



## **IJTIHĀD DAN PERANANNYA DALAM PENGHARMONIAN PENGAMALAN UNDANG-UNDANG SYARIAH DI DUNIA ISLAM MASA KINI\***

**Abdullah @ Alwi Haji Hassan\*\***

### **ABSTRACT**

*Since the nineteenth century, most Muslim countries had endeavoured to reestablish and reorganize the practice of Shari'ah Law. In order to reinstitutionalize the practice of this law, they have to reopen the "Gate of ijtihād (the use of individual reasoning)" which is believed to be closed in the Third Century of the Hijrah (or in the Ninth Century of the Christian Era). In order to revive the practice of ijtihād, they have adopted various legal mechanisms to solve numerous problems and adapt the law to the new and different conditions and situations. Those mechanisms are al-takhayyur (the eclectic expedient) and al-talfīq (combining the doctrines of more than one school) which have become two eclectic devices. In addition, other mechanisms such as the doctrine of Siyāsah Shari'iyah (the policy of administrative justice within the limits assigned to it by the Syariah), maṣlahah (public interest) and others have been used. One of new approaches in applying those mechanisms, is the introduction of various statutory legislations which has been promulgated by the national legislature, either by parliament or state legislative assembly. The state purpose of this statutory legislation is to implement the Law efficiently and as well as to harmonise administratively between the national legal*

---

\* Kertas kerja ini telah dibentangkan di International Conference On Harmonization of the Shari'ah and Civil Law 2: Towards a Methodology of Harmonization pada 30hb. Jun 2005 di Pan Pacific Hotel, Kuala Lumpur. Seminar ini dianjurkan oleh Ahmad Ibrahim Kulliyah of Laws (AIKOL), Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.

\*\* Professor, International Institute of Islamic Thought and Civilization (ISTAC), International Islamic University Malaysia, Kuala Lumpur.

*system, that was introduced by the former colonial power and the Shari'ah Law. For Muslim countries this method of legislation is considered permissible as long as it does not contradict with the principle of Islamic jurisprudence even though as if it has moved towards the introduction of Islamic statutory law rather than they just adhere to the jurists' law, as it occurred in the early development of the Shari'ah Law. However, this tends to become more nationalistic in nature, which is against the universality of Shari'ah Law. Therefore such element of nationalistic inclination should be removed in order to upgrade it to a global legal system, apart from safeguarding the national aspects of each locality that implements the law.*

## PENDAHULUAN

Sumber-sumber Undang-Undang Syariah yang utama boleh didapati dalam teks-teks klasik di dalam pelbagai mazhab. Ini termasuk bahan-bahan berkaitan *uṣūl al-fiqh* (prinsip-prinsip jurispudensi), *al-qawā'id al-fiqhiyyah* (kaedah-kaedah fiqh), peraturan-peraturan perundangan dan fatwa-fatwa yang setengah darinya diterimapakai oleh pihak pemerintah. Undang-undang Syariah dianggap sebagai undang-undang yang diformulasikan oleh para *fuqahā'* (*jurists*), yang dibentuk melalui kaedah-kaedah tertentu oleh para *fuqahā'* secara bebas.<sup>1</sup>

Untuk mensistemisasi metode pengambilan hukum (*istinbāt al-aḥkām*), al-Shāfi'ī (m. 205 H.) telah memformulasi di dalam kitabnya *al-Risālah* satu metodologi hukum, yang dikenali dengan *Uṣūl al-Fiqh* (Prinsip-Prinsip Jurispudensi), yang mencakupi empat sumber asas hukum, iaitu al-Qur'ān, al-ḥadīth atau al-Sunnah dan kedua-duanya pula telah membentuk sumber-sumber terbitan, pertamanya ialah *al-qiyās* (deduksi bandingan/*analogical deduction*). *Al-Qiyās* merupakan metode pemutusan hukum berasaskan dua sumber utama tersebut. Sumber kedua ialah *ijmā'* para pakar undang-undang (*fuqahā'*) dengan menetapkan hukum-hukum baru, berlandaskan persetujuan di antara mazhab-mazhab semasa.<sup>2</sup> Dalam pembentukan metodologi hukum ini, para pemerintah juga diberi kuasa untuk menggubal dikri pentadbiran, di samping para juris berautoriti untuk mengawal mana-mana usaha memformulasi norma-norma

<sup>1</sup> Lihat Ahmad Hasan (1982), *The Early Development of Islamic Jurisprudence*. Islamabad: Islamic Research Institute, hh. 33-59.

<sup>2</sup> Lihat Muḥammad Ibn Idrīs al-Shāfi'ī (t.t.) t.p. *al-Risālah*. Qaḥerah: t.p., hh. 21-105, 471-486 dan 598-600; Lihat perbincangan mengenai al-Shāfi'ī dalam Abdullah Alwi Haji Hassan (1991), "Al-Syafi'i: Sejarah Hidup Dan Metodologi Mazhab Fiqhnya", dalam *ISLAMIKA IV*, hh. 62-85.



*Ijtihad Dan Perannya Dalam Pengharmonian Pengamalan Undang-Undang*

undang-undang yang telah sedia ada, supaya ianya tidak bertentangan dengan undang-undang Syariah.

Usaha-usaha pengkofidifikasian hukum telah dipelopori oleh Ibn al-Muqaffa' (m. 147 H./757 M.), Setiausaha Negara Dinasti 'Abbāsiyah (132 H./750 M-656 H./1258 M.) lagi, iaitu pada masa undang-undang Syariah berada di tahap perkembangan awal. Kepada Ibn al-Muqaffa',<sup>3</sup> pemerintah hendaklah menggubal undang-undang dengan mengeluarkan dikri pentadbiran, untuk mengkodifikasi secara lengkap undang-undang bagi mewujudkan keselarasan dan keseragamannya, dan dengan itu boleh diamalkan di mahkamah di seluruh negara, para khalifah pula hendaklah membuat semakan terhadap undang-undang berkenaan dari masa ke semasa.<sup>4</sup> Cadangan ini diajukan kepada Khalifah Abū Ja'far al-Manṣūr (memerintah 136-158 H. 758-755 M.), tetapi tidak diterima. Penolakan oleh khalifah ini berkemungkinan untuk membuka peluang berijtihad di kalangan para *fuqahā'* dan semua fatwa yang dilakukan tidak terikat dengan perundangan negara, yang boleh membawa kepada keterbantutan proses pengijtihadan dalam undang-undang Islam.

Setelah "Pintu *Ijtihād'*", dianggap oleh sebahagian besar para *fuqahā' Sunnī*, telah ditutup pada abad ke tiga Hijrah atau abad ke sembilan Masihi,<sup>5</sup> terdapat beberapa individu secara bebas telah mengembang dan menghuraikan undang-undang Syariah dan telah membuat beberapa penerokaan kreatif dan asli dalam kerangka mazhab yang dianuti oleh mereka secara *taqlīd*,<sup>6</sup> berlandaskan kepatuhan kepada mazhab ortodoks yang telah wujud dan mempunyai pengaruh yang kuat.<sup>7</sup>

*Al-Sharī'ah* atau undang-undang Islam ialah satu sistem undang-undang yang terbentuk dari beberapa perintah Allah SWT yang bersifat peraturan-peraturan etika keagamaan dan dikembangkan kemudiannya ke dalam satu bentuk perundangan yang lengkap. Undang-undang ini dikembangkan oleh para *fuqahā'* (pakar-pakar perundangan/jurists)

<sup>3</sup> Ibn al-Muqaffa' (1913), *Risālat Ibn al-Muqaffa' Fi al-Sahabah*. Risalah ini dimasukkan di dalam Kitab *Rasā'il al-Bulaqha'* oleh Kurd 'Ali (1913), Muhammad Kurd 'Ali (ed.). Qaherah, h. 120-131. Lihat juga Ibn al-Muqaffa' (1966), *Athar Ibn al-Muqaffa'*. Beirut: t.p, h. 345-361.

<sup>4</sup> J. Schacht (1964), *An Introduction to Islamic Law*. London: Oxford University Press, hh. 55-56; dan N.J. Coulson (1964), *A History of Islamic Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, h. 52.

<sup>5</sup> Lihat perbincangannya dalam J. Schacht, *op. cit.*, h. 69; Y. Meron (1969), "The Development of Legal Thought in Hanafi Texts", *Studia Islamica* 30, hh. 73-118; dan W. B. Hallaq (1984), "Was the Gate of Ijtihad Closed?", *International Journal of Middle East Studies* 16, hh. 3-41.

<sup>6</sup> Ahmad Ibrahim (1965), *Islamic Law In Malaya*. Singapore: Malaysian Sociological Research Institutue Ltd., hh. 88-89.

<sup>7</sup> J. Schacht, *op. cit.*, h. 71; dan N.J. Coulson, *op. cit.*, h. 81.



dan telah membentuk satu sistem perundangan dan kemudiannya ia bersifat fatwa yang dikeluarkan oleh Mufti yang dilantik oleh pemerintah. Semua fatwa hanya sah untuk dikuatkuasakan bergantung kepada sejauh mana autoriti perundangan yang dimiliki oleh seseorang Mufti yang mengeluarkan fatwa berkenaan. Biasanya, seorang Mufti bertauliah dan memegang jawatannya secara rasmi sahaja berautoriti perundangan dan fatwanya mengikat.<sup>8</sup> Walau bagaimanapun di Malaysia, hanya fatwa yang diwartakan sahaja mengikat.<sup>9</sup>

Walaupun undang-undang Syariah berpaksikan kepada wahyu yang bersifat kebal, tetapi masih banyak ruang diberi kebenaran kepada manusia untuk menggunakan fikiran mereka secara bebas bagi mencapai kesempurnaan pengamalan perundangan itu. Malahan, para *fuqahā'* dan mufti telah menjadi pelopor kepada penerokaan dan pengembangannya sejajar dengan pertukaran masa dan keadaan<sup>10</sup> yang dihadapi oleh umat Islam.<sup>11</sup>

Di samping perkembangan sistem perundangan Islam melalui pengolahan perundangan yang dilakukan oleh para pakar perundangan secara *ijtihad* individu (*al-ijtihad al-fardī*) ataupun *ijtihad* kolektif (*al-ijtihad al-jamā'ī*), pembentukan undang-undang secara pentadbiran bersifat keduniaan (*temporal*) juga telah berlaku sejak zaman pemerintahan Dinasti 'Abbāsiyyah lagi. Pada masa ini, para khalifah dan pemerintahnya menggubal undang-undang berdasarkan kepada doktrin *siyāsah shar'iyah* (kuasa pemerintah mengeluarkan perintah pentadbiran yang tidak bertentangan dengan peraturan-peraturan Syariah). Amalan yang dilakukan pada masa ini mencakupi pelbagai bidang perundangan, termasuk jenayah, percukaian dan pengurusan hartanah. Doktrin ini digunapakai di dalam kerangka pemerintahan bergandarkan keagamaan (*theocracy*). Ini bererti pemerintah tetap terikat dengan kedaulatan Syariah.<sup>12</sup> Langkah penggunaan kuasa legislatif untuk menggubal undang-undang baru diikuti oleh kerajaan 'Uthmaniyyah di Turki, dengan memperkenalkan *qānūnnya*, dengan tujuan untuk menjadikannya undang-undang tambahan kepada

<sup>8</sup> M.K. Masud, B. Messich, D.S. Powers (eds.) (1996), *Islamic Legal Interpretation Muftis and Their Fatwas*. Cambridge/Mass And London: Harvard University Press.

<sup>9</sup> Lihat antaranya Akta Pentadbiran Undang-undang Islam (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1993 (Akta 505), (S. 3413).

<sup>10</sup> W.B. Hallaq (2001), *Authority, Continuity and Change in Islamic Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>11</sup> Ahmad Hassan, *op. cit.*, hh. 12-32.

<sup>12</sup> J. Schacht (1997), *op. cit.*, h. 15; Lihat perbincangan lanjut berhubung dengan al-Siyāsah al-Shari'iyah oleh F.E. Vogel dalam rencananya "Siyāsa 3. In The Sense of Siyāsa Shar'iyah". *The Encyclopaedia of Islam*, New Ed., IX, hh. 694-696.





*Ijtihad Dan Perannya Dalam Pengharmonian Pengamalan Undang-Undang*

undang-undang Syariah. Tetapi, pada masa tertentu *qānūn* ini mengganti undang-undang Syariah, seperti berkaitan dengan undang-undang *ta'zīr* (hukum berdasarkan kebijaksanaan hakim/*qaḍī*). Malahan, kepada setengah pakar perundangan *qānūn* kerajaan 'Uthmani ini adalah satu undang-undang sekular dan tiada kaitan dengan undang-undang Syariah.<sup>13</sup>

Di dalam proses pengembangan norma-norma perundangan masa kini pula, autoriti penggubalan undang-undang diserahkan kepada institusi legislatif dan dilakukannya melalui mekanisme pengkodifikasikan (*taqnīn*). Penubuhan institusi legislatif ini adalah berasaskan kepada sistem perundangan di Barat, iaitu pemerintahan secara berparlimen.<sup>14</sup> Dengan wujudnya sistem berparlimen undang-undang Syari'ah digubal mengikut kod statutori. Kod-kod undang-undang ini dikuatkuasakan pengalamannya melalui keizinan jentera pemerintahan negara.<sup>15</sup>

Pembaharuan perundangan ini mulanya diperkenalkan oleh kerajaan 'Uthmaniyyah di pertengahan abad ke sembilan belas, yang diikuti di Mesir oleh gerakan pembaharuan yang dipelopori oleh Muḥammad 'Abduh (1849-1905) pada akhir abad ke sembilan belas.<sup>16</sup> Antara yang dicadangkan oleh Muḥammad 'Abduh bahawa para ulama' digalakkan, bukan badan perundangan, menyusun undang-undang Syariah berhubung dengan *mu'āmalāt*, termasuk juga hal ehwal kekeluargaan dan *waqf*, yang mana pemerintah boleh memaksa pihak mahkamah Syariah melaksanakan undang-undang berkenaan, berasaskan kaedah *al-Siyāsah al-Syar'īyyah*. Walau bagaimanapun, proses pembentukan perundangan baru ini memerlukan kepada kerjasama para ulama' menyediakan asas perundangan Syariah untuk membenarkan bentuk *tasyrī'* (penggubalan undang-undang) sedemikian dilaksanakan.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Kemal A. Faruki (1391/1971), *The Evolution of Islamic Constitutional Theory and Practice*. Karachi Dacca: National Publishing House Ltd., hh. 79-80; dan lihat juga 'Abd al-Karīm Zaydān (1396/1976), *al-Madkhal Li Dirāsah al-Sharī'ah al-Islāmiyyah*. Baghdād: Mu'assasat al-Risālah-Maktabat al-Quds, hh. 152-154.

<sup>14</sup> Sistem ini mula diadaptasikan dari sistem parlimen Barat di Turki pada tahun 1920-an, Lihat Kemal A. Faruki, *op. cit.*, h. 206.

<sup>15</sup> Dalam kes Malaysia, undang-undang pentadbiran Islam digubal oleh Badan Perundangan Negeri, yang dikenali dengan Dewan Undangan negeri (DUN) melainkan untuk Wilayah-wilayah Persekutuan yang mana undang-undangnya digubal oleh Parlimen Persekutuan, sebagaimana yang diperuntukkan oleh Jadual Kesembilan, Senarai 2 – Senarai Negeri-Negeri Perlembagaan Persekutuan. Walau bagaimanapun, untuk bidangkuasa jenayah Mahkamah Syari'ah telah dihad oleh Parlimen melalui Mahkamah Syari'ah (Bidangkuasa Jenayah), 1965 (Bil. 23 Tahun 1965) dan telah dipinda pada tahun tahun 1984 oleh Akta Mahkamah Syari'ah (Bidangkuasa Jenayah) (Pindaan), 1984 (Bil. A612 Tahun 1984).

<sup>16</sup> Kemal A. Faruki, *op. cit.*, hh. 157-170.

<sup>17</sup> A. Layish and R. Shaham (1999), "Tashrī'". *The Encyclopaedia of Islam*, New Ed., X, hh. 353-354.





### ***Al-Ijtihād* Melalui Doktrin *Al-Takhayyur* dan Penyusunan Semula Undang-Undang Syariah**

Sebagai reaksi kepada perkembangan undang-undang di Eropah, pada abad ke sembilan belas, kerajaan ‘Uthmaniyyah telah mula mengkodifikasi di dalam pelbagai bidang undang-undang yang diamalkan di negara itu. Antaranya, ialah dengan tergubalnya *Majallat al-Ahkām al-‘Adliyyah* (1869-1876), sebuah kod undang-undang Sivil.<sup>18</sup> Kod ini berasaskan peraturan perundangan Mazhab Hanafi melalui kaedah *al-takhayyur*, iaitu penyesuaian beberapa doktrin undang-undang mazhab berkenaan dengan keperluan dan tuntutan semasa masyarakat dan negara. Dalam perkembangan selanjutnya, pada akhir abad ke sembilan belas, seorang ahli undang-undang Mesir bernama Muḥammad Qadri Pasha pula menyusun tiga kod berhubung dengan undang-undang diri, kontrak dan waqf. Kod ini digubal mengikut kaedah *al-takhayyur* yang diamalkan dalam lingkungan garis sempadan Mazhab Hanafi. Tetapi ia tidak diamalkan di seluruh Empayar ‘Uthmaniyyah, tidak seperti *Majallat al-Ahkām al-‘Adliyyah*, kerana tidak diiktiraf secara rasmi oleh undang-undang di beberapa negara di bawah takluknya seperti di Mesir pada masa itu.<sup>19</sup>

Perkembangan pengkodifikasian undang-undang Syariah secara meluas bermula pada awal abad kedua puluh. Bermula pada masa ini dapat dilihat pelbagai kod, yang dikenali di Malaysia atau di negeri-negeri lain, dengan enakmen atau ordinan, digubal dan dikuatkuasakan. Skop pengkodifikasian ini terlingkung dalam hal ehwal kekeluargaan, pusaka dan wakaf. Tetapi bidang-bidang lain, seperti jenayah, sivil, perdagangan dan beberapa cabang perundangan yang lain pada masa ini masih tidak dipengaruhi oleh kod-kod perundangan Barat. Pengkodifikasian undang-undang Syariah ini bermula setelah pemerintah ‘Uthmani memperkenalkan The Ottoman Family Rights Law, 1917, dan diikuti kemudiannya oleh beberapa negara Islam yang lain di Asia Barat, Afrika Utara dan Asia Selatan. Mereka memperkenalkan pelbagai statut sebagaimana yang dituntut oleh semangat gerakan reformasi pada masa itu. Usaha penggerak kepada reformasi undang-undang ini dilakukan untuk mengadoptasikan norma-norma Syariah supaya bersepadu dengan ciri-ciri keluarga besar dan bagi memperkasakan dan mengangkat status wanita di dalam sesebuah keluarga Islam.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Ahmad Ibrahim, *op. cit.*, hh. 103-104.

<sup>19</sup> N. J. Coulson, *op. cit.*, hh. 182-217.

<sup>20</sup> A. Layish and R. Shaham (1995), “*Nikāh II*”; in the Modern Islamic World 1, The Arab, Arabs, Persian and Turkish Lands of the Middle East”, *The Encyclopaedia of Islam*, New ed., VIII, hh. 29-32; A Layish (1998) “*Talāq II. Reform in the Modern Middle East and North Africa*”, *The Encyclopaedia of Islam*, New ed., IX, hh. 155-157; dan Idem (2000), “*Wakaf, Section 5: In the Modern Middle East and North Africa*”, *The Encyclopaedia of Islam*, New ed., Vol. XI, hh. 78-81.





*Ijtihad Dan Perannya Dalam Pengharmonian Pengamalan Undang-Undang*

Pada pertengahan tahun-tahun sembilan belas empat puluhan terdapat kod sivil di beberapa negeri di Asia Barat, yang mana undang-undang Syariah dirujuk secara langsung di dalamnya, melainkan apabila ia dipengaruhi oleh *Majallat al-Ahkām al-‘Adliyyah* Turki yang diamalkan di beberapa negeri pada masa itu. Penggubalan undang-undang sivil di Asia Barat pula dipelopori oleh ‘Abd al-Razzāq al-Sanhūrī, seorang pakar undang-undang Mesir pada masa itu. Dari usahanya, lahirlah Kod Sivil Islam di Mesir 1948, yang berasaskan Kod Sivil Perancis di Mesir tahun 1875 dan 1883. Untuk memenuhi *lacuna*, mahkamah juga merujuk kepada undang-undang adat, Syariah dan prinsip-prinsip ekuiti. Kod Sivil Islam Mesir kemudiannya menjadi asas kepada undang-undang sivil Syria (1948), Libya (1954) dan Iraq (1953). Walau bagaimanapun, Akta Transaksi Sudan 1984 (The Sudanese Transactions Act of 1984), berasaskan Kod Sivil Jordan 1976, yang dipengaruhi oleh *Majallat al-Ahkām al-‘Adliyyah*. Tetapi, Kod Sivil Iran 1939 dan Kod Obligasi dan Kontrak Tunisia pula berasaskan undang-undang Syariah dan prinsip-prinsip perundangan Perancis.<sup>21</sup>

Asas-asas pengharmonian undang-undang Syariah melalui penggubalan oleh badan legislatif dan pengkodifikasiannya telah dijustifikasikan oleh para pakar perundangan Islam, yang berfahaman moden, dengan mengemukakan beberapa metode. Antaranya ialah melalui kaedah *takhayyur* dan *talfīq* (peminjaman secara bebas dari pelbagai sumber atau mazhab secara tidak eksklusif pada satu-satu mazhab),<sup>22</sup> *siyāsah syar‘iyyah* (prosedur perundangan atau arahan pentadbiran yang tidak bertentangan dengan Syariah),<sup>23</sup> *maṣlahah* (kepentingan awam),<sup>24</sup> dan pentafsiran semula terhadap nas-nas al-Qur’an dan al-Hadith yang menjadi sumber perundangan. Pentafsiran semula ini dicirikan sebagai pengijtihadan secara baru, atau dikenali juga dengan *neo-ijtihad* (*al-ijtihād al-jadīd*/ijtihad baru).<sup>25</sup>

<sup>21</sup> N. Anderson (1976), *Law Reform in the Muslim World*. London: University of London (The Athlone Press), hh. 86-100; E. Hill, “Al-Sanhūrī and Islamic Law”, *Arab Law Quarterly* 3 (1988), hh. 33-64, 182-218.

<sup>22</sup> Untuk keterangan lanjut berhubung *al-talfīq*, Lihat Wahbah al-Zuhaylī (1406/1986), *Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī*, II. Damsyik: Dār al-Fikr, hh. 1142-1155.

<sup>23</sup> Abdul Majeed Mohamed Mackeen (1969), *Contemporary Islamic Legal Organisation in Malaya*, Connecticut: Yale University Southeast Asia Studies, h. 38. Doktrin ini mula diperkenalkan oleh Ibn Qayyim al-Jawziyyah. Lihat kitabnya (1380/1961) *al-Ṭuruq al-Ḥukmiyyah fī al-Siyāsah al-Shar‘iyyah*, Qaerah: t.p.

<sup>24</sup> Lihat Wahbah al-Zuhaylī, *op. cit.*, II, hh. 1017-1035. Pembahagian doktrin *al-maṣāliḥ* kepada tiga tahap, iaitu *al-ḍarūrāt*, *al-ḥājāt* dan *al-tahsīnāt* telah diperkenalkan oleh Abū Hāmid Muḥammad al-Ghazālī (m. 505 H./1111 M.). Lihat kitabnya *al-Mustasfā min ‘Ilm al-Uṣūl*, Qaerah: Al-Maktabah al-Kubrā, I, hh. 139-144.

<sup>25</sup> N. Anderson, *op. cit.*, hh. 42-48; dan N. J. Coulson, *op. cit.*, hh. 182-217.



Di Arab Saudi pula, kuasa Raja untuk mengeluarkan arahan pentadbiran yang dikenali dengan *marshum* menjadi asas tradisi perundangan, berdasarkan kepada kaedah *siyāsah shari‘iyyah*. Dari percubaan untuk penggubalan undang-undang Syariah, keluarga al-Sa‘ūd, telah menukarkannya kepada pemegangan secara literal dengan enam buku utama karangan para pakar perundangan tersohor dalam mazhab Hambali.<sup>26</sup> Buku-buku itu ditetapkan sebagai sumber autoritatif, yang mesti dirujuk di atas arahan Mahkamah Syariah di Negara Arab Saudi.<sup>27</sup>

### **Penilaian Terhadap *Ijtihad*: Pengharmonian Antara Undang-Undang Syariah dan Sivil**

Antara aspek pengharmonian antara Syariah dan undang-undang sivil Eropah paling ketara yang telah digunakan oleh kebanyakan negara Islam ialah bersifat administratif dan prosedur, bukan undang-undang substantif Syariah sebagaimana yang didakwa oleh setengah orientalis kontemporari.<sup>28</sup> Ini diaplikasi kepada:

- i. Penerimaan kod-kod daripada Eropah. Yang jelas sekali di Malaysia ialah penerimaan undang-undang Inggeris-Islam atau “*The Anglo Muhammadan Law*” daripada tahun 1880, sehingga sekarang, dengan beberapa perubahan dan penyesuaian.<sup>29</sup> Undang-undang Inggeris-Islam ini mula diperkenalkan di Benua Kecil India di awal tahun 1770-an.<sup>30</sup>
- ii. Pengkodifikasian undang-undang Islam seperti ini, terutama di Malaysia, ialah melalui penggubalan oleh kerajaan negeri dan diluluskan oleh badan legislatif negeri (Dewan Undangan Negeri, DUN) dan di peringkat Persekutuan pula digubal oleh pejabat Peguam Negara dan diluluskan oleh Parlimen, terutama bagi wilayah-wilayah Persekutuan. Undang-undang jenis ini kebanyakannya bersifat administratif.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> Kemal A. Faruki, *op. cit.*, h. 227.

<sup>27</sup> A. Layish (1987), “Saudi Arabian Legal Reform as a Mechanism to Moderate Wahhabi Doctrine”. *Journal of the American Oriental Society* 107, h. 280.

<sup>28</sup> Lihat A. Layish (1987), “Transformation of The Shari‘a From Jurists’ Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World”. *Die Welt des Islam* 44, 1. Leiden: Koninklijke Brill NV, h. 92.

<sup>29</sup> Lihat Abdullah @ Alwi bin Haji Hassan (2003), “Pengajian dan Pengamalan Undang-Undang Islam Di Malaysia: Antara Tradisi Dan Moderniti”, *Syarahan Perdana*. Kuala Lumpur: Jabatan Penerbitan, University Malaya, hh. 15-29.

<sup>30</sup> J. Schacht, *op. cit.*, hh. 95-96.

<sup>31</sup> Lihat Ahmad Mohamed Ibrahim & Ahilemah Jones (1986), *Sistem Undang-Undang Di Malaysia*. Kuala Lumpur, Dewan Bahasa dan Pustaka, hh. 52-65.







*Ijtihad Dan Perannya Dalam Pengharmonian Pengamalan Undang-Undang*

- iii. Kepentingan memenuhi prosedur. Ini termasuk kebenaran berkahwin kepada pasangan setelah mereka mencapai umur yang berkeupayaan berkahwin.<sup>32</sup>
- iv. Peruntukan perundangan mengenai kesalahan-kesalahan dalam Islam. Ini juga bersifat prosedur dan administratif, seperti undang-undang pendendaan terhadap mana-mana orang yang berkahwin poligami tanpa izin mahkamah. Walau bagaimanapun, perkahwinan itu adalah sah. Peruntukan kesalahan ini dimasukkan bertujuan untuk mencegah penyalahgunaan peraturan yang bersifat kebenaran.<sup>33</sup>
- v. Pengamalan undang-undang Syariah di mahkamah sivil, yang dibicarakan oleh para hakim yang tidak kompeten dalam undang-undang Syariah. Di Malaysia, kes-kes konflik dalam bidang mu‘amalat dibicarakan oleh hakim mahkamah yang tidak kompeten dalam undang-undang Syariah, dan sehingga sekarang belum lagi diwujudkan bahagian khusus mengenainya di Mahkamah Tinggi.<sup>34</sup> Tetapi, mana-mana kemusykilan hukum boleh dibenarkan kes tersebut dirujuk kepada Badan Penasihat Syariah Sepusat, Bank Negara Malaysia atau Majlis Penasihat Syariah Suruhanjaya Sekuriti untuk mendapat pandangan penyelesaian.<sup>35</sup>

Aplikasi peruntukan-peruntukan berkaitan mekanisme tradisi undang-undang Syariah pada masa kini, seperti undang-undang prosedur dan lain-lain telah diterima sebagai pengamalan yang menunjukkan perkembangannya dalam kerangka undang-undang Syariah. Kepada pakar undang-undang kini ianya tidak lain dari perkembangan mekanisme untuk pengaplikasian undang-undang Syariah yang dikembang dan dicadangkan pemakaiannya oleh pelopor gerakan reformasi undang-undang Islam iaitu dari aliran pemikiran reformasi Shaykh Muḥammad ‘Abduh (1849-1905) dan para pengikutnya, yang mana autoriti keagamaan dan perundangannya diiktiraf oleh semua para pakar perundangan kontemporari.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Di Wilayah-wilayah Persekutuan di Malaysia, umur lelaki 18 tahun dan umur perempuan ialah 16 tahun sahaja layak berkahwin, melainkan dengan kebenaran qadi untuk berkahwin bagi mereka berumur kurang dari itu. Lihat Akta Undang-Undang Keluarga Islam (Wilayah Persekutuan) 1984 (Akta 303), Seksyen 8.

<sup>33</sup> Lihat Akta Undang-Undang Keluarga Islam (Wilayah Persekutuan), 1984 (Akta 303), Seksyen 23.

<sup>34</sup> Lihat kes *Dato’ Haji Nik Mahmud bin Daud lwn Bank Islam Malaysia Bhd.* dalam 1996 1CLJ576.

<sup>35</sup> Sehingga kini tiada lagi Mahkamah Perdagangan Syariah yang khusus ditubuhkan. Lihat Abdullah @ Alwi bin Haji Hassan, *op. cit.*, hh. 33-36.

<sup>36</sup> Lihat M. H. Kerr (1966), *Islamic Reform: The Political and Legal Theories of Muḥammad ‘Abduh and Rashīd Riḍā*. Berkeley & Los Angeles: t.p.



Walau bagaimanapun, di dalam mengharmonikan antara undang-undang Syariah dan undang-undang sivil perlu dinilai kembali sejauhmanakah pengamalan legislatif oleh parlimen dan dewan-dewan undangan negeri yang mempunyai kedaulatan perundangannya yang tersendiri itu boleh diterimapakai sebagai satu perkembangan yang terkandung dalam kerangka metodologi perundangan Syariah. Sehubungan itu, perlu dilihat beberapa aspek untuk mensyar'ikannya, seperti kelayakan ahlinya, sumber-sumber undang-undang asas, dan prosedur-prosedur dan juga proses perundangan itu digubal, dilulus dan dikuatkuasakan. Ini termasuk juga bidangkuasa mahkamah yang diperuntukkan oleh perlembagaan negara.

Antaranya pergantungan secara berlebihan kepada mana-mana doktrin dalam undang-undang yang dipinjam daripada Barat, terutamanya terhadap “*English Common Law and Rules of Equity*”<sup>37</sup> atau terlampau berpegang secara tegar kepada mekanisme Syariah tradisional boleh juga mengakibatkan ianya terkeluar dari kerangka kaedah Syariah yang asal atau menyebabkan kesukaran untuk diaplikasikan pada masa kini kerana ia tidak lagi sesuai dengan keadaan semasa. Apa yang ketaranya seperti penyalahgunaan doktrin *siyāsah shar‘iyyah* oleh pemerintah, *inter alia*, untuk menghadkan bidang kuasa Mahkamah Syariah sehingga keperingkat menghapuskan sebahagian atau sepenuhnya pengamalan undang-undang Syariah di mahkamah-mahkamah itu. Akhirnya, undang-undang Syariah terdedah kepada proses sekularisasi undang-undang dan pendedahan ini membawa kepada penerimaan prinsip-prinsip undang-undang sekular, sama ada daripada dalam atau luar, yang mempunyai ciri-ciri yang sama diamalkan di dalam mahkamah-mahkamah sivil.<sup>38</sup>

Terdapat juga doktrin *siyāsah syari‘iyyah* digunakan untuk menjalankan undang-undang substantif, yang boleh membawa pengamalannya bertentangan dengan hukum asal. Antara amalan yang berlaku di Syria dan Mesir ialah seorang janda yang dicerai secara sewenang-wenangnya (*arbitrarily*) selepas *al-tamkīn* (persetubuhan/*consummation*), berhak untuk mendapat bayaran saguhati selepas bercerai (*mut‘ah*) berbentuk nafkah dalam masa ‘iddah. Peraturan ini dibuat bertentangan dengan beberapa ayat al-Qur’ān berhubung *mut‘ah* (pampasan atau saguhati), (al-Baqarah

<sup>37</sup> Ahmad Mohamed Ibrahim (2000), *The Administration of Islamic Law In Malaysia*. Kuala Lumpur: Institute of Islamic Understanding Malaysia, hh. 57-59.

<sup>38</sup> E. Naveh (2002), *Application of the Shari‘a in civil Courts in the Twentieth Century: A comparative Study Based on Decisions of Civil Courts in Matter of Personel Status and Waqf of Muslims in a Muslim State (Egypt) and in a Non-Muslim State (Israel)*. Thesis, the Hebrew University, Jerusalem; dan *idem*, (2002) “The Tort of Injury and the Dissolution of Marriage at the Wife’s initiative in Egyptian *Mahkamat al- Naqd*”, *Islamic Law and Society* 9, hh. 16-41.



#### *Ijtihad Dan Perannya Dalam Pengharmonian Pengamalan Undang-Undang*

(2): 241). Malahan ianya juga bertentangan dengan peraturan dalam Mazhab Hanafi, kerana mengikut mazhab ini saguhati diberi sekiranya perceraian itu berlaku sebelum *al-tamkīn* (persetujuan/*consummation*) dan maskahwin tidak ditetapkan dalam akad perkahwinan tersebut.<sup>39</sup>

Begitu juga penggunaan doktrin *maṣlahah* (kepentingan awam), walaupun ia dianggap oleh setengah fuqaha' sebagai "kemuncak kepada tujuan atau matlamat undang-undang Syariah",<sup>40</sup> tetapi ia belum diiktiraf sebagai salah satu dari sumber undang-undang.<sup>41</sup> Walau bagaimanapun ia telah diguna pakai hampir sama dengan penggunaan al-Qur'an dan al-Hadith, dengan tidak melalui sumber *al-qiyās*. Sehubungan itu, penggunaan *maṣlahah* ini digunapakai secara meluas dalam penggubalan undang-undang statutori, sedangkan ia sepatutnya digunapakai setelah wujudnya sebab-sebab sosial *per se* dan ia pada masa itu bolehlah dianggap sebagai sumber undang-undang. Pada kebiasaannya juga, penggunaan *maṣlahah* ini dilakukan sekiranya apabila tiada asas yang jelas yang dapat menyokong reformasi dalam mana-mana kaedah undang-undang Syariah. Perlu diawasi supaya *maṣlahah* tidak digunakan secara bebas oleh penggubal undang-undang sehingga menjadi satu peraturan bercirikan sekular<sup>42</sup> dan di luar daripada kaedah asal Syariah, dan doktrin *al-maṣlahah* ini tetap tidak boleh didahulukan ke atas al-Qur'an, al-Sunnah dan *al-ijmā'*.<sup>43</sup>

#### ***Al-Takhayyur Melalui al-Talfīq Sebagai Satu Mekanisme Ijtihād Dalam Pengharmonian Undang-Undang***

Penggunaan *takhayyur* telah dilakukan oleh para pembaharu perundangan Syariah untuk menjawab kepada beberapa persoalan perundangan semasa. Antaranya mereka menggunakan *talfīq* iaitu penggabungan antara beberapa doktrin dalam pelbagai mazhab dan pendapat beberapa fuqaha' dan disatukan ke dalam satu peruntukan undang-undang bagi menyediakan satu penyelesaian yang diharapkan kepada masalah-masalah perundangan tertentu. Sebagai contoh, di Mesir, satu undang-undang *waqf*

<sup>39</sup> N. J. Coulson, *op. cit.*, h. 209; A. Layish (1998), "Talāq, II. Reforms in the Modern Middle East and North Africa," *The Encyclopaedia of Islam*, New ed., IX, hh. 156-157.

<sup>40</sup> Wahbah al-Zuhaylī, *op. cit.*, II, hh. 799-827.

<sup>41</sup> A. Layish, "The Transformation", *op. cit.*, h. 93.

<sup>42</sup> W. B. Hallaq (1994), "Comments for the Panel: The Transformation of Islamic Law From Jurists' to Statute Law and Its Repercussions", The Joseph Schacht Conference on Theory and Practice in Islamic Law, Leiden & Amsterdam, 1994 (7); *idem* (1997), *A History of Islamic Legal Theories*, Cambridge: Cambridge University Press, hh. 214. 1997, h. 214; dan N. J. Coulson, *op. cit.*, hh. 203-207.

<sup>43</sup> Pendapat ini telah dipegang oleh al-Tūfi dari Mazhab Hanbali. Lihat Wahbah al-Zuhaylī, *op. cit.*, hh. 817-887.



telah diperkenalkan pada tahun 1946. Undang-undang ini adalah sebagai satu pembaharuan dan inovasi berasaskan pendapat berbeza antara para fuqaha' tentang ketuanan harta *waqf* tersebut. Berdasarkan konsep *talfiq* ini, dalam *waqf* keluarga boleh dibubarkan selepas tamat tempoh yang ditentukan di atas asas pendapat minoriti di kalangan para fuqaha'. Sebagai timbal balik hukum *waqf* masjid menjadi kekal, sebagaimana dipegang oleh majoriti fuqaha', dan *waqf khayri* pula, selain dari masjid, dianggap tidak boleh dikekalkan, berasaskan kepada pendapat setengah dari fuqaha'.<sup>44</sup> Kaedah *talfiq* ini sepatutnya bukanlah satu "pengambilan kesempatan perundangan (*juristic opportunism*)"<sup>45</sup> yang tidak berasaskan kepada mana-mana kaedah yang diterima, kerana ia berasaskan kepada *maṣlahah* (kepentingan umum).<sup>46</sup>

Dalam mengkodifikasi undang-undang Syariah melalui metode pembentukan undang-undang (*legislation*) moden, para fuqaha' dan pakar perundangan Syariah sentiasa merujuk kepada sumber-sumber primer dalam pelbagai mazhab yang dianggap berautoritatif dan sah.<sup>47</sup> Mereka mentafsirnya secara bebas dengan tujuan menyesuaikan undang-undang Syariah dengan tuntutan semasa, setelah menilai kepelbagaian keperluannya. Ini termasuk pengenaan beberapa syarat berpoligami,<sup>48</sup> pengetatan kebebasan melafazkan talak oleh suami<sup>49</sup> dan lain-lain lagi. Pendekatan pembuat undang-undang dengan merujuk secara terus kepada teks-teks dalam sumber undang-undang Syariah ini telah menunjukkan kesamaan dengan metodologi *ijtihad* klasik, sebagaimana yang dilakukan oleh para fuqaha' terdahulu. Walaupun *ijtihad* kini bersifat teknikal sahaja, kerana kebanyakannya memakai kaedah deduktif dari penggunaan *al-qiyās* (analogi) dan berpegang secara total kepada *al-maṣlahah* (kepentingan awam). Kaedah ini telah dapat menjawab kepada permasalahan ummah dari masa ke semasa. Pembukaan pintu *ijtihad* dan pembaharuan penggunaan kaedah *al-takhayyur* ini boleh memberi ruang yang luas kepada para qadi untuk berijtihad mengikut skop bidang kuasa yang diperuntukkan, terutamanya bila menghadapi masalah-masalah yang dihadapi, termasuk bidang undang-undang keluarga ataupun mu'amalat yang semakin meluas digunapakai oleh umat Islam kontemporari.

<sup>44</sup> Al-Sayyid al-Sābiq (1391/1971), *Fiqh al-Sunnah*, III. Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī 1971/1391, hh. 531-532.

<sup>45</sup> N. Anderson, *op. cit.*, h. 58; dan B. Krawietz (2002), "Cut and Paste in Legal Rules: Designing Islamic Norms with *Talfiq*", *die Welt des Islams* I 42, 1. hh. 2-40.

<sup>46</sup> Lihat N. Anderson & N. J. Coulson (1967), *Islamic Law in Contemporary Cultural Change*. Munchen: t.p.

<sup>47</sup> Lihat takrif "Hukum Syara" di dalam Akta Undang-Undang Keluarga Islam (Wilayah Persekutuan), 1984 (Akta 303), Seksyen 2.

<sup>48</sup> *Ibid.*, Seksyen 23.

<sup>49</sup> *Ibid.*, Seksyen 47.





### *Ijtihad Dan Perannya Dalam Pengharmonian Pengamalan Undang-Undang*

Dalam peruntukan-peruntukan yang dibuat dalam undang-undang Islam kini juga, para pembuat undang-undang telah memberi ruang kepada para qadi menggunakan kebijaksanaan mereka di dalam memutuskan satu-satu kes ini di dalam bidang kuasanya. Peruntukan-peruntukan ini memberi peluang kepada mereka mengharmonikan undang-undang Syariah, terutamanya dengan pertukaran struktur kekeluargaan Islam, dari keluarga besar kepada keluarga kecil dan meletakkan kewajipan secara persendirian terhadap apa-apa pelanggaran mana-mana undang-undang yang telah ditetapkan. Contohnya, di Syria, Iraq<sup>50</sup> dan Malaysia<sup>51</sup> perkahwinan poligami tidak diizinkan, melainkan setelah qadi berpuashati yang mana suami berupaya dari segi kewangan dan fizikalnya, untuk menanggung lebih dari seorang isteri, dan juga berupaya memberi layanan yang adil terhadap isteri-isterinya, atau perkahwinan tersebut boleh memberi manfaat kepada kedua-dua belah pihak. Di Malaysia, peruntukan juga dibuat berhubung dengan mana-mana ucapan lafaz talak secara persetujuan sebelah pihak oleh suami di luar mahkamah juga tidak sah, melainkan ia disahkan oleh undang-undang melalui keputusan mahkamah.<sup>52</sup> Peruntukan ini juga adalah satu perluasan bidangkuasa qadi untuk memperkasakan fungsinya sebagai pengawal tata susila dan akhlak masyarakat. Malahan di Libya, qadi juga diberi kuasa sebagai *muhtasib*,<sup>53</sup> untuk menjaga kesusilaan dan ketertiban masyarakat.

### **Kodifikasi Undang-Undang Syariah dan Pengharmonian Dengan Undang-Undang Barat**

Setelah negara Islam dijajah oleh kuasa-kuasa Barat sejak abad keempat belas Masihi, mereka telah membawa sistem perundangan mereka ke negara-negara Islam. Pengaruh perundangan Barat terus diterima pakai di negara-negara Islam, termasuk juga dalam bidang pentadbiran undang-undang Syariah. Di negara-negara Islam, kodifikasi undang-undang ini dibuat mengikut pola-pola undang-undang Barat, ini termasuk dari sudut teknikal dan formaliti.<sup>54</sup> Walaupun kod-kod, enakmen, ordinan atau akta

<sup>50</sup> A Layish, "The Transormation", *op. cit.*, h. 95.

<sup>51</sup> Akta Undang-Undang Keluarga Islam (Wilayah Persekutuan), 1984, (Akta 303), Seksyen 23 (4).

<sup>52</sup> *Ibid.*, Seksyen 47.

<sup>53</sup> Lihat A Layish (2002), "The Qadi's Role in the Islamization of Ledentary Tribat Society", In M. Hoextens, S. N. Eissenstadt and N. Levtzion (eds.), *The Public Sphere in Muslim Societies*. New York: t.p., h. 93.

<sup>54</sup> Lihat M. B. Hooker (1976), *The Personal Laws of Malaysia – An Introduction*. Kuala Lumpur: Oxford University Press, h. 19; dan Mosye Yegar, *Islam And Islamic Institutions In British Malaya*. Jarusalem: Oxford University Press The Hebrew University ( The Magnes Press), h. 144 *passim*; pengkodifikasian menurut sistem perundangan Barat ini juga berlaku di Brunei, Singapura, Filipina dan Indonesia. Lihat M. B. Hooker (1984), *Islamic Law in South-East Asia*. Singapore, hh. 173, 221-278.



bagi undang-undang ini berasaskan undang-undang Syariah, yang dirujuk kepada sumber-sumber autoritatifnya secara ketat dan tegas, tetapi kodifikasi berinspirasi undang-undang Barat ini telah menukarkan undang-undang Syariah dari undang-undang fuqaha' (*jurists' law*) kepada undang-undang yang digubal dan dibuat oleh badan perundangan negara (*statutory law*).<sup>55</sup>

Persoalan juga timbul kerana peruntukan-peruntukan yang dibuat dalam undang-undang Syariah setiap negeri ini mempunyai bidangkuasa secara autonomi berasaskan kepada beberapa kebenaran yang diberi oleh perlembagaan sesebuah negara. Pada kebiasaannya, penggubalan undang-undang Syariah bererti menasionalisasi undang-undang Syariah. Kalau dalam konteks perundangan di Mesir, boleh diertikan sebagai *tamṣīr al-qānūn*.<sup>56</sup> Adalah lebih baik lagi sekiranya setiap perundangan yang digubal mempunyai ciri-ciri kesejagatannya, di samping memberi penilaian tertentu terhadap ciri-ciri bersifat lokaliti di mana undang-undang itu diamalkan. Pada kebiasaannya, undang-undang Syariah yang mempunyai kepelbagaian peruntukan di dalam undang-undang statut negara ditafsir secara ketat di dalam kerangka undang-undang statut wilayah negara masing-masing.<sup>57</sup> Pada asasnya, pengkodifikasian ini di kebanyakan negara Islam telah menatijahkan peninggalan secara keseluruhan dari sumber undang-undang bersifat keagamaan yang asal, melainkan sekiranya terdapat kekosongan (*lacuna*). Pihak pembuat undang-undang meminta pihak qadi merujuk kepada sumber-sumber yang tidak dikodifikasi dalam undang-undang Syariah. Di dalam kes pentafsiran undang-undang *Syariah*, qadi atau hakim dibenarkan mempertimbangkan keputusannya, dengan merujuk kepada sumber-sumber undang-undang *Syariah* dalam pelbagai mazhab, selagi ia tidak bertentangan dengan peruntukan undang-undang perlembagaan dan undang-undang negara.<sup>58</sup> Pengkodifikasian seperti ini telah

<sup>55</sup> A. E. Mayer (1994), "Outling Comments for Panel: The Transformation of Islamic Law from Jurists' to Statute Law and Its Repercussions", *The Joseph Schacht Conference on Theory and Practice in Islamic Law*. Leiden & Amsterdam: t.p.

<sup>56</sup> A Layish (1993) memetik hujah ini dalam B. Botiveau, *Loi Islamique Et Droit Dans Les Societes Arabes. Mutations Des Systemes Juridiques Du Moyen-Orient*. Paris: t.p. Lihat juga A Layish, "The Transformation", *op. cit.*, h. 96.

<sup>57</sup> J. N. D. Anderson (1975), *Islamic Law in the Modern World*. New York: t.p., hh. 17-37.

<sup>58</sup> Di Malaysia, Fasal 4 jelas meletakkan Perlembagaan sebagai undang-undang utama Persekutuan dan bidang kuasa undang-undang *Syariah* tertakluk kepada Jadual Kesembilan, Senarai 2 – Senarai Negeri. Lihat perbincangannya dalam L. A. Sheridan & Harry Groves (1967), *The Constitution of Malaysia*. New York: Oceana Publications, Inc., h. 28, dan lihat perbincangan lanjut mengenai kedudukan Islam dalam Perlembagaan Malaysia dalam Ahmad Ibrahim, "The Position of Islam In The Constitution of Malaysia", dalam Tun Mohamed Suffian, H. P. Lee & F. A. Trindade (eds.), *The Constitution of Malaysia: Its Development: 1957-1977*. Kuala Lumpur: Oxford University Press, hh. 41-68; dan Ahmad Mohamed Ibrahim, *The Administration of Islamic Law In Malaysia*, *op. cit.*, hh. 37-59.





### *Ijtihad Dan Perannya Dalam Pengharmonian Pengamalan Undang-Undang*

mengganggu beberapa kaedah dalam teori *uṣūl al-fiqh* (prinsip-prinsip jurispruden), yang mana sebahagian undang-undang itu telah bertunjang dalam setiap mazhab dan para fuqaha' atau mufti adalah sebagai penerang /pentafsir kepada undang-undang Syariah.<sup>59</sup> Sehubungan itu, ianya perlu diperbetulkan supaya setiap pengkodifikasian sejajar dengan kehendak dan kaedah-kaedah yang digariskan dalam ilmu *uṣūl al-fiqh*.

### **Penyelesaian Konflik Antara Undang-undang Syariah, Undang-undang Statutori dan Sivil**

Bagaimanakah metode untuk menyelesaikan pertentangan antara undang-undang Syariah asal dengan peruntukan-peruntukan yang dikodifikasikan? Sebahagian besar dari undang-undang Syariah yang dikodifikasi adalah undang-undang baru yang tidak terikat kepada metodologi undang-undang klasik Islam. Semua peruntukan undang-undang statutori diluluskan oleh badan penggubal undang-undang (*legislature*), sedangkan undang-undang Syariah klasik adalah hasil dari *ijma'* atau pendapat yang diijtihad oleh para fuqaha' awal Islam. Malahan status undang-undang Syariah dalam undang-undang statutori tidak merupakan undang-undang Islam sebenar yang digunakan sepenuhnya dalam pelaksanaan undang-undang di negara Islam. Ini berbalik kepada situasi pada zaman awal pembentukan undang-undang Syariah dahulu, dalam hubungannya dengan undang-undang adat, di mana undang-undang Syariah lebih merupakan kuasa pengasimilasi kepada undang-undang adat.<sup>60</sup> Tetapi, walau bagaimanapun, adat ini diformulasikan sebagai sumber subsidiari kepada undang-undang Syariah.<sup>61</sup> Undang-undang adat pra-Islam tetap dikekalkan pengamalannya, tetapi pemerintah dengan kebijaksanaannya boleh menukar adat-adat yang tidak sesuai, walaupun adat-adat itu diperkenalkan selepas kedatangan Islam.<sup>62</sup> Walaupun terdapat peruntukan-peruntukan dalam undang-undang statutori yang dikuatkuasakan, sumber-

<sup>59</sup> Suwaid Tapah (2004), "Perundangan Dan Penguatkuasaan Fatwa" dalam Ahmad Hidayat Buang (ed.), *Fatwa Di Malaysia*. Kuala Lumpur: Jabatan Syariah dan Undang-undang, Akademi Pengajian Islam, University Malaya, hh. 97-41; dan Ahmad Hidayat Buang (2004), "Penyediaan Dan Pengeluaran Fatwa", dalam Ahmad Hidayat Buang (ed.), *Fatwa Di Malaysia*. Kuala Lumpur: Jabatan Syariah dan Undang-undang, hh. 97-116.

<sup>60</sup> Lihat Patricia Crone (1987), *Provincial and Islamic Law. The Origins of the Islamic Patronate*. Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>61</sup> Jalāl al-Dīn al-Suyūṭī (m. 1505 M.), *Al-Ashbāh wa al-Nazā'ir*. Qaherah: t.p., hh. 102-109; dan Abdur Rahim (1911), *Muhammadan Jurisprudence*. Lahore: All Pakistan Legal Decisions, hh. 55 dan 136.

<sup>62</sup> J. Schacht (1955), "Pre-Islamic Background and Early Development of Jurisprudence" dalam Majid Khadduri (ed.), *Law in the Middle East*. Washington D.C.: Middle East Institutes, h. 35f.



sumber primer dalam undang-undang Syariah tetap dibenarkan dirujuk oleh mahkamah apabila terdapat apa-apa kekosongan dalam peruntukan-peruntutannya.<sup>63</sup>

Di negara-negara Islam pada masa kini, pengubalan undang-undang baru adalah didesak oleh faktor-faktor politik, sosial dan ekonomi dan kebanyakannya tidak mengikut peraturan-peraturan yang digarispandukan oleh metodologi tradisi dalam bidang pengajian *uṣūl al-fiqh*, malahan ianya terpengaruh secara langsung dengan presepsi perundangan Barat. Terdapat di beberapa negara Arab, perlembagaan memperuntukkan Syariah sebagai sumber perundangan utama. Tetapi, mana-mana kes statutori yang bertentangan dengan undang-undang Syariah diputuskan oleh Mahkamah Agung, bukan oleh Mahkamah Syariah. Malah, parlimen masih dijadikan sebagai sumber kedaulatan (*the source of sovereignty*) undang-undang, bukan undang-undang Syariah.<sup>64</sup>

Di Malaysia, kuasa bertindih antara Mahkamah Syariah dan Sivil cuba diselesaikan setelah Perlembagaan Persekutuan dipinda pada tahun 1988. Pindaan itu dilakukan kepada Perkara 121(1A), Perlembagaan Persekutuan dengan memperuntukkan:

“Mahkamah-mahkamah yang disebutkan dalam Fasal (1) tidak boleh mempunyai bidangkuasa berkenaan dengan apa-apa perkara dalam bidangkuasa Mahkamah Syariah...”

Ini bererti mahkamah-mahkamah sivil, sebagaimana disebut dalam Fasal (1), tidak lagi memiliki bidangkuasa terhadap mahkamah Syariah. Walaupun dalam kes *Mohamed Habibullah bin Mahmood lwn. Faridah bte Dato' Talib*,<sup>65</sup> Mahkamah Agung memberi pengesahan *judicial*, tetapi, para hakim Mahkamah Syariah masih lagi tidak yakin membicarakan kes-kes tanpa campurtangan dari mahkamah sivil. Walaupun pemindaan terhadap perlembagaan dilakukan, Mahkamah Rayuan dan Mahkamah Persekutuan tetap mempunyai bidangkuasanya terhadap Mahkamah Syariah selagi peruntukan perkara 12 (2)(b), 128(1) dan (2) dan 130, Perlembagaan Malaya<sup>66</sup> tidak dipinda.

Untuk pengharmonian antara undang-undang Syariah dan statutori, ada beberapa cadangan dilakukan. Antaranya ialah:

<sup>63</sup> Ahmad Ibrahim (1979), “The Position of Islam in the Constitution of Malaysia”, dalam Tun Mohamed Suffian, H. P. Lee & F. A. Trindade (eds.), *op. cit.*, h. 59; dan A. Layish, *The Transformation*, *op. cit.*, h. 97.

<sup>64</sup> A. Layish, “The Transformation”, *op. cit.*, hh. 97-98. Lihat juga Fasal 4 (1), Perlembagaan Malaysia.

<sup>65</sup> (1992), 2 M. L. J. 793.

<sup>66</sup> (1995), 1 C.L.J. 1xxxii.







#### *Ijtihad Dan Perannya Dalam Pengharmonian Pengamalan Undang-Undang*

- i. Undang-undang Syariah mempunyai kuasa secara normatif terhadap undang-undang statutori;
- ii. Saling penetrasian antara undang-undang Syariah dan undang-undang statutori; dan
- iii. Wujud secara berseiringan antara kedua-dua sistem perundangan,<sup>67</sup> yang mempunyai bidangkuasa pelengkap antara kedua-duanya.

Antara tiga cadangan ini, hanya cadangan pertama mungkin boleh meredakan konflik antara perundangan yang diamalkan di negara Islam. Untuk menjayakan pengharmonian ini, perlulah diberi peranan yang lebih kepada undang-undang Syariah untuk membentuk satu falsafah perundangan yang perlu dimiliki oleh para hakim dalam sistem kehakiman negara. Ada usaha-usaha yang telah dilakukan di negara-negara Arab bagi mengharmonikan pentadbiran undang-undang negara. Contohnya di Sudan dan Mesir, para hakim telah berusaha untuk mengislamkan sistem undang-undang negara sebagaimana jelas berlaku di mahkamah-mahkamah rendah sehingga ke mahkamah-mahkamah rayuan, tetapi belum lagi di Mahkamah Agung (*Supreme Court*)<sup>68</sup> di negara-negara berkenaan. Para qadi dan hakim di mahkamah Sivil juga dalam banyak kes di Sudan cuba mengelakkan peruntukan-peruntukan statutori yang bertentangan dengan undang-undang Syariah dan sebagai gantinya mengaplikasikan undang-undang Syariah yang belum dikodifikasikan, dalam usaha mensyariahkan undang-undang di negara itu.<sup>69</sup>

#### **Antara Pengislaman dan Pengharmonian Undang-undang di Negara-negara Islam**

Selepas pengaruh pembaharuan Islam yang dipelopori oleh Jamāl al-Dīn al-Afghānī dan Muḥammad ‘Abduh hampir reda, gerakan kebangkitan Islam (*Islamic Rusergence*) pula bermula pada tahun 1970-an. Dari semangat kebangkitan Islam ini, terdapat kecenderungan untuk mengislamkan sistem perundangan Islam dalam pelbagai bidang, termasuk undang-undang perdagangan dan keseksaan. Antara negara-negara Islam

---

<sup>67</sup> K. Balz (1999), “The Secular Reconstruction of Islamic Law: The Islamic Supreme Constitutional Court and the ‘Battle over the Veil’ in State Run Schools”. In B. Dupret, M. Berger and L. Zuwaini (eds.), *Legal Pluralism in the Arab World*. The Hague, London & Boston: t.p., hh. 231-233.

<sup>68</sup> Lihat C.B. Lombardi (1988), “Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalization of the Sharia in a Modern Arab State”, *Columbia Journal of Transnational Law* 37. hh. 118-119; A. Layish and G. R. Warfurg (2002), *The Reinstatement of Islamic Law in Sudan under Numayri. An Evaluation of a Legal Experiment in the Light of Its Historical Contexts Methodology and Repercussions*. Leiden; Lazac, h. 263.

<sup>69</sup> *Ibid.*, hh. 174-180, 267, 276-277.



yang memulakan usaha-usaha ini ialah Pakistan,<sup>70</sup> Sudan,<sup>71</sup> Iran, Libya, Nigeria<sup>72</sup> dan Mesir. Untuk mengimplementasi proses pengislaman ini, pihak pemerintah telah melakukan pengkodifikasian dan menggubal undang-undang statutori, yang mentransformasi undang-undang Syariah daripada undang-undang teoritikal dalam kitab-kitab *turāth* klasik kepada undang-undang bersifat legislasi statutori.<sup>73</sup>

Usaha ini dilakukan dengan penggabungan pola-pola undang-undang Syariah ke dalam statut-statut yang memperuntukkan pelbagai peraturan berhubung dengan berbagai-bagai bidang perundangan Islam. Kaedah utama yang digunakan untuk mencapai matlamat penggabungan ini ialah *al-takhayyur* (penyesuaian undang-undang klasik dengan keperluan semasa). Statut Syariah ini menghasilkan satu sentesis antara kepelbagaian yang disatukan ke dalam kerangka perundangan statutori Inggeris dan hasil karya undang-undang Syariah yang berasaskan kepada sumber-sumber klasik Islam. Apabila berlaku kes *lacuna*, seperti di Sudan, mahkamah Sivil<sup>74</sup> atau mahkamah Syariah di Malaysia<sup>75</sup> akan menggunakan apa-apa peruntukan di dalam undang-undang Syariah yang tidak dikodifikasi di dalam mazhab-mazhab yang sah dan diiktiraf, atau terus berijtihad berdasarkan kepada empat sumber undang-undang Syariah, iaitu al-Qur'ān, al-Sunnah, *al-ijmā'* dan *al-qiyās* atau prinsip-prinsip undang-undang Inggeris-Syariah yang sesuai. Di Sudan, sumber-sumber Syariah dan prinsip-prinsip undang-undang Inggeris juga diguna pakai dalam penggubalan dan

<sup>70</sup> Lihat Tahir Mahmood (1972), *Family Law Reform In the Muslim World*. New Delhi: The Indian Law Institution, hh. 316-317; dan Syed Agil Barakbah (1996), "Kedudukan dan Pelaksanaan Undang-Undang Jenayah di Pakistan", dalam Institut Kefahaman Islam Malaysia (IKIM) (1996), *Tinjauan Kepada Perundangan Islam*. Kuala Lumpur: Institut Kefahaman Islam Malaysia (IKIM), hh. 316-443.

<sup>71</sup> Sufya Sufurat (1988), "Islamic Law in The Sudan", dalam *Islamic Law: Social & Historical Contexts*. London: t.p., hh. 240-241.

<sup>72</sup> Lihat B. Babaji Esq (2003), "Assessing the Performance of the Lower courts in the Implementation of Shari'ah Penal Law in Northern Nigeria", (Kertas Kerja Conference for Women's Rights and Access to Justice Under Sharia in Northern Nigeria, pada 26-28 Februari 2003), dan Ahmad Ibrahim Ahmad Aliyn (2000), "The Role of Zaufara State House of Assembly as Circumscribed by the 1999 Constitution and the Council of Ulama", (Kertas Kerja the 2<sup>nd</sup> Conference Centre for Islamic Legal Studies, Ahmadu Bello University, Zaria, Nigeria pada 24-25 November 2000).

<sup>73</sup> J. N. D. Anderson, *op. cit.*, hh. 81-100; R. Peters (1988), "Divine Law or Man Made Law? Egypt and the Application of the Sharia". *Arab Law Quarterly*. hh. 231-253; *idem.* (1994), "The Islamization of Criminal Law: A Comparative Analysis", *Die Welt des Islam* 34, hh. 246-274 dan R. Mehdi (1994), *The Islamization of the Law in Pakistan*. Survey; A. Layish and G. R. Warburg, *op. cit.*, hh. 94-98, dan 275.

<sup>74</sup> A. Layish and G. R. Warburg, *op. cit.*, hh. 243-248 dan 292.

<sup>75</sup> Akta Undang-undang Keluarga Islam (Wilayah Persekutuan) 1984 (Akta 303), S. 2; dan Ahmad Ibrahim dalam Tun Mohamed Suffian, H.P. Lee & F.A. Trmdack (eds.), *op. cit.*, h. 59.





### *Ijtihad Dan Perannya Dalam Pengharmonian Pengamalan Undang-Undang*

penghakiman di mahkamah. Antara prinsip-prinsip itu ialah keadilan, ekuiti dan keperhatinan (*good conscience*), dan ditambah dengan prinsip dahuluan perundangan (*sawābiq qaḍā'iyah*) dan *'ādah/urf*. Tetapi, prinsip-prinsip ini dinilai dari masa ke semasa untuk diselaraskan dengan asas-asas perundangan Islam.<sup>76</sup>

Perkembangan terkini undang-undang diri dan keluarga Islam juga terkesan dengan perubahan beberapa peruntukan perundangan secara statutori. Antaranya, seperti yang dinyatakan sebelum ini, pembaharuan yang dibuat ialah penyekatan terhadap poligami dengan tujuan memberi keadilan kepada kaum wanita, penggantian kebebasan suami melakukan talak secara unilateral atau sendirian kepada pembubaran perkahwinan secara keputusan mahkamah (*judicial dissolution*) dan peningkatan had umur perkahwinan. Peruntukan-peruntukan ini masih lagi dalam lingkungan perundangan Syariah dan ia tidak dianggapkan struktur *patrilineal* keluarga Islam atau cuba menghilangkan ciri-ciri tradisi perundangan Islam sebagai yang didakwa oleh setengah orientalis.<sup>77</sup> Peruntukan undang-undang seperti itu adalah dilakukan dengan tujuan mempertahankan status mereka, terutama kaum wanita, di dalam undang-undang Islam bagi menghadapi pelbagai cabaran dan masalah semasa, bukan untuk hanya bertujuan penyesuaian dengan norma-norma masyarakat kota yang berinspirasikan kebaratan atau menghadapi proses permodenan atau hanya mahu mengikut aliran globalisasi perundangan.

### **Undang-Undang Syariah dan Pembaharuannya Melalui Pengkodifikasian Perundangan**

Ada di kalangan pakar perundangan Islam menyifatkan metode penggubalan undang-undang secara statutori (*tashrī'ī*) sebagai penskularan undang-undang Syariah. Di Malaysia, reformasi perundangan dilakukan dengan mewujudkan undang-undang Islam secara statutori bermula tahun 1880 dengan berkuatkuasanya the Mohammedan Marriage Ordinance, 1880, (Ordinance V of 1880)<sup>78</sup> dan The Selangor Administration of Muslim Law Enactment, 1952 (Bil. 3 tahun 1952).<sup>79</sup> Selepas kedatangan penjajah British dalam kes Malaysia, peranan baru telah diberi kepada para qadi, yang mewakili ulama', mentafsir undang-undang klasikal dengan berlandaskan undang-undang

<sup>76</sup> A. Layish and G. R. Warburg, *op. cit.*, hh. 243-248 dan 292.

<sup>77</sup> Lihat A. Layish (2003), "Reformist Matrimonial Legislation and the Collapse of the Muslim Patrilineal Family", *Awraq*, hh. 57-80; dan A. Moors (2003), Theme Issue: "Public Debates on Family Law Reform: Participants, Positions and Styles of Administration in the 1990s", in A. Moors (Guested.), *Islamic Law and Society*, 10, no. 1.

<sup>78</sup> Ahmad bin Mohd. Ibrahim (1970), *Towards A History of Law In Malaysian And Singapore* (Inaugural Braddell, Memorial Lecture). Singapore: Stamford College Press (p) Ltd., hh. 36-37.

<sup>79</sup> *Ibid.*, h. 71.

pentadbiran statutori. Pemodenan undang-undang Islam di Malaysia selepas merdeka pada tahun 1957 pula adalah berasaskan kepada peruntukan Perlembagaan.<sup>80</sup> Ini membezakan kedudukan dan pengamalan undang-undang Syariah di Turki, yang memisahkan agama dan negara,<sup>81</sup> atau di Saudi Arabia yang menjalinkan kerjasama antara ulama' dan umara' (pemerintah), berpandu kepada teori dan doktrin politik Ibn Taymiyyah (m. 1328) tetapi pemerintah tetap mengawal aplikasinya, di samping memerlukan Syariah untuk melegitimasi segala dasar yang dibuat oleh pemerintah.<sup>82</sup>

Walaupun pada mulanya ada tentangan terhadap penggunaan undang-undang statutori di Saudi Arabia, seperti berlaku di Mesir, tetapi akhirnya para hakim mula menerima dan menggunakan undang-undang ini.<sup>83</sup> Di samping itu, para hakim mentafsir undang-undang itu, mengikut undang Syariah Mazhab Hanafi, sekiranya berlaku *lacuna* dalam undang-undang statutori. Malahan, ada di kalangan hakim mahkamah sivil memakai Fasal 2, Perlembagaan 1980, yang memperuntukkan undang-undang Syariah adalah sumber utama perundangan, dengan menolak pemakaian undang-undang statutori yang bercangah dengan undang-undang Syariah. Biasanya, mereka merujuk kepada Mahkamah Agung Perlembagaan (*Supreme Constitutional Court*) bagi mendapat keputusan mengenai peruntukan perlembagaan terhadap kes-kes berkaitan.<sup>84</sup>

## KESIMPULAN DAN CADANGAN

Gerakan pembaharuan yang dipelopori oleh Jamāl al-Dīn al-Afghānī (1839-1897) dan Shaykh Muḥammad 'Abduh (1849-1905) telah berjaya membentuk semula pemikiran perundangan Syariah dari dalam dan akhirnya gerakan pemodenan ini dilakukan oleh para sarjana yang berotoriti untuk menyesuaikan dengan tuntutan dan keperluan semasa masyarakat Islam. Kepada gerakan ini, pintu *ijtihad* perlu dibuka semula, dengan berasaskan kepada doktrin *maṣlaḥah*. Walau proses ini tidak berjaya membentuk satu metodologi perundangan Syariah yang baru, kerana ia dianggap mengganggu teori perundangan tradisi dan membawa penggubalan perundangan secara

<sup>80</sup> Perkara 3 (1), dan Jadual Ke Sembilan, Senarai Negeri II.

<sup>81</sup> Kemal A. Faruki, *op. cit.*, h. 200.

<sup>82</sup> A. Layish, *The Transformation*, *op. cit.*, h. 101.

<sup>83</sup> R. Sham (1997), *Family and the Courts in Modern Egypt. A Study Based on Decisions by The Shari'a Courts, 1900-1955*. Leiden: Luzac, hh. 230-235.

<sup>84</sup> N. Brown, (1997), "Shari'a and State in the Modern Muslim Middle East". *International Journal of Middle East Studies*, 29, h. 372.

<sup>85</sup> Lihat W. B. Hallaq (1997), *A History of Islamic Legal Theories*. Cambridge: Cambridge University Press. Lihat juga R. Peters, "Ijtihad and Taqlid in 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> Century Islam", *Die Welt des Islams* 30, hh. 131-145.



*Ijtihad Dan Perannya Dalam Pengharmonian Pengamalan Undang-Undang*

persendirian (*tashrīʿ*),<sup>85</sup> tetapi ia telah membuka jalan untuk penerokaan kepada pembentukan metodologi perundangan yang baru. Untuk menyambung usaha pembaharuan ini, Shaykh Ahmad Muḥammad Shakīr (m. 1958), seorang qadi di Mesir telah mengemukakan metodologi perundangannya dengan mencadangkan supaya mahkamah Syariah menggunakan tiga sumber, iaitu sumber asal Syariah (al-Qurʿan al-Sunnah, *al-ijmāʿ* dan *al-qiyās*), undang-undang statutori dan keadilan (*al-ʿadl*). Sebagai penyelesaian sokongan, beliau lebih menyokong penggunaan konsep *al-takhayyur* dari sumber-sumber lain, selagi penggunaannya tidak bercanggah dengan al-Qurʿan dan al-Sunnah.<sup>86</sup> Kemungkinan cadangan ini dibuat untuk memudahkan pengharmonian antara teori dan amalan undang-undang Syariah dan Barat.

Satu lagi percubaan dilakukan untuk pengharmonian antara undang-undang Syariah dan Barat, iaitu dilakukan di Sudan. Dalam usaha meletakkan Syariah sebagai undang-undang negara, Ḥasan al-Turābī, seorang pakar undang-undang dan ahli sains politik, telah mencadangkan metodologi hukum yang baru dijadikan asas pengharmonian undang-undang di antara undang-undang Syariah dan Barat. Sumber-sumber hukum selain dari al-Qurʿan, al-Sunnah, *al-ijmāʿ*, *al-qiyās*, *al-istiḥsān* dan *al-ḍarūrah*, beliau juga memperakukan penegakan semula Syariah dengan melalui kodifikasi statutori, yang diamalkan di Barat, dengan berasaskan doktrin *al-takhayyur*. Pelaksanaan teori al-Turabi ini dilakukan dengan mengaplikasikannya dalam Akta Pengadilan (Peraturan-peraturan Asas) (the Judgements (Basic Rules) Act) (Qānūn Uṣūl al-Aḥkām), 1983. Akta ini memberi kuasa kepada mana-mana hakim, di dalam kes *lacuna* di dalam peruntukan statut Syariah dan nas-nas al-Qurʿan dan al-Sunnah, menggunakan *ijtihād* dengan berdasarkan kepada prinsip-prinsip undang-undang mengikut turutan berikut; iaitu *al-ijmāʿ*, *al-qiyās*, *al-maṣlaḥah*, doktrin dahuluan perundangan (mahkamah nasional Sudan) dan adat, selagi semuanya itu tidak bertentangan undang-undang Syariah dan keadilan, iaitu termasuk ekuiti dan keperihatinan (*good conscience*).<sup>87</sup>

Agak berlainan pula berlaku di Mesir. Di dalam peruntukan Fasal 2, Perlembagaan 1980, dibahagikan kepada dua undang-undang yang diamalkan di negara itu. Pertama, prinsip-prinsip fundamental dan kedua ialah peraturan-peraturan terperinci. Dijelaskan bahawa prinsip-prinsip fundamental, yang diterimapakai oleh semua para ulama, berpaksikan kepada kaedah klasik Syariah, yang ditetapkan dalam ilmu *uṣūl al-fiqh* di dalam empat mazhab, teori perundangan mazhab Muʿtazilah, dan mengikut pandangan pemikiran moden Islam. Prinsip-prinsip asas perundangan ini ditetapkan

<sup>86</sup> R. Shaham (1999), "An Egyptian Judge in a Period of Change: Qaḍī Ahmad Muḥammad Shākir (1892-1958)", *Journal of the American Oriental Society*. 119, hh. 440-455.

<sup>87</sup> A. Layish and G. R. Warturg, *op. cit.*, hh. 79-94.





sebagai tidak boleh diubah, yang merupakan norma-norma perundangan yang kukuh (*unequivocal*). Peraturan-peraturan terperinci pula, sebaliknya, dibenarkan untuk diubahsuai dengan jalan pentafsiran, mengikut perubahan keadaan, masa dan tempat di mana ia diamalkan. Walaupun pada dasarnya, para pakar undang-undang Syariah sahaja dibenarkan menentukan mana-mana prinsip asas undang-undang itu, tetapi Mahkamah Agung Perlembagaan (the Supreme Constitutional Court), pada masa ketiadaan prinsip-prinsip asas berkenaan untuk menyelesaikan mana-mana masalah yang mendatang adalah dibenarkan untuk dirujuk kepada badan pembuat undang-undang (*legislative*) dan *ijtihad* perundangan untuk kepentingan awam. Pada tahun 1994, Mahkamah Agung Pelembagaan telah menolak satu tuntutan atau rayuan untuk membatalkan keputusan mahkamah yang mewajibkan suami membayar nafkah anak ke belakang, iaitu ke hari ia mula tidak membayarnya, dengan alasan bahawa keputusan sedemikian bertentangan dengan doktrin berhubung dengan nafkah dalam mazhab Hanafi. Mahkamah Agung itu memutuskan pembayaran ke tarikh belakang tersebut adalah mengikut prinsip Syariah dan mengarah supaya menghindarkan kesulitan (*mashaqqah*) terhadap masyarakat dan dalam kes ini ialah kepada anak tersebut. Keputusan yang dibuat oleh Mahkamah ini menunjukkan bahawa sekiranya terdapat kesamaran atau kekosongan dalam prinsip-prinsip perundangan, keperluan kepada penyesuaian undang-undang Syariah secara anjal hendaklah dilakukan bagi disejajarkan dengan keperluan semasa. Mahkamah Agung Perlembagaan juga telah memutuskan bahawa undang-undang statutori adalah amat penting di dalam metodologi perundangan Syariah masa kini.<sup>88</sup>

Yang terpenting apabila pejabat Peguam Negara, melalui Bahagian Syariahnya dan juga Parlimen ataupun Dewan Undangan (DUN) Negeri, dalam kes Malaysia atau lainnya, merancang untuk mengkodifikasi undang-undang Syariah melalui pemakaian prinsip-prinsip Syariah dan mekanisme yang ditetapkan bagi mengadaptasi undang-undang Syariah bersesuaian dengan masyarakat kontemporari yang sentiasa berubah hendaklah mengikut beberapa syarat yang diperlukan. Antaranya ialah:

- i. Bahagian Syariah, Pejabat Peguam Negara dianggotai oleh ahli perundangan yang mempunyai kepakaran secara dwi-sistem perundangan, iaitu Syariah dan Sivil atau *Common Law* Inggeris;
- ii. Ahli-ahli Parlimen dan Dewan Undangan Negeri, sekurang-kurangnya memahami secara asas kedua-dua sistem perundangan tersebut;

---

<sup>88</sup> C. B. Lombardi (1998), "Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitution of the Sharia in a Modern Arab State", *Columbia Journal of Transnational Law* 37, hh. 81-123; dan A. Layish and G. R. Marburg, *op. cit.*, hh. 124, 169-170.



- iii. Penggubalan undang-undang statutori hendaklah berasaskan kepada kerangka dan prinsip-prinsip jurispruden Islam yang digunakan oleh setiap mazhab ortodoks Islam. Mana-mana fatwa yang dibuat oleh seorang mufti, melalui jawatankuasa Syariah negeri atau jawatankuasa Fatwa Kebangsaan hendaklah juga mempunyai kuasa perundangan bagi mengisi mana-mana kekosongan dalam pelbagai aspek perundangan Syariah yang sentiasa berkembang;
- iv. Pengenalpastian hendaklah dibuat terhadap mana-mana undang-undang yang bercanggah dengan undang-undang Syariah yang diamalkan dan membuat peancangan untuk, sekurang-kurangnya diminimumkan percanggahan sedemikian dan akhirnya hendaklah dihapuskan mana-mana yang bertentangan diserap dan diasimilasikan mana-mana peruntukan perundangan yang bersesuaian sehingga menjadi bersepadu dan mencapai pengharmonian yang sebenar antara undang-undang Syariah dan sivil;<sup>89</sup>
- v. Kerjasama dan kordinasi perlu diwujudkan antara pakar-pakar perundangan Syariah dan sivil di dalam pentadbiran undang-undang negara, seperti para hakim, qadi, mufti, pengamal undang-undang dan para sarjana perundangan di pusat-pusat pengajian tinggi untuk membentuk, menyelaraskan dan mengharmonikan pengamalan undang-undang tersebut, sama ada dalam bidang-bidang kekeluargaan, ekonomi, pentadbiran, politik dan lain-lain. Di Malaysia telahpun ditubuhkan jawatankuasa teknikal undang-undang untuk tujuan tersebut, tetapi ia perlu diteruskan, dikemaskini dan dipergiatkan lagi sehingga tercapai tujuan pengharmonian sistem perundangan negara yang sebenarnya wujud di negara ini.
- vi. Di Malaysia, Jabatan Kehakiman Syariah Malaysia (JKSM) telah ditubuhkan pada 15 Disember 1998 berfungsi untuk menyelaraskan pentadbiran undang-undang Syariah di Malaysia. Ia juga akan menjadi Mahkamah Rayuan Syariah di Peringkat Persekutuan. Penubuhan Jabatan ini adalah sebagai kemuncak kepada penyatuan, pemodenan dan pengharmonian pengamalan undang-undang Syariah di Malaysia, sepatutnya dicontohi oleh negara-negara Islam yang lain.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Penerapan dan pengasimilasian elemen-elemen perundangan asing ke dalam sistem perundangan Syariah telah berjaya dilakukan pada peringkat period formatif pada zaman awal Islam, sama ada dalam bidang pengkoseptualisasi undang-undang, penginstitusian dan pengamalan pentadbirannya. Lihat J. Schacht, *Introduction*, *op. cit.*, h. 19; dan N. J. Coulson, *History of Islamic Law*, *op. cit.*, h. 27.

<sup>90</sup> Lihat Jabatan Kehakiman Syariah Malaysia (JKSM), *Laporan Tahunan 2001*, h. 22.



Akhirnya, pembentukan satu *minhāj* atau metodologi baru dalam sistem perundangan Syariah, yang tidak berpisah dari asas-asas metodologi klasik sahaja yang membolehkan untuk memperluaskan lagi undang-undang ini bagi tujuan pengharmonian pengamalan antara undang-undang Syariah dan sivil. Ini hanya boleh dilakukan melalui kaedah *ijtihad* berwibawa, dan dengan *ijtihad* sedemikian sahajalah undang-undang Syariah berupaya untuk memenuhi semua tuntutan dan keperluan umat Islam semasa. Para pakar perundangan Syariah juga perlu membuktikan kewibawaan, berdaya saing, berdaya cipta, berdaya ubah, jujur dan berani untuk mentafsir semula dan membentuk satu kaedah perundangan Syariah baru, tanpa menyeleweng dan menyimpang dari ciri-ciri dan rangka bentuk undang-undang Syariah yang diformulasikan oleh para fuqaha' terdahulu, kerana ia adalah warisan utama (*al-turāth*) yang tidak boleh diabaikan rujukan kepadanya. Walau bagaimanapun, untuk berpegang hanya kepada teori-teori atau kaedah-kaedah klasik semata-mata tidaklah memadai kerana peruntukan-peruntukan metodologi *uṣūl al-fiqh* dan *al-qawā'id al-fiqhiyyah* klasik tidak dapat memenuhi tuntutan perkembangan semasa. Perlu juga digunakan teori-teori baru, seperti pemakaian konsep *fiqh al-awlawiyyāt* (fiqh keutamaan), dengan mengadoptasi elemen-elemen *fiqh al-muwāzanāt* (fiqh perimbangan)<sup>91</sup> dan *al-tayyār al-wasaṭī* (aliran kesederhanaan)<sup>92</sup> di dalam penggubalan dan pengaplikasian undang-undang Syariah (*taṭbīq al-qānūn li al-Syarī'ah*) pada keseluruhannya, di samping penggunaan konsep dan doktrin perundangan moden, sama ada dari Barat atau lainnya.

Undang-undang Syariah juga tidak seharusnya dilokalisasikan sebagai satu sistem perundangan tempatan atau nasional, kerana ia adalah satu sistem sejagat yang mempunyai hubungan rapat dengan pemboleh amalan di setiap tempat, masa dan keadaan, tanpa disempadankan oleh mana-mana daerah atau negara atau dibataskan oleh masa dan keadaan tertentu. Walau bagaimanapun, sebahagian dari undang-undang Syariah itu perlu bercirikan lokal untuk disesuaikan dengan keadaan, tempat dan kemanusiaan yang memerlukannya yang bersifat tempatan, seperti dalam undang-undang perlembagaan, pentadbiran, diri dan lain-lain.

<sup>91</sup> Yūsuf al-Qarḍāwī, (2000/1421) *Fī fiqh al-Awlawiyyāt: Dirāsah Jadīdah Fi Ḍaw' al-Qur'ān wa al-Sunnah*. Qāherah: Maktabat Wahbah, h. 25.

<sup>92</sup> *Ibid.*, hh. 191-196.

