sudah hampir lupa kepada undang-undang Islam, melainkan dalam hal-hal undang-undang keluarga dan ibadat. Kebanyakan orang Islam di Malaya sendiri, pada masa itu, setelah hidup dengan mahkamah sivil dan undang-undang Inggeris beratus-ratus tahun, tidak dapat membayangkan apakah undang-undang Islam mengenai kontrak, tort, perdagangan, perbankan dan lain-lain dan bagaimana ia hendak dilaksanakan di abad kedua puluh ini dan bagaimana mahkamah yang ada pada masa itu (mahkamah sivil) dengan hakim-hakim dan

peguamnya yang cuma terlatih dengan undang-undang Inggeris, akan melaksanakannya.

Bagi orang-orang bukan Islam pula, bayangan bahawa Malaya akan menggantikan undang-undang Inggeris dengan undang-undang Islam pun sudah cukup untuk menakutkan mereka. Penentangan pasti berlaku. Kemerdekaan mungkin akan tertangguh. Jika tidak, saya percaya banyak yang akan lari balik ke negeri asal.

Mungkin itulah cara yang paling baik yang boleh diterima umum pada masa itu.

Dalam suasana itulah Malaya mencapai kemerdekaannya. Dan dalam suasana itu jugalah Perlembagaan Persekutuan digubal. Sebab ia digubal seperti itu dalam suasana itu, maka ia boleh diterima, oleh semua kaum pada masa itu.

Oleh itu peruntukan-peruntukan dalam Perlembagaan Persekutuan seperti yang kita lihat pada masa ianya dijadikan undang-undang utama negara ini, malah hari ini, tidaklah menghairankan. Ia mencerminkan pandangan masyarakat majmuk negara ini pada masa itu, yang boleh diterima oleh kebanyakan mereka.

Di mahkamah sivil, peguam-peguam dan hakim-hakim yang terlatih dalam undang-undang Inggeris dan kebanyakannya hanya tahu undang-undang itu, terus merujuk kepada penghakiman-penghakiman mahkamah-mahkamah di England dan negara-negara Comonwealth lain dalam hujah atau penghakiman mereka. Ada yang seolah-olah terlupa bahawa Malaysia bukan sebahagian daripada England dan bukan lagi tanah jajahan British. Ada yang seolah-olah beranggapan bahawa "common law" adalah undang-undang pertama dan tunggal yang pernah dilahirkan oleh tamaddun manusia dan keadilan adalah monopoli "common law" melalui penggunaan bahasa Inggeris. Dalam keadaan itu, peruntukan seksyen 3 Civil Law Act 1956, khususnya provisonya, hampir dilupai. Amat jarang sekali peruntukan itu dirujuk, dihujahkan dan dipakai. Hasilnya prinsip-prinsip "common law of England" dan "the rules of equity" diterima tanpa mengambil kira sama ada ia lahir sebelum atau selepas 7 April 1956 dan tanpa menimbang sama ada ianya sesuai atau tidak

dengan keadaan di Malaysia. Satu misalan ialah prinsip “equitable estoppel”.

Susulan daripada peruntukan Perlembagaan Persekutuan, Jadual Kesembilan, Senarai Kedua, mahkamah-mahkamah syariah ditubuhkan. Maka untuk membazakan mahkamah yang sedia ada daripada mahkamah syariah yang baru ditubuhkan itu, mahkamah yang sedia ada itu mula dipanggil “mahkamah sivil”, satu istilah yang agak mengelirukan. Bertolak dari situ, mungkin tanpa disedari, satu sempadan mula digaris antara “mahkamah syariah” dengan “mahkamah sivil”, antara “undang-undang Islam” dengan “undang-undang sivil” dan setrerusnya membawa kepada anggapan bahawa yang satu itu “Islam” dan yang lagi satu itu “tak Islam” (unIslamic).

Pada mulanya bidangkuasa mahkamah syariah hanya terhad kepada undang-undang keluarga seperti nikah, cerai, saraan dan lain-lain. Kesalahan-kesalahan yang diwujudkan hanya yang berkaitan dengan pelaksanaan undang-undang keluarga itu seperti tidak mendaftarkan nikah dan cerai, mengenai hal-hal ibadat seperti tidak menunaikan sembahyang Jumaat, makan di siang hari di bulan Ramadhan dan kesalahan-kesalahan lain seperti khalwat.

Mungkin juga pada masa itu, peruntukan-peruntukan seperti itu memadai untuk mahkamah syariah, mengambil kira bahawa undang-undang kontrak, jenayah, tort dan lain-lain adalah terletak di bawah Senari Perundangan Persekutuan, bahawa mahkamah syariah hanyalah untuk orang-orang Islam dan bahawa Malaysia mempunyai masyarakat majmuk. Juga, pada masa itu, kebanyakan orang-orang Melayu/Islam tinggal menetap di kampung-kampung, sama ada berkerja sebagai pesawah, penoreh getah atau nelayan. Harta sepencarian hanya berbentuk tanah pertanian atau rumah papan yang boleh di usung dan dipindahkan. Penglibatan orang-orang bukan Islam dalam dalam kes-kes yang terletak dalam bidangkuasa mahkamah syariah tidak terbayang sama sekali.

Maka untuk beberapa dekad mahkamah sivil terus menjadi mahkamah utama, undang-undang Inggeris undang-undang utama, melainkan jika telah diperuntukkan sebaliknya oleh undang-undang bertulis negara ini yang, jika dilakukan pun, biasanya diasaskan

kepada prinsip-prinsip undang-undang Inggeris. Maka, mahkamah syariah terus tersisih.

Tiba abad kelimabelas Hijrah. Apa yang dikenali sebagai “Islamic revival” mula terasa. Orang-orang Islam mula merasakan keinginan baru untuk memakai semula undang-undang Islam. Graduan-graduan universiti-universiti Islam dari luar dan dalam negara yang cuma belajar undang-undang Islam dan beranggapan bahawa selainnya adalah “undang-undang sekular”, mahu “menegakkan undang-undang Islam” dan sekali gus menikmati “kemewahan” yang dinikmati oleh graduan-graduan “undang-undang sekular” itu. Hakim-hakim mahkamah syariah mula merasai bahawa kedudukan mahkamah syariah adalah lebih rendah daripada kedudukan mahkamah sivil, kedudukan mereka sendiri lebih rendah daripada kedudukan hakim-hakim mahkamah sivil. Demikian juga pandangan pegawai-pegawai syariah apabila mereka bandingkan kedudukan mereka dengan Pegawai-Pegawai Kehakiman dan Perundangan. Bidangkuasa mahkamah syariah terhad. Maka mereka mahu kedudukan yang sama, tidak kurang pentingnya, gaji yang sama.

Di samping itu, di peringkat awal itu pun, percanggahan bidangkuasa antara kedua-dua sistem mahkamah itu sudah mula berlaku. Kes yang paling ketara ialah Kes **Myriam v. Mohamed Ariff (1971) 1 MLJ 265**. Dalam kes itu, hakim mahkamah sivil yang selama ini mempunyai bidangkuasa dalam hal jagaan anak, tidak kira Islam atau bukan Islam, berpendapat bahawa mahkamah sivil masih mempunyai bidangkuasa itu walaupun bidangkuasa itu, mengenai orang-orang Islam, telah diberi kepada mahkamah syariah.

Pada masa yang sama suatu Jawatankuasa Teknikal telah ditubuh dengan diketuai oleh Allahyarham Prof. Ahmad Ibrahim. Antara bidang tugas jawatankuasa ini ialah untuk menaikkan taraf mahkamah syariah. Atas cadangan Jawatankuasa itu, Perlembagaan Persekutuan dipinda dengan memasukkan peruntukan baru kepada Perkara 121, iaitu Klausula (1A). Peruntukan itu nampaknya mudah: **apa yang terdapat dalam bidangkuasa mahkamah syariah, mahkamah sivil tidak ada bidangkuasa mengenainya**. Tujuannya, seperti yang dikatakan oleh beliau sendiri dalam artikel bertajuk **“The Amendment to Article 121 of the Federal Constitution: Its Effect on the Administration of Islamic**

**Law” (1989) 2 MLJ xvii**, adalah untuk mengatasi masalah seperti yang berbangkit dalam kes **Myriam v. Mohamed Ariff** itu. Itu tujuan sebenar pindaan itu, bukan untuk mengambil apa yang terletak dalam bidangkuasa mahkamah sivil untuk diberiakan kepada mahkamah syariah.

Banyak orang beranggapan bahawa pindaan itu telah menyelesaikan semua masalah percanggahan bidangkuasa antara dua mahkamah itu dan, jika selepas pindaan itu pun, masih ada percanggahan, itu adalah kerana mahkamah sivil tidak mahu melepaskan bidangkuasa yang selama ini ada padanya. **Sebenarnya anggapan seperti itu adalah meleset.**

Memang betul pindaan itu telah menjelaskan sedikit kekeliruan. Tetapi, masih ada masalah yang tidak ditanganinya, yang hingga ke hari ini masih tidak boleh diatasi sepenuhnya, dan mungkin tidak akan boleh diatasi tanpa perubahan besar kepada kedua-dua sistem mahkamah itu.

Masalah timbul, kerana, **pertama**, walau pun perkara kes (subject matter) dalam sesuatu kes itu mungkin terletak dalam bidangkuasa mahkamah syariah, seperti wakaf, tetapi salah satu pihak yang terlibat mungkin seorang bukan Islam, sedangkan mahkamah syariah tidak mempunyai bidangkuasa terhadap orang bukan Islam.

**Kedua**, dalam sesuatu kes mungkin terdapat persoalan mengenai undang-undang tanah, estoppel dan “adverse possession” yang adalah undang-undang sivil dan “common law of England” yang terletak di bawah bidangkuasa mahkamah sivil dan dalam kes yang sama terdapat juga persoalan seperti wakaf yang terletak dalam bidangkuasa mahkamah syariah.

Misalan yang baik untuk kedua-dua masalah ini ialah kes **G. Rethinasamy v. Majlis Agama Islam Pulau Pinang (1993)2 MLJ 166**.

**Ketiga**, selepas pindaan dibuat kepada Perkara 121 Perlembagaan Persekutuan, beberapa undang-undang baru telah dibuat di bawah enakmen-enakmen negeri dan dilaksanakan oleh mahkamah syariah. Antara lain, undang-undang baru ini yang dibuat atas alasan ianya

undang-undang Islam untuk orang Islam, mengandungi peruntukan-peruntukan kesalahan jenayah yang bertindih dengan kesalahan-kesalahan yang serupa yang telah sedia wujud dalam Kanun Kesiksaan dan akta lain. Satu pihak boleh menghujahkan bahawa, mengikut Perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan, peruntukan-peruntukan baru itu mengatasi peruntukan-peruntukan dalam undang-undang Persekutuan yang sedia ada itu. Sebaliknya, satu pihak lagi boleh pula menghujahkan bahawa peruntukan-peruntukan itu adalah mengenai “undang-undang jenayah” yang mengikut Senarai Pertama Jadual Kesembilan terletak di bawah Senarai Perundangan Persekutuan yang undang-undang mengenainya cuma boleh dibuat oleh Badan Perundangan Persekutuan dan dilaksanakan oleh mahkamah sivil. (Oleh sebab saya seorang hakim dan kemungkinan persoalan itu akan timbul di mahkamah kelak yang menghendaki saya memutuskannya, maka saya tidak akan memberi pandangan saya mengenai persoalan ini sekarang.)

**Keempat**, dengan tertubuhnya institusi-institusi perbankan dan kewangan Islam dan insurans Islam, orang mula bertanya jika timbul persoalan mengenai undang-undang Islam di bawah undang-undang itu, mampukah mahkamah sivil mengendalikannya sedangkan hakim-hakim mahkamah sivil tidak mempunyai kepakarang mengenainya.

Sebaliknya, persoalan boleh juga dikemukakan: mampukan mahkamah syariah mengendalikan kes-kes perbankan dan insurans memandangkan bahawa urusan “perbankan Islam” dan “takaful” itu pada hakikatnya menyerupai urusan perbankan dan insurans konvensional dalam kebanyakan hal. Adakah hakim-hakim mahkamah syariah biasa dengan berbagai-bagai suratcara yang terlibat dalam transaksi-transaksi itu seperti serahak (assignment), suratkuasa wakil (powers of attorney), pajakan (charge), debenture dan berbagai-bagai lagi yang kesemuanya adalah suratcara mengikut undang-undang sivil? Dalam sesuatu kes, persoalan-persoalan undang-undang sivil lain seperti had masa, estoppel, undang-undang syarikat, tort, kontrak dan lain-lain juga mungkin timbul. Berapa kerapkah persoalan hukum syarak timbul dalam kes-kes yang berbangkit daripada urusan-urusan itu berbanding dengan persoalan undang-undang lain yang saya sebutkan itu? Bagaimanakah jika salah satu pihak dalam pertikaian itu seorang

bukan Islam, sedangkan mahkamah syariah tidak mempunyai bidangkuasa terhadapnya? Bagaimana jika salah satu pihak itu seorang atau sebuah syarikat dari luar negara?

Ini belum lagi mengambil kira kemampuan fizikal mahkamah syariah: bidangkuasanya terhad kepada sesebuah negeri. Bagaimana jika seseorang defendan itu mencabar bidangkuasa mahkamah syariah ke atasnya atas alasan dia tinggal di negeri lain? Bagaimana pelaksanaan di negeri lain hendak dilakukan? Bagaimana tindakan pelaksanaan seperti prosiding kebangkrapan dan penggulungan syarikat hendak dilakukan sedangkan itu terletak di bawah bidangkuasa mahkamah sivil dan hakim-hakim mahkamah syariah langsung tidak ada pengetahuan dan pengalaman mengenainya? Adakah institusi-institusi kewangan dan insurans Islam akan dinafikan prosiding-prosiding seperti itu? Mahkamah Rayuan Syariah masih belum berfungsi sepenuhnya, malah ada yang tidak berfungsi langsung selama beberapa tahun. Manakala mahkamah sivil cuma mempunyai satu Mahkamah Rayuan dan satu Mahkamah Persekutuan untuk memutuskan sesuatu persoalan secara muktamad, terdapat 14 Mahkamah Rayuan Syariah yang keputusan masing-masing tidak mengikat yang lainnya. Malah ada pula yang berpendapat bahawa doktrin **stare decisis** (penghakiman mahkamah yang lebih tinggi mengikat mahkamah yang lebih rendah mengenai persoalan yang sama) tidak terpakai di mahkamah syariah kerana mengikut hukum syarak tidak ada prinsip demikian, satu pandangan yang, pada pandangan saya, dibuat tanpa mengambil kira sama ada sistem mahkamah hari ini serupa dengan sistem mahkamah di zaman lampau, sama ada hakim-hakim di zaman lampau menulis alasan penghakiman seperti yang dilakukan oleh hakim-hakim hari ini dan kepentingan awam. Akibatnya bukan sahaja keputusan Mahkamah Rayuan Syariah di sebuah negeri tidak mengikat Mahkamah Rayuan Syariah di negeri lain, malah mahkamah yang lebih rendah di negeri itu pun tidak terikat dengan keputusan Mahkamah Rayuan Syariah di negeri itu. Bagaimana akan wujud kepastian undang-undang? Bagaimana peguam hendak menasihati anakkuamnya?

Dalam tempoh yang sama usaha-usaha telah dan sedang dibuat untuk memperbaiki perkhidmatan mahkamah syariah. Acara mal dan jenayah digubal, sebahagian besarnya diambil daripada acara yang



dipakai di mahkamah sivil. Di segi fizikal pula, nama mahkamah-mahkamah syariah ditukar supaya menyerupai nama-nama mahkamah sivil, nama-nama jawatan ditukar supaya menyerupai nama yang dipakai di mahkamah sivil, panggilan “Yang Arif” dan “Yang Yang Amat Arif” digunakan bagi menggantikan panggilan-panggilan dalam bahasa Arab yang digunakan sebelumnya. Pakaian hakim-hakim mahkamah syariah pun sudah bertukar kepada coat dan talileher. Inilah yang saya panggil “**pensivilan mahkamah syariah, bukan pengislaman mahkamah sivil.**”

Apakah yang ditunjuk oleh perubahan-perubahan ini? **Pertama**, mahkamah syariah cuba hendak menyerupai mahkamah sivil.

**Kedua**, dan **ini lebih penting**, kebanyakan apa yang kerap kali dipanggil “undang-undang sivil”, itu sebenarnya, tidak bercanggah dengan apa yang dipanggil “undang-undang Islam”. Jika tidak bagaimana ia boleh diterima pakai di mahkamah syariah? Sebenarnya, bahawa terdapat banyak persamaan antara kedua-dua prinsip undang-undang itu tidaklah menghairankan jika kita mengingati sejarah. Bukankah tamaddun Islam itu yang mentamaddunkan Eropah tanpa mengIslamkannya? Sebagai permulaan, bagi mereka yang belum membacanya, saya syorkan mereka membaca sebuah buku kecil (cuma lebih kurang 200 muka surat) berjudul “**Islamic Jurisprudence: An International Perspective**” karangan C.G.Weeramantry, bekas Supreme Court Judge, Sri Lanka, Professor of Law, Monash University dan Vice-President, International Court of Justice. Beliau sendiri seorang bukan Islam. Mungkin juga tuan-tuan akan terkejut membaca kata-kata pendahuluan yang ditulis oleh David Musa Pidcock dalam buku “**Napoleon and Islam**” yang mengatakan bahawa 96% daripada Code Napoleon adalah diambil daripada fatwa dan pendapat Imam Malik. Malangnya, hari ini, satu pihak telah melupai sejarah dan cuma hidup untuk hari ini dan esok manakala satu pihak lagi tidak memperdulikan hari ini dan cuba kembali hidup seperti di zaman silam. Kedua-duanya lebih menumpukan kepada perbezaan daripada persamaan.

**Ini harus membuka mata kita semua.** Pada pandangan saya, pembahagian antara apa yang dipanggil “hukum syarak”, “undang-undang Islam” atau “undang-undang ciptaan Tuhan” **dengan** apa

yang dipanggil “undang-undang sivil”, “undang-undang ciptaan manusia”, “undang-undang sekular” seperti yang kerap kita dengar dilaung-laungkan hari ini adalah mengelirukan. Ia seolah-olah memberi gambaran kepada kita bahawa apa yang dipanggil undang-undang Islam itu semuanya telah ditetapkan secara terperinci oleh Allah dan Rasulnya, satu masalah satu hukum, tetap, pasti dan tidak berubah. Tidak ada pendapat manusia yang bukan Rasul di dalamnya. Jika demikianlah keadaannya, tentu tidak ada mazhab-mazhab dan tidak ada pendapat-pendapat yang belainan dalam sesuatu perkara. Sebaliknya, ia juga memberi gambaran seolah-olah hanya apa yang terdapat dalam kitab-kitab fiqah itu sahajalah yang “Islam” (“Islamic”). Yang lainnya, termasuk undang-undang yang dibuat oleh Parlimen dan Badan perundangan Negeri, semuanya tak Islam (“unIslamic”)? Jika demikian, bagaimana dengan akta-akta dan enakmen-enakmen yang digunakan di mahkamah syariah hari ini yang juga dibuat oleh badan yang sama? Adakah ia juga tak Islam? Adakah Akta Bank Islam dan Akta Takaful juga tak Islam sebab ia dibuat oleh Parlimen? (Saya syorkan satu kajian dibuat untuk mendapat tahu berapa peratuskah undang-undang yang dipakai di negara ini yang bercanggah dengan undang-undang Islam?).

Pada pandangan saya, **kita perlu melihat kepada isinya, bukan hanya kepada nama yang diberi. Bagi saya, semua undang-undang yang tidak bercanggah dengan undang-undang Islam adalah “Islamic”.** Sama seperti pakaian. Yang “Islam” itu ialah pakaian yang menutup aurat bukan pakaian Arab.

Dalam menentukan apakah undang-undang Islam itu pun, kita patut utamakan prinsipnya daripada setiap pendapat dalam setiap perkara tidak kira mengenai undang-undang substantif, acara atau pembuktian. “Legal Methods” seperti yang dibukukan oleh Ibn Qayyim, ada yang sudah tidak sesuai lagi di zaman ini. (Lihat terjemahan buku Ibn Qayyim oleh Dr. Ala’eddin Kharafa yang diberi tajuk “The Legal Methods in Islamic Administration”). Demikian juga dengan pendapat Mazhab Shafie mengenai tempoh seorang ibu mengandung, sampai empat tahun. Itu soal pembuktian: **sama ada anak yang dilahirkan oleh balu si-mati itu anak si-mati atau bukan.** Yang pentingnya bila dia mula hamil (sebelum atau selepas kematian suaminya), bukan bila dia melahirkan anak itu. Dengan

kemajuan sains perubatan hari ini, saya percaya, hari ini, **fakta** itu boleh dibuktikan dengan lebih tepat daripada di zaman Imam Shafie.

Sekarang ini, kita seolah-olah berada dalam satu dialema. Kebanyakan orang yang tahu undang-undang sivil tidak tahu undang-undang Islam. Maka mereka menganggap bahawa undang-undang sivil, khususnya “common law of England” itu sahajalah yang yang paling unggul, paling modern dan paling adil. Sebaliknya, kebanyakan orang-orang yang tahu undang-undang Islam pula tidak tahu undang-undang sivil. Mereka pula menganggap bahawa semua undang-undang selain daripada yang mereka panggil “undang-undang Islam” itu adalah tak Islam dan mesti ditolak, tanpa mengetahui isinya yang sebenar. **Maka, satu pihak takut kepada apa yang mereka tidak tahu. Satu pihak lagi mengecam apa yang mereka tidak tahu. Dan kedua-dua pihak menolak apa yang mereka tidak tahu.**

Sekarang, lebih 40 tahun selepas merdeka, kita berada di satu keadaan di mana, **pertama**, terdapat dua sistem perundangan dan kehakiman, satu di bawah Kerajaan Negeri dan satu di bawah Kerajaan Persekutuan.

**Kedua**, walaupun bidangkuasa keduanya sepatutnya berasingan, ada yang bertindih.

**Ketiga**, Dalam sesuatu kes yang jelas perkara kesnya (subject matter) terletak di bawah bidangkuasa mahkamah syariah, mungkin ada pihak terlibat yang bukan Islam, dan mahkamah syariah tidak mempunyai bidangkuasa terhadapnya.

**Keempat**, dalam sesuatu kes mungkin timbul persoalan-persoalan undang-undang Islam dan juga persoalan undang-undang sivil. Setiap sistem tidak mempunyai kepakaran dalam kedua-dua bidang.

**Kelima**, pengetahuan mengenai undang-undang Islam sahaja sudah tidak mencukupi untuk menjadi hakim, pegawai pendakwa atau peguam di mahkamah syariah. Hakim-hakim mahkamah sivil dan pegawai-pegawai kehakiman dan perundangan juga perlu tahu sedikit sebanyak undang-undang Islam.

**Keenam**, penduduk Melayu/Islam tidak lagi tinggal menetap dan berkahwin sama sekampung atau sedaerah. Mereka berpindah dari sebuah Negeri ke sebuah Negeri. Mahkamah syariah masih mempunyai bidangkuasa yang terhad bagi sesuatu Negeri sahaja.

**Ketujuh**, harta sepencarian (**ini adat Melayu, bukan hukum syarak**) bukan lagi sekadar tanah dan rumah papan. Ia termasuk saham, akaun bank dan lain-lain yang boleh dilupuskan dengan sekelip mata. Untuk menghalang pelupusan sedemikian mahkamah sivil boleh mengeluarkan secara ex parte injunksi Mareva yang berkuatkuasa seluruh negara. Mahkamah syariah tidak mempunyai bidangkuasa sedemikian. Prinsip injunksi Mareva itu pun adalah prinsip common law yang asing bagi hakim-hakim mahkamah syariah. Jika mahkamah syariah boleh mengeluarkan perintah sedemikian pun, ia cuma berkuatkuasa dalam negeri itu sahaja. Jika terdapat harta di empat buah negeri, empat permohonan berasingan perlu dibuat, di ikuti dengan empat rayuan yang berasingan. Bagaimana jika Mahkamah-Mahkamah Rayuan Syariah di negeri-negeri yang berlainan itu memberi penghakiman yang bercanggah? Juga, masa dan perbelanjaan yang lebih perlu dikeluarkan. Siapa yang rugi? Orang Islam.

**Kelapan**, institusi kewangan dan insurans Islam semakin meluas perkembangannya. Pelanggannya termasuk orang bukan Islam. Persoalan undang-undang Islam dan undang-undang sivil mungkin timbul dalam kes yang sama dan mungkin pula ada pihak bukan Islam.

**Kesembilan**, hasil daripada masyarakat majmuk dan hubungan bersalingan antara kaum, ada kalanya orang bukan Islam pun mempunyai kepentingan dalam sesuatu kes di mahkamah syariah dan mahu mencelah tetapi tidak boleh melakukannya.

**Di samping semua itu**, mahkamah syariah, dalam bentuk sekarang, mempunyai masalah-masalah lain yang tersendiri. Oleh sebab ia adalah mahkamah negeri, bilangan hakimnya kecil. Ambil Perlis sebagai misalan. Maka peluang kenaikan pangkat amat terhad.

Untuk “menaikkan taraf” mahkamah syariah dan dengan itu gaji hakim-hakim dan pegawainya, apa yang kerap kita dengar dikatakan

ialah: **tambah bidang kuasa**. Dengan hormat, pada pandangan saya, **menambahkan beban kepada seorang yang lemah tidak akan menguatkan orang itu**. Beban yang dipikulnya juga mungkin akan bertaburan. Siapa yang rugi? Orang Islam.

**Dalam keadaan sekarang**, saya tidak nampak bagaimana boleh disamakan gaji gaji Hakim Mahkamah Tinggi Syariah dengan Hakim Mahkamah Tinggi sivil? Skim perkhidmatani hakim-hakim Mahkamah Tinggi dan ke atas adalah satu skim yang berasingan daripada skim Perkhidmatan Kehakiman dan Perundangan. Perlantikan seseorang hakim Mahkamah Tinggi adalah perlantikan ke perkhidmatan lain, bukan satu kenaikan pangkat. Seorang pegawai kehakiman dan perundangan yang dilantik menjadi Pesuruhjaya Kehakiman (sebelum menjadi Hakim Mahkamah Tinggi) rata-rata telah berkhidmat antara dua puluh hingga dua puluh lima tahun dalam berbagai kapasiti dan sudah hampir bersara baru dilantik, **jika dilantik**. Peguam-peguam pula yang dilantik menjadi Pesuruhjaya Kehakiman sebelum menjadi Hakim Mahkamah Tinggi biasanya telah berkhidmat bagi tempoh yang serupa dan telah mencapai kedudukan yang tinggi dalam profesyennya dan pendapatan yang lebih tinggi daripada gaji hakim. Sebaliknya, seorang hakim Mahkamah Rendah Syariah berkemungkinan **naik pangkat** dan menjadi Hakim Mahkamah Tinggi Syariah jauh lebih awal. Harga pasaran mereka lebih rendah. Bidangkuasa Mahkamah Tinggi Syariah jauh lebih kecil daripada bidangkuasa Mahkamah Tinggi sivil. Beban kerja mahkamah syariah, terutama sekali Mahkamah Rayuan Syariah, jauh lebih kurang daripada mahkamah sivil yang senama. Empatbelas orang Ketua Hakim Syarie, seorang bagi setiap negeri tentu sekali tidak boleh disamakan dengan seorang Ketua Hakim Negara. Bilangan mahkamah, hakim, pegawai dan kakitangan di bawah jagaan Ketua Hakim Negara jauh lebih banyak daripada bilangan mahkamah, hakim, pegawai, dan kakitangan dibawah jagaan setiap, malah kesemua, Ketua Hakim Syarie dikumpulkan sekali. Jenis kes dan beban kerja hakim-hakim mahkamah sivil jauh lebih besar. **Seorang “contractor” yang membina sebuah bungalo tentu tidak boleh dibayar sama banyak dengan seorang “contractor” yang membina KLIA.**

Kita lihat pula apa yang berlaku di sebelah sivil di kebelakangan ini. Kita lihat perubahan sikap hakim-hakim dan mahkamah sivil

terhadap mahkamah syariah. Kalau sebelumnya hakim-hakim mahkamah sivil boleh dikatakan mengambil sikap “tidak peduli” terhadap mahkamah syariah, di kebelakangan ini terdapat kerjasama yang lebih erat. Hakim-hakim dan bekas hakim mahkamah sivil menjadi ahli panel hakim-hakim Mahkamah Rayuan Syariah. Mereka menjadi anggota Jawatankuasa Teknikal Undang-undang Syariah dan Sivil. Mereka memberi ceramah-ceramah khususnya mengenai acara mal dan jenayah kepada hakim-hakim dan pegawai-pegawai mahkamah syariah. Demikian juga dengan peguam-peguam dan pegawai-pegawai Perkhidmatan Kehakiman dan Perundangan. Malah pegawai-pegawai itulah yang menggubal sesuatu undang-undang untuk dipakai di mahkamah syariah atau “undang-undang Islam” lainnya, dengan kerjasama pegawai-pegawai syariah.

Daripada penghakiman mahkamah sivil di kebelakangan ini dapat dilihat bahawa hakim-hakim mahkamah sivil lebih suka kes-kes yang melibatkan persoalan hukum syarak didengar oleh mahkamah syariah, walau pun ada kalanya mereka terpaksa mendengar kes-kes seperti itu dan membuat keputusan kerana dalam kes-kes itu ada pihak yang bukan beragama Islam atau pun persoalan-persoalan lain yang terletak dalam bidangkuasa mahkamah sivil juga berbangkit dalam kes yang sama.

Akhir-akhir ini di setengah-setengah tempat, kedua-dua mahkamah sivil dan mahkamah syariah dibina dalam satu kompleks.

Pendek kata, terdapat kerjasama yang erat daripada hakim-hakim dan pegawai-pegawai dari kedua-dua sistem itu dalam usaha untuk memperbaiki perkhidmatan mahkamah syariah dan melaksanakan undang-undang Islam. Juga, terdapat pergerakan dua hala antara kedua-dua sistem kehakiman dan perundangan itu. **Mereka bergerak ke arah yang sama yang mambawa kedua-duanya lebih hampir antara satu sama lain, sehari demi sehari.**

Jika demikianlah halnya, maka soalan yang berbangkit ialah: **apakah perlunya dikekalkan dua sistem mahkamah yang yang berlainan itu?** Dalam keadaan itu, tidakkah lebih baik kedua-duanya disatukan? Sistem mahkamah sivil sudah lama wujud dan lebih “established”. **Sama seperti bank-bank digabung dengan bank yang lebih besar menjadi bank induknya, kedua-dua mahkamah**

**ini juga mungkin boleh digabungkan dengan mahkamah sivil sebagai mahkamah induknya.**

Dalam ucapan ini saya tidak akan menyebut susunan itu secara terperinci. Saya tidak akan membincang tentang cara melakukannya, mahupun sama ada ianya “feasible” atau tidak mengambil kira faktor-faktor lain seperti pandangan awam dan pihak-pihak yang berkaitan. Ini kerana kita baru berada di peringkat “ideanya”. Juga masa tidak mengizinkan. Kajian yang mendalam juga perlu dilakukan.

Tetapi, secara kasar, apa yang terbayang di fikiran saya pada masa ini ialah, cuma satu sistem mahkamah yang dikenali sebagai mahkamah sivil hari ini dikekalkan. Hakim-hakim dan pegawai-pegawai mahkamah syariah diserapkan ke mahkamah sivil, di mana sesuai, mengambil kira kelayakan, pengalaman, kekananan dan keperluan. Mereka akan memasuki salah satu mahkamah yang sedia ada: Mahkamah Magistret, Mahkamah Sesyen, Mahkamah Tinggi, Mahkamah Rayuan dan Mahkamah Persekutuan, di mana sesuai dan diperlukan. Mereka ditugaskan membicarakan “kes-kes syariah” tetapi perintah yang dibuapt adalah perintah mahkamah sivil berkenaan yang boleh dilaksanakan sama seperti perintah mahkamah sivil lain. Kes-kes sivil akan terus dibicarakan oleh hakim-hakim sivil, seperti biasa. Kiranya dalam sesuatu kes terdapat persoalan undang-undang sivil dan juga persoalan undang-undang Islam dua orang hakim, seorang hakim sivil dan seorang hakim syariah, membicarakannya. (Lihat **Lim Chan Seng v. Pengarah Jabatan Agama Islam Pulau Pinang (1996) 3 CLJ 231** dan **Abdul Shaik bin Md. Ibrahim v. Hussein bin Ibrahim (1999) 5 MLJ 618.**)

Demikian juga dengan pegawai-pegawai syariah. Mereka diserapkan ke dalam Perkhidmatan Kehakiman dan Perundangan, mengambil kira faktor-faktor yang disebutkan di atas.

Dalam bidang undang-undang pula, **pertama**, perinsip-perinsip undang-undang Islam yang boleh diterima umum diserapkan ke dalam “undang-undang sivil”. Kenyataan ini semestinya mengejutkan, terutama sekali kepada orang-orang bukan Islam. Tetapi, ini berbangkit daripada **“takut kepada apa yang kita tidak tahu.”** (“**fear of the unknown**”). Saya beri satu misalan. Bandingkan prinsip “caveat emptor” mengikut “common law”, yang menghendaki

pembeli berjaga-jaga dengan prinsip syarak yang menghendaki penjual (dan juga pembeli) berlaku jujur, hinggakan kalau barang yang hendak dijual itu bercampur antara yang basah dengan yang kering, yang basah, sebab mutunya lebih rendah, hendaklah diletak di atas supaya dapat dilihat oleh pembeli, bukan di sorok. Mana lebih baik? Bandingkan prinsip itu dan juga pesanan yang berulang-ulang kali dalam Al-Quran dan Hadith supaya peniaga mencukupkan timbangan dan sukatan mereka **dengan** peruntukan-peruntukan dalam Consumers Protection Act 1999 dan lihat betapa serupa kedua-duanya. **Mengapa mesti tunggu 1400 tahun untuk “mewujudkan” sesuatu yang sudah ada?**

**Satu misalan lagi.** Mengikut undang-undang Islam, dari awal-awal lagi, seorang perempuan, walau pun dia berkahwin, adalah seorang individu dan mempunyai hak dan tanggungjawab sebagai seorang individu, berasingan daripada suaminya. Dia boleh memiliki harta. Dia boleh saman dan menyaman sebagai seorang individu. Sebaliknya mengikut “common law of England” apabila seorang perempuan itu berkahwin, dia menjadi satu entiti dengan suaminya, hingga nama asalnya pun luput. Scott L.J. dalam kes **Barber v. Pidgen (1937) 1 All. E.R. 115 (C.A.)** menjelaskan kedudukan ini seperti berikut:

**“...a woman on marrying became merged in the personality of her husband and ceased to be a fully qualified and separate human person.”**

Sebab itu **sehingga 2 Ogos 1935**, seorang suami boleh disaman kerana suatu perbuatan “tort” isterinya. Hanya mulai tarikh itu, barulah liabiliti si-suami itu dihapuskan. Ini diperuntukkan oleh seksyen 3, Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act, 1935:

**“Subject to the provisions of this part of this Act, the husband of a married woman shall not, by reason only of his being her husband, be liable – (a) in respect of any tort committed by her before or after the marriage, or in respect of any contract entered into, or debt or obligation incurred, by her before the marriage; or (b) to be sued, or made a party to any legal proceeding brought, in respect of any such tort, contract, debt, or obligation.”**



Kerana prinsip yang sama, **sehingga tahun 1962**, mengikut “common law” suami-isteri tidak boleh menyaman antara satu sama lain kerana berbuat demikian samalah seperti menyaman diri sendiri. Hanya melalui pindaan kepada **Law Reform (Husband and Wife) Act 1962 (U.K.)** barulah hak itu diberikan. (Lihat **Mohamed Habibullah bin Mahmood v. Faridah bte. Dato’ Talib (1992) 2 M.L.J. 793 (M.A.)**).

Di Malaysia, kerana kita hendak mengikut “common law of England”, keadaannya juga serupa. Cuma dalam tahun **1994** barulah hak itu diiktiraf apabila **Married Women Act 1957** dipinda oleh **Akta A 893**. (Lihat seksyen 4A dan 9(2) dan **Murugasan a/l Kuppusamy and anor.v. Chiew Eng Chai (1999) 4 M.L.J. 516.**)

Mana lebih moden?

**Lagi satu misalan.** Mengikut “common law” seorang waris (tertakluk kepada peruntukan dalam Akta Pewarisan (Peruntukan Keluarga) 1971 (Akta 39)) boleh diketepikan langsung daripada menerima pesaka atau bahagiannya dikurangkan, melalui wasiat. **Biasanya anak perempuanlah yang didiskriminasikan.** Hal seperti itu tidak boleh berlaku mengikut undang-undang Islam kerana wasiat tidak boleh melebihi satu per tiga daripada pesaka. Yang lainnya dibahagikan mengikut bahagian-bahagian yang telah ditetapkan. Saya temui banyak kes seperti itu yang melibatkan orang bukan Islam di Mahkamah Tinggi di Pulau Pinang. Ada yang “kidnap” bapanya apabila bapanya uzur supaya bapanya membuat wasiat memberi segala-galanya kepadanya sahaja. Ada yang memalsukan tandatangan si-mati. Dalam satu kes tak berwasiat, si-anak mengatakan bahawa emaknya tidak berhak mendapat apa-apa bahagian daripada pesaka bapanya **kerana emaknya dan bapanya tidak berkahwin** . Saya bertanya kepadanya: **“What are you?”** Mengikut undang-undang Islam, hujah seperti itu tidak akan berbangkit kerana, jika emaknya dan bapanya tidak berkahwin, bukan sahaja emaknya tidak berhak menerima pesaka bapanya, **dia pun tidak berhak menerimanya.**

Jangan salah faham. Salah tidak kata undang-undang Islam itu patut dipakai terhadap orang-orang bukan Islam. Saya cuma beri contoh

kedua-dua undang-undang itu dalam perkara yang sama untuk membuka minda rakyat Malaysia dan memikirkan mana yang lebih baik dan lebih patut dipakai.

**Kedua**, undang-undang yang khusus untuk orang-orang Islam dikekalkan dan cuma dilaksanakan terhadap orang-orang Islam.

**Ketiga**, orang awam, Islam atau bukan Islam, seperti sekarang, diberi pilihan sama ada hendak memakai undang-undang yang mengikut prinsip Islam atau sivil dalam hal-hal tertentu, misalnya perbankan dan insurance. Sekarang pun sudah banyak orang bukan Islam yang dengan sendirinya memilih berurusan mengikut prinsip Islam itu. Jika mereka yakin bahawa transaksi-transaksi mengikut prinsip Islam lebih **menguntungkan**, (sebenarnya, itu sahaja “bottom linanya”) dengan sendirinya mereka akan memilihnya.

Saya tahu sekarang pun usaha sedang dibuat untuk mengatasi masalah-masalah yang dihadapi oleh mahkamah syariah, dalam lengkongan undang-undang yang berkuatkuasa sekarang, khususnya Perlembagaan Persekutuan. Tetapi, pada pandangan saya, usaha-usaha itu, walau pun baik, tidak boleh mengatasi masalah-masalah mahkamah syariah yang amat rumit itu. Malah saya berpendapat, dalam bentuk sekarang dan dalam lingkungan undang-undang yang ada sekarang, masalah-masalah itu tidak akan dapat di atasi. Masalah-masalah itu hanya boleh diatasi dengan perubahan structure yang memnyeluruh, termasuk meminda peruntukan-peruntukan Perlembagaan Persekutuan.

Saya akui, idea ini adalah suatu yang amat berat. Melakukannya adalah lebih sukar. **Tetapi, pelayaran mengelilingi dunia pun bermula dengan suatu idea.** Sama ada baik atau tidak, feasible atau tidak perlulah dikaji dengan lebih mendalam dan mengambil kira faktor-faktor lain yang berkenaan, selain daripada undang-undang.

Pada pandangan saya, eloklah saya berhenti di sini dahulu. Kita sama-sama fikirkan idea ini dahulu. Saya tidak katakan ianya betul, baik, sesuai atau boleh dilaksanakan. **Saya cuma kata inilah pandangan saya pada masa ini.** Dan saya ingin tuan-tuan dan puan-puan memikirkannya. Sebagai seorang hakim dan juga seperti Imam Shafie (yang mengubah fatwanya dalam beberapa perkara

selepas berpindah dan menetap di Mesir) mungkin pandangan saya akan berubah setelah mendengar hujah-hujah yang lebih bernas dan mengambil kira keadaan sekeliling dan semasa. Insya Allah, di suatu masa kelak, mungkin kita akan dapat membincangkan peringkat kedua, iaitu mengenai cara dan bagaimana ia (mungkin) boleh dilakukan, jika hendak dilaksanakan.

Terima kasih.

2001