

E-PROSIDING

DISKUSI
SYARIAH DAN UNDANG-UNDANG
Siri I 2019



Fakulti Syariah dan Undang-undang [FSU]
Universiti Sains Islam Malaysia [USIM]

E-PROSIDING

DISKUSI
SYARIAH DAN UNDANG-UNDANG
Siri I 2019

**Fakulti Syariah dan Undang-undang [FSU]
Universiti Sains Islam Malaysia [USIM]**

**Penyunting:
Haliza A. Shukor
Zahari Mahad Musa
Syaryanti Hussin
Norman Zakiyy Chow Jen T-Chiang**

**E-PROSIDING
DISKUSI SYARIAH DAN UNDANG-UNDANG: SIRI 1 2019**

Cetakan Pertama...2019

@Hak Cipta Terpelihara.
Usuli Faqih Research Centre PLT (UFRC)
(LLP0012329-LGN)

Tidak dibenarkan mencetak ulang semula mana-mana bahagian artikel, ilustrasi, dan isi kandungan prosiding ini dalam apa jua bentuk dan dengan apa cara sekalipun samada secara elektronik, fotokopi, mekanik, rakaman, cd atau cara lain sebelum mendapat keizinan bertulis daripada penerbit.

Penerbit:

USULI FAQIH RESEARCH CENTRE PLT,
PT12991A, Tingkat 1, Jalan BBN 1/7D,
Putra Nilai, 71800, Nilai,
Negeri Sembilan, Malaysia.
H/P: +6019-6440815
E-mel: usulifaqih@gmail.com
Facebook: Usuli Faqih Research Centre

eISBN: 978-967-2114-10-9

ISI KANDUNGAN



| | |
|--|-----|
| ISI KANDUNGAN | iv |
| PRAKATA | vi |
| ISU BERSANGKUTAN TERMA PENYELESAIAN DALAM KES PERTIKAIAN KELUARGA DI MAHKAMAH SYARIAH Norman Zakiyy Chow, Hasnizam Hashim & Norsuhaida Che Musa | 1 |
| <i>MAQASID SYARIAH</i> : PRINSIP DAN PELAKSANAANNYA DALAM BERMUAMALAT ANTARA MUSLIM DAN BUKAN MUSLIM Setiyawan Gunardi & Siti Hajar binti Abdul Halim | 11 |
| NAFAS BARU KEPADA TAHAP PEMBUKTIAN QARINAH DALAM UNDANG-UNDANG KETERANGAN MAHKAMAH SYARIAH Muhammad Hazim Ahmad, Ruqayyah Razak, Nurul Syahirah Saharudin, Hendun Abd. Rahman Shah, Hasnizam Hashim & Ahmad Syukran Baharuddin | 25 |
| ANALISIS PERUNDANGAN BAGI UNDANG-UNDANG KETERANGAN MAHKAMAH SYARIAH BERKAITAN BUKTI SAINTIFIK DAN PENERIMAANNYA DI MAHKAMAH SYARIAH Muhammad Hazim Ahmad, Mohamad Anwar Zakaria, Noraishah Nordin, Siti Khadijah Ishak, Nurkhairina Othaman & Ahmad Syukran Baharuddin | 40 |
| LEGALITAS PENERAPAN HUKUMAN ROTAN BAGI NON MUSLIM DI KAWASAN KERAJAAN ACEH Rivanli Azis | 56 |
| HUMAN RIGHTS RESPONSIBILITIES OF MULTINATIONAL CORPORATIONS (MNCs) UNDER INTERNATIONAL LAW: A CRITICAL REVIEW Nisar Mohammad Ahmad | 66 |
| THE EFFECTIVENESS OF OUTER SPACE LAW: IS MONITORING BODY NECESSARY? Che Zuhaida Saari | 83 |
| THE IMPLEMENTATION OF SHARIA PRINCIPLES IN RESTORATIVE JUSTICE AND THE EFFORT OF MATERIAL PENAL LAW REFORMATION IN INDONESIA Muridah Isnawati | 93 |
| THE IMPLEMENTATION OF LEGAL AID MODEL FOR MARGINAL COMMUNITY IN SURABAYA CITY BASED ON JUSTICE Asri Wijayanti & Sri Winarsi | 103 |
| THE IMPLEMENTATION OF COMMUNITY ECONOMIC DEVELOPMENT PROGRAM THROUGH PROCUREMENT OF SNACK PRODUCTION MACHINERY AT THE JABON BAITUSSALAM FOUNDATION IN SIDOARJO BASED ON SHARIA MARKETING MIX. Asri Wijayanti, Slamet Riyadi & Siti Maro'ah | 110 |
| THE MODEL OF TRADE UNION ADVOCATION IN INDUSTRIAL RELATION DISPUTES BASED ON FORMAL TRUTH IN INDONESIA Asri Wijayanti, Slamet Suhartono & Mahsun | 116 |

| | |
|---|-----|
| التعامل مع الخلاف الفقهي بمنظور الرأي المقاصدي: تأسيس الإمام الشَّاطبي قواعد الأصول على القطع في كتاب الموافقات | 121 |
| Muhammad Najib Abdullah | |
| تأصيل الضوابط الفقهية وتطبيقاتها في باب البيع عند ابن نجيم الحنفي | 132 |
| Ismail Jalili | |
| عادات مجتمع جاوا بإندونيسيا ومدى موافقتها للشرع: دراسة تطبيقية لدليل العرف | 163 |
| Mualimin Mochammad Sahid, Amar Fettane & Mohd Faisal Mohamed | |



PRAKATA

Dengan nama Allah Yang Maha Pemurah, lagi Maha Penyayang.

Segala puji dan setinggi-tinggi syukur dipanjatkan kepada Allah SWT Yang Maha Penyayang kerana dengan taufik dan inayah-Nya buku e-prosiding ini dapat disempurnakan dengan jayanya.

Buku e-prosiding ini merupakan hasil kompilasi artikel-artikel yang dibentangkan dalam program Diskusi Syariah dan Undang-undang; Siri 1 2019 yang dianjurkan oleh Fakulti Syariah dan Undang-undang [FSU], Universiti Sains Islam Malaysia [USIM] pada 25 September 2019. Penerbitan buku ini membincangkan pelbagai isu semasa yang meliputi isu-isu Syariah dan Undang-undang. Sebanyak 14 artikel dapat dikumpulkan yang terdiri daripada lima artikel Bahasa Melayu, enam artikel Bahasa Inggeris dan tiga artikel Bahasa Arab.

Sekalung penghargaan dan terima kasih diucapkan kepada para penyumbang artikel dan semua pihak yang terlibat secara langsung atau tidak langsung dalam menjayakan program Diskusi Syariah dan Undang-undang.

Akhir kata, diharapkan kompilasi e-prosiding ini dapat memberi manfaat kepada semua pembaca terutama pencinta perundangan daripada kalangan ahli akademik, para pelajar dan masyarakat awam di Malaysia. Semoga usaha kecil ini akan mendapat ganjaran sebagai sebahagian daripada amal soleh oleh Allah SWT. *Jazakallahu Khairan Kathira*

Sekian, terima kasih.

Sidang Penyunting,
Haliza A. Shukor
Zahari Mahad Musa
Syaryanti Hussin
Norman Zakiyy Chow Jen T-Chiang

ISU BERSANGKUTAN TERMA PENYELESAIAN DALAM KES PERTIKAIAN KELUARGA DI MAHKAMAH SYARIAH

Norman Zakiyy Chowⁱ, Hasnizam Hashimⁱⁱ & Norsuhaida Che Musaⁱⁱⁱ

ⁱPensyarah, Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Universiti Sains Islam Malaysia. E-mail: zakiyy@usim.edu.my

ⁱⁱPensyarah, Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Universiti Sains Islam Malaysia. E-mail: hasnizam@usim.edu.my

ⁱⁱⁱPensyarah, Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Universiti Sains Islam Malaysia. E-mail: norsuhaida@usim.edu.my

ABSTRAK

Dalam kes pertikaian keluarga di Mahkamah Syariah, cadangan penyelesaian oleh pihak-pihak yang bertikai mungkin meliputi perkara berkaitan perceraian, nafkah isteri, penyerahan dokumen dalam milikan mana-mana pihak dan hak jagaan anak. Mengikut prosedur umum yang terpakai di mahkamah, Mahkamah Syariah boleh pada bila-bila masa merekodkan terma-terma penyelesaian yang dipersetujui oleh kedua-dua pihak yang bertikai. Rekod penyelesaian mendatangkan efek dari segi perundangan terhadap kedua-dua pihak. Mahkamah pula tidak patut dibebani dengan pertikaian bersangkutan dengan perekodan penyelesaian di kemudian hari. Walau bagaimanapun, terdapat kurang bahan rujukan yang memberi panduan kepada isu-isu yang perlu dipertimbangkan oleh Peguam Syarie yang bertindak bagi kedua-dua pihak sebelum terma-terma penyelesaian yang dianggap dipersetujui oleh kedua-dua pihak dapat diterima tanpa keraguan. Jesteru itu, artikel ini membincangkan isu-isu bersangkutan terma penyelesaian dalam kes pertikaian keluarga; serta cadangan untuk menangani setiap isu tersebut.

Kata kunci: Terma Penyelesaian; Isu bersangkutan; Mahkamah Syariah

PENDAHULUAN

Peranan asas Peguam Syarie adalah sebagai penasihat kepada anak guamnya dari segi hukum syarak, undang-undang yang berkuatkuasa dan tindakan-tindakan berlandaskan undang-undang yang boleh dilakukan oleh anak guamnya. Walau bagaimanapun, pada masa kini, peranan Peguam Syarie adalah lebih luas di mana beliau juga bertindak sebagai kaunselor, perantara dan penasihat kepada anak guamnya terutamanya dalam kes berkaitan keluarga/rumahtangga. Dalam hal ini, Peguam Syarie hendaklah memberi nasihat kepada anak guam agar hak dan kepentingan anak guam terpelihara.

Secara umumnya, penyelesaian pertikaian berhubung isu keluarga adalah suatu yang amat digalakkan oleh Mahkamah Syariah mahupun Mahkamah Sivil. Dalam hal ini, penyelesaian pertikaian (sama ada berkaitan dengan hak jagaan anak, nafkah anak atau harta sepencarian) dapat menjimatkan masa kedua-dua pihak dalam mencapai penyelesaian ataupun masa yang diambil oleh mahkamah dalam penutupan fail bagi suatu kes.

Dalam kes *Siti Kalsamah Bt Selamat Lwn. Mohd Zain Bin Ahmad* [2010] JH 31, Mahkamah menyatakan kerjasama melalui rundingan dan sikap tolak ansur yang diberikan oleh kedua-dua pihak amat digalakkan di dalam Islam. Mahkamah telah merujuk kepada Firman Allah s.w.t. di dalam surah al-Nisa' 4 ayat 128: Bermaksud: dan jika seorang perempuan bimbang akan timbul dari suaminya "nusyuz" (kebencian), atau tidak melayaninya, maka tiadalah salah bagi mereka (suami isteri) membuat perdamaian di antara mereka berdua (secara Yang sebaik-baiknya), kerana perdamaian itu lebih baik (bagi mereka daripada bercerai-berai)."

Selanjutnya, dalam kes tersebut, Mahkamah telah menyatakan berikut:

“16. Walaupun perdamaian di dalam ayat ini lebih dikhususkan kepada hubungan suami isteri, namun Mahkamah berpandangan bahawa perdamaian atau pun tolak ansur ini boleh digunakan dalam semua urusan dan pertelingkahan yang berlaku. Melalui kaedah perdamaian, tolak ansur atau persetujuan bersama ini, sesuatu masalah itu dapat diselesaikan dengan mudah dan cepat.”

PERANAN PEGUAM SYARIE DALAM MERANGKA TERMA PENYELESAIAN YANG BOLEH DIPATUHI OLEH KEDUA-DUA PIHAK YANG BERTIKAI

Mahkamah Syariah biasanya menyediakan khidmat sokongan pengantaraan untuk tujuan menyelesaikan pertikaian antara kedua-dua pihak yang bertelagah. Misalnya, Bahagian Sokongan Keluarga (BSK), Mahkamah Syariah Melaka yang ditubuhkan di bawah Jabatan Kehakiman Syariah Malaysia (JKSM) ditubuhkan bagi mengatasi permasalahan berhubung pelaksanaan dan penguatkuasaan perintah nafkah. (Mahkamah Syariah Melaka (<https://www.mahsyariahmelaka.gov.my/index.php/en/perkhidmatan/perkhidmatan-utama/sokongan-keluarga>). BSK mungkin boleh memainkan peranan untuk memberi nasihat berhubung dengan terma-terma penyelesaian.

Walau bagaimanapun, bagi kes-kes yang diselesaikan di luar mahkamah dengan bantuan Peguam Syarie dan tidak melalui medium *sulh*, tidak ada garis panduan khusus yang dapat digunakan oleh Peguam Syarie agar menjamin terma penyelesaian yang baik dapat dicapai bagi pihak anak guamnya. Peguam Syarie hendaklah memainkan peranan dalam membantu anak guam dalam menyelesaikan pertikaian di luar mahkamah. Mohammad Isa Ralip (2014) menulis menerusi artikelnya bertajuk *Peguam Syarie: Pengamalan Di Malaysia* mengenai peranan penting seorang Peguam Syarie:

“Seterusnya Peguam Syarie juga berperanan sebagai orang tengah atau perantara (mediator) kepada pihak-pihak yang bertikai yang ingin menyelesaikan pertikaian mereka di luar Mahkamah. Penyelesaian secara baik di luar Mahkamah adalah merupakan satu medium penyelesaian yang terbaik dan cara ini adalah amat digalakkan oleh Islam kerana ianya dapat mengelakkan pihak-pihak terlibat kepada perbincangan yang panjang yang sudah tentunya memakan masa dan melibatkan kos.”

Pandangan ringkas penulis tersebut jelas menunjukkan peranan besar yang dimainkan oleh Peguam Syarie dalam membantu anak guam dalam usaha ke arah penyelesaian kes di luar Mahkamah.

Suatu perintah atau keputusan mahkamah tidak akan memberi sebarang kesan melainkan penguatkuasaan dan pelaksanaan perintah dilakukan. Oleh itu, perintah yang dikeluarkan oleh mahkamah wajar dipatuhi oleh mana-mana pihak yang berkepentingan. Sebarang ketidakpatuhan ataupun pengabaian boleh mengundang natijah yang boleh menjejaskan kepentingan dan kebebasan seseorang individu, termasuklah perintah pengkomitan. Misalnya, dalam perintah mahkamah yang melibatkan kepentingan keluarga, ketidakpatuhan kepada perintah mahkamah oleh bekas suami berkenaan dengan pembayaran nafkah yang ditetapkan akan memberi kesan-kesan negatif kepada kepentingan anak-anak di bawah tanggungan bekas suami. Dalam hal ini, Peguam Syarie berpengetahuan bahawa dalam menjalani tanggungjawabnya sebagai pegawai mahkamah (officer of the court), Peguam Syarie, beliau hendaklah menasihati anak guam agar mematuhi segala perintah yang telah dinyatakan dalam Perintah Persetujuan.

Artikel ini membuat suatu sorotan awal kepada isu-isu yang bersangkutan dengan terma penyelesaian dalam kes keluarga/rumahtangga yang perlu diberi perhatian serius oleh Peguam Syarie sebelum suatu penghakiman persetujuan direkodkan oleh Mahkamah Syariah. Ini diikuti dengan cadangan ringkas kepada Peguam Syarie tentang cara untuk mengatasi masalah-masalah yang ditimbulkan oleh salah satu pihak yang enggan mematuhi Perintah Persetujuan.

Penulisan ini adalah dihadkan kepada isu keluarga berkaitan dengan keenganan suatu pihak untuk mematuhi perintah mahkamah mengikut masa yang ditetapkan dengan pelbagai alasan. Kes-kes yang dirujuk adalah mengenai harta sepencarian dan pembayaran nafkah anak di bawah tanggungan suami.

Penulisan ini diharapkan dapat membantu kepentingan golongan yang berhak menerima nafkah melalui penghakiman persetujuan terpelihara; mengenalpasti isu kelewatan dalam pembayaran nafkah yang dihadapi oleh pemiutang/penghutang penghakiman dalam pembayaran nafkah; dan memelihara keharmonian pihak-pihak yang terbabit dan institusi keluarga dengan memelihara hak dan tanggungjawab pihak-pihak yang terbabit.

SOROTAN LITERATUR MENGENAI PROSEDUR MAHKAMAH DAN TERMA PENYELESAIAN DALAM PERINTAH PERSETUJUAN

Penghakiman atas pengakuan mana-mana pihak yang bertikai atau persetujuan kedua-dua pihak, (termasuklah *sulh*) boleh direkodkan oleh Mahkamah pada bila-bila masa. Secara amalnya mengikut prosedur mahkamah, Mahkamah akan merekodkan perintah persetujuan yang mengandungi terma penyelesaian sekiranya kedua-dua pihak yang bertikai bersetuju secara bersama untuk menyelesaikan kes mereka (Misalnya, Akta Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1998 (Akta 585); Bahagian XV – Pendengaran Penghakiman persetujuan di bawah Seksyen 131 Akta tersebut menyatakan penghakiman atas pengakuan atau persetujuan pihak-pihak, termasuklah *sulh*, boleh direkodkan oleh Mahkamah pada bila-bila masa. Rujukan seumpama juga boleh dibuat kepada Enakmen 6 Tahun 2006 di mana Seksyen 131. Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah 2006; Bahagian XVI- Penghakiman Dan Perintah menyatakan perkara yang sama).

Terma persetujuan adalah tertakluk kepada enakmen keterangan yang dipakai oleh Mahkamah Syariah (Misalnya, Seksyen 17 Enakmen Keterangan Mahkamah Syariah (Negeri Sembilan) 2003 yang menyatakan bahawa: (1) Iqrar ialah suatu pengakuan yang dibuat oleh seseorang, secara bertulis atau lisan atau dengan isyarat, menyatakan bahawa dia mempunyai obligasi atau tanggungan terhadap mana-mana orang lain berkenaan dengan sesuatu hak. (2) Apa-apa *iqrar* hendaklah dibuat-(a) di dalam Mahkamah, di hadapan Hakim; atau (b) di luar Mahkamah, di hadapan dua orang saksi lelaki yang ‘aqil, baligh dan ‘adil).

Setelah kedua-dua pihak menyatakan persetujuan di hadapan hakim, maka hakim akan merekodkan terma persetujuan serta menjadikannya dalam bentuk perintah mahkamah. Mahkamah akan memastikan kedua-dua belah pihak memahami terma yang dipersetujui bersama bagi mengelak apa-apa keputusan yang direkodkan melalui persetujuan bersama dipertikaikan di kemudian hari. Oleh itu, Mahkamah akan menasihati kedua-dua pihak berkenaan perkara ini kerana persetujuan yang telah direkodkan tidak boleh ditarik balik dan dirayu oleh kedua-dua pihak selaras dengan Arahan Amalan No.5 Tahun 2006. Sebelum mahkamah merekodkan terma persetujuan, mahkamah akan memastikan persetujuan dibuat di hadapan hakim untuk menerima pakai terma persetujuan.

Dalam penyelesaian kes melalui proses *Sulh*, persetujuan kedua-dua pihak perlu dibuat di hadapan Pengerusi Majlis *Sulh* sebagaimana yang dikehendaki dalam Arahan Amalan No.4 2006. Ini diikuti dengan pengendorsan di Mahkamah untuk dijadikan perintah. Kes-kes yang dirujuk juga menunjukkan bahawa terma penyelesaian yang direkodkan akan dijadikan pembelaan *res judicata* di masa hadapan (lihat umpama di dalam kes tuntutan harta sepencarian, *Semek Bt Mamat v. Siti Zubaida Binti Yasin dan Lain-lain* (1997), suatu penyelesaian telah dicapai melalui penggunaan *sulh* di mana penghakiman persetujuan telah direkodkan di mana pihak-pihak yang bertikai bersetuju bahawa beberapa bidang tanah dianggap sebagai harta sepencarian. Begitu juga dengan kes *Zaleha Binti Zakaria v. Sahabudin bin Ali* (1995) JH 1416, *sulh* digunakan sebagai suatu kaedah penyelesaian di mana suami bersetuju untuk melafazkan talaq satu di mahkamah terbuka. Kes-kes ini menunjukkan keutamaan akan diberikan kepada persetujuan bersama oleh kedua-dua pihak dalam mencapai penyelesaian kes berbanding dengan kedudukan hukum Syarak mengenai suatu isu keluarga (misalnya mengenai nafkah atau hak jagaan (hadhanah) di bawah Akta Undang-Undang Keluarga Islam).

Amalan biasa adalah mahkamah membenarkan perbincangan kearah penyelesaian kes di luar mahkamah sekiranya kedua-dua pihak bersetuju untuk menyelesaikan pertikaian mereka. Namun begitu, kepincangan awal yang bakal timbul akibat daripada perekodan terma penyelesaian dalam penghakiman persetujuan yang dilakukan secara tidak spesifik dan

dipertikaikan dapat dilihat dalam kes *Siti Kalsamah Bt Selamat Lwn. Mohd Zain Bin Ahmad* [2010] JH 31/1. Mahkamah Tinggi Syariah Di Seremban dalam kes tersebut (iaitu suatu kes tuntutan harta sepencarian) memutuskan:

“17. Dalam kes ini, sebelum keterangan penuh kedua-dua belah pihak diambil, Peguam Plaintiff memaklumkan bahawa telah wujud satu persetujuan mengenai hal perkara yang dituntut. Sewaktu persetujuan tersebut pertama kali dimaklumkan kepada Mahkamah, Mahkamah tidak merekodkan persetujuan lisan tersebut kerana terma yang dinyatakan tidak teratur dan sempurna. Pihak-pihak dinasihatkan supaya hadir semula pada tarikh seterusnya untuk merekodkan terma persetujuan secara lebih spesifik dan lengkap.

18. Ekoran daripada persetujuan tersebut, keterangan penuh mengenai harta sepencarian ini telah tidak diambil dan Mahkamah tidak dapat membuat pertimbangan sewajarnya berkaitan dengan bahagian atau kadar yang berhak diterima oleh kedua-dua belah pihak dan tiada apa-apa keterangan yang berkaitan dengan kes ini.”

Terma-terma penyelesaian mencerminkan persetujuan kedua-dua pihak yang bertikai untuk menyelesaikan pertikaian keluarga/rumahtangga secara aman tanpa campur tangan daripada pihak mahkamah. Rasionalnya adalah kerana kedua-dua pihak yang bertikai dianggap telah diberi penerangan dan penasihatannya oleh Peguam Syarie masing-masing. Dalam hal ini, Mohamad Isa Ralip (2014) menulis menerusi artikelnya bertajuk *Peguam Syarie: Pengamalan Di Malaysia* menerangkan peranan Peguam Syarie sebagai perantara kepada pihak-pihak yang bertikai yang ingin menyelesaikan pertikaian mereka di luar mahkamah yang dianggapnya sebagai suatu yang amat digalakkan dalam Islam. Walau bagaimanapun, terma penyelesaian yang direkodkan sebagai penghakiman persetujuan akan menimbulkan masalah di kemudian hari ataupun mungkin hanya merupakan ‘paper judgment’ sekiranya terma penyelesaian tidak dipertimbangkan sehalus-halusnya agar dapat dipatuhi dalam keadaan yang disenangi dan diterima oleh kedua-dua pihak.

Berdasarkan tinjauan umum dari penerbitan artikel jurnal dan kes (reported cases) berkaitan dengan prosedur mal ataupun dari aspek perbicaraan kes-kes mal di mahkamah Syariah, isu-isu bersangkutan dengan terma penyelesaian yang timbul atau mungkin timbul hasil daripada terma penyelesaian yang direkodkan sebagai penghakiman persetujuan kurang diberi tumpuan berbanding dengan isu-isu yang berkaitan dengan hak pihak-pihak dari segi perundangan Syariah.

ISU BERSANGKUTAN TERMA PENYELESAIAN DALAM PERINTAH PERSETUJUAN

Perintah persetujuan boleh direkodkan berdasarkan terma penyelesaian oleh kedua-dua pihak melalui proses *sulh*. Walau bagaimanapun, prosedur umum mahkamah membenarkan Peguam Syarie untuk mengemukakan terma penyelesaian anak guam kepada mahkamah dalam mana-mana proses litigasi. Misalnya, pada tarikh perbicaraan (ataupun tarikh sebutan) yang telah ditetapkan, dengan kehadiran Plaintiff dan Defendan, kedua-dua Peguam Syarie yang bertindak bagi kedua-dua pihak disarankan menyampaikan terma persetujuan bersama kepada mahkamah.

Ini diikuti dengan mengemukakan kepada Mahkamah suatu draf persetujuan bersama secara lisan yang dipersetujui kedua-dua pihak dan seterusnya mohon kepada Mahkamah untuk merekodkan terma penyelesaian yang dipersetujui sebagai satu perintah mahkamah. Sekiranya terma penyelesaian telah dicapai dan direkodkan, maka sewajarnya terma penyelesaian tersebut boleh dilaksanakan dan jika berlaku kemungkiran, penguatkuasaan boleh dilakukan melalui perlaksanaan.

Di dalam kes-kes yang melibatkan pembayaran nafkah anak, hadhanah (hak jagaan) dan penjualan harta sepencarian, Peguam Syarie yang bertindak bagi suatu pihak disarankan mempertimbangkan beberapa isu yang bakal dihadapi oleh anak guamnya sebelum menasihati anak guamnya untuk bersetuju dengan terma penyelesaian yang dicadangkan olehnya atau oleh pihak satu lagi.

Dalam hal ini, terdapat beberapa isu yang berkait rapat antara satu sama lain (intertwined) adalah dinyatakan berikut:

1. Sejauhmanakah setiap pihak berniat untuk terikat dengan tanggungjawab yang dinyatakan dalam perintah persetujuan?
2. Sejauhmanakah setiap pihak itu dikatakan telah memberikan kerelaan bebas untuk mematuhi perintah persetujuan tanpa dipengaruhi oleh unsur-unsur seperti paksaan, pengaruh tak berpatutan, penipuan, salahnyataan, dan khilaf semasa bersetuju dengan terma penyelesaian?
3. Sejauhmanakah wujud ketentuan (certainty) dalam terma penyelesaian dengan mengandungi syarat yang jelas maknanya dan tidak kabur?
4. Sejauhmanakah terma penyelesaian berasaskan tujuan yang sah (valid object) dan tidak menyalahi undang-undang?

Lazimnya, semua perjanjian berbentuk tulisan atau lisan lazimnya mempunyai elemen-elemen asas kontrak sebagaimana yang dinyatakan dalam Seksyen 2 Akta Kontrak 1950. Elemen-elemen kontrak seperti ini terdiri daripada lapan elemen iaitu:

- a) Tawaran (offer) - Apabila seseorang menyatakan kesediaannya untuk mengikat kontrak terhadap satu pihak lain;
- b) Penerimaan (acceptance) - Apabila orang kepadanya tawaran ditujukan membuat penerimaan terhadap tawaran tersebut;
- c) Balasan (consideration) - Sesuatu nilai yang perlu dibayar bagi setiap janji yang telah dibuat;
- d) Keupayaan (capacity) - di mana setiap pihak yang berkontrak perlu mempunyai keupayaan untuk mengikat kontrak seperti sempurna akal semasa kontrak dipersetujui;
- e) Niat (intention) - Setiap pihak yang berkontrak perlu mempunyai niat mewujudkan hubungan di sisi undang-undang bermaksud mereka akan terikat dengan tanggungjawab dibawah kontrak;
- f) Kerelaan Bebas - Seseorang itu dikatakan tidak memberikan kerelaan bebas untuk berkontrak jika dia dipengaruhi oleh unsur-unsur seperti paksaan, pengaruh tak berpatutan, penipuan, salahnyataan, dan khilaf semasa dia berkontrak;
- g) Ketentuan (certainty) - Sesuatu kontrak disarankan mengandungi syarat yang jelas maknanya dan tidak kabur; dan
- h) Tujuan yang sah (valid object) - Sesuatu kontrak yang dibuat disarankan untuk sesuatu perkara yang tidak menyalahi undang-undang.

Takrif 'kerelaan bebas' yang disebut di bawah Seksyen 14 Akta Kontrak 1950 perlu dijelaskan kepada kedua-dua pihak. Kerelaan bebas wujud apabila tiada unsur-unsur berikut:

- a) Paksaan,
- b) Pengaruh tak berpatutan
- c) Tipuan
- d) Salahnyata
- e) Khilaf

Cadangan: Isu-isu tersebut di atas adalah berkait rapat antara satu sama lain dan adalah jelas terma penyelesaian oleh kedua-dua pihak (bekas suami dan bekas isteri) adalah merupakan pertukaran tawaran, penerimaan dan balasan. Oleh yang demikian, adalah dicadangkan agar Peguam Syarie menasihati anakguam agar beranggapan terma penyelesaian adalah umpama terma kontrak yang akan mengikat kedua-dua pihak. Ini bertujuan agar kedua-dua pihak bersetuju ke atas terma penyelesaian yang akan direkodkan sebagai perintah persetujuan di mana ia boleh dikuatkuasakan nanti.

Adalah jelas bahawa kontrak yang mengandungi unsur paksaan atau paksaan akan memberi kesan pembatalan. Mengikut Seksyen 19 Akta 1950: 'Dimana kerelaan untuk membuat

perjanjian adalah disebabkan oleh paksaan, frod atau yang kerelaannya disebabkan sedemikian. Begitu juga dengan pengaruh tidak berpatutan dari bekas suami atau bekas isteri yang berada dalam kedudukan yang menguasai kemahuan pihak satu lagi yang lemah dan seterusnya memperoleh keutamaan atau faedah tidak saksama ke atasnya. Dalam kes *Inche Noriah lwn Shaik Alice Omar* (1929) AC 127, umpamanya, Mahkamah memutuskan bahawa kontrak penjualan hartanah adalah boleh batal kerana mengandungi unsur pengaruh tidak wajar. Dalam kes tersebut, seorang wanita tua dan uzur telah bergantung harap dengan anak saudaranya dari segi urusan diri dan perbelanjaan sehingga mendorongnya untuk menjual hartanah miliknya kepada anak saudaranya pada harga jaih lebih rendah daripada harga pasaran semasa. Wanita itu sudah membuat suatu kontrak penjualan tanah kepada anak saudaranya dengan harag jauh lebih rendah dari pasaran semasa. Mahkamah memutuskan terdapat bukti pengaruh tidak wajar semasa kontrak penjualan dibuat dan memutuskan bahawa kontrak tersebut boleh batal atas pilihan waris wanita tersebut.

Begitu juga dengan kekhilafan bekas suami atau bekas isteri berkenaan suatu fakta penting yang mendorongnya untuk bersetuju dengan terma penyelesaian yang dicadangkan oleh bekas pasangannya. Seksyen 21 Akta 1950 menekankan di mana kedua-dua pihak adalah khilaf tentang sesuatu perkara fakta yang penting dalam suatu perjanjian, maka perjanjian tersebut batal. Maka dengan ini, ianya membawa maksud sesuatu kontrak itu batal jika kedua-dua pihak yang berkontrak tersilap tentang suatu perkara fakta yang penting kepada perjanjian. Seksyen 66 Akta Kontrak 1950 menyatakan: 'Apabila sesuatu perjanjian itu didapati batal atau menjadi batal, sesiapa jua yang telah menerima sebarang faedah atau manfaat daripada perjanjian sedemikian adalah terikat untuk memulangkan atau memberi pampasan untuknya'.

PERKARA BERKAITAN DENGAN ISU TERMA PENYELESAIAN DALAM PERINTAH PERSETUJUAN

Beberapa perkara yang harus diberi perhatian dan menjadi bahan perbincangan atau rundingan antara Peguam Syarie bagi kedua-dua pihak adalah seperti berikut:

(1) Niat untuk Mematuhi Masa yang ditetapkan untuk Melakukan suatu Perbuatan yang Terkandung dalam Perintah Persetujuan

Permohonan perintah pengkomitan terhadap bekas suami bukan suatu yang asing dalam kes hadhanah dan pembayaran nafkah anak. Misalnya, dalam kes *Azman Abdul Talib lwn Suhaila Ibrahim* (2004) CLJ (Sya) 391, suatu kes yang telah didengar oleh Mahkamah Tinggi Syariah negeri Pahang Darul Makmur, bekas isteri telah menfailkan permohonan komital terhadap bekas suami kerana mendakwanya telah menghina mahkamah akibat dari kegagalannya untuk mematuhi perintah sementara hadhanah. Adalah penting bagi Peguam Syarie untuk menasihati anak guam bahawa jika mana-mana terma dalam perintah persetujuan tidak dipatuhi oleh pihak yang dikehendaki melakukan suatu perbuatan dalam tempoh masa yang ditetapkan, maka mahkamah boleh mengeluarkan suatu perintah pengkomitan terhadapnya (sebagai pihak yang ingkar).

Cadangan: Peguam Syarie disarankan untuk menasihati anak guam mengenai keperluan untuk mematuhi masa yang ditetapkan dalam Perintah Persetujuan itu; dan jika masa tidak dinyatakan dalam Perintah tersebut, maka perbuatan hendaklah dilakukan dalam masa tujuh hari dari tarikh penghakiman atau perintah. (Misalnya lihat permohonan perintah pengkomitan seksyen 151(1) dan (2) Enakmen Tatacara Mal Syariah (Negeri Sembilan) 2003 dan seksyen 135 Enakmen yang sama).

(2) Alasan Status Kewangan/keterhutangan serius sebagai Alasan untuk tidak mematuhi Perintah Mahkamah Syariah

Sepertimana yang disebutkan sebelum ini, suatu kontrak disarankan mengandungi niat dan syarat yang jelas maknanya serta tidak kabur. Di samping itu, terma persetujuan dibuat dengan kerelaan sendiri. Oleh itu, terma persetujuan yang kabur dan dibuat tanpa kerelaan akan menimbulkan

masalah dalam memastikan pembayaran nafkah anak oleh bekas suami pada tarikh yang ditetapkan.

Bekas suami mungkin memberi alasan mengalami masalah kewangan dengan mendakwa sukar membuat bayaran nafkah anak kerana hilang pekerjaan atau bakal diisytiharkan bankrap (setelah menerima notis kebangkrapan daripada pemiutang penghakiman menurut seksyen 133 Akta Insolvensi 1967); atau mendakwa bertindak sebagai penjamin kepada anak saudara atau ahli keluarga yang telah memungkirkan perjanjian biasiswa/pinjaman pendidikan atau perjanjian sewa beli kenderaan.

Mengikut tatacara umum kebangkrapan, Ketua Pengarah Insolvensi akan mengutamakan pembayaran hutang-hutang bercagar terlebih dahulu sebelum hutang-hutang lain. Maka, seringkali kedengaran alasan kebangkrapan bekas suami sebagai suatu alasan untuk tidak membayar nafkah anak mengikut perintah mahkamah syariah di atas alasan pembayaran tersebut akan dianggap sebagai hutang yang perlu ditadbir oleh Ketua Pengarah Insolvensi sebagaimana hutang-hutang bekas suami yang lain.

Cadangan:

- a) Semasa proses rundingan, Peguam Syarie yang bertindak bagi kedua-dua pihak disarankan membuat pengesahan mengenai status kewangan kedua-dua pihak. Peguam Syarie boleh membuat carian kebangkrapan bagi kedua-dua pihak untuk mengesahkan status kewangan (atau kebangkrapan) kedua-dua pihak terutamanya bekas suami. Peguam Syarie boleh menggunakan perkhidmatan portal e-insolvensi yang disediakan oleh Jabatan Insolvensi Malaysia. Perkhidmatan e-insolvensi antara lain menyediakan perkhidmatan atas talian bagi kemudahan pelanggan. Kemudahan yang dimaksudkan termasuk carian status kebangkrapan individu, carian status penggulangan syarikat, bayaran ansuran bulanan insolvensi. (E-Insolvensi. <https://e-insolvensi.mdi.gov.my>.)
- b) Adalah juga dicadangkan agar Peguam Syarie menasihati bekas suami tentang perubahan terbaru dalam Akta Insolvensi 1967 di mana pemiutang penghakiman tidak boleh memulakan apa-apa tindakan muflis terhadap penjamin social seperti penjamin untuk pinjaman, biasiswa atau geran untuk pelajaran; penjamin untuk pinjaman transaksi sewa beli kenderaan untuk kegunaan bukan perniagaan; dan penjamin untuk pinjaman perumahan untuk kediaman peribadi (CompareHero.my. <https://www.comparehero.my>).
- c) Bekas suami atau sesiapa sahaja yang telah diperintahkan mahkamah syariah untuk membuat apa-apa pembayaran kepada mana-mana pihak lain tidak boleh menjadikan status bankrap sebagai alasan untuk tidak membuat pembayaran-pembayaran tersebut kerana Akta Insolvensi 1967 tidak terpakai di mahkamah syariah. Misalnya, di dalam kes *Fatimah @ Hasnah Binti Daud lwn Wan Hassan Bin Wan Daud* JH 40 BHG 1 96, Mahkamah memutuskan pelantikan Peguam Syarie di mahkamah syariah tidak tertakluk kepada permohonan untuk kebenaran daripada Ketua Pengarah Insolvensi sebagaimana termaktub di bawah seksyen 38(1)(a) Akta Insolvensi 1967. Keputusan tersebut secara jelas menunjukkan bahawa Akta tersebut tidak terpakai di mahkamah syariah. Oleh itu, bekas isteri, adalah bebas untuk memfailkan tindakan penguatkuasaan perintah yang dikeluarkan oleh mahkamah syariah apabila bekas suami gagal mematuhi perintah mahkamah dari segi pembayaran nafkah anak.

(3) Penjualan Harta Sepencarian dalam Kategori Harta Tak Alih dan Harta Alih

Mengikut peruntukan undang-undang, harta sepencarian ini adalah harta yang diperolehi bersama ketika di dalam tempoh perkahwinan sama ada harta alih (movable goods) seperti wang tunai dan kenderaan motor) mahupun harta tak alih (immovable goods) seperti rumah kediaman dan hartanah (landed properties). Dalam mencapai persetujuan berkenaan harta tak alih, kedua-dua pihak mungkin bersetuju misalnya, untuk menentukan beberapa lot hartanah yang dianggap sebagai harta sepencarian tanpa melalui proses perbincangan penuh.

Terma persetujuan dalam perintah persetujuan mengenai harta tak alih dan harta alih umpama sesuatu kontrak di mana ia disarankan mempunyai niat dan tanggungjawab serta unsur

kerelaan untuk menjual sesuatu harta milik bersama dan seterusnya membahagikan nilai harta tak alih mengikut kadar yang dipersetujui kedua-dua pihak. Maka, terma persetujuan disarankan mengandungi syarat yang jelas maknanya dan tidak kabur. Oleh itu, terma persetujuan yang kabur mungkin menimbulkan masalah dalam penjualan harta sepencarian terutamanya dalam bentuk harta tak alih.

(a)Harta Tak Alih

Bagi kategori harta tak alih pula, perkara yang mungkin menjadi isu selepas perintah persetujuan direkodkan adalah bukan lagi mengenai sama ada bekas suami atau bekas isteri mempunyai hak ke atas harta-harta tak alih yang dinamakan sebagai harta sepencarian; ataupun pembahagian harta sepencarian adalah adil berdasarkan sumbangan secara langsung atau sumbangan secara tidak langsung oleh kedua-dua pihak dalam pemerolehan harta-harta tersebut. Ini adalah kerana bagi kategori harta tak alih, perkara atau isu teknikal yang mungkin akan timbul adalah berikut:

(i) Kesukaran untuk Menjual Harta Tak alih kerana ada Kemasukan Kaveat Persendirian oleh mana-mana pihak

Kewujudan kaveat persendirian mengikut peruntukan seksyen 322 Akta Kanun Tanah Negara akan menjadi suatu halangan kepada penjualan hartanah tersebut dan seterusnya pembahagian hasil jualan kepada kedua-dua pihak. Salah satu pihak (misalnya bekas isteri) mungkin cuba 'melindungi haknya' ke atas hartanah yang disebutkan yang mana tindakannya tidak mematuhi perintah persetujuan; walaupun mengetahui pihak yang satu lagi adalah pemilik berdaftar.

Cadangan: Peguam Syarie disarankan menasihati anak guam bahawa kaveat yang telah didaftarkan akan menghalang pemilik berdaftar hartanah daripada membuat sebarang jual beli atau mengadai hartanah kepada sesiapa sehingga kaveat tersebut dimansuhkan. Dalam rundingan atau perbincangan ke arah membantu kedua-dua pihak dalam mencari penyelesaian, Peguam Syarie boleh melakukan satu carian ke atas geran hartanah bagi memastikan kesahihan pemilikan hartanah. Setelah pengesahan dibuat, barulah dapat menasihati anak guam mengenai sebarang urusan jual beli suatu hartanah yang dipersetujui oleh kedua-dua pihak sebagai harta sepencarian di Mahkamah tanpa sebarang keraguan. Di samping itu, Peguam Syarie disarankan menasihati anak guam bahawa apabila kedua-dua pihak bersetuju bahawa suatu hartanah yang dinyatakan sebagai harta yang perlu dijual dan dibahagikan antara kedua-dua pihak, maka sebarang kemungkiran akan menyebabkan suatu perintah bagi pemberian harta tak alih dikuatkuasakan melalui satu atau lebih daripada cara berikut, iaitu: Perintah pemilikan (order of possession); atau perintah pengkomitan.

(ii) Keenganan suatu pihak untuk menandatangani borang pindahmilik hartanah

Terma persetujuan menunjukkan kedua-dua pihak mempunyai niat untuk mewujudkan hubungan di sisi undang-undang di mana mereka akan terikat dengan tanggungjawab dalam memastikan terma yang dinyatakan dalam perintah persetujuan dapat dipatuhi. Dalam kes *ZMN lwn HAP* (Mahkamah Tinggi Syariah Selangor), mahkamah telah mendapati responden tidak memberi kerjasama dengan pemohon dalam penjualan rumah tersebut. Ini menyebabkan mahkamah telah mengeluarkan perintah pelaksanaan ke atas rumah tersebut. Mahkamah telah merujuk kepada Seksyen 417 Kanun Tanah Negara 1965 yang memperuntukkan bahawa Mahkamah Tinggi Syariah atau hakim "boleh mengarahkan Pendaftar atau mana-mana Pentadbir Tanah untuk melakukan apa-apa hukuman atau perintah yang diberi atau dibuat dalam mana-mana prosiding yang berhubungan dengan tanah, dan ia hendaklah merupakan kewajiban Pendaftar atau Pentadbir Tanah untuk mematuhi perintah itu selepas itu."

Adalah suatu yang jelas kini bahawa tafsiran mahkamah di dalam peruntukan seksyen tersebut termasuk Mahkamah Syariah menurut tafsiran 412A.

Cadangan: Kerjasama kedua-dua pihak diperlukan bagi merealisasikan niat (intention) untuk mewujudkan hubungan di sisi undang-undang dan mematuhi terma persetujuan yang

mengandungi ketentuan (certainty) dalam urusan penjualan harta tak alih. Oleh yang demikian dan berpandukan keputusan kes tersebut, terutamanya dari segi bidangkuasa, Peguam Syarie disarankan menasihati anak guam agar bekerjasama dalam memastikan penjualan harta tak alih yang telah dinyatakan dalam Perintah Persetujuan dapat dilakukan tanpa sebarang sekatan atau keengganan. Misalnya, Peguam Syarie haruslah menasihati pihak yang merupakan pemilik berdaftar dengan menandatangani borang pindahmilik (Borang 14A) dan apa-apa dokumen/borang berkaitan penjualan hartanah.

(b)Harta Alih

Bagi harta alih pula, Peguam Syarie bagi kedua-dua pihak mungkin perlu berunding dan mencapai kata sepakat mengenai kategori harta alih yang boleh diterima oleh kedua-dua pihak sebagai harta bersama bagi mengelak timbul isu yang berkaitan penakrifan harta alih di kemudian hari. Misalnya, (a) Wang simpanan dalam Kumpulan Wang Simpanan Pekerja (KWSP); (b) Amanah Saham Bumiputra (ASB) (c) Kenderaan; dan (d) Sewa rumah.

Adalah jelas bahawa tuntutan harta sepencarian tidak lagi terbatas kepada hartanah seperti tanah dan rumah kediaman sahaja. Dalam kes *Norhayati binti Yusoff lwn. Ahmad Shah bin Ahmad Tabrani* [2008] 27 JH (1) 33-50, umpamanya, terdapat tuntutan harta sepencarian berbentuk harta alih dan harta tidak alih yang diperolehi disepanjang tempoh perkahwinan antara kedua-dua pihak. Harta yang dituntut melibatkan caruman di dalam Kumpulan Wang Simpanan Pekerja (KWSP) serta harta-harta “moden” seperti saham, World Club Card dan sebagainya. Dalam kes ini, Mohd Norhusairi Mat Hussin (2017) mengulas dalam artikelnya bahawa “Mahkamah seolah-olah dilihat membenarkan tuntutan wang KWSP sebagai harta sepencarian sedangkan sudah terdapat fatwa daripada Majlis Fatwa Kebangsaan pada tahun 2005 yang menyatakan bahawa wang KWSP tidak boleh dianggap sebagai harta sepencarian. Sebaliknya, menurut Mohd Norhusairi Mat Hussin (2017), wang KWSP merupakan harta pusaka yang akan diwarisi oleh para waris apabila pencarumnya meninggal dunia.”

Isu dalam harta alih juga melibatkan salah satu pihak enggan menghantARSERahkan harta alih di atas alasan kerosakan. Walau bagaimanapun, alasan ini bukan suatu alasan yang boleh digunakan untuk melarikan diri daripada bertanggungjawab ke atas kerosakan harta alih yang berada dalam simpanan salah satu pihak. Ini adalah kerana sesuatu penghakiman bagi menghantARSERahkan sebarang harta tak alih hendaklah menyatakan dengan jelas jumlah wang yang hendak dibayar sebagai ganti jika penghantARSERahan harta alih tersebut tidak dapat dilakukan (lihat misalnya, s 137 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Negeri Sembilan).

Cadangan: Peguam Syarie disarankan agar menasihati anak guam bahawa penguatkuasaan bagi penghantaran harta alih boleh dilakukan oleh pihak yang menjadi mangsa. Penguatkuasaan ini dalam dua bentuk iaitu pertamanya bagi mendapatkan perintah bagi penghantARSERahan (Order of Delivery) harta alih yang tiada pilihan untuk membayar nilai tertaksir boleh dilakukan melalui Perintah PenghantARSERahan dan Perintah Pengkomitan. Bentuk kedua pula ialah bagi mendapatkan perintah bagi penghantARSERahan harta alih atau pembayaran nilai tertaksir boleh dikuatkuasakan melalui satu atau lebih cara berikut, iaitu (a) perintah penghantARSERahan untuk mendapatkan kembali harta itu atau nilai tertaksirnya; (b) dengan kebenaran mahkamah, perintah penghantARSERahan khusus; atau (c) perintah pengkomitan. (Lihat misalnya, seksyen 150 (1) Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Negeri Sembilan) 2003).

KESIMPULAN

Pertimbangan kepada isu-isu yang dikupaskan dalam artikel ini adalah bertujuan bagi mengatasi masalah penghakiman persetujuan yang hanya berbentuk “paper judgment” dan sukar dikuatkuasakan. Berdasarkan penjelasan di atas, beberapa isu utama yang bersangkutan dengan terma penyelesaian perlu diberi perhatian oleh kedua-dua pihak (atau oleh Peguam Syarie masing-masing sekiranya pihak-pihak diwakili peguam) agar terma penyelesaian yang telah direkodkan sebagai penghakiman persetujuan tidak akan dipertikaikan di kemudian hari. Bagi mencapai

tujuan ini, Peguam Syarie disarankan memastikan diri telah menerima maklumat yang mencukupi untuk membolehkan beliau bertindak bagi menjaga kepentingan anak guamnya (client's interests). Misalnya dengan membuat carian status kebangkrutan kedua-dua pihak ataupun status pemunyaan hartanah.

Peguam Syarie disarankan juga mempertimbangkan “presumption of law” yang akan menyebelahi anak guamnya ataupun pihak lawan semasa dalam siri perbincangan atau rundingan yang dilakukan antara Peguam Syarie (bagi pihak anak guam). Bagi memastikan kepentingan anak guam terpelihara, Peguam Syarie yang mewakili suatu pihak hendaklah telah meneliti semua kertas kausa yang telah difailkan agar memastikan sebarang tawaran atau terma penyelesaian yang dicadangkan bagi pihak anak guamnya (atau oleh pihak yang satu lagi) adalah tidak berat sebelah; ataupun sekurang-kurangnya mendatangkan manfaat dalam keadaan “menang-menang” (win-win situation). Bagi memastikan perkara ini diambil perhatian, peguam hendaklah melihat dan meneliti semua dokumen berkaitan, mengenal pasti kausa tindakan, butir-butiran lanjut, pindaan yang telah dibuat ke atas kertas kausa, pengurusan kes, kenyataan fakta yang dipersetujui, kenyataan yang mengandungi isu-isu yang dipersetujui dan sebagainya.

RUJUKAN

Akta:

Akta Kontrak 1950 (Akta 605)

Akta Insolvensi 1967 [Akta 360].

Akta Kanun Tanah Negara 1965 [Akta 625]

Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Negeri Sembilan) 2003

Enakmen Keterangan Mahkamah Syariah (Negeri Sembilan) 2003

Internet:

E-Insolvensi. <https://e-insolvensi.mdi.gov.my>. (5 September 2019).

Apa Anda Perlu Tahu Tentang Status Muflis, CompareHero.my. <https://www.comparehero.my>. (December 14, 2017) (5 September 2019)

Bahagian Sokongan Keluarga (BSK), Mahkamah Syariah Melaka yang ditubuhkan di bawah Jabatan Kehakiman Syariah Malaysia (JKSM) ditubuhkan bagi mengatasi permasalahan berhubung pelaksanaan dan penguatkuasaan perintah nafkah. Syariah:

<https://www.mahsyariahmelaka.gov.my/index.php/en/perkhidmatan/perkhidmatan-utama/sokongan-keluarga> (27 Ogos 2019).

Mohamad Isa Abd Ralip, *Peguam Syarie: Pengamalan Di Malaysia*,

<http://pahang.jksm.gov.my/images/peguam%20syarie/KepeguamanSyariediMalaysia.pdf> (7 September 2019).

Jurnal

Mohd Norhusairi Mat Hussin (2017) *Journal of Shariah Law Research* (2017) vol. 2 (2) 255-262).

Buku

Mohd Nadzri Bin Haji Abdul Rahman Ibrahim (2013). *Undang-Undang tatacara Mal Mahkamah Syariah: Prinsip dan Amalan*, Anugerah Cekal Sdn Bhd. Kuala Lumpur, Malaysia

Kes

Azman Abdul Talib lwn Suhaila Ibrahim (2004) CLJ (Sya) 391

Semek Bt Mamat v. Siti Zubaida Binti Yasin dan Lain-lain (1997)

Siti Kalsamah Bt Selamat Lwn. Mohd Zain Bin Ahmad [2010] JH 31/1

Norhayati binti Yusoff lwn. Ahmad Shah bin Ahmad Tabrani [2008] 27 JH (1) 33

ZMN lwn HAP (Mahkamah Tinggi Syariah Selangor),

Zaleha Binti Zakaria v. Sahabudin bin Ali (1995) JH 1416,

MAQASID SYARIAH: PRINSIP DAN PELAKSANAANNYA DALAM BERMUAMALAT ANTARA MUSLIM DAN BUKAN MUSLIM

Setiyawan Gunardi & Siti Hajar binti Abdul Halim

Faculty of Syariah and Law, Universiti Sains Islam Malaysia, 71800 Nilai, Negeri Sembilan Malaysia. Email: setiyawan@usim.edu.my

ABSTRAK

Penggunaan prinsip maqasid syariah amat dinamik dalam perkara kehidupan manusia antara satu sama lain. Kehidupan di dunia ini terdiri daripada pelbagai agama, bangsa dan suku. Realiti kepelbagaian ini memerlukan satu mekanisme yang dapat melindungi kesemua golongan sama ada yang muslim mahupun bukan muslim. Oleh itu, kajian ini bertujuan menjelaskan maqasid syariah yang menjadi prinsip dalam bermuamalah antara manusia. Juga mendedahkan golongan bukan Islam yang menjalankan kehidupan di Malaysia, sehingga boleh mewujudkan suasana masyarakat yang aman dan bersatu. Kajian ini adalah berdasarkan kepada analisis kajian daripada rujukan yang bersifat deskriptif. Data yang diperoleh adalah bersumberkan data primer, iaitu al-Quran dan hadith. Juga data sekunder seperti jurnal, artikel, buku dan juga laman web dan pemerhati kehidupan masyarakat. Hasil kajian mendapati bahawa maqasid syariah menjadi rujukan dalam bermuamalah antara sesama manusia. Pada masa yang sama, orang bukan Islam juga akan mendapat manfaat yang besar apabila menjalani kehidupan berpaksikan *maqasid syariah* walaupun hanya sesetengah sahaja yang mampu dijalankan oleh mereka.

Kata kunci: Maqasid syariah, dinamik, mekanisme, muamalah, golongan bukan Islam.

PENGENALAN

Perbincangan ilmu maqasid syariah semakin berkembang dan mendapat tempat dalam dunia keilmuan pada era dunia tanpa sempadan ini. Ia menjadi satu disiplin ilmu yang mengkaji dan memperinci objektif utama syariat Islam dalam memelihara lima prinsip asas iaitu memelihara agama, nyawa, akal, keturunan dan harta bagi memberi masalah kepada manusia keluruhanannya.

Prinsip *maqasid syariah* merangkumi gagasan yang utuh yang merangkumi seluruh aspek kehidupan bermula dari sekecil-kecil perkara sehingga sebesar-besar perkara yang mana ia menjadi kerangka lengkap untuk pembangunan negara Islam. Ia juga merupakan salah satu elemen penting yang diambil kira dalam proses penentuan sesetengah hukum syarak bagi isu-isu dan masalah hukum semasa. Ia bukan sahaja terhad pada penentuan hukum, bahkan menurut para fuqaha dan ilmuan Islam, kepentingan dan peranan *maqasid syariah* adalah meluas dan bermanfaat untuk orang Islam dan juga orang bukan Islam. Hal ini kerana, Islam bersama maqasidnya diturunkan khusus untuk seluruh umat manusia, ia amat penting dalam memainkan peranan dalam bermuamalah dengan komuniti insan yang pelbagai latar belakang agama termasuklah orang bukan Islam. Tambahan pula, tanggungjawab sebagai seorang hamba Allah di muka bumi adalah sentiasa berhubungan baik sesama insan dalam keamanan dan kesejahteraan dalam menjalani kehidupan bersama insan di sekeliling mereka. Oleh itu, *maqasid syariah* diturunkan sebagai satu wadah yang menyempurnakan tertib kehidupan seseorang dalam bermuamalah dengan masyarakat termasuklah masyarakat bukan Islam, kerana pada hakikatnya masyarakat bukan Islam termasuk dalam taklifan maqasid syariah yang menjadi pelengkap cara hidup mereka.

Maqasid syariah menjadi tiang dalam meneguhkan jalan hidup individu ke arah kehidupan yang sejahtera dan cemerlang. Ia juga diguna pakai dalam sistem pembangunan sesebuah negara Islam bagi menggubal dasar-dasar dan polisi-polisi yang berkaitan dengan sosial,

ekonomi dan politik supaya selari dengan kehendak syarak. Dengan melihat kepada perkembangan *maqasid syariah* dalam kalangan umat Islam, bahas ilmiah ini bertujuan untuk mendekatkan hati insani khususnya orang bukan Islam dalam memahami keindahan hidup berlandaskan *maqasid syariah* yang bertepatan dengan tujuan pensyariatan dari Allah pemilik dunia dan segala isinya. Justeru, kesan aplikasi-aplikasi yang tersurat dalam syariat Islam akan memberi bukti bahawasanya Islam adalah sebaik-baik pegangan hidup yang memberi jaminan ke arah kemajuan individu dan negara. (Azman Mohd Noor & Nasir Haron, n.d)

PERMASALAHAN KAJIAN

Konsep, peranan dan kedudukan *maqasid* dalam fiqh perlu kepada penjelasan dengan terperinci. Hal ini kerana konsep *maqasid syariah* masih samar dan tidak diketahui oleh orang Islam sendiri, apatah lagi jika konsep ini mahu disebatikan dalam diri orang bukan Islam. Hal ini menimbulkan kurangnya penyebaran dan pemahaman mengenai *maqasid syariah*, sama ada melalui media massa mahupun media cetak.

Maqasid syariah merupakan suatu teori yang tersirat dengan kebaikan apabila ia diaplikasikan, malahan ilmu *maqasid* telah dipelopori oleh Islam beberapa abad yang lalu sebelum wujudnya Hukum Hak Asasi Manusia yang terkandung undang-undang yang bertentangan dengan fitrah sebenar individu dan masyarakat. Malangnya, umat Islam lebih memandang serius terhadap Hukum Hak Asasi Manusia disebabkan tanggapannya yang negatif terhadap Islam itu sendiri sehingga membuatkan orang bukan Islam mempunyai perspektif yang buruk terhadap sisi Islam yang sebenar. Hal ini akan lebih membawa mudarat dan menjauhkan mereka dari landasan hidup yang berpaksikan kebenaran. Oleh itu, kajian ilmiah ini akan memberi pencerahan terhadap umat Islam dan juga bukan Islam dalam memahami konteks sebenar *maqasid syariah* yang berdasarkan kepada pengaplikasian masalah untuk umat seluruh alam.

Muamalat antara orang Islam dan orang bukan Islam tidak berlaku harmoni. Terkadang berlaku pergaduhan dan permusuhan. Tiada persefahaman antara orang Islam dan bukan Islam kerana orang bukan Islam merasakan agama yang dianuti akan terancam dan terjejas apabila wujudnya komuniti yang tidak sama latar belakang agama dengan mereka. Perpecahan masyarakat akan berlaku berterusan sekiranya tidak diselesaikan dengan menggunakan kaedah yang boleh menyatukan mereka semua. Oleh itu perlu kepada konsep dan panduan dalam bermuamalah kepada orang bukan Islam berasaskan kepada *maqasid syariah*.

OBJEKTIF KAJIAN

Untuk menjelaskan kajian ini, objektif terhadap kajian ini sebagaimana berikut:

1. Mengenalpasti *maqasid syariah* dari sudut fiqh untuk dijadikan sebagai rujukan atau panduan.
2. Menjelaskan kategori orang bukan Islam di Malaysia untuk mengetahui kedudukan mereka.
3. Mendedahkan kesan pengaplikasian *maqasid syariah* dalam bermuamalah dengan orang bukan Islam untuk dijadikan panduan dan rujukan.

METODOLOGI KAJIAN

Dalam menghuraikan permasalahan kajian dan penyelesaiannya, maka kajian ini menggunakan metod analisis melalui kajian kepustakaan dan juga melalui pemerhatian isu-isu semasa. Kaedah perpustakaan dilaksanakan dengan memperolehi sebanyak mungkin rujukan mengenai *maqasid syariah* dan pendekatan muamalah terhadap orang bukan Islam. Jadi, ini menunjukkan jawapan terhadap tajuk kajian dapat diselesaikan dengan sebaiknya berdasarkan rujukan yang bersesuaian. Rujukan sumber utama melalui kitab *maqasid syariah* karangan ulama Islam sama ada yang terdahulu dan terkini. Seterusnya, rujukan sekunder melalui jurnal *maqasid syariah* dan juga tesis, laman web yang berkaitan dengan *maqasid syariah*. Ditambah pula dengan metod pemerhatian isu-isu berbangkit.

Pada akhirnya, setelah semua data terkumpul, maka akan menfokuskan metod diskriptif dan dianalisis untuk menghasilkan kajian yang baik dan progresif.

KAJIAN LEPAS

Isu-isu asas berkaitan dengan *maqasid syariah* dan undang-undang telah dikaji dalam jurnal-jurnal dan kertas kerja persidangan. Maqasid Syariah dan Hak Asasi Manusia dikaitkan satu sama lainnya. Khairul Azhar Meerangani et.al. (2013) menjelaskan hak asasi bukan Islam di Malaysia, persoalan hak asasi yang menjadi pertikaian masyarakat, jika dikaitkan dengan agama. Juga menjelaskan Islam yang mampu memenuhi keperluan orang bukan Islam dalam menjalani kehidupan. Namun tidak mengkaitkan dengan maqasid syariah, sebagai panduan.

Khadijah MK & Mohd Herzali MH (2008) memaparkan kupasan berkaitan konsep toleransi beragama dari sudut pandangan Islam dan sudut Artikel 11 Perlembagaan Persekutuan Malaysia. Amalan toleransi masih dinilai kabur bagi umat Islam dan bukan Islam, sehingga kadangkala boleh mencetuskan kekenduran. Toleransi juga belum dikaitkan dengan maqasid syariah sebagai panduan dalam bermasyarakat yang majmuk. Khairul Azhar Meerangani et.al. (2017) menjelaskan kewajaran penggunaan istilah Al-Dhimmi sebagai status kewarganegaraan terhadap non Muslim di Malaysia, dengan mengkaitkan dengan peruntukan Perlembagaan Persekutuan Islam. Pada akhirnya, istilah al-muwatin lebih sesuai dan tepat dengan sistem pemerintahan negara.

Mohd Rumaizuddin Ghazali, MR (2014) turut membahaskan maqasid syariah dalam memelihara sistem kehidupan manusia dan bukan sahaja terhad kepada prinsip asas yang lima itu, malahan maqasid syariah seharusnya menjadi model ke arah pemahaman sebenar Islam yang melengkapinya cara hidup yang sempurna dan menyeluruh.

Secara umum, para ulama telahpun membincangkan maqasid syariah dan tafsir al-Quran, walau begitu perlu menjelaskan secara mendalam, jika berkaitan dengan aplikasi untuk bermuamalah dengan bukan orang Islam. Manakala, secara realiti dan pemerhatian, laman web juga turut memberikan maklumat kesahihan berita semasa yang berlaku di Malaysia.

PERBINCANGAN DAPATAN KAJIAN

Kajian *Maqasid Syariah* bermula daripada sudut fiqh untuk dijadikan sebagai rujukan atau panduan. Seterusnya, cara aplikasi dalam kehidupan berbilang agama dan bangsa.

Definisi *Maqasid Syariah*

Para ulama dan ilmuwan Islam telahpun mengemukakan definisi *Maqasid Syariah*. Ini, bagi memberi gambaran sebenar. Imam al-Ghazali mendefinisikan *Maqasid Syariah* sebagai masalah yang mengambil manfaat dan menolak keburukan dan ini sememangnya menjadi tujuan umat manusia dan bertujuan untuk memelihara lima perkara asas manusia (*usul al-khams*) iaitu untuk memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Setiap perkara yang bertujuan untuk memelihara *usul al-khams* ini dikenali sebagai *maslahah*, manakala perkara yang memudaratkan *usul al-khams* pula dikenali sebagai *mafsadah*. (al-Zarqa, Mustafa 1998)

Menurut ‘Ilal al-Fasi (1993), bahawa *Maqasid Syariah* sebagai tujuan dan rahsia yang telah ditetapkan oleh Allah dalam sesuatu hukum. Beliau juga telah membahagikan maqasid kepada dua iaitu maqasid umum dan maqasid khusus. Maqasid umum ialah matlamat syariah secara umum, manakala maqasid khusus ialah rahsia di sebalik setiap hukum.

Menurut Imam Syathibi (1996) tujuan akhir hukum tersebut adalah satu, iaitu mashlahah atau kebaikan dan kesejahteraan buat seluruh manusia. Imam Al-Syathibi telah melihat *maqasid syariah* dari dua sudut: *wujud* dan *adam* atau *the presence and the absence*. Dalam bukunya al-Muwafaqat beliau mengatakan bahawa: “Menjaga *maqasid syariah* harus dengan dua hal. Pertama, menegakkan dasar dan parameter sebagai bentuk khusus terhadap *wujud*. Kedua, menghalang kerosakan yang akan berlaku atau dijangkakan akan berlaku sebagai bentuk khusus

terhadap *adam*. Adapun konsep *maqasid* menurut Imam Syathibi pada dasarnya masih memerlukan penjelasan dan penghuraian yang dapat dirungkaikan dan menghubungkannya dengan keadaan sebenar kehidupan manusia pada waktu sekarang. Selain itu, menurut pandangan al-Syatibi, bahawa Allah telah menetapkan syariat-Nya untuk memberikan kebaikan (*maslahah*) kepada manusia dan mengelakkan kerosakan (*mafsadah*) daripada menimpa mereka.

Berdasarkan takrifan di atas, maka didapati bahawa *maqasid syariah* adalah tujuan syariah sebagai panduan dalam mendapat masalah dan mengelak mudarat, sama ada secara umum mahupun khas demi kepentingan bersama.

Pembahagian *Maqasid Syariah*

Maqasid Syariah terbahagi kepada beberapa pembahagian berdasarkan kepada beberapa aspek seperti berikut:

Kategori *maqasid* berdasarkan puncanya: *Maqasid Syari' Allah Taala*.

Maqasid yang diletakkan oleh Allah dalam mensyariatkan hukum. Bertujuan untuk menarik kebaikan dan menolak kejahatan di dunia dan di akhirat. Menurut al-Syatibi (1996), *Maqasid Syari'* terbahagi kepada empat bahagian:

- i. Tujuan Allah mencipta syariat untuk sendiri.
- ii. Tujuan Allah mencipta syariat untuk difahami.
- iii. Tujuan Allah menjadikan syariat untuk diamalkan.
- iv. Tujuan Allah meletakkan mukallaf di bawah hukum syarak.

Berasaskan kepada kelompok manusia dan kaitannya dengan Hukum Syarak

Hukum-hukum syarak secara keseluruhannya, *maqasid syariah* boleh dibahagikan kepada tiga jenis, iaitu:

- a) *Maqāṣid ʿĀmmah*: iaitu objektif dan tujuan syarak dalam sebahagian besar hukum syarak seperti objektif memudahkan dan tidak menyukarkan, objektif menjaga sistem kehidupan manusia supaya teratur dan objektif manusia sebagai khalifah di atas muka bumi ini. Hukum-hukum syarak secara keseluruhannya sama ada secara langsung atau tidak langsung bertujuan untuk mencapai dan menjaga objektif-objektif ini. (ʿUqlah,1991)
- b) *Maqāṣid Khaṣṣah*: iaitu objektif syarak yang ingin dicapai oleh sekelompok hukum secara khusus seperti objektif syarak berkaitan dengan harta, kekeluargaan atau hukuman. Setiap kelompok hukum tersebut mempunyai objektif dan tujuannya yang tersendiri.
- c) *Maqāṣid Juzʿiyyah*: iaitu objektif dan tujuan yang ingin dicapai oleh setiap hukum syarak secara satu persatu seperti pengharaman arak, judi dan meminang perempuan yang telah bertunang. Setiap satu hukum ini mempunyai objektif dan tujuan yang ingin dicapainya. *Maqāṣid* ini juga dikenali sebagai hikmah, rahsia syarak dan *ʿillah*.

Kategori orang bukan Islam dalam Islam.

Orang bukan Islam dalam Islam, bermakna kafir ditakrifkan sebagai orang yang (secara iʿtiqad dan ʿamaliyah) tidak menerima Islam sebagai agama dan tidak tunduk patuh kepadanya. Berkata Imam Nawawi Rahimahullah: Syirik dan kufur membawa maksud yang satu iaitu mengingkari Allah. Perbezaan antara kufur dan syirik adalah syirik itu lebih khusus kepada penyembahan berhala dan selain Allah, manakala kufur bersifat lebih umum daripada syirik.

Seseorang tidak dikategorikan sebagai kafir yang berhak kekal dalam api neraka Allah kerana akidah Islam tidak sampai kepadanya, ataupun Islam sampai kepadanya dalam keadaan yang buruk dan menakutkan, ataupun mereka tidak memahami hujah-hujah Islam walupun sudah berusaha mencari kefahaman mengenainya. Akan tetapi menjadi suatu kepastian bahawa Allah tidak akan mengampuni perbuatan syirik dalam kalangan hamba-Nya sepertimana yang diterangkan dalam al-Quran (Yusuf Al-Qaradhawi 2016).

Jenis Kafir

Jenis ini terbahagi kepada 3 bentuk:

A. Kafir Hakiki – mereka yang memang tidak menerima Islam sebagai anutan (Bukan Islam) dan mensyirikkan Allah dengan sesuatu. Mereka ini terbahagi kepada beberapa kumpulan antaranya Kafir Zimmi dan Kafir Harbi. Fenomena Kafir Hakiki ini juga boleh terjadi kepada ummat Islam apabila mereka murtad (keluar dari agama Islam), berbuat syirik kepada Allah Taala dan melakukan perkara-perkara (secara didalam hati, perkataan dan perbuatan) yang membatalkan syahadah iman mereka.

- Bagi kafir zimmi dan harbi, mereka terbahagi kepada Yahudi, Nasrani, Atheis dan juga Majusi seperti yang berikut:

- Majusi atau Zoroastrianisme adalah sebuah agama purba Parsi yang diasaskan oleh Zarathustra. Ia juga bukan sahaja sebuah agama, tetapi sebuah falsafah kehidupan yang berkembang dari Parsi sebelum kedatangan Islam. Dan dikatakan mereka mempunyai Nabi dan kitab yang dinamakan *Zend Avesta*. Penganut Majusi memuja unsur-unsur alam, planet dan juga api.
- Yahudi: Mereka beriman dengan kitab Taurat yang diturunkan kepada Nabi Musa ﷺ, dan ada yang berpendapat nama Yahudi dikenali sebagai Yahuda sempena nama Yahuza anak Nabi Ya^ﷺakub.
- Nasrani: Mereka mempercayai kitab Injil yang diturunkan kepada Nabi Isa ﷺ. Nama Nasrani diambil dari nama sebuah perkampungan di sudut Palestin dan dinisbahkan kepada Nabi Isa bin Maryam.
- Atheis: Ateisme bukan satu agama tetapi merupakan satu bentuk kepercayaan yang menafikan kewujudan Tuhan. Ateisme dalam Bahasa Arab adalah *al-ilhad*. Menurut Ibn al-Faris, *lam*, *ha'* dan *dal* merujuk kepada menyimpang daripada pandangan yang lurus. *Alhad al-rajul* bermaksud seorang lelaki telah menyimpang daripada jalan kebenaran.

B. Kafir Kitabi – golongan manusia yang tidak mengikut kitab-kitab samawi tulen, yang diturunkan kepada para nabi dan ummatnya terdahulu sebelum Al Qur'an (Zabur kepada Nabi Daud, Taurat kepada Nabi Musa dan Injil kepada Nabi Isa).

C. Kafir Amali – fenomena ini terjadi ke atas ummat Islam yang meninggalkan amalan-amalan wajib dalam hokum Islam yang diwajibkan ke atasnya dilaksanakan seperti solat, puasa, zakat, haji dan sebagainya. Inilah keadaan kafir yang banyak terjadi kepada orang Islam.

Menurut konsep fiqh siyasah syariah, pembahagian orang bukan Islam terbahagi kepada tiga seperti yang dikatakan oleh Imam Ibnu Qayyim (1367H/1948): “Setelah surat Barâ`ah (at-Taubah) turun, masalah orang kafir terbagi menjadi tiga golongan: kafir harbi (al-muhâribîn), ahlu al-`ahd dan ahlu adz-dzimmah. Tetapi dalam konteks kehidupan beragama di negara ini penduduknya terdiri daripada Islam dan bukan Islam. Dan menurut 'uruf di Malaysia, pada dasarnya terdapat dua jenis status orang bukan Islam iaitu Kafir Mu'ahad dan Kafir Musta'min.

Status Orang Kafir Di Malaysia Sekarang

Dari segi persoalan sama ada wujud atau tidak golongan kafir *zimmi* di Malaysia seperti sekarang, maka jawapannya dikembalikan kepada ‘takrif’ kafir *zimmi* itu sendiri. Oleh kerana maksud kafir *zimmi* bermaksud orang bukan Islam yang tinggal di dalam Negara Islam, sedangkan negara Malaysia masih belum layak digelar Negara Islam kerana hanya separuh hukum Islam dijadikan undang-undang dan panduan kepada rakyatnya, maka jelaslah bahawa kita tidak dapat lagi mengkategorikan atau menamakan mereka sebagai *ahli zimmi*. Ini dari satu sudut. Dari sudut yang lain, kafir *zimmi* atau dikenali juga sebagai *ahli zimmah*, adalah kerana kedudukan mereka yang tunduk patuh kepada hukum-hakam Islam serta mereka membayar jizyah sebagai balasan perlindungan (zimmah) yang diberikan oleh Negara Islam kepada mereka. Sedangkan pada hari

ini, tidak ada satu negara pun di mana orang-orang kafir membayar jizyah di dalamnya, dan tidak ada satu negara pun yang menerapkan hukum-hukum Islam yang mana orang kafir tunduk patuh kepadanya. Begitu jugalah Malaysia yang masih belum mengamalkan hukum Islam dengan sepenuhnya.

Berhubung dengan kafir *mu'ahid* atau kafir *musta'min*, yang menjadi parameter adalah perjanjian mereka dengan, atau keizinan masuk (visa) mereka ke dalam negara Muslimin (*bilad al-muslimin*). Jika negara kafir melakukan perjanjian atau individu kafir dari negara tersebut diizinkan masuk ke dalam *bilad al-muslimin*, maka status mereka akan termasuk sebagai *mu'ahid* atau *musta'min* berdasarkan kategori masing-masing. Selain itu, kewujudan Perlembagaan Persekutuan telah membenarkan kewujudan orang bukan Islam untuk tinggal di Malaysia dan memberi hak mereka selagi tidak melakukan kekacauan dalam masyarakat.

Penggunaan istilah kafir *harbi* terhadap rakyat Malaysia yang bukan Islam dalam situasi ini dilihat berpotensi mencetuskan ketegangan terutamanya dalam kalangan masyarakat awam yang sebahagiannya hanya memahami konsep *harbi* sebagai golongan non Muslim yang diharuskan nyawanya untuk diperang.

Bagi Malaysia, pemberian kewarganegaraan adalah berdasarkan kontrak perjanjian namun elemen agama tidak dijadikan sebagai dasar utama dalam penentuan kewarganegaraan tersebut bahkan keutamaan terhadap sebahagian warganegara Malaysia adalah berdasarkan status mereka sebagai bumiputera tanpa mengira agama. Hal ini dapat dilihat apabila warga bumiputera yang bukan Muslim juga seperti peribumi Sabah dan Sarawak mendapatkan kelebihan tertentu aspek dalam pentadbiran, pelajaran dan pemilikan tanah berbanding golongan bukan bumiputera yang beragama Islam. Maka, pemeliharaan keistimewaan sebagai warganegara berdasarkan status asal ini mewajarkan penukaran istilah tersebut bagi meraikan realiti semasa yang wujud pada hari ini yang menyaksikan pemberian kewarganegaraan berdasarkan keagamaan ini telah digantikan dengan pemberian kewarganegaraan berdasarkan keperibumian bertujuan memelihara hak dan kedudukan penduduk asal sesuatu penempatan. Maka, penyelarasan penggunaan istilah *al-muwatin* bagi orang bukan Islam bagi merujuk kepada warganegara adalah lebih relevan berdasarkan realiti semasa yang wujud di Malaysia ketika ini dan bersesuaian dengan konsep *maqasid* yang dibawa oleh Islam. Namun begitu, perlu difahami bahawa aspek yang mengalami perubahan hanyalah berkaitan penggunaan istilah sahaja di mana peruntukan hak yang telah ditetapkan oleh pihak kerajaan terutamanya yang terkandung dalam Bahagian 2 Perlembagaan Persekutuan tetap perlu dipatuhi dan dihormati oleh semua pihak bagi menjamin kestabilan masyarakat di negara ini dan kedudukan Malaysia sebagai negara yang menghimpunkan kemajmukan bangsa dan agama perlu menginterpretasikan konsep ini dalam usaha mewujudkan sebuah masyarakat yang bersatu (Khairul Azhar Meerangani et. Al. 2017).

Konsep rahmatan lil'alamiin dan hubungannya dengan orang bukan Islam.

Pembangunan konsep Rahmah yang dibawa oleh Islam yang menaungi seluruh alam adalah berteraskan Al-Quran, terutamanya ayat 107 daripada Surah Al-Anbiya' yang bermaksud: "*Dan tiadalah Kami mengutuskan engkau (wahai Muhammad) melainkan untuk menjadi rahmat bagi sekalian alam (Rahmatan lil `Alamin)*". Dalam konteks ayat ini kita tidak mengehendkan rahmat itu pada susuk tubuh Rasulullah SAW semata-mata, kerana selepas kewafatan Rasulullah SAW Islam terus berkembang dan tersebar. Maka rahmat yang tiba bersama Islam dan ajaran yang dibawa oleh Rasulullah SAW itu, tidak sesekali tamat. Kerana itu, kita menganggap bahawa ayat ini sebagai bukti, bahawasanya Islam merupakan rahmat kepada sekalian alam.

Terdapat juga hadis-hadis Rasulullah (s.a.w.) yang banyak menjelaskan keluasan Rahmah yang bersifat universal bersesuaian dengan kehidupan manusia. Namun demikian, sifat universal yang dimaksudkan tertakluk pada kesesuaian dan kewajarannya yang boleh diterima dan dipraktikkan oleh seluruh manusia. Dengan kata lain, tidak kesemua inti pati ajaran Islam itu adalah bersifat universal kerana ibadah khususnya, ia melambangkan nilai nilai cemerlang yang

terkandung di dalam agama Islam itu sendiri. Justeru itu, universal dalam Islam boleh dibahagikan kepada dua kerangka utama. Pertama; kesatuan mutlak terhadap Tuhan Yang Maha Esa (tawhid) yang dilandasi dengan satu keyakinan yang utuh tanpa batasan ras, bangsa dan sempadan geografi. Kedua; penegasan prinsip-prinsip moral seperti keadilan, mushawarah, tolong-menolong, melakukan perkara-perkara yang membawa kepada kesejahteraan dan juga larangan daripada melakukan perkara-perkara yang membawa kepada bencana atau kemusnahan (Khadijah MK & Mohd Herzali MH 2008).

Rahmat pada bahasa bermaksud kelembutan yang bergandingan dengan rasa hiba. Dalam konteks penggunaan istilah ini Ar-Raghib al-Ashfahani menguraikan bahwa ar-rahmah boleh membawa makna al-riqqah (kelembutan) atau al-ihsân (kebajikan) atau al-khayr (kebaikan) dan an-ni'mah (kenikmatan). Dan dengan kata lain rahmat diertikan sebagai kasih sayang. Dengan demikian Rahmatan lil'alam in secara bahasa adalah kasih sayang bagi seluruh alam. Jadi, diutusnya Nabi Muhammad Shallallahu 'alaihi Wa sallam adalah bentuk kasih sayang Allah kepada seluruh manusia (al-Ashfahani 2009: 253-254).

Penafsiran Rahmatan Lil'Alamin Menurut Para Ahli Tafsir

Istilah rahmah seperti dicatat al-Jurjani (1413H) dalam kitab al-Ta'rifat bahawa rahmah merujuk kepada suatu keinginan menyampaikan kebaikan. Ini bermakna risalah Rasulullah (s.a.w.) yang membawa rahmatan li al-'alamin itu, merupakan suatu keinginan Allah Taala untuk memberikan kebaikan dan kesejahteraan kepada seluruh alam semesta terutama manusia yang semestinya terlaksana menerusi penghayatan yang tepat.

Dr Wahbah al-Zuhayli (1418H) dalam tafsir karangannya al-Tafsir al-Munir menjelaskan 'bahawa Kami (Allah s.a.w.) tidak mengutusmu wahai Muhammad dengan syariah, petunjuk dan hukum al-Quran kecuali sebagai rahmat bagi seluruh alam dalam kalangan manusia serta jin di dunia dan akhirat.

Kedua-dua tafsiran dari dua ulama ini menghubungkan konsep rahmatan li al-'alamin dengan bentuk perutusan agama yang dibawa Rasulullah (s.a.w.). Unsur rahmat akan hanya diperoleh apabila tidak dipisahkan daripada syariat atau risalah Baginda, iaitu datang menerusi dan bersama pelaksanaan setepatnya isi kandungan risalah tersebut. Rahmat tidak akan datang di luar daripada kerangka dan isi keseluruhan hukum-hakam serta suruhan dan larangan yang terkandung dalam Islam.

Dalam konteks hubungan dengan bukan muslim, syariat Islam menjelaskan hubungan baik dan toleransi boleh berlangsung asalkan sikap dan layanan mereka tidak mencero boh umat Islam seperti firman Allah Taala yang bermaksud "Allah tidak melarang kamu berbuat baik (dalam urusan dunia) dan berlaku adil terhadap orang (bukan Muslim) yang tiada memerangimu kerana agama dan tidak (pula) mengusir kamu dari negerimu. Sesungguhnya Allah menyukai orang berlaku adil." (Al-Mumtahanah: 8)

Makna Rahmatan Lil'Alamin Menurut Ibnu Qayyim Al Jauziyyah

Berikut ini adalah kutipan isi tafsir Ibnu Qayyim surat Al-Anbiya ayat 107: "Pendapat yang lebih tepat dalam menafsirkan ayat ini adalah bahwa rahmat disini bersifat umum. Dalam masalah ini, terdapat dua penafsiran:

Pertama: Alam semesta secara umum mendapat manfaat dengan diutusnya Nabi Muhammad (s.a.w.). Orang yang mengikuti Baginda, dapat meraih kemuliaan di dunia dan akhirat sekaligus. Orang kafir yang memerangi beliau, manfaat yang mereka dapatkan adalah dipercepatkan pembunuhan dan maut bagi mereka, itu lebih baik bagi mereka. Kerana hidup mereka hanya akan menambah kepedihan azab kelak di akhirat. Kebinasaan telah ditetapkan bagi mereka. Sehingga, dipercepatnya ajal lebih bermanfaat bagi mereka daripada hidup menetap dalam kekafiran. Orang kafir yang terikat perjanjian dengan Baginda, manfaat bagi mereka adalah

dibiarkan hidup didunia dalam perlindungan dan perjanjian. Mereka ini lebih sedikit keburukannya daripada orang kafir yang memerangi Nabi Muhammad.

Orang munafik, yang menampakkan iman secara zahir sahaja, mereka mendapat manfaat dalam bentuk terpeliharanya darah, harta, keluarga dan kehormatan mereka. Mereka pun diperlakukan sebagaimana kaum muslimin yang lain dalam hukum waris dan hukum yang lain.

Dan pada umat manusia setelah Baginda diutus, Allah Ta'ala tidak memberikan azab yang menyeluruh kepada umat manusia di bumi. Kesimpulannya, semua manusia mendapat manfaat dari perutusan Nabi Shallallahu 'alaihi Wa sallam.

Kedua: Islam adalah rahmat bagi setiap umat manusia, namun orang yang beriman menerima rahmat ini dan mendapatkan manfaat di dunia dan di akhirat. Sedangkan orang kafir menolaknya. Sehingga bagi orang kafir, Islam tetap dikatakan rahmat bagi mereka, namun mereka enggan menerima (Ibn Qayyim, Tafsir Al-Qayyim 1367H/1948).

Makna Rahmatan Lil'Alamin Menurut Muhammad bin Jarir Ath Thabari

Dalam tafsir al-Tabari dapat kita temukan bahwa tafsir QS. Al-Anbiya ayat 107 tersebut sebagai berikut:

“Para ahli tafsir berbeza pandangan tentang makna ayat ini, adakah seluruh manusia yang dimaksud dalam ayat ini adalah seluruh manusia sama ada mukmin atau kafir? Ataupun hanya manusia mukmin sahaja?

Sebahagian ahli tafsir berpendapat, yang dimaksud adalah seluruh manusia baik mukmin ataupun kafir. Mereka berdalilkan riwayat dari Ibnu Abbas radhiallahu'anhu dalam menafsirkan ayat ini:

من آمن بالله واليوم الآخر كتب له الرحمة في الدنيا والآخرة , ومن لم يؤمن بالله ورسوله عوفي مما أصاب الأمم من الخسف والقذف

“Sesiapa yang beriman kepada Allah dan hari akhir, ditetapkan baginya rahmat di dunia dan akhirat. Namun sesiapa yang tidak beriman kepada Allah dan Rasul-Nya, bentuk rahmat bagi mereka adalah dengan tidak ditimpa musibah yang menimpa umat terdahulu, seperti mereka semua di tenggelamkan atau di terpa gelombang besar”

Dalam riwayat yang lain:

تمت الرحمة لمن آمن به في الدنيا والآخرة , ومن لم يؤمن به عوفي مما أصاب الأمم قبل

“Rahmat yang sempurna di dunia dan akhirat bagi orang-orang yang beriman kepada Rasulullah. Sedangkan bagi orang-orang yang enggan beriman, bentuk rahmat bagi mereka adalah dengan tidak ditimpa musibah yang menimpa umat terdahulu”

Pendapat ahli tafsir yang lain mengatakan bahawa yang dimaksud adalah orang-orang beriman saja. Mereka membawakan riwayat dari Ibnu Zaid dalam menafsirkan ayat ini:

فهو لهؤلاء فتنه ولهؤلاء رحمة , وقد جاء الأمر مجملا رحمة للعالمين . والعالمون هاهنا : من آمن به وصدق وأطاعه

“Dengan diutusnya Rasulullah, ada manusia yang mendapat bencana, ada yang mendapat rahmah, walaupun bentuk penyebutan dalam ayat ini sifatnya umum, iaitu sebagai rahmat bagi seluruh manusia. Seluruh manusia yang dimaksud di sini adalah orang-orang yang beriman kepada Rasulullah, membenarkannya dan menaatinya”

Pendapat yang benar dari dua pendapat ini adalah pendapat yang pertama, sebagaimana riwayat Ibnu Abbas. Allah mengutus Nabi Muhammad (s.a.w.) sebagai rahmat bagi seluruh manusia, baik mu'min mahupun kafir. Rahmat bagi orang mu'min iaitu Allah memberinya petunjuk dengan sebab diutusnya Rasulullah (s.a.w.). Beliau (s.a.w.) memasukkan orang-orang beriman ke dalam surga dengan iman dan amal mereka terhadap ajaran Allah. Sedangkan rahmat

bagi orang kafir, berupa tidak disegerakannya bencana yang menimpa umat-umat terdahulu yang mengingkari ajaran Allah” (Ibn Jarir At-Thabari 2001).

Makna Rahmatan Lil’Alamin Menurut Muhammad bin Ahmad al-Qurtubi dalam Tafsir al-Qurthubi

“Said bin Jubair berkata: dari Ibnu Abbas, beliau berkata:

كان محمد صلى الله عليه وسلم رحمة لجميع الناس فمن آمن به وصدق به سعد , ومن لم يؤمن به سلم مما لحق الأمم من الخسف والغرق

“Muhammad (s.a.w.) adalah rahmat bagi seluruh manusia. Bagi yang beriman dan membenarkan ajaran beliau, akan mendapat kebahagiaan. Bagi yang tidak beriman kepada beliau, diselamatkan dari bencana yang menimpa umat terdahulu berupa ditenggelamkan ke dalam bumi atau ditenggelamkan dengan air”

Ibnu Zaid berkata:

أراد بالعالمين المؤمنين خاص

“Yang dimaksud ‘seluruh manusia’ dalam ayat ini adalah hanya orang-orang yang beriman” (Al-Qurthubi 1941).

Dengan itu, dapat disimpulkan di sini bahawa konsep Rahmatan lil alamin, tidak bermaksud menafikan ajakan kepada kebenaran, peringatan dari kebatilan, dan pengingkaran terhadap kemungkaran sepertimana Allah subhanahu wa ta’ala berfirman,

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ

“Dan Kami tidak mengutusmu (Muhammad) melainkan kepada seluruh umat manusia sebagai pembawa berita gembira (bagi orang yang beriman) dan sebagai pemberi peringatan (bagi orang derhaka/kafir), tetapi kebanyakan manusia tiada mengetahui.” (QS. Saba’: 28)

Rahmatan lil alamin tidak bermaksud bebas tanpa batas sempadan, bahkan Rahmatan lil alamin itu terkadang berperanan sebagai pemberi peringatan keras bahkan terkadang dengan perang. Itulah sebabnya Rasulullah Muhammad (s.a.w.) sebagai rahmatan lil’alamin beberapa kali melakukan peperangan.

Itulah makna Rahmatan lil alamin yang sebenarnya, terkandung dua sisi yang tidak dapat ditinggalkan salah satu dari keduanya: kelembutan dan ketegasan. Masing-masing diterapkan sesuai dengan situasi dan keadaan yang tepat. Tetapi yang dikedepankan adalah kasih sayang dan kelembutan. Demikianlah yang terpancar dari kehidupan Rasulullah (s.a.w.) sang teladan terbaik umat manusia yang diutus sebagai rahmatan lil alamin.

Pengaplikasian *maqasid syariah* dalam bermuamalat dengan orang bukan Islam untuk dijadikan sebagai panduan dan rujukan.

Berdasarkan kepada pemerhatian terhadap isu-isu yang berbangkit dalam masyarakat berbilang kaum, agama dan budaya. Isu yang berlaku menyebabkan wujudnya asas sentimen perkauman sehingga mencetuskan perpecahan masyarakat gara-gara tiada kesafahaman dan tidak bertolak ansur antara pihak yang terlibat.

Islam dan hak asasi kemanusiaan tidak dapat dipisahkan. Hak kemanusiaan kadangkala dianggap sebagai tanggapan moral yang didukung oleh masyarakat dan sebahagian besarnya dilaksanakan dengan undang-undang. Justeru, hak-hak yang digariskan oleh setiap perlembagaan sesebuah negara dan agama perlu diakui dan ditegakkan secara adil, berhemah dan bijaksana.

Islam menggariskan beberapa kaedah berkaitan menjaga keturunan antaranya seperti disyariatkan perkahwinan, dianjurkan berkahwin dengan anak dara, diharuskan berpolidami bagi yang mampu dan diharamkan zina serta menutup pintu-pintu yang boleh membawa kepada zina (*‘saddu azzarai’*). Manakala perbuatan yang boleh menghalang dari bertambahnya keturunan

adalah dilarang seperti meninggalkan berkahwin, mencegah kehamilan tanpa sebab yang munasabah dalam hukum Islam dan menggugurkan anak. (Mustafa Afifi & Mahyeddin 2013).

Dasar utama tamadun Islam ialah untuk memelihara dan memulihkan serta menghormati hak asasi manusia yang telah dianugerahkan Allah (s.w.t.) kepada hamba-hambaNya di dunia ini, termasuklah lain-lain makhluk ciptaanNya. Dasar utama tamadun Islam ini ditentukan, didorong dan didukung oleh beberapa aspek penting iaitu memelihara keselamatan agama, memelihara nyawa atau jiwa, memelihara keselamatan akal, memelihara maruah atau keturunan, memelihara harta benda dan memelihara hak dan kebebasan.

1-Kes kewujudan pub arak dan pesta arak

Cara aplikasi: pengharaman pub arak dan segala bentuk arak yang memudaratkan manusia dalam memelihara akal. Kesan alkohol kepada peminumnya bergantung kepada jumlah alkohol yang berada dalam peredaran darah seseorang itu. Peminum yang mengambil minuman beralkohol dalam jumlah yang banyak akan mabuk.

Apabila mabuk, seseorang itu akan hilang koordinasi gerak tubuh dan juga gangguan kepada pertimbangan dan kewarasan fikiran. Mereka boleh terjatuh, mengalami kemalangan, bergaduh, tercedera dan hilang ingatan yang mana merupakan komplikasi atau kesan kemudaratan jangka pendek berkaitan pengambilan minuman beralkohol.

Kemudaratan alkohol kepada sistem saraf dan otak merupakan kesan jangka panjang alkohol yang paling kerap dilaporkan di kalangan orang dewasa. Antara kesan alkohol kepada kesihatan mental ialah;

- Kecelaruhan tingkahlaku dan fikiran
- Keresahan dan kebingungan
- Kekeliruan
- Kebergantungan kepada alkohol
- Hilang ingatan sementara atau kekal
- Kemurungan
- Kecenderungan untuk membunuh diri
- Psikosis

Selain itu, pengambilan minuman beralkohol yang berterusan terutamanya jika diambil dalam jumlah yang banyak, boleh memberikan kesan toksik kepada organ badan. Kesan toksik alkohol kepada otak boleh menyebabkan gangguan mental seperti kemurungan dan psikosis.

Selain itu, alkohol boleh menyebabkan sirosis hati dan kegagalan fungsi hati, kegagalan jantung, gastritis, ulser, radang pankreas dan kanser saluran oro-farink (mulut dan tekak). Semua ini merupakan antara komplikasi atau kesan jangka panjang kemudaratan kesihatan alkohol. Kematian pra-matang boleh berlaku akibat kegagalan fungsi organ badan ini.

Kajian saintifik juga telah menunjukkan kaitan antara pengambilan minuman beralkohol dikalangan wanita yang mengandung dengan kecacatan dan keabnormalan janin yang dikandung, contohnya Fetal Alcohol Syndrome. Kematian mengejut juga boleh terjadi sekiranya alkohol diambil dalam jumlah yang terlalu banyak dalam satu-satu masa, sehingga paras alkohol darah terlalu tinggi yang boleh menyebabkan keracunan atau ganggu sistem pernafasan (MyHealth Kementerian Kesihatan Malaysia n.d).

2-Kes melibatkan pengurusan harta

Hifz al-mal iaitu jaminan dipelihara hartanya. Islam membolehkan manusia memiliki apa pun asalkan dengan cara yang dibolehkan dan barang-barangnya dihalalkan. Di sudut lain Islam

melarang sesiapaupun mengambil barang milik orang lain dan memberikan hukuman pada pelakunya. Ajaran Islam pun membezakan jenis pemilikan individu, pemilikan umum, dan pemilikan negara. Semua ini adalah dalam rangka menjaga harta setiap orang Islam menjamin hak pemilikan yang sah dan mengharamkan penggunaan cara apa pun untuk mendapatkan harta orang lain yang bukan haknya,

Cara aplikasi: Konsep muamalat maliah dalam Islam lebih berkesan dalam menjaga harta setiap individu dan masyarakat.

Dalam Islam, apa sahaja yang dilakukan dengan niat kerana Allah dan cara pelaksanaannya menepati syariah dikira sebagai ibadah dan layak mendapat pahala daripada Allah. Untuk meraih pahala ibadah menerusi berniaga maka perlu menjaga adab dan etika yang digariskan oleh Islam. Antaranya menjaga adab dan etika apabila berurusan dengan pelanggan. Dalam apa jua perniagaan, pelanggan adalah aset yang penting. Justeru, Islam menggariskan perlunya menjaga adab-adab dan etika-etika perhubungan semasa berurusan dengan mereka. Hak-hak mereka sewajarnya dijaga demi mencapai kesejahteraan dan keberkatan dalam urusan niaga tersebut. Antara nilai yang perlu ada ketika bermuamalat dengan pelanggan ialah hendaklah sentiasa memastikan niat yang ikhlas ketika berurusan dengan seseorang pelanggan tanpa ada sebarang agenda tersembunyi ketika bermuamalat melainkan untuk mendapatkan keredaan Allah Taala.

Peniaga juga tidak boleh menindas pelanggan mereka dengan mengambil harta-harta mereka dengan cara yang salah (batil). Peniaga juga perlu mengamalkan sikap adil dalam semua perkara apabila berurusan dengan para pelanggan. Sentiasa berlaku adil kepada setiap pelanggan ialah memberikan hak yang sepatutnya kepada mereka, menunaikan semua janji dan memastikan segala manfaat adalah halal. Ia mestilah bertepatan dengan makna adil, iaitu meletakkan sesuatu itu pada tempatnya yang betul. Berlaku adil juga bermaksud hendaklah sentiasa bersifat amanah dan benar dalam segala urusan dan aktiviti. Membantu pelanggan semasa berurusan dengan mereka dengan penuh adab sopan, persaudaraan dan kasih-sayang.

Menunaikan setiap janji kepada pelanggan sesuai dengan kaedah bahawa "Orang-orang Islam dipegang pada janji mereka". Memastikan sumber pendapatan pelanggan adalah halal di sisi Islam. Di antara adab dan etika ketika berurusan dengan pelanggan juga ialah tidak menipu para dalam aktiviti perniagaannya. Islam adalah agama yang sangat mementingkan keamanan dan keharmonian dalam masyarakat.

Islam melarang umatnya melakukan kezaliman dan penganiayaan sehingga menyebabkan timbulnya permusuhan serta perselisihan dalam masyarakat. Oleh yang demikian, Islam menyuruh umatnya berlaku adil kepada manusia sama ada Islam atau bukan Islam. Kejujuran adalah merupakan elemen yang sangat penting dalam menjamin sesebuah perniagaan itu maju, berjaya dan yang lebih pentingnya ianya diberkati oleh Allah (s.w.t.) (Utusan Online, 2 Mac 2011).

Contoh: aplikasi konsep takaful

Suatu ketika dahulu, ramai yang menganggap kewangan Islam secara umumnya dan takaful khasnya hanya eksklusif untuk orang Islam. Mereka juga membuat anggapan bahawa orang bukan Islam tidak layak menjadi peserta atau ejen takaful kerana sistem ini dibangunkan atas dasar syariah yang memerlukan asas keimanan. Tanggapan seperti ini adalah salah daripada ajaran Islam yang bersifat universal yang sentiasa memberikan kemudahan kepada umatnya untuk bertransaksi sesama manusia termasuk orang bukan Islam. Jika kita selusuri sejarah, Nabi Muhammad (s.w.t.) sendiri pernah melakukan transaksi dan urusan muamalat dengan orang Yahudi seperti membeli makanan secara bertangguh dan mencagarkan baju besi baginda seperti yang telah diriwayatkan oleh al-Bukhari. Dalil ini jelas menunjukkan bahawa tiada larangan untuk bertransaksi dengan orang bukan Islam asalkan perkara yang ditransaksikan tersebut tidak mempunyai elemen yang diharamkan seperti arak, penipuan, judi, riba dan sebagainya.

Untuk pengetahuan, takaful adalah direka berdasarkan konsep Ta'awun di mana peserta akan membantu di antara satu sama lain ketika ditimpa kesusahan. Konsep ini adalah merentas agama dan bangsa kerana fitrah kita sebagai manusia adalah melakukan kebaikan terhadap orang lain. Dengan konsep ini juga, semangat harmoni dapat dilahirkan dalam kalangan orang Islam dan bukan Islam kerana mereka telah berjanji untuk menyumbang sejumlah wang bagi meringankan beban sesama mereka. Perkara seperti ini merupakan salah satu tuntutan agama dalam menjaga hak orang bukan Islam kerana Islam tidak pernah melarang umatnya untuk melakukan kebaikan terhadap orang bukan Islam.

Melihat daripada perspektif yang lain, takaful sebenarnya dapat menjadi salah satu mekanisme dakwah dalam mempromosikan agama Islam. Keterlibatan orang bukan Islam dalam takaful sedikit sebanyak membuka pintu maklumat mengenai keindahan agama Islam yang sentiasa memastikan ketelusan dan keadilan terhadap setiap transaksi yang dilakukan. Dengan kata lain, mereka sendiri dapat menilai bagaimana agama Islam mencorakkan sistem kewangan Islam dan takaful tanpa sebarang prejudis terhadap pihak lain. Bukan itu sahaja, ianya juga sedikit sebanyak dapat memberi pemahaman yang jelas kepada mereka termasuk umat Islam bahawa agama ini bukan semata-mata tertumpu kepada ibadah khusus sahaja bahkan ia merangkumi setiap sistem kehidupan manusia seperti ekonomi, politik, perundangan dan sebagainya. (Utusan Online, 25 Disember 2015)

3- Kes melibatkan perpecahan kaum dalam masyarakat

Cara aplikasi: Perlukan pemahaman yang komprehensif dalam Perlembagaan Persekutuan. Orang bukan Islam memerlukan pemahaman yang jitu terhadap Perlembagaan Persekutuan bagi menjamin keadilan bagi seluruh rakyat. Hal ini kerana Perlembagaan Persekutuan mempunyai elemen maqasid syariah yang menjamin kebaikan kepada masyarakat sama ada yang Islam atau bukan Islam. Ramai yang menyangka bahawa kandungan Perlembagaan Persekutuan dibentuk oleh Suruhanjaya Reid, sebaliknya ia adalah usaha dari idea-idea Raja-Raja Melayu dan juga pemimpin yang terdiri daripada kaum yang berbeza. Dan melalui permuafakata inilah wujudnya perpaduan dan kesatuan antara masyarakat yang berbilang kaum. Keistimewaan yang ada pada Perlembagaan Persekutuan adalah kerana wujudnya keadilan dalam mempertahankan kepentingan penduduk asal dan tidak menysihkan kepentingan hak kaum lain. Elemen Maqasid Syariah yang terdapat dalam Perlembagaan ini mewujudkan pemeliharaan kepada lima perkara asas iaitu menjaga agama, jiwa, akal, keturunan dan juga harta. Tuntasnya, dengan memahami Perlembagaan sekurang-kurangnya dapat mengurangkan kebangkitan isu perkauman dan meredakan berlakunya sifat rasis dalam masyarakat. Hal ini kerana Perlembagaan membuktikan bahawa tidak ada kaum yang memperoleh segala tuntutan mereka dan tidak ada kaum yang hilang segala hak mereka, inilah *maqasid syariah* yang sentiasa berlaku adil kepada semua. Adil adalah meletakkan sesuatu pada tempatnya, ia berbeza dengan konsep menyamaratakan semua kaum. Konsep adil lebih menjaga keharmonian sebuah masyarakat berbanding dengan konsep samaratakan masyarakat dengan hak-hak yang dituntut. Jadinya, dengan adanya pemahaman yang jelas terhadap Perlembagaan Persekutuan dapat menjaga negara ini daripada berlakunya huru-hara dan kacau-bilau. Hal ini bersesuaian dengan konsep *saddu ad-zarai'* yang dibawa oleh Islam dengan mengambil sesuatu perkara yang membawa manfaat selagi tidak bertentangan dengan syarak dan menolak segala keburukan yang mampu memecah-belahkan masyarakat.

Isu Perkauman

Isu ini dikatakan telah dijadikan modal politik yang paling ampuh bagi pihak kerajaan bagi mematahkan sebarang tentangan daripada seteru politik mereka. Mereka mendakwa walaupun Perkara 8(2) menetapkan bahawa sebarang diskriminasi berkaitan jantina, agama dan kaum adalah dilarang namun terdapat beberapa langkah yang diambil oleh pihak kerajaan dilihat telah membelakangkan prinsip tersebut. Antara fakta yang mencuri tumpuan mereka berhubung pelaksanaan program Biro Tatanegara yang didakwa menyimpang daripada objektif asalnya di mana program ini telah dijadikan alat oleh pihak parti pemerintah untuk menyuburkan semangat

perkauman yang tebal terutamanya melibatkan kaum Melayu dan kaum Cina. Perlu difahami bahawa Islam merentasi batasan perkauman dan keturunan di mana semua manusia dinilai sama di sisi Allah (Khairul AM, et. Al 2013).

Walaupun perkara 160 (2) mendefinisikan Melayu sebagai beragama Islam, namun adalah tidak wajar bagi mana-mana pihak untuk menyandarkan sebarang rasa tidak puas hati mereka berhubung layanan yang diterima berdasarkan bangsa kepada agama. Kaum Melayu memiliki hak istimewa mereka yang tersendiri berorientasikan kepada persetujuan bersama semua pihak. Justeru, hak istimewa yang diterima oleh mereka ini bukanlah suatu bentuk penindasan kepada golongan bukan Muslim di Malaysia. Hal ini kerana kaum lain yang beragama Islam juga turut dikecualikan beberapa hak istimewa. Namun, pihak kerajaan juga perlu meneliti beberapa dakwaan mereka yang dilihat sedikit berasas terutamanya apabila isu perkauman ini sering diputarbelitkan apabila ia melibatkan kepentingan politik sesuatu pihak.

KESIMPULAN

Prinsip *Maqasid Syariah* sangat berpengaruh besar dalam memberi jaminan kesejahteraan dan keharmonian kepada seluruh alam. Para ulama' dan fuqaha' telah menjelaskan prinsip *Maqasid Syariah* ini, yang pada hakikatnya menyatakan bahawa tujuan pensyariatkan dari Allah mempunyai rahsia yang tersirat dan hikmah yang tersurat bagi setiap hidupan yang menjalani proses kehidupan di dunia ini. Selain itu, pembahagian *Maqasid Syariah* memberi penjelasan yang lebih teliti bahawa segala yang disyariatkan oleh Allah mempunyai tujuan tertentu sama ada dalam bentuk umum atau khusus kepada sesetengah kelompok kehidupan.

Setiap hamba mukallaf mempunyai kewajipan dan tanggungjawab masing-masing dalam menjalani kehidupan berlandaskan *Maqasid Syariah* agar kehidupannya lebih terjamin dan dalam keadaan aman sejahtera. Manakala bagi orang bukan Islam mempunyai tugas penting sebagai masyarakat yang mempunyai tujuan yang sama seperti yang disyariatkan oleh Allah kerana fitrah setiap insan sukakan keamanan dan cara hidup yang mempunyai matlamat hidup. Cara hidup berdasarkan perbezaan pegangan agama masing-masing dan cara pandang pemikiran yang berbeza terhadap kelompok yang berbeza. Namun, agama Islam telah membuktikan hak orang bukan Islam tidak pernah dinafikan dan tidak berlaku diskriminasi kepada sesiapaupun walaupun berbeza pegangan agama dan suku kaum.

Islam datang sebagai rahmat yang memberi cahaya kepada seluruh umat manusia dalam menentukan matlamat hidup yang berpandukan kebenaran dan keadilan. Oleh itu, pengaplikasian *Maqasid Syariah* wajib diterapkan kepada seluruh umat manusia tanpa mengira agama dan latarbelakang.

RUJUKAN

- al-Asfahani, al-Raghib. 2009. *al-Mufradat fi Gharib al-Quran*. Hlm. 253-254. Makkah al-Mukarromah: Maktabah Nizar Mustafa al-Baz.
- Azman Mohd Noor, Muhamad Nasir Haron & Muhammad Nazir Alias. n.d. *Kepentingan Memahami Maqasid Syariah Dalam Pembangunan Negara*.
- al-Fasi, Ilal. 1993. *Maqasid al-Shariah al-Islamiyyah wa Makarimuha*. Hlm. 8. Tunis: Dar al-Gharb al-Islamiy.
- Ghazali, Mohd Rumaizuddin. 2014. Kepentingan maqasid syariah dalam berfatwa di Malaysia. *Journal of Fatwa Management and Research*, vol 4 no. 1, 7-32.
- Hafizal Elias. 2015. "Takaful untuk semua...Islam & Bukan Islam. Utusan Online.<
<http://www.utusan.com.my/bisnes/korporat/takaful-untuk-semua-islam-bukan-islam-1.172632#ixzz5ZxGYjPrI>. [25 Disember].

- Ibn Qayim al-Jawziyyah, Shams al-Dīn Abū ‘Abd Allāh Muḥammad ibn Abī Bakr ibn Ayyūb al-Zur‘ī l-Dimashqī al-Ḥanbalī. 1367H/1948. *al-Tafsir al-Qayim*. Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah.
- al-Jurjani, Ali Muhammad. 1413H. *Mu’jam al-Ta’rifat*. hlm. 95. Riyadh: Dar al-Fadhilah.
- Khadijah Mohd Khambali@Hambali & Mohd Herzali Mohd Haled. 2008. Toleransi Beragama dan Amalannya di Malaysia: Rujukan Kepada Artikel 11 Perlembagaan Persekutuan Malaysia. *Jurnal Usuluddin*, bill 27, 81-92.
- Khairul Azhar Meerangani, Syamsul Azizul Marinsah, Muhammad Asyraf Ahmad Termimi, Muhammad Ikhlas Rosele & Rahimin Affandi Abdul Rahim. 2013. Hak Asasi Bukan Muslim di Malaysia: Analisis isu terpilih. Kertas kerja International Seminar on Islamic Jurisprudence in Contemporary Society, hlm 552-565.
- Khairul Azhar Meerangani, Syamsul Azizul Marinsah, & Rushdi Ramli. 2017. Kewajaran Penggunaan Istilah Al-Dhimmi terhadap Non Muslim di Malaysia: Satu Analisis. *Jurnal Pengajian Islam*. Bilangan 10, Isu II, 40-53.
- Mustafa Afifi & Mahyeddin. 2013. "Bayi yang dibuang: Hak dan kedudukan bayi di sisi undang-undang". *The Malayan Law Journal*. hlm 6.
- al-Qaradhawi, Yusuf. 2016. *Fatwa Kontemporari Siri 2 Akidah dan Ibadah*. Hlm. 10-12. Selangor: PTS Islamika.
- al-Qurtubi, al-Ansari. 1941. *al-Jami li Ahkam al-Quran*. Hlm. 350. al-Qaherah: Dar al-Kutub al-Misriyyah.
- Uqlah, Muhammad. 1991. *al-Islam Maqasiduh wa Khasa’isuh*. Hlm. 112. Oman: Maktab al-Risalah al-Hadithah.
- al-Shatibi, Abu Ishaq. 1996. *al-Muwafaqat fi Usul al-Shariah*. Hlm. 321. Beirut: Dar al-Ma’rifah.
- al-Tabari, Ibn Jarir. 2001. *Tafsir al-Tabari Jami al-Bayan fi Ta’wil al-Quran*. Dar Hijr: Markazal-Buhuth wa al-Dirasat al-Arabiyyah wa Islamiyyah. Hlm. 439-441.
- Wan Jemizan. 2011."Bicara Agama: Penipuan dalam perniagaan". Utusan Online.<
http://ww1.utusan.com.my/utusan/info.asp?y=2011&dt=0302&pub=Utusan_Malaysia&sec=Bicara_Agama&pg=ba_03.htm#ixzz5ZxDxrWLb. [2 Mac].
- al-Zarqa, Mustafa. 1998. *Madkhal al-Fiqh al-Am*. Juz. 1, Hlm. 102. Dimashq: Dar al-Qalam.
- al-Zuhaili, Wabwah. 1418H. *Tafsir al-Munir fi al-Aqidah, wa al-Shariah, wa al-Manhaj*. Dimashq: Dar al-Fikr al-Muasir.

NAFAS BARU KEPADA TAHAP PEMBUKTIAN QARINAH DALAM UNDANG-UNDANG KETERANGAN MAHKAMAH SYARIAH

Muhammad Hazim Ahmadⁱ, Ruqayyah Razakⁱⁱ, Nurul Syahirah Saharudinⁱ, Hendun Abd. Rahman Shahⁱⁱⁱ, Hasnizam Hashimⁱⁱⁱ & Ahmad Syukran Baharuddin^{iii*}

ⁱCalon Sarjana Syariah, Fakulti Syariah dan Undang-undang, Universiti Sains Islam Malaysia, 71800 Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia

ⁱⁱCalon Sarjana Sains Islam, Institut Sains Islam, Universiti Sains Islam Malaysia, 71800 Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia

ⁱⁱⁱPensyarah Kanan, Fakulti Syariah dan Undang-undang, Universiti Sains Islam Malaysia, 71800 Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia

*Penulis untuk dihubungi: ahmadsyukran@usim.edu.my

ABSTRAK

Qarinah merupakan salah satu kaedah keterangan untuk mensabitkan atau menafikan sesuatu dakwaan. Ia seringkali dikaitkan dengan keterangan berdasarkan keadaan. Manakala dalam konteks undang-undang keterangan Mahkamah Syariah, qarinah diklasifikasikan sebagai sebahagian daripada bayyinah. Pada era kemajuan sains dan teknologi, wujud keperluan untuk memberikan nafas baru kepada tahap pembuktian qarinah dalam undang-undang keterangan Mahkamah Syariah. Objektif makalah ini ialah untuk memberikan nafas baru kepada tahap pembuktian qarinah dalam undang-undang keterangan Mahkamah Syariah. Kajian kualitatif ini menggunakan kaedah penyelidikan dokumentari melalui pengumpulan data primer dan sekunder. Data telah dianalisis dengan menggunakan kaedah analisis kandungan dengan menyesuaikan penalaran induktif. Hasil kajian menunjukkan Hukum Syarak telah membahagikan tahap pembuktian qarinah kepada dua, qarinah yang kuat (*qarīnah al-qāṭi'ah*) dan qarinah yang lemah (*qarīnah ghayr al-qāṭi'ah*). Pembahagian tahap ini telah memberikan perbezaan yang ketara terhadap kualiti qarinah. Kajian juga mendapati amalan Mahkamah Syariah di Malaysia meletakkan qarinah di dalam undang-undang keterangan mahkamah syariah pada tahap qarinah yang lemah mengikut Hukum Syarak. Amalan ini berlaku hasil adaptasi daripada konsep keterangan berdasarkan keadaan di Mahkamah Sivil. Kajian juga mendapati telah wujud usaha untuk membawa kaedah pembuktian saintifik melalui sains forensik ke dalam Mahkamah Syariah. Bahkan pembuktian forensik juga mampu menghasilkan dua jenis keterangan yang saling mengukuhkan iaitu keterangan dokumen awam dan keterangan pendapat pakar. Ketepatan hasil analisa sains forensik berpotensi untuk mengangkat tahap qarinah sedia ada ke tahap qarinah yang kuat. Kesimpulannya, tahap pembuktian qarinah perlulah dikembalikan kepada pembahagian yang telah dibuat oleh Hukum Syarak. Hal ini dapat mengurangkan isu kekeliruan dalam memahami konteks qarinah yang dimaksudkan dalam sesuatu peruntukan dalam undang-undang keterangan Mahkamah Syariah. Aplikasi dan sumbangan kajian ini tertumpu kepada polemik qarinah dalam konteks undang-undang keterangan Mahkamah Syariah serta memberikan cadangan ke arah penambahbaikan tahap pembuktian qarinah. Kajian ini turut memberikan penjelasan terhadap perbincangan qarinah dalam Hukum Syarak yang kurang mendapat perhatian di kalangan pengamal undang-undang Syariah di Malaysia.

Kata kunci: Qarinah, Undang-undang Keterangan, Mahkamah Syariah, Fiqh Forensik, Tahap Pembuktian

PENDAHULUAN

Secara linguistik, *al-qarīnah* (jamak: *al-qarā'in*) adalah kata nama yang berasal dari perkataan *qarāna* yang membawa pelbagai makna. Menurut Ibnu Faris (1979) dan al-Fayūmi (1994), ia menunjukkan pengumpulan sesuatu kepada sesuatu, dan memilih sesuatu yang lain dari kekuatan dan keamatannya. *Al-qarīnah* juga berasal dari kata *qārīn* yang telah digunakan dalam al-Qur'an dan hadis (Zulfakar, 1997), dan merujuk kepada pasangan, sambungan, perbandingan, dan apa-apa yang mengiringi ucapan (al-Jurjānī, 1983; Ibnu Manzur, 1994; Omar, 2008). Selain itu,

qarinah juga dikenali sebagai bukti berdasarkan keadaan (Anwarullah, 1999), dan ada perkataan tertentu yang berkait rapat dengan al-qarīnah, antara lain, *al-amārāt* (petunjuk), *al-‘alāmāt* (petanda) dan *shawāhid al-ḥāl* (keterangan berdasarkan keadaan) (Ahmad Syukran, 2017; M. M. al-Zuhaylī, 1982; Idrīs, 2010). Dapat disimpulkan di sini bahawa dari segi linguistik, qarinah adalah kewujudan sesuatu perkara berkaitan dengan keberadaan yang lain (Radwan & Ahmad, 2013).

Tambahan pula, Md. Saleh (2003) berpendapat bahawa qarinah adalah tanda atau petunjuk yang dapat dibuktikan atau ditolak kewujudan sesuatu perkara. Dalam konteks undang-undang, ia menunjukkan kepada apa yang dicari, sama ada dalam keadaan, keterangan, dan dengan kata lain tersurat atau tersirat (Ahmad Syukran, Aminuddin, & Abdul Rahim, 2015; Ahmad Syukran, Mohammad Amir, Aminuddin, & Abdul Rahim, 2015; Samrūt, 2007; Shawarbi, 2003). Sementara itu, seksyen 3(1) Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 menetapkan qarinah sebagai fakta yang berkaitan dengan fakta lain dalam apa-apa cara yang disebut dalam Akta tersebut. Definisi ini seakan sama dengan definisi yang diungkapkan oleh al-Zarqā (2004), M. M. al-Zuhaylī (1982), dan W. M. al-Zuhaylī (2007) di dalam kitab-kitab mereka.

SOROTAN LITERATUR

Terdapat beberapa kajian terdahulu yang telah dihasilkan sekitar perbincangan berkaitan qarinah. Bagi tujuan kajian ini, sorotan literatur tertumpu kepada kajian-kajian terdahulu berkaitan qarinah dan aplikasi sains forensik. Antara kajian yang terlibat adalah qarinah bau arak seperti yang telah dilaksanakan oleh Amir Husin dan Nik Azlan (2008). Penulisan tersebut mengkaji konsep qarinah daripada perspektif Islam dan pengaplikasiannya dalam jenayah minum arak. Mereka membawakan elemen integrasi dengan sains forensik di dalam kajian mereka. Mereka membuat tinjauan berkenaan suatu alat forensik yang seringkali digunakan untuk menganalisa kandungan alkohol dalam pernafasan iaitu peranti *Brethalyzer*.

Selain itu, terdapat juga kajian yang menggabungkan elemen qarinah dengan sains forensik iaitu kajian yang dijalankan oleh Ahmad Syukran, Mohammad Amir, et al. (2015) dan Ahmad Syukran, Aminuddin, et al. (2015). Kajian tersebut menumpukan aspek qarinah dan forensik biologi dalam penentuan nasab keturunan serta perkaitannya dengan *maqasid al-sharī‘ah*. Dapatan kajian tersebut menunjukkan bahawa aplikasi forensik biologi dapat merealisasikan konsep *maqasid al-sharī‘ah* melalui penjagaan *al-daruriyyāt al-khamsah* iaitu menjaga nyawa dan nasab.

Seterusnya, kajian Alias dan Abdul Ghafur (2017) berkenaan ujian asid deoksiribonukleik (DNA) yang merupakan salah satu daripada hasil kemajuan sains dan teknologi yang telah digunakan sebagai satu bentuk pembuktian. Kajian mereka mendapati bahawa DNA boleh diterima sebagai qarinah di Mahkamah Syariah. Hal ini dapat dilakukan menerusi keterangan pendapat pakar forensik mengenai hasil analisa ujian DNA yang telah dilaksanakan. Pendapat pakar ini pula diklasifikasikan sebagai keterangan jenis qarinah sebagaimana diperuntukkan dalam Seksyen 33(1) Enakmen Keterangan Mahkamah Syariah (Perlis) 2006.

Kemudian, terdapat juga kajian yang mengaitkan kebolehterimaan bukti saintifik menerusi kaedah sains forensik di Mahkamah Syariah. Kajian ini dilakukan oleh Syazwan, Ramalinggam, dan Asma Hakimah (2019). Kajian mereka mendapati bahawa keterangan forensik dikategorikan sebagai keterangan qarinah dalam undang-undang keterangan Islam. Oleh itu, mereka menyimpulkan bahawa keterangan forensik wajar diterima oleh Mahkamah Syariah sebagai satu bentuk pembuktian pada zaman teknologi moden ini disebabkan kedudukannya diiktiraf oleh Islam dan dapat membantu hakim dalam menegakkan keadilan.

Jika diteliti terhadap kajian-kajian terdahulu sepertimana yang telah dinyatakan, kesemuanya hanya menyentuh kebolehterimaan bukti saintifik sebagai pembuktian di Mahkamah Syariah secara umum sahaja. Perbincangan hanya tertumpu kepada jenis-jenis bukti saintifik yang boleh digunapakai, Seksyen 33(1) berkenaan saksi pakar di Mahkamah Syariah, dan keterangan

jenis qarinah. Tiada perbincangan atau perincian diberikan tentang hal-hal teknikal yang lebih praktikal seperti siapa yang selayaknya memberikan keterangan berkaitan bukti saintifik, syarat kelayakan dan kredibiliti pakar forensik, peranan mereka dalam sistem kehakiman Islam, dan tahap kekuatan qarinah bagi pembuktian saintifik. Sedangkan perkara-perkara sebeginilah yang perlu diberikan perhatian tumpuan dan diutamakan untuk dibincangkan. Oleh yang demikian, makalah ini dibuat dengan objektif memberikan nafas baru kepada tahap pembuktian qarinah dalam undang-undang keterangan Mahkamah Syariah di Malaysia.

METODOLOGI KAJIAN

Kajian kualitatif ini menggunakan metodologi kajian dokumentari untuk menganalisa buku-buku yang ditulis oleh para sarjana dan ahli akademik. Di samping itu, kaedah yang sama juga digunakan untuk menganalisa penemuan kajian terkini yang dinyatakan dalam jurnal berkualiti dan berindeks. Kaedah penyelidikan dokumentari digunakan untuk mengumpulkan dan mendapatkan data melalui kajian dokumen, penulisan, dan rekod yang telah dihasilkan (Neely & Ponsunmugam, 2019; Prior, 2008). Tujuan utama kaedah ini adalah untuk menilai secara ilmiah terhadap dokumen bertulis tertentu sama ada dokumen awam atau persendirian (Payne & Payne, 2004; Walsh, 2014). Bagi tujuan kajian ini, kedua-dua jenis dokumen telah dianalisa.

Kajian ini juga telah menganalisa dokumen-dokumen utama dari peruntukan undang-undang dalam Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 dan kes-kes yang dilaporkan dalam jurnal undang-undang di Malaysia seperti Jurnal Hukum dan Syariah Law Reports. Kajian ini telah menentukan data dari dokumen-dokumen ini adalah data utama kerana data-data ini dari sumber langsung, boleh dipercayai dan tidak dipengaruhi oleh pandangan atau pendapat individu.

Tambahan lagi, data sekunder bagi kajian ini adalah perbincangan dalam bidang tafsir dan fiqh Islam klasik serta kontemporari seputar tema sains forensik, qarinah, dan sistem kehakiman Islam. Selain itu, data sekunder juga diperoleh daripada keputusan kes-kes yang dilaporkan dalam jurnal undang-undang serta penulisan di dalam jurnal berindeks terutamanya Scopus dan Web of Science (W.O.S.) yang diperolehi dari pangkalan data Scopus yang diakses melalui portal Ezproxy Universiti Sains Islam Malaysia.

Kemudian, data yang diperoleh telah dianalisa menggunakan kaedah analisis kandungan untuk memahami dan mengeluarkan maklumat-maklumat penting dan berguna yang berada di sekitar teks dokumen (Leavy, 2017). Oleh kerana kajian ini merupakan kerja kualitatif, maka analisis kandungan dalam kajian ini telah dilaksanakan secara induktif (Julien, 2008). Proses ini dilaksanakan secara berulang (rekursif) melibatkan proses pungutan dan analisis data yang berkaitan dengan penerapan definisi, peraturan, atau prosedur bagi mendapatkan keputusan yang berterusan (Hayes, Navarro, Stephens, Ransom, & Dilevski, 2019; Leavy, 2017; Liew, Grisham, & Hayes, 2018).

DAPATAN KAJIAN DAN PERBINCANGAN

Tahap Pembuktian Qarinah Menurut Perbincangan *Hukum Syarak*.¹

Menurut perspektif *Hukum Syarak*, qarinah mempunyai pelbagai jenis jika dilihat dari aspek yang berbeza (Lukman & Wan Abdul Fattah, 2012; Lukman et al., 2018). Antara aspek qarinah dalam pembuktian yang kerap dinyatakan dan dibahaskan dalam *Hukum Syarak* ialah dari segi aspek sumber perundangan, fizikal bahan bukti yang dijadikan sebagai qarinah, hubungkait bahan bukti dengan fakta kes, dan darjah kekuatan petunjuk (al-Fā'iz, 1983; al-Zarqā, 2004; M. M. al-Zuhaylī,

¹ Hukum Syarak di sini merujuk kepada perbincangan fiqh Islam di kalangan para fuqaha berkaitan isu qarinah di dalam kitab-kitab fiqh mereka. Dalam konteks undang-undang syariah di Malaysia, terma "Hukum Syarak" ditafsirkan sebagai Hukum Syarak mengikut Mazhab Shafie, atau mengikut mana-mana satu Mazhab Maliki, Hanafi atau Hanbali sepertimana yang diperuntukkan dalam Seksyen 3(2) Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997.

1982; Bahnasi, 1989; Idrīs, 2010; Samrūt, 2007; ‘Uzayzah, 1990). Bagi tujuan kajian ini, perbincangan akan berfokus kepada aspek darjah kekuatan qarinah dalam pembuktian kes.

Berkenaan dengan aspek darjah kekuatan qarinah, aspek ini mempunyai tiga bentuk, iaitu qarinah yang kuat atau pasti (*qarīnah al-qāṭi‘ah*), qarinah yang lemah (*qarīnah ghayr al-qāṭi‘ah*), dan qarinah yang palsu (*qarīnah al-kāzibah/al-bāṭilah*) (al-Fā‘iz, 1983; M. M. al-Zuhaylī, 1982; Samrūt, 2007; ‘Uzayzah, 1990).

Bentuk pertama iaitu *Qarīnah al-Qāṭi‘ah* ditakrifkan sebagai suatu petunjuk yang meyakinkan (Haydar, 1991; Sayfuddin et al., 1968), atau petunjuk yang jelas berubah ke tahap meyakinkan (Ibnu ‘Abidin, 1992; Ibnu Nujaym, 1997). Sekalipun terma yang digunakan adalah “*Qarīnah al-Qāṭi‘ah*” yang membawa maksud qarinah yang kuat atau pasti, namun, para fuqaha memaksudkan kepada pengkhususan ke tahap *zan al-ghālib* (menghampiri ke tahap yakin) sahaja. Hal ini kerana mereka mendapati wujudnya kesukaran pada mana-mana keadah pensabitan termasuklah qarinah untuk mencapai ke tahap yakin (Bak, 1985; Dabbūr, 1985; ‘Uzayzah, 1990). Bahkan mereka juga menganggap bahawa walau setinggi mana pun kekuatan sesuatu kaedah pensabitan, ianya tidak akan sama sekali mampu untuk melangkaui tahap *zan al-ghālib* (Lukman et al., 2018). Qarinah jenis ini berdiri dengan sendirinya dan tidak memerlukan kepada mana-mana keterangan sokongan (Samrūt, 2007). Selain itu, ianya juga dianggap sebagai suatu keterangan yang konklusif (M. M. al-Zuhaylī, 2002).

Terdapat beberapa contoh klasik bagi qarinah bentuk pertama ini, antaranya, B melihat A meninggalkan sebuah rumah kosong sambil memegang sebilah pisau yang berlumuran dengan darah. Kemudian, B memasuki rumah tersebut dan mendapati C telah mati dalam keadaan lehernya dikelar dengan sesuatu yang tajam. Sudah pasti bahawa A yang membunuh C. Tiada kemungkinan bahawa C membunuh dirinya sendiri kerana pisau berlumuran darah telah menjadi petunjuk bahawa A telah membunuh C (Haydar, 1991; Sayfuddin et al., 1968). Begitu juga dengan seorang wanita yang didapati mengandung sedangkan dia tidak mempunyai suami dan juga bukan seorang hamba yang dimiliki oleh tuannya menjadi petunjuk bahawa individu tersebut telah berzina (Ibnu Abī Zaid al-Qairawānī, 2005; Ibnu Qayyim, 2011). Begitu juga dengan keadaan seseorang yang mabuk, nafas dan muntahnya berbau arak menjadi petunjuk bahawa individu terbabit telah meminum arak (al-Qarāfī, 1994; ‘Awdah, 2005).

Bentuk kedua, *qarīnah ghayr al-qāṭi‘ah* merujuk kepada petunjuk yang lemah atau tidak pasti. Qarinah jenis ini, berserta dengan sumpah pihak yang kena tuntutan (*al-yamin al-wajibah*), boleh dijadikan sebagai keterangan awal bagi menangkis dakwaan pihak satu lagi selagi mana belum wujud keterangan yang lebih kuat yang boleh digunakan sebagai hujah (al-Zarqā, 2004; Samrūt, 2007). Tambahan lagi, qarinah seperti ini kerap digunakan sebagai keterangan sokongan (*corroborative evidence*) bagi menyokong keterangan yang lain (M. M. al-Zuhaylī, 2002). Hal ini disebabkan sifatnya yang tidak boleh berdiri dengan sendiri dan memerlukan sokongan daripada keterangan yang lain (Samrūt, 2007). Selain itu, ianya juga disebabkan darjah kekuatan nilai pembuktiaannya tidak mencapai ke tahap *zan al-ghālib*. Beberapa contoh klasik bagi qarinah ini ialah apabila berlaku pertelingkahan di antara suami dan isteri terhadap pemilikan barangan rumah dan kedua-dua belah pihak tidak mempunyai keterangan yang jelas terhadap tuntutan mereka. Bagi menyelesaikan masalah ini, sesuatu yang pada kebiasaannya digunakan oleh lelaki akan menjadi hak milik suami, dan yang kebiasaannya digunakan oleh wanita akan menjadi hak milik isteri (Samrūt, 2007). Begitu juga dengan pertelingkahan di antara tuan rumah dan penyewa terhadap pemilikan harta di dalam rumah (M. M. al-Zuhaylī, 2002).

Terakhir, bentuk qarinah yang ketiga iaitu *qarīnah al-kāzibah*. Qarinah jenis ini tidak mempunyai nilai pembuktian kerana ianya hanyalah sekadar andaian atau sangkaan yang tidak berasas (M. M. al-Zuhaylī, 2002; Samrūt, 2007). Tambahan lagi, Lukman et al. (2018) menyatakan bahawa adakalanya qarinah ini mempunyai asas namun ianya bercanggahan dengan qarinah yang lebih kuat. Percanggahan yang berlaku telah mengakibatkan qarinah ini terbatal secara langsung dan tidak diterima sebagai kaedah pensabitan atau keterangan. Terdapat satu

contoh yang boleh dirujuk berkaitan dengan qarinah bentuk ketiga ini, iaitu berpandukan kepada kisah yang dirakamkan pada ayat 18 dalam Surah Yusuf. Pada ayat tersebut, diceritakan perbuatan adik-beradik nabi Yusuf (a.s.) melumurkan darah palsu ke atas pakaian nabi Yusuf (a.s.). Kehadiran darah pada pakaian tersebut dijadikan qarinah bahawa nabi Yusuf (a.s.) telah mati dimakan serigala. Akan tetapi, qarinah yang wujud itu bercanggahan dengan qarinah yang lebih kuat iaitu ketiadaan kesan koyakan akibat gigitan serigala pada pakaian tersebut (Muhammad Hazim, et al., 2019a; Muhammad Hazim, et al., 2019). Oleh kerana itu qarinah kehadiran darah pada pakaian telah terbatal dan nabi Ya'qub (a.s.) menempelak dakwaan palsu yang direka oleh anak-anaknya.

Kajian ini merumuskan bahawa hanya bentuk pertama dan kedua sahaja yang layak diterima sebagai keterangan dan boleh dijadikan sebagai salah satu kaedah pensabitan dalam sesuatu dakwaan atau tuntutan. Qarinah bentuk pertama jelas diterima kerana ianya mempunyai darjah kekuatan di tahap *zan al-ghālib*. Manakala bagi bentuk kedua pula boleh diterima dengan syarat ianya mestilah disokong dengan keterangan yang lebih kuat bagi menaikkan darjah kekuatannya ke tahap *zan al-ghālib*.

Penerimaan Qarinah di Mahkamah Syariah dan Undang-undang Keterangan Mahkamah Syariah

Walaupun telah dinyatakan kerelevanan dan kebolehterimaan qarinah di sisi Hukum Syarak pada perbincangan terdahulu, namun, perdebatan di Malaysia sama ada keterangan qarinah boleh diterima dalam kes-kes di Mahkamah Syariah masih lagi hangat dibicarakan. Kajian Mohd Munzil et al. (2015) merumuskan dua bentuk stigma yang telah lama terbina dikalangan pengamal undang-undang Syariah dan ahli akademik terhadap keterangan qarinah. Pertama, sesetengah pihak dalam industri perundangan Syariah mendakwa bahawa keterangan menggunakan qarinah tidak pernah menjadi relevan dan boleh diterima dalam prosiding jenayah Syariah (terutamanya dalam kes Hudud dan qisas). Bahkan mereka lebih memandang kepada keterangan saksi. Mereka mendakwa bahawa keterangan qarinah adalah lemah dan tidak boleh dipercayai. Faktor-faktor ini telah menjadikannya mustahil untuk diterima dalam mana-mana perbicaraan jenayah Syariah. Seandainya qarinah boleh diterima, ia hanya akan diterima dalam kes-kes mal atau kes-kes yang tidak melibatkan kesalahan jenayah sahaja. Kedua, terdapat pandangan lain mengenai qarinah, mendakwa bahawa keterangan qarinah hanya boleh menjadi keterangan sokongan sahaja.

Selain daripada stigma yang dinyatakan di atas, persepsi hakim Mahkamah Syariah juga menunjukkan bahawa keterangan qarinah adalah di tahap yang lemah dan memerlukan kepada sokongan daripada keterangan yang lebih kuat. Hal ini berdasarkan kepada analisa yang dibuat terhadap kes-kes yang dilaporkan dalam jurnal undang-undang Shariah Law Reports. Carian kes telah dilakukan secara atas talian dengan menggunakan kata kunci "Qarinah" dan hasil carian dihadkan dari tahun 2014 hingga 2019. Hasil carian menunjukkan terdapat 18 kes yang membincangkan tentang qarinah, 15 daripadanya adalah dari Mahkamah Tinggi Syariah, manakala 3 daripadanya pula dari Mahkamah Rayuan Syariah. Berdasarkan kepada analisa terhadap kandungan kes-kes tersebut, kajian ini mendapati bahawa hakim Mahkamah Syariah enggan menerima pembuktian daripada keterangan qarinah secara bersendirian. Sebaliknya, keterangan qarinah tersebut mestilah disokong dengan keterangan yang lebih kuat dan meyakinkan bagi membolehkan Mahkamah Syariah menerimanya sebagai pembuktian.

Di samping itu juga, terdapat isu penggunaan qarinah di dalam Undang-undang Keterangan Mahkamah Syariah yang tidak selari dengan kehendak *Hukum Syarak*. Hal ini telah dinyatakan oleh Suhaizad, Ruzian, dan Mohd. Munzil (2019) dan Ruzman (2015) di dalam kajian dan analisa mereka terhadap peruntukan-peruntukan dalam Akta 561². Mereka mendapati telah berlakunya perbezaan di antara kaedah pembuktian dalam undang-undang keterangan Islam

² Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997

dengan maksud qarinah yang dinyatakan dalam Akta 561. Tambahan lagi, terdapat tiga kategori qarinah baru yang telah terlahir dalam Akta tersebut yang boleh dirumuskan dalam Jadual 1.

| Bil. | Jenis qarinah | Pengaplikasian di dalam Akta 561 |
|------|---|---|
| 1 | Qarinah yang bersifat umum berupa <i>al-amārāt</i> , <i>al-'alāmāt</i> dan <i>shawāhid al-ḥāl</i> , atau dikenali sebagai keterangan berdasarkan keadaan. | Mentafsirkan maksud “bayyinah” yang dinyatakan dalam Akta 561. Hal ini boleh dilihat pada seksyen 3 dalam Akta yang sama |
| 2 | Qarinah yang merujuk kepada “kaitan” atau “relevan” | Tafsiran “qarinah” pada seksyen 3 dalam Akta 561 merujuk kepada fakta yang mempunyai kaitan dengan fakta yang satu lagi. Kebanyakan qarinah dalam akta ini membawa maksud tersebut. |
| 3 | Qarinah yang dikenali sebagai anggapan atau andaian, atau dikenali sebagai pembuktian berdasarkan anggapan. | Hal ini dinyatakan dalam seksyen 4, 80, 81 dan 82 dalam Akta 561 |

Jadual 1: Pengaplikasian qarinah di dalam Akta 561

Jadual 1 merumuskan pengaplikasian ini telah mengakibatkan amalan kaedah pembuktian melalui keterangan qarinah tersasar daripada kehendak prinsip keterangan Islam. Merujuk kepada Jadual 1 di atas, tiga jenis qarinah telah terlahir daripada aplikasi perundangan di dalam Akta 561. Tiga jenis qarinah yang terlahir adalah qarinah bersifat umum, qarinah merujuk kepada kaitan atau relevan, dan qarinah sebagai pembuktian berdasarkan anggapan. Tambahan lagi, kajian ini mendapati bahawa pembahagian yang dibuat oleh Akta 561 seolah-olah mengikut kehendak Akta 56 pada kebanyakan peruntukan di bawah judul Keberkaitan Fakta (*Relevancy of Facts*) atas faktor *in pari materia* yang wujud di antara kedua-dua jenis Akta. Hal ini disebabkan penggubalan Akta 561 adalah berasaskan model Akta 56. Semasa proses penggubalan dijalankan, Akta 56 diislamisasikan menerusi tiga peringkat iaitu pemansuhan mana-mana peruntukan yang bercanggahan dengan hukum syarak, mengekalkan peruntukan-peruntukan yang tidak bercanggahan dengan hukum syarak, dan yang terakhir pemakaian pelbagai pendapat mazhab dan ulama sama ada melalui pendekatan *al-talfiq* dan *al-takhayyur* (Ibrahim, 1995; Ruzman, 2008; Suhaizad et al., 2019). Setelah selesai proses islamisasi tersebut, maka Akta 561 dikuatkuasakan dan menjadi panduan kepada penggubal undang-undang di peringkat negeri dalam membina dan menggubal enakmen keterangan Mahkamah Syariah di negeri masing-masing.

Rumusan yang boleh dibuat berdasarkan kepada fakta-fakta ini adalah Mahkamah Syariah dan Undang-undang Keterangan Mahkamah Syariah meletakkan keterangan qarinah di tahap qarinah yang lemah dan memerlukan sokongan daripada keterangan yang lebih kuat dan meyakinkan.

Penggunaan Kaedah Pembuktian Saintifik Melalui Sains Forensik di Mahkamah Syariah

Bagi maksud kajian ini, “bukti saintifik” ditakrifkan sebagai bahan bukti atau ekshibit yang dianalisa menggunakan kaedah saintifik bagi tujuan perundangan sama ada sebagai pembuktian atau penafian terhadap sesuatu dakwaan mahupun tuntutan. Ciri utama “bukti saintifik” adalah penilaian dan pengukuran yang tepat dan sah. Kebanyakan pengamal sains forensik menyiasat kemungkinan bahawa sampel yang ditemui di tempat kejadian adalah dari sumber yang berkaitan dengan suspek. Hal ini melibatkan analisis yang dijalankan secara kualitatif atau kuantitatif dan penerangan terhadap dapatan yang ditemui bagi menentusahkan kebarangkalian awal. Pada kebiasaannya, kesimpulan yang dibuat adalah berdasarkan maklumat yang diperolehi dari hasil kajian serta bandingan terhadap maklumat dari pangkalan data pusat (Freckelton, 2005).

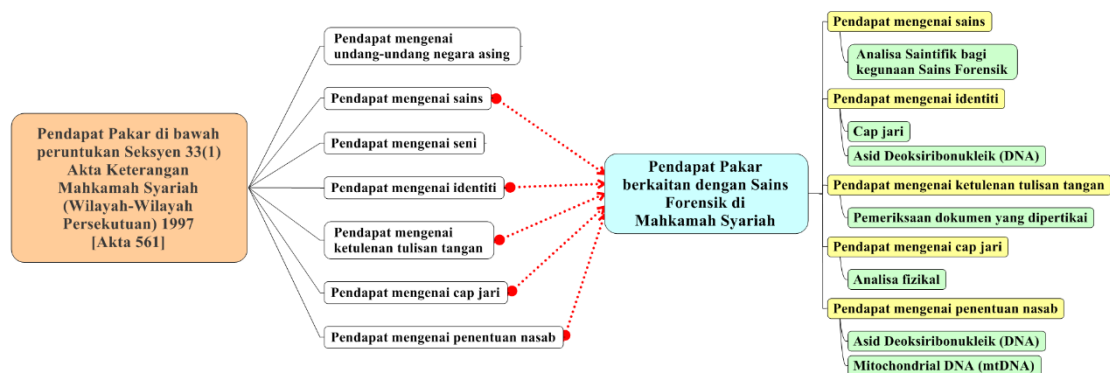
Individu yang mempunyai kredibiliti dan selayaknya memberikan keterangan dalam pembuktian saintifik bagi tujuan perbicaraan ialah pakar forensik (Kiely, 2001). Sains forensik

adalah penggunaan amalan saintifik atau teknikal untuk pengenalpastian, pengumpulan, penilaian dan penafsiran bahan bukti untuk undang-undang sivil, dan jenayah, atau isu-isu pentadbiran (Metwally, 2019).

Menurut Saferstein (2015), ianya adalah suatu terma meliputi pelbagai kerjaya dan bidang yang menggunakan kemahiran dan kepakaran mereka untuk membantu pegawai penguatkuasa undang-undang dalam mengendalikan siasatan mereka. Beliau seterusnya menyatakan sebelas kerjaya dan bidang yang mengamalkan ilmu forensik seperti kriminalistik, dokumen yang dipetikai, odontologi, perundangan, sains digital dan multimedia, patologi, dan toksikologi. Walau bagaimanapun, senarai ini tidak eksklusif kerana ia berbeza mengikut amalan di negara tertentu. Di Malaysia, terdapat beberapa agensi kerajaan dan bukan kerajaan yang menjalankan aplikasi sains forensik, termasuklah Pusat Analisis Sains Forensik Kimia Malaysia, Unit Forensik Polis Diraja Malaysia, CyberSecurity Malaysia, Suruhanjaya Komunikasi dan Multimedia Malaysia, dan Jabatan Forensik di hospital kerajaan dan bukan kerajaan.

Objektif utama bagi mana-mana pengamal forensik ialah menyediakan maklumat saintifik yang adil dan tidak berat sebelah berdasarkan kepada data analisa yang telah dilaksanakan (Metwally, 2019). Mereka juga berperanan untuk membantu hakim dalam membuat keputusan yang bijaksana di mahkamah (Johnston, 2017). Tambahan lagi, M. M. al-Zuhayli (2002) dan Shanyur (2005) menyatakan bahawa peranan mereka sebagai pakar dalam sistem kehakiman Islam juga adalah sama seperti di mahkamah sivil dan memainkan peranan yang sangat penting dalam membantu hakim untuk memberikan maklumat dan pengetahuan terhadap perkara yang tidak diketahuinya secara mendalam terutamanya berkaitan analisa pembuktian saintifik.

Kajian ini mendapati bukti saintifik boleh dibawa masuk ke Mahkamah Syariah melalui keterangan pendapat pakar. Perkara ini jelas telah diperuntukkan di dalam Seksyen 33(1) Akta 561 dan dirumuskan seperti pada Rajah 1 di bawah.



Rajah 1: Keterangan Pakar Forensik menurut seksyen 33(1) Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997

Rajah 1 di atas menyenaraikan beberapa jenis kaedah sains forensik yang berpotensi untuk digunakan serta bersesuaian dengan peruntukan yang telah dinyatakan. Bukti saintifik melalui keterangan pakar forensik adalah bersifat fleksibel kerana boleh digunakan dalam siasatan kes mal dan juga jenayah. Pada umumnya, subseksyen 33(1) Akta 561 memperuntukkan satu kaedah pembuktian atau keterangan yang diterima dan digunakan di Mahkamah Syariah iaitu keterangan pendapat pakar. Terdapat tujuh jenis pendapat pakar yang telah dinyatakan, dan lima daripadanya mempunyai kaitan dengan sains forensik iaitu pendapat mengenai sains, identiti, ketulenan tulisan tangan, cap jari, dan penentuan nasab (Muhammad Hazim, et al., 2019a).

Keterangan pendapat pakar boleh diterjemahkan kepada *ra'yu al-khabir* (Shanyur, 2005). Ianya bermaksud kaedah pembuktian saintifik yang dibuktikan melalui pakar dalam sesuatu bidang, atas permintaan hakim, untuk menyatakan pendapat mereka tentang perkara yang dipertikaikan, menegakkan kebenaran, dan membantu hakim kerana hakim tidak mampu

melakukannya (M. M. al-Zuhaylī, 1982; Bahnasi, 1989; Shanyur, 2005). Menurut M. M. al-Zuhaylī (2002), Ali (2008), dan Muhammad Hazim, et al. (2019b) antara *ahlu al-khabīr* yang dapat ditakrifkan dalam konteks undang-undang keterangan Islam pada zaman sekarang ialah pakar forensik. Hal ini kerana mereka mempunyai kemahiran dan pengetahuan terhadap ilmu sains dan teknologi dalam membuktikan kes-kes jenayah pada zaman serba moden ini. Ada juga pihak yang menterjemahkan bukti saintifik atau forensik sebagai qarinah kontemporari (Abdul Hakim, 2017), qarinah moden (Sayed Sikandar, 2007), dan *qara'in al-mustahdathah* (Dabbūr, 1985).

Kemudian, undang-undang juga telah menetapkan bahawa kredibiliti, kelayakan, dan kepakaran pakar forensik hendaklah dipastikan terlebih dahulu sebelum pakar forensik memberikan keterangannya di mahkamah.³ Dua aspek utama yang perlu dinilai dalam menentukan kepakaran seorang ahli forensik, iaitu pengetahuan yang mendalam terhadap suatu perkara yang tertentu dan pengalaman yang lama dalam bidang tersebut (McCarthy Wilcox & NicDaeid, 2018). Terdapat sembilan syarat kelayakan yang perlu dipenuhi agar boleh dianggap sebagai seorang pakar dan layak untuk memberikan pendapatnya dalam sesuatu perbicaraan (Ahmad Syukran, 2017; Ahmad Syukran, Amidon, Mohammad Amir, Aminuddin, & Abdul Rahim, 2015; Muhammad Hazim, et al., 2019b). Antara syarat tersebut ialah bebas dari sebarang tekanan atau gangguan yang mungkin memberi kesan terhadap penilaian teknikal, mematuhi syarat-syarat umum untuk memberikan keterangan dalam Islam, mempunyai pengetahuan dan pemahaman yang tinggi terhadap sesuatu bidang, mempunyai pengetahuan asas yang sangat tinggi mengenai bidang tersebut, berkelayakan dan berkecekapan, adil, kepakaran bersesuaian dengan kes, menjalani ujian atau peperiksaan yang kerap dalam bidang kepakaran dalam masa yang dijadualkan, dan mempunyai pengetahuan asas mengenai hukum perundangan syariah secara umum. Proses penilaian, perakuan, dan pengesahan ini dikenali sebagai *voir dire* (Lee, 2007), atau *tazkiyah al-shuhud* (Shamrahayu, 2011). Tambahan lagi, kredibiliti pakar forensik juga dilihat berdasarkan kepada kelayakan akademik, keyakinan mereka ketika menjawab soalan-soalan yang diutarakan oleh peguam atau hakim, sikap dan perilaku mereka, dan status mereka menjadi pekerja kerajaan (McCarthy Wilcox & NicDaeid, 2018).

Seterusnya, kajian Syazwan et al. (2019) menyatakan bahawa majoriti hakim syarie di Malaysia masih belum lagi bersedia untuk menerima sepenuhnya keterangan forensik walaupun telah lama diperuntukkan dalam Seksyen 33 akta atau enakmen keterangan mahkamah syariah di setiap negeri. Sungguhpun demikian, terdapat juga beberapa hakim syarie yang telah memutuskan kes dengan menerima pembuktian saintifik melalui keterangan forensik sebagai salah satu kaedah pembuktian seperti di Mahkamah Syariah. Hal ini telah dilaksanakan dalam beberapa Mahkamah Syariah di Negeri Sembilan, Wilayah Persekutuan dan Sabah yang menerima hasil analisa DNA sebagai salah satu pembuktian dalam menyelesaikan kes-kes di mahkamah syariah. Namun begitu, kenyataan Syazwan et al. (2019) ini tidak disertakan dengan nama kes-kes yang terlibat.

Usaha menggunakan pembuktian saintifik melalui penerapan kaedah sains forensik boleh didapati dalam beberapa kes kesalahan jenayah syariah di Malaysia yang telah dilaporkan dalam jurnal undang-undang. Penerimaan bukti saintifik di Mahkamah Syariah pertama kali dilaporkan dalam kes *Pendakwa Syarie Negeri Sabah lwn. Rosli bin Abdul Japar 2007*). Kes ini berkaitan kesalahan jenayah melakukan persetubuhan haram sehingga melahirkan seorang anak luar nikah. Pihak Pendakwa Syarie Negeri Sabah telah mengemukakan keterangan pakar dan pembuktian secara saintifik melalui laporan DNA telah dilakukan untuk membuktikan kesnya. Ujian DNA dilakukan oleh pakar DNA dari Jabatan Kimia Malaysia yang juga merupakan saksi pendakwaan ketiga di dalam kes ini. Ujian DNA tersebut dilaksanakan ke atas Hasmawi Abdullah (anak luar nikah), Murni binti Muhammad (ibu kandung Hasmawi), dan Rosli bin Abdul Japar (Orang Kena Tuduh (OKT)). Hasil ujian mendapati terdapat hubungan darah antara Hasmawi dengan OKT.

³ Seksyen 89, 119-129 Akta 561.

Hakim Mahkamah Tinggi Syariah Keningau Sabah telah menerima pembuktian saintifik melalui analisis DNA ini berlandaskan Seksyen 86(1) Enakmen Keterangan Mahkamah Syariah (Negeri Sabah) 1992 dan juga Seksyen 190(1) dan (2) Enakmen Prosedur Jenayah Syariah (Negeri Sabah) 1993,⁴ serta mensabitkan jenayah yang dilakukan oleh OKT disebabkan pihak OKT gagal menafikan pembuktian saintifik melalui analisis DNA tersebut. OKT dijatuhkan hukuman denda sebanyak RM3,000 dan jika gagal membayar denda tersebut akan dipenjara selama 6 bulan.

Tambahan pula, bukti saintifik juga telah digunakan oleh Pegawai Penguatkuasa Agama dalam kes-kes Syariah. Seperti dalam kes *Mohammad Sulasi bin Mohamad dan Johari bin Talib* (2002) yang dilaporkan oleh Amir Husin dan Nik Azlan (2008). Alat pernafasan (*breathalyser*) telah digunakan untuk mengesan kehadiran alkohol di dalam badan tertuduh. Kandungan alkohol dalam darah (BAC) yang dicatatkan dari nafas Mohammad Sulasi bin Mohamad adalah 0.03 BAC sementara Johari bin Talib adalah 0.009 BAC. Oleh kerana pengukuran BAC pada mereka adalah di bawah 0.08 BAC, ia menunjukkan bahawa mereka telah meminum alkohol tetapi tidak dalam keadaan mabuk. Bahan bukti lain yang terdapat di tempat kejadian adalah segelas bir Carlsberg di hadapan suspek, dan juga dua botol bir jenama Guinness Stout pada meja yang sama. Selain itu, kedua-duanya mengakui bahawa mereka meminum jenis bir tersebut.

Selain itu, penerimaan bukti saintifik juga telah dibincangkan dalam *Eddyham bin Zainuddin lwn. Rahimah bt. Muhamad* (2015). Kes ini berkaitan dengan penafian nasab di mana perayu bercadang untuk menggunakan ujian paterniti DNA untuk menafikan paternitinya dengan kanak yang dipertikaikan. Malangnya, Mahkamah Tinggi Syariah Negeri Sembilan menolak ujian itu kerana tidak terpakai dalam kes penafian nasab. Keputusan ini telah dipersetujui oleh Mahkamah Rayuan Syariah Negeri Sembilan. Mahkamah tertinggi ini telah memutuskan bahawa ujian DNA hanya terpakai dalam membuktikan hubungan keturunan, dan bukan untuk menafikannya. Penafian nasab hanya boleh dilakukan melalui proses li'an. Keputusan yang sama telah dikeluarkan oleh Mahkamah Rayuan Syariah Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur dalam kes *Zainul Abidin bin Mat Akhir lwn Ahmad Nazreen bin Zainul Abidin & Seorang Lain* (2016) yang mana penafian nasab hanya boleh dilakukan melalui li'an.

Pada tahun 2016, Mahkamah Rayuan Syariah Selangor di dalam kes *Tunku Noor Hayati bt Almarhum Tunku Abdul Rahman Putra & Ors v Tunku Khadijah bt Tunku Abdul Rahman Putra (administrator for the estate of Almarhum Tunku Abdul Rahman Putra) & Anor* (2016) telah membuat perintah berdasarkan keputusan DNA yang mana dibuat secara bertulis dalam laporan ahli kimia. Kes ini berkaitan status plaintif pertama dan kedua sebagai anak-anak perempuan dan pewaris-pewaris kepada Almarhum Tunku dicabar di Mahkamah Syariah. Mahkamah telah menyelesaikan secara muktamad dan konklusif bahawa kedua-dua plaintif pertama dan kedua adalah anak-anak perempuan Almarhum Tunku dan kedua-dua dimasukkan sebagai benefisiari-benefisiari kepada aset Almarhum Tunku.

Cadangan menggunakan kaedah forensik digital juga pernah dilakukan di dalam kes *Khalid bin Abdul Samad v Ketua Pendakwa Syarie Selangor* (2018). Peguam bagi perayu telah mencadangkan kepada Mahkamah Tinggi Syariah Shah Alam agar rakaman video yang ditanda sebagai ekshibit P5 dihantar ke *Digital Forensics Department Cyber Security Malaysia* bagi tujuan analisa dan pengesahan kandungannya sebelum diterima oleh mahkamah. Akan tetapi, pihak mahkamah telah menolak cadangan tersebut kerana pihak perayu gagal menunjukkan keperluan undang-undang untuk berbuat sedemikian. Tambahan lagi, mahkamah turut berpendapat bahawa rakaman ini hanya sekadar bukti sokongan. Sungguhpun terdapat kecacatan terhadap penerimaan bahan bukti, namun kecacatan tersebut tidak menjejaskan kes pendakwaan

⁴ Enakmen Prosedur Jenayah Syariah (Negeri Sabah) 1993 telah dimansuhkan dan digantikan dengan Enakmen Tatacara Jenayah Syariah (Negeri Sabah) 2004. Seksyen 190 dalam Enakmen terdahulu adalah sama dengan Seksyen 194 Enakmen terkini serta menyamai juga dengan Seksyen 198 Akta Tatacara Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997.

kerana ia hanya bersifat sokongan yang mana sudah terdapat dua saksi yang kuat yang telah dikemukakan oleh pihak pendakwaan dalam kes ini.

Ini adalah di antara kes yang dilaporkan yang menggambarkan polemik bukti saintifik di Mahkamah Syariah. Di samping itu, dari laporan kes-kes ini juga menunjukkan kesediaan modal insan di Institusi Undang-Undang Syariah untuk menggunakan bukti saintifik sebagai sebahagian daripada cara membuktikan kesalahan jenayah syariah.

Darjah Kekuatan Keterangan Pakar Forensik Dari Sudut Pandang Undang-undang Keterangan Islam

Sayed Sikandar (2005, 2006, 2007), Anwarullah (1999), 'Uzayzah (1990), dan Dabbūr (1985) secara konsisten menyatakan bahawa pembuktian saintifik melalui kaedah sains forensik adalah sebahagian daripada keterangan jenis qarinah. Hal ini selari dengan peruntukan seksyen 33(1) Akta 561 yang meletakkan keterangan pendapat pakar sebagai sebahagian daripada keterangan jenis qarinah (Ashgar Ali & Nawasdeen, 2005).

Sebagaimana yang telah dibahaskan, qarinah dari segi aspek darjah kekuatannya mempunyai tiga bentuk, iaitu qarinah yang kuat atau pasti (*qarīnah al-qāṭi'ah*), qarinah yang lemah (*qarīnah ghayr al-qāṭi'ah*), dan qarinah yang palsu (*qarīnah al-kāzibah*). Tambahan lagi, kajian ini telah merumuskan bahawa hanya bentuk pertama dan kedua sahaja yang layak diterima sebagai keterangan dan boleh dijadikan sebagai salah satu kaedah pensabitan dalam sesuatu dakwaan atau tuntutan. Berkenaan dengan darjah kekuatan keterangan pakar forensik, kajian ini bersetuju dengan pendapat Sayed Sikandar (2006, 2007) yang menyatakan bahawa ia tergolong dalam bentuk qarinah yang pertama.

Hal ini berdasarkan kepada beberapa faktor yang boleh dijadikan sebagai justifikasi kepada kajian ini. Pertama, faktor kemajuan sains dan teknologi pada zaman sekarang yang serba moden. Bahan bukti atau ekshibit yang dijumpai semasa siasatan tempat kejadian akan dianalisa menggunakan kaedah saintifik untuk mendapatkan maklumat-maklumat penting yang boleh digunakan bagi tujuan pendakwaan atau tuntutan. Proses analisa ini dijalankan secara empirikal dengan menggunakan peralatan dan teknologi yang moden dan saintifik. Hasil analisa akan diperoleh dalam bentuk kuantitatif berbentuk peratusan persamaan di antara bahan bukti yang dianalisa dengan orang yang disyaki. Kedua, jurang akademik terhasil melibatkan perbahasan qarinah dalam konteks kontemporari menyebabkan pengamal undang-undang Syariah enggan atau berasa janggal untuk menerima keterangan qarinah. Hal ini kerana mereka banyak merujuk perbincangan qarinah yang terdapat di dalam kitab-kitab fiqh klasik sedangkan kandungan di dalam kitab-kitab tersebut hanya menyentuh perbahasan pada zaman (*wāqī'*) penulis-penulis kitab sahaja. Tiada perbahasan berkaitan pembuktian saintifik dibincangkan. Akan tetapi, jika dilihat pada perbahasan qarinah dalam kitab-kitab fiqh kontemporari, ahli akademik pada zaman sekarang lebih cenderung untuk meletakkan pembuktian saintifik menerusi kaedah sains forensik pada tahap *Qarīnah al-Qāṭi'ah*. Mereka juga menyifatkannya sebagai suatu qarinah atau kaedah pembuktian berdasarkan keadaan yang kuat dan jelas (M. M. al-Zuhaylī, 1982). Para pengamal undang-undang Syariah di Malaysia seharusnya merujuk kitab-kitab fiqh kontemporari bagi mendapatkan informasi dan perkembangan berkaitan keterangan qarinah lebih-lebih lagi melibatkan pembuktian saintifik. Ibnu Qayyim (2011) juga pernah menasihatkan para pengamal undang-undang Syariah supaya mempunyai ilmu pengetahuan yang mendalam tentang qarinah atau pembuktian berdasarkan keadaan. Hal ini bagi memastikan keadilan dan hak seseorang dapat ditegakkan dan dilaksanakan dengan sebaiknya.

Akan tetapi, perlu juga diingatkan walaupun mereka meletakkan pembuktian saintifik menerusi kaedah sains forensik pada tahap *qarīnah al-qāṭi'ah*, perlu diingatkan bahawa pengamal undang-undang Syariah hendaklah berhati-hati ketika menggunakannya kerana peluang untuk bahan bukti tersebut tercemar, rosak, atau diubahsuai amatlah membimbangkan (M. M. al-Zuhaylī, 1982). Namun, ia bukanlah penghalang kepada penggunaannya sebagai salah satu kaedah

pembuktian di Mahkamah Syariah. Melihatkan kepada kemajuan sains dan teknologi pada hari ini, maka, adalah wajar untuk dilaksanakan kaedah pembuktian saintifik menerusi kaedah sains forensik. Ianya juga perlu dilakukan dengan berhati-hati agar ekshibit dan sampel tidak tercemar sebelum dibawa ke Mahkamah Syariah sebagai salah satu bahan bukti.

CADANGAN

Kajian ini ingin mencadangkan beberapa jurang akademik bagi tujuan kajian untuk masa akan datang. Pertama, perlu diwujudkan usaha penstrukturan semula undang-undang keterangan mahkamah syariah di Malaysia. Hal ini melihatkan kepada komentar dan kritikan yang telah dilakukan oleh pelbagai pihak terhadap undang-undang keterangan mahkamah syariah sedia ada yang tidak konsisten dengan prinsip keterangan dalam Islam. Perkara ini wujud disebabkan penggubalan undang-undang Syariah sedia ada menggunakan model Akta Keterangan 1950 kemudian digubah dengan menjalani beberapa proses islamisasi. Kajian ini mencadangkan agar penstrukturan semula dibuat dengan menggunakan model undang-undang keterangan Islam yang lebih bersifat *shumūl* dan *murūnah*. Hal ini akan lebih bersifat mesra dan lebih mudah untuk dilaksanakan di Mahkamah Syariah.

Cadangan kedua ialah mengiatkan usaha kajian integrasi di antara sains dan pengajian Islam yang ke arah lebih praktikal. Sebagai contoh kajian terhadap fiqh forensik, berkaitan penggunaan pembuktian saintifik menerusi kaedah sains forensik di Mahkamah Syariah. Sungguhpun telah ada beberapa kajian yang berkaitan sudah dilaksanakan, akan tetapi, kajian-kajian tersebut hanya membincangkannya secara teori. Kajian dari aspek yang lebih praktikal seperti isu-isu perundangan, kelayakan pakar forensik, kaedah ujian analisa yang digunakan, kualiti hasil analisa saintifik, akreditasi makmal yang menjalankan ujikaji, dan kesediaan pengamal undang-undang Syariah untuk menggunakan pembuktian saintifik di Mahkamah Syariah masih kurang digiatkan oleh para pengkaji dan ahli akademik.

KESIMPULAN

Qarinah dari aspek kekuatan dalam pembuktian mempunyai tiga bentuk, kuat, lemah, dan palsu. Keterangan qarinah banyak diamalkan di Mahkamah Syariah. Namun begitu, tahap pembuktiannya di Mahkamah Syariah adalah di tahap yang lemah dan memerlukan sokongan daripada keterangan yang lebih kuat dan meyakinkan. Bahkan peruntukan undang-undang keterangan mahkamah syariah berkaitan keterangan qarinah juga mengelirukan dan tidak serasi dengan prinsip keterangan Islam. Tahap pembuktian qarinah perlulah dikembalikan kepada pembahagian yang telah dibuat oleh Hukum Syarak. Hal ini dapat mengurangkan isu kekeliruan dalam memahami konteks qarinah yang dimaksudkan dalam sesuatu peruntukan dalam undang-undang keterangan Mahkamah Syariah. Keterangan dari bukti saintifik juga termasuk di dalam jenis keterangan qarinah, akan tetapi, tahap kekuatannya adalah sewajarnya diletakkan di tahap qarinah yang kuat. Hal ini demikian kerana analisa secara empirikal yang dijalankan terhadap bahan bukti tersebut adalah dengan menggunakan kaedah saintifik dan peralatan yang serba moden. Kemajuan sains dan teknologi pada zaman sekarang telah banyak membantu dunia perundangan dalam mencari dan memberikan bahan bukti yang kuat dan meyakinkan. Tahap kesalahan atau kelemahan dalam sesuatu bahan bukti yang dijadikan keterangan juga dapat dikurangkan dengan bantuan daripada kemajuan sains dan teknologi.

Penghargaan

Penghargaan diberikan terhadap pembiayaan penuh yang disediakan oleh pihak Pusat Pengurusan Penyelidikan & Inovasi, USIM, melalui skim geran penyelidikan PPPI/FSU/0118/051000/16818. Penghargaan juga dirakamkan kepada penyelidik-penyelidik Centre of Research for Fiqh Forensics and Judiciary (CFORSJ), Institut Sains Islam, Universiti Sains Islam Malaysia (USIM) dan Jabatan Kehakiman Syariah Malaysia (JKSM) atas kerjasama yang telah diberikan.

RUJUKAN

- Abdul Hakim, H. (2017). *Al-Qarīnah Kontemporari Dalam Pembuktian Jenayah Bunuh Menurut Perundangan Islam*. (Sarjana Falsafah), Universiti Teknologi Malaysia, Johor.
- Ahmad Syukran, B. (2017). *The Integration of Forensic Science Fundamentals and Al-Qarīnah Towards Achieving Maqasid Al-Shari'ah*. (Falsafah Kedoktoran), Universiti Teknologi Malaysia, Skudai.
- Ahmad Syukran, B., Amidon, A., Mohammad Amir, W. H., Aminuddin, R., & Abdul Rahim, Y. (2015). Makmal Kriminologi (Forensik) Terakreditasi Bagi Kegunaan Mahkamah Shari'ah: Suatu Tinjauan Awal. *Sains Humanika*, 5(3), 65-75.
- Ahmad Syukran, B., Aminuddin, R., & Abdul Rahim, Y. (2015). The Role of Forensic Biology in Realising Maqāsīd al-Shariah (The Objectives of Islamic Law). *Sains Humanika*, 4(1), 9-15.
- Ahmad Syukran, B., Mohammad Amir, W. H., Aminuddin, R., & Abdul Rahim, Y. (2015). Forensik Biologi Dalam Penjagaan Nasab (Hifz al-Nasab/Nasl). *UMRAN-International Journal of Islamic and Civilizational Studies*, 2(2), 11-29.
- al-Fā'iz, I. M. (1983). *al-Iṭbat bi al-Qarā'in fī al-Fiqh al-Islāmī* (Ed. 2.). Beirut: Al-Maktab al-Islami.
- al-Fayūmi, A. M. (1994). *al-Miṣbāh al-Munīr fī Gharīb al-Sharh al-Kabīr* (Jil. 2). Beirut: Dar Al-Kutub Al-'Ilmiah.
- al-Jurjānī, A. M. (1983). *al-Ta'rifāt* (Ed. 1.). Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiah.
- al-Qarāfī, A. I. (1994). *al-Dhakhīrah* (Ed. 1. Jil. 12). Beirut: Dar al-Gharb al-Islami.
- al-Zarqā, M. A. (2004). *al-Madkhal al-Fiqhī al-'Am: Ikhrāj Jadīd Bi-Taṭwīr fī al-Tartīb wa al-Tabwīb, wa-Ziyādāt* (Ed. 2. Jil. 2). Dimashq: Dar al-Qalam.
- al-Zuḥaylī, M. M. (1982). *Was'īl al-Iṭbāt fī al-Sharī'ah al-Islāmiyyah fī al-Mu'āmalāt al-Madaniyah wa al-Ahwāl al-Shakhsiyyah*. Dimashq: Maktabah Dar Al-Bayan.
- al-Zuḥaylī, M. M. (2002). *al-Tanzīm al-Qaḍā'ī fī al-Fiqh al-Islāmī Dirāsah Muqāranah bayna al-Madhāhib al-Fiqhiyyah wa al-Anzīmah wa al-Qawānīn fī Sūriyah wa al-Sa'ūdiyyah wa al-Imārāt al-'Arabīyyah* (Ed. 2.). Dimashq: Dar al-Fikr.
- al-Zuḥaylī, W. M. (2007). *al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuhu* (Jil. 10). Dimashq: Dar Al-Fikr.
- Ali, A. M. (2008). *Shahādah Ahlu al-Khibrah wa Ahkāmuhā: Dirāsah Fiqhiyyah Muqāranah*. Amman: Dār al-Ḥāmid li al-Nashr wa al-Tawzi'.
- Alias, A., & Abdul Ghafur, A. H. (2017). DNA Sebagai Qarīnah Di Mahkamah Syariah: Analisis Terhadap Enakmen Keterangan Mahkamah Syariah Perlis 2006. *International Journal of Law Government and Communication*, 2(6), 76-86.
- Amir Husin, M. N., & Nik Azlan, N. M. (2008). Qarīnah: Kajian Penggunaan Alat Pengesan Alkohol di Bahagian Penguatkuasa Jabatan Agama Islam Wilayah Persekutuan. *Jurnal Undang-Undang Dan Masyarakat*, 12, 110-130.
- Anwarullah. (1999). *Principles of Evidence in Islam*. Kuala Lumpur: A.S. Noordeen.
- Ashgar Ali, A. M., & Nawasdeen, P. (2005). *The Annotated Statutes of Malaysia with relevant Subsidiary Legislation: Syariah Court Evidence (Federal Territories) Act 1997 (Act 561)*. Selangor: Malayan Law Journal Sdn Bhd.
- 'Awdah, A. Q. (2005). *al-Tashrī' al-Jinā'ī al-Islāmī Muqāranan bi al-Qānūn al-Wadh'ī* (Ed. 1. Jil. 2). Beirut: Dar Al-Kutub Al-'Ilmiah.
- Bahnasi, A. F. (1989). *Naẓariyyah al-Iṭbāt fī al-Fiqh al-Jinā'ī al-Islāmī* (Ed. 5.). kaheerah: Dar al-Syuruq.
- Bak, A. I. (1985). *Ṭuruq Al-Iṭbāt Al-Shar'īyyah Ma'a Bayān Ikhtilāf Al-Mazāhib Al-Fiqhiyyah Wa Sharḥ Al-Adillat Al-Muwāzanah Bainaha Thumma Muqāranat Bi Al-Qānūn Wa Mu'alliqan 'alaih Bi Ahkām Al-Naqḍī*. Kaheerah: Maṭba'at al-Qāhirah al-Hadīthah.
- Dabbūr, A. M. Y. (1985). *al-Qarā'in wa Dauruha fī al-Iṭbāt fī al-Fiqh al-Jinā'ī al-Islāmī*. Kaheerah: Dar al-Thaqafah al-'Arabiah.

- Eddyham bin Zainuddin Iwn. Rahimah bt. Muhamad (2015), 40(2) JH 238 (Mahkamah Rayuan Syariah Negeri Sembilan).
- Freckelton, I. (2005). Scientific Evidence: Legal Issues. Dalam I. Freckelton & H. Selby (Sunt.), *Expert Evidence: Law, Practice, Procedure and Advocacy* (h. 509-524). Pyrmont: Lawbook Co.
- Haydar, A. (1991). *Durar al-Hukkām Syarḥ Majallah al-Ahkām* (Ed. 1. Jil. 4). Beirut: Dar al-Jail.
- Hayes, B. K., Navarro, D. J., Stephens, R. G., Ransom, K., & Dilevski, N. (2019). The diversity effect in inductive reasoning depends on sampling assumptions. *Psychonomic Bulletin & Review*, 26(3), 1043-1050.
- Ibnu 'Abidin, M. A. U. (1992). *Radd al-Muḥtār 'alā al-Dur al-Mukhtār* (Ed. 2. Jil. 5). Beirut: Dar al-Fikr.
- Ibnu Abī Zaid al-Qairawānī, A. A. Z. (2005). *Risālah Ibnu Abī Zaid al-Qairawānī* (Sunt. A. M. Q. Al-Ṭaḥṭāwī). Kaherah: Dar al-Fadilah.
- Ibnu Faris, A. F. (1979). *Mu'jam Maqāyis al-Lughah* (Sunt. A. S. M. Harun. Jil. 6). Dimashq: Dar Al-Fikr.
- Ibnu Manzur, M. M. (1994). *Lisān al-'Arab* (Jil. 12). Beirut: Dar Sadir.
- Ibnu Nujaym, Z. I. (1997). *al-Baḥr al-Rā'iq Sharḥ Kanz al-Daqā'iq* (Sunt. Z. Umairat. Ed. 1. Jil. 7). Beirut: Dar al-Kutub Al-'Ilmiah.
- Ibnu Qayyim, M. A. B. (2011). *al-Ṭuruq al-Ḥukmiyyah fī al-Siyāsah al-Shar'iyyah* (Sunt. N. Ahmad Ed. Ed. 1. Jil. 1). Mekah: Dar 'Alim al-Fawa'id.
- Ibrahim, A. (1995). Perkembangan terkini undang-undang Islam di Malaysia. Dalam A. M. Yaacob (Sunt.), *Undang-undang Keterangan dan Prosedur di Mahkamah*. Kuala Lumpur: IKIM.
- Idrīs, A. Q. (2010). *al-Ithbāt bil-Qarā'in fī al-Fiqh al-Islāmī* (Ed. 1.). 'Amman: Dar al-Thaqafah li al-Nashr wa al-Tawzi'.
- Johnston, G. A. R. (2017). Drug analogues and substantial similarity, views of an expert witness. *Australian Journal of Forensic Sciences*, 49(6), 626-636.
- Julien, H. (2008). Content Analysis. Dalam L. M. Given (Sunt.), *The Sage Encyclopedia of Qualitative Research Methods* (Jil. 1, h. 120-122). California: SAGE Publications, Inc.
- Khalid bin Abdul Samad v Ketua Pendakwa Syarie Selangor* (2018), 2 ShLR 47 (Mahkamah Tinggi Syariah Shah Alam).
- Kiely, T. F. (2001). *Forensic Evidence : Science and The Criminal Law*. Florida: CRC Press LLC.
- Leavy, P. (2017). *Research Design: Quantitative, Qualitative, Mixed Methods, Arts-Based, and Community-Based Participatory Research Approaches*. New York: The Guilford Press.
- Lee, G. D. (2007). *Practical Criminal Evidence* (Ed. 1.). Upper Saddle River: Pearson Education, Inc.
- Liew, J., Grisham, J. R., & Hayes, B. K. (2018). Inductive and deductive reasoning in obsessive-compulsive disorder. *Journal of Behavior Therapy and Experimental Psychiatry*, 59, 79-86.
- Lukman, A. M., & Wan Abdul Fattah, W. I. (2012). Al-Qarīnah: antara Kekuatan dan Keperluan dalam Mensabitkan Jenayah (Zina). *International Journal of Islamic Thought*, 2, 1-17. doi:<https://doi.org/10.24035/ijit.2.2012.004>
- Lukman, A. M., Wan Abdul Fattah, W. I., Mohd Faisal, M., Abdul Hamid, A. M., Kamarul Arifin, M. W., & Ahmad Syukran, B. (2018). Al-Qarīnah (Circumstantial Evidence) dan Peranannya Dalam Sabitan Kes Jenayah, Munakahat dan Kehartaan Menurut Islam. Dalam M. M. Zahari, I. S. Dina, & S. Ahmad Zaki (Sunt.), *Isu-isu Kontemporari SYARIAH & UNDANG-UNDANG* (h. 97-110). Nilai: Penerbit USIM.
- McCarthy Wilcox, A., & NicDauid, N. (2018). Jurors' perceptions of forensic science expert witnesses: Experience, qualifications, testimony style and credibility. *Forensic Science International*, 291, 100-108. doi:<https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2018.07.030>
- Md. Saleh, H. M. A. (2003). Al-Bayyinah (Keterangan) dan Beban Pembuktian: Teori dan Amalan di Mahkamah Syariah. Dalam Y. Abdul Monir & M. S. Siti Shamsiah (Sunt.),

- Pendakwaan dan Penyiasatan: Konsep dan Amalan* (h. 237-264). Kuala Lumpur: Institut Kefahaman Islam Malaysia.
- Metwally, M. (2019). Forensic organizational psychology: shedding light on the positive repercussions of ethical leadership in forensic medicine. *Egyptian Journal of Forensic Sciences*, 9(1). doi:<https://doi.org/10.1186/s41935-019-0125-7>
- Mohd Munzil, M., Ahmad Azam, M. S., Ramalinggam, R., Mazupi, A. R., Anowar, Z., & Noorfajri, I. (2015). Qarinah: Admissibility of Circumstantial Evidence in Hudud and Qisas Cases. *Mediterranean Journal of Social Sciences*, 6(2), 141-150. doi:<https://doi.org/10.5901/mjss.2015.v6n2p141>
- Muhammad Hazim, A., Ruqayyah, R., Nurul Syahirah, S., Hendun, A. R. S., Hasnizam, H., & Ahmad Syukran, B. (2019a, 30-31 Oktober). *Epistemologi Fiqh Forensik: Titik Pertemuan Antara Sains Dengan Syariah*. Kertas kerja dibenteng di 3rd International Conference on Contemporary Scholarship & Islam (iconcsis3), Senate Hall, Level 5, Rectory Building, International Islamic University Malaysia (IIUM) Gombak, Kuala Lumpur
- Muhammad Hazim, A., Ruqayyah, R., Nurul Syahirah, S., Hendun, A. R. S., Hasnizam, H., & Ahmad Syukran, B. (2019b, 10-11 Julai). *Sains Forensik sebagai Keterangan Alternatif Terhadap Kes Liwat dan Musahaqah di Mahkamah Syariah*. Kertas kerja dibentangkan di Seminar Kebangsaan Isu Sosial (SKESA) 2019, Dewan Kuliah Utama (DKU), Fakulti Pengajian Quran dan Sunnah (FPQS), Universiti Sains Islam Malaysia (USIM).
- Muhammad Hazim, A., Ruqayyah, R., Nurul Syahirah, S., Hendun, A. R. S., Hasnizam, H., Nur Al Farhain, K., Wan Abdul Fattah, W. I., Lukman, A. M., Ahmad Syukran, B. (2019, 8-9 Oktober). *Forensic Science Application towards Rahmatan Lil Alamin: An Appraisal within the Context of Justice*. Kertas kerja dibentangkan di 6th International Conference on Quran as Foundation of Civilisation (SWAT 2019), Fakulti Pengajian Quran dan Sunnah (FPQS), Universiti Sains Islam Malaysia (USIM).
- Neely, A. H., & Ponshunmugam, A. (2019). A qualitative approach to examining health care access in rural South Africa. *Social Science and Medicine*, 230, 214-221.
- Omar, A. M. (2008). *Mu'jam al-Lughah al-'Arabiah al-Mu'asirah* (1st ed.). Cairo: 'Alim al-Kutub.
- Payne, G., & Payne, J. (2004). *Key Concepts in Social Research*. London: SAGE Publications Ltd.
- Pendakwa Syarie Negeri Sabah lwn. Rosli bin Abdul Japar* (2007), 23(2) JH 237 (Mahkamah Tinggi Syariah Keningau).
- Prior, L. F. (2008). Document Analysis. Dalam L. M. Given (Sunt.), *The Sage Encyclopedia of Qualitative Research Methods* (Jil. 1, h. 230-231). California: SAGE Publications, Inc.
- Radwan, O., & Ahmad, A.-S. (2013). Ḥujjiyyah al-Qarā'in al-Qānūniyyah al-Basīṭah fī al-Itbat bayna al-Fiqh al-Islāmī wa al-Qānūn al-Urdūnī (The Provisions of Simple Presumptions of Law Conclusiveness in Proof as being one of the Established Proof Methods between Islamic Jurisprudence and the Jordanian Law). *Dirasat Ulum al-Syari'ah wa al-Qanun*, 40(1), 205-222.
- Ruzman, M. N. (2008). Kedudukan Bayyinah, Syahadah Dan Qarinah Dalam Penggubalan Undang-Undang Keterangan Islam Di Malaysia. *Jurnal Syariah*, 16(2), 345-366.
- Ruzman, M. N. (2015). Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 (Akta 561): Ulasan Perundangan. *KANUN*, 27(1), 195-200.
- Saferstein, R. (2015). *Criminalistic: An Introduction to Forensic Science* (Ed. 11.). England: Pearson Education Limited.
- Samrūt, W. A. (2007). *al-Qarīnah Wa-Atharuhā fī Itḥbāt al-Jarīmah: Dirāsah Fiqhiyyah Muqāranah* (Ed. 1.). Beirut: Manshurāt al-Halabi al-Huqūqiyyah.
- Sayed Sikandar, S. H. (2005). Forensic evidence: A rethinking about its use and weight in Islamic jurisprudence. *Islam in Asia*, 2(1), 117-140.

- Sayed Sikandar, S. H. (2006). Modern Means of Proof: Legal Basis for Its Accommodation in Islamic Law. *Arab Law Quarterly*, 20(4), 334-364.
- Sayed Sikandar, S. H. (2007). Forensic Evidence: A Comparative Analysis of the General Position in Common Law and Sharī'ah. *Islamic Studies*, 46(2), 199-216.
- Sayfuddin, Khalīl, a.-S., Jūdat, A., Khalid, A., al-Ḥilmī, a.-S. A., Khuluṣī, a.-S. A., Satār, A. Ḥilmī, U. (1968). *Majallah al-Aḥkām al-'Adliyyah* (Ed. 5.). Beirut: Matba'ah Sha'ariku.
- Shamrahayu, A. A. (2011). *Criminal Procedure in the Syariah Courts*. Selangor: Thomson Reuters Malaysia Sdn Bhd.
- Shanyur, A. N. M. (2005). *al-Ithbāt bil-Khibrah bayna al-Qadā' al-Islāmī wa al-Qānūn al-Duwalī wa Taḥwīṭihā al-Mu'āṣirah* (Ed. 1.). Oman: Dar al-Nafa'is.
- Shawarbi, A. H. (2003). *al-Qarā'in al-Qanūniyah Wa-Al-Qadā'iyah fī al-Mawad al-Madaniyah Wa-Al-Jina'iyah Wa-Al-Ahwal al-Shakhṣiyyah*. Iskandariyah: Munsha'ah al-Ma'arif.
- Suhaizad, S., Ruzian, M., & Mohd. Munzil, M. (2019). Kaedah Pembuktian dalam Undang-undang Keterangan Mahkamah Syariah dan Mahkamah Sivil di Malaysia: Suatu Kajian Perbandingan. *KANUN*, 31(1), 1-34.
- Syazwan, M. Y., Ramalingam, R., & Asma Hakimah, A. H. (2019). Kebolehterimaan Keterangan Forensik dari Perspektif Maqāsid Syariah. *Akademika*, 89(Special Issue 2), 117-127. doi:<https://doi.org/10.17576/akad-2019-89SI2-11>
- Tunku Noor Hayati bt Almarhum Tunku Abdul Rahman Putra & Ors v Tunku Khadijah bt Tunku Abdul Rahman Putra (administrator for the estate of Almarhum Tunku Abdul Rahman Putra) & Anor* (2016), 2 ShLR 112 (Mahkamah Tinggi Malaya Shah Alam).
- 'Uzayzah, A. H. (1990). *Ḥujjiyyah al-Qarā'in fī al-Sharī'ah al-Islāmiyyah: al-Baṣm āt, al-Qiyāfat, Dilālat al-Āthār Taḥlīl al-Damm*. 'Amman: Dār 'Ammār li al-Nashr wa al-Tawzī'.
- Walsh, K. (2014). Documentary research and evaluation in medical education. *J Educ Eval Health Prof*, 11, 18. doi:10.3352/jeehp.2014.11.18
- Zainul Abidin bin Mat Akhir lwn Ahmad Nazreen bin Zainul Abidin & Seorang Lain* (2016), 43(1) JH 17 (Mahkamah Rayuan Syariah Kuala Lumpur).
- Zulfakar, R. (1997). *The Role of Al-Qarinah (Circumstantial Evidence) in Islamic Law of Evidence: A Study of the Law in Malaysia, With Reference to the Rules And Principles of English Law*. (Falsafah Kedoktoran), Glasgow Caledonian University, Glasgow.

ANALISIS PERUNDANGAN BAGI UNDANG-UNDANG KETERANGAN MAHKAMAH SYARIAH BERKAITAN BUKTI SAINTIFIK DAN PENERIMAANNYA DI MAHKAMAH SYARIAH

Muhammad Hazim Ahmad^{i,ii}, Mohamad Anwar Zakariaⁱ, Noraishah Nordinⁱ, Siti Khadijah Ishakⁱ, Nurkhairina Othamanⁱ & Ahmad Syukran Baharuddin^{i,iii*}

ⁱFakulti Syariah dan Undang-undang, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia

ⁱⁱCentre of Research for Fiqh Forensics and Judiciary (CFORSJ), Institut Sains Islam, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia

*Penulis untuk dihubungi: ahmadsyukran@usim.edu.my

ABSTRAK

Perkembangan bidang sains dan teknologi pada masa kini telah memberikan sumbangan yang penting terhadap kemajuan dalam kaedah pembuktian di Mahkamah Sivil mahupun Mahkamah Syariah. Hal ini berikutan penggunaan pembuktian saintifik di mahkamah untuk membuktikan dan mensabitkan sesuatu kes, begitu juga untuk membebaskan orang yang tidak bersalah. Penerimaan bukti saintifik telah diamalkan di Mahkamah Sivil seawal tahun 1950-an dan digunapakai secara meluas sehingga ke hari ini. Sungguhpun demikian, senario berbeza berlaku di Mahkamah Syariah di mana pembuktian saintifik amat jarang dilakukan. Pada hakikatnya, undang-undang Keterangan Mahkamah Syariah mempunyai peruntukan-peruntukan yang hampir sama dengan Akta Keterangan 1950 berkaitan pembuktian saintifik. Oleh yang demikian, makalah ini bertujuan untuk mengkaji peruntukan dalam undang-undang Keterangan Mahkamah Syariah berkaitan bukti saintifik dan penerimaannya di Mahkamah Syariah. Kajian kualitatif ini menggunakan kaedah penyelidikan dokumentari dalam mengumpul data primer dan sekunder. Data telah dianalisis dengan menggunakan kaedah analisis kandungan dengan pendekatan penalaran induktif. Hasil kajian menunjukkan pembuktian saintifik boleh dilakukan oleh ahli forensik. Hukum Syarak menerima dan mengamalkan pembuktian saintifik sebagai salah satu kaedah pembuktian dan penafian sesuatu dakwaan. Selain itu, undang-undang keterangan mahkamah syariah juga membuka laluan dan ruang untuk menerima pakai kaedah pembuktian saintifik melalui peruntukan berkaitan keterangan dokumen awam dan pendapat pakar. Terdapat juga prosedur-prosedur perundangan yang telah disediakan berkaitan pembuktian saintifik. Kesimpulannya, Hukum Syarak tidak menolak konsep sains forensik malahan telah menerimanya ribuan tahun sebelum ia diperkenalkan semula melalui nama, terma, dan konsep yang lebih saintifik dan moden. Aplikasi dan sumbangan kajian ini tertumpu kepada kajian undang-undang keterangan serta membuat penjelasan berkaitan pendapat pakar yang kurang dikupas dalam kajian-kajian terdahulu. Kajian ini turut memberikan kefahaman yang tuntas terhadap konsep sains forensik dalam konteks undang-undang keterangan Mahkamah Syariah. Kajian ini juga secara tidak langsung telah membuktikan kebenaran konsep *shumūliyyah* dalam ajaran Islam yang merangkumi pelbagai bidang ilmu.

Kata Kunci: Fiqh Forensik, Sains Forensik, Undang-undang Keterangan, Mahkamah Syariah

PENGENALAN

Perkembangan bidang sains dan teknologi pada masa kini telah memberikan sumbangan yang penting kepada kemajuan kaedah pembuktian di Mahkamah Sivil mahupun Mahkamah Syariah. Hal ini berikutan penggunaan pembuktian saintifik di mahkamah untuk membuktikan dan mensabitkan sesuatu kes, begitu juga untuk membebaskan orang yang tidak bersalah. Penerimaan bukti saintifik telah diamalkan di Mahkamah Sivil seawal tahun 1950-an dan digunapakai secara meluas sehingga ke hari ini (Raja Muhammad Zuha & Ramalinggam, 2017). Sungguhpun demikian, senario berbeza berlaku di Mahkamah Syariah di mana pembuktian saintifik amat jarang dilakukan. Pada hakikatnya, undang-undang Keterangan Mahkamah Syariah mempunyai peruntukan-peruntukan yang hampir sama dengan Akta Keterangan 1950 berkaitan pembuktian saintifik (Suhaizad, Ruzian, & Mohd. Munzil, 2019).

“Bukti saintifik” adalah istilah umum yang secara tradisinya dianggap sebagai merujuk kepada bukti mengenai perkara-perkara seperti analisis balistik, cap jari dan analisis darah (Freckelton, 2005). Ciri utama “bukti saintifik” adalah penilaian dan pengukuran yang tepat dan sah. Kebanyakan pengamal sains forensik menyangka kemungkinan bahawa sampel yang ditemui di tempat kejadian adalah daripada sumber yang berkaitan dengan suspek. Ini melibatkan analisis yang dijalankan secara kualitatif atau kuantitatif dan penerangan terhadap dapatan yang ditemui bagi menentusahkan kebarangkalian awal. Pada kebiasaannya, kesimpulan yang dibuat adalah berdasarkan maklumat yang diperolehi dari hasil kajian serta bandingan terhadap maklumat dari pangkalan data pusat (Freckelton, 2005).

Bagi maksud kajian ini, “bukti saintifik” ditakrifkan sebagai bahan bukti atau ekshibit yang dianalisa menggunakan kaedah saintifik bagi tujuan perundangan sama ada sebagai pembuktian atau penafian terhadap sesuatu dakwaan mahupun tuntutan.

SOROTAN LITERATUR

Terdapat pelbagai kajian berkenaan bukti saintifik yang telah dilakukan sama ada di peringkat dalaman mahupun antarabangsa. Bagi tujuan kajian ini, sorotan kajian terdahulu tertumpu kepada kajian berkaitan bukti saintifik dalam konteks Mahkamah Syariah di Malaysia.

Selain itu, Lukman dan Wan Abdul Fattah (2012) telah membuat kajian berkaitan pembuktian kes zina menggunakan *al-qarinah*. Mereka telah mencadangkan beberapa jenis qarinah moden yang kuat, antaranya ialah cap jari, ujian DNA, ujian darah, rakaman suara/audio (*voiceprints*), cetakan imej (*imageprints*), dan cetakan wajah (*faceprints*). Mereka juga berpendapat bahawa pembuktian saintifik wajar dilaksanakan sebagai suatu anjakan paradigma bagi pembuktian di dalam undang-undang keterangan Islam.

Terdapat juga kajian yang mengaitkan pembuktian saintifik di Mahkamah Syariah dengan maqasid al-shari'ah sepertimana yang dilaksanakan oleh Ahmad Syukran dan rakan-rakan penyelidikannya (Ahmad Syukran, Aminuddin, & Abdul Rahim, 2015; Ahmad Syukran, Mohammad Amir, Aminuddin, & Abdul Rahim, 2015). Kajian mereka menumpukan aspek forensik biologi dalam penentuan nasab serta perkaitannya dengan maqasid al-shari'ah. Dapatan kajian mereka menunjukkan bahawa aplikasi forensik biologi dapat merealisasikan konsep maqasid al-shari'ah melalui penjagaan salah satu daripada *al-Daruriyyāt al-Khamsah* iaitu menjaga nyawa.

Kemudian, Ramlee (2015) ada membuat kupasan mengenai isu-isu pembuktian dalam kes jenayah syariah di Malaysia. Kupasan beliau termasuklah isu penggunaan bukti saintifik jenis DNA. Menurut beliau, sungguhpun terdapat isu berkaitan kebolehterimaan ujian DNA di Mahkamah Syariah, namun, bukti DNA tersebut boleh dijadikan sebagai keterangan untuk membuktikan sesuatu dakwaan atau tuntutan yang dikemukakan di Mahkamah Syariah.

Pada tahun 2017, satu kajian telah dibuat oleh Mohd Sabree, Mohamad Afandi, Mohd Al Adib, dan Abu Suffian (2017) dan Alias dan Abdul Ghafur (2017) mengenai penggunaan keterangan pakar di mahkamah syariah berdasarkan beberapa aspek termasuklah bukti saintifik. Hasil kajian tersebut mendapati bahawa keterangan pakar amat diperlukan di Mahkamah Syariah dan peruntukan undang-undang yang berkaitan perlu diperincikan dan dilaksanakan beberapa penambahbaikan.

Kemudian, terdapat juga kajian yang mengaitkan kebolehterimaan bukti forensik di Mahkamah Syariah. Kajian ini dilakukan oleh Syazwan, Ramalinggam, dan Asma Hakimah (2019). Kajian mereka mendapati bahawa keterangan forensik dikenali sebagai qarinah dalam undang-undang keterangan Islam. Oleh itu, mereka menyimpulkan bahawa keterangan forensik wajar diterima oleh Mahkamah Syariah sebagai satu bentuk pembuktian pada zaman teknologi moden ini disebabkan kedudukannya diiktiraf oleh Islam dan dapat membantu hakim dalam menegakkan keadilan.

Jika diteliti kepada kajian-kajian terdahulu seperti yang telah dinyatakan, kesemuanya hanya menyentuh kebolehterimaan bukti saintifik sebagai pembuktian di Mahkamah Syariah secara umum sahaja. Perbahasan hanya tertumpu kepada jenis-jenis bukti saintifik yang boleh digunapakai dan juga Seksyen 33(1) berkenaan saksi pakar di Mahkamah Syariah. Tiada perbahasan atau perincian diberikan tentang hal-hal teknikal yang lebih praktikal seperti siapa yang selayaknya memberikan keterangan berkaitan bukti saintifik, syarat kelayakan dan kredibiliti pakar forensik, peranan mereka dalam sistem kehakiman Islam, dan prosedur undang-undang serta proses mengemukakan bukti saintifik dan keterangan pendapat pakar di Mahkamah Syariah. Sedangkan perkara-perkara sebeginilah yang perlu diberikan perhatian tumpuan dan diutamakan untuk dibincangkan.

Oleh yang demikian, makalah ini akan mengkaji peruntukan dalam undang-undang Keterangan Mahkamah Syariah berkaitan bukti saintifik dan penerimaannya di Mahkamah Syariah bagi mengisi jurang akademik yang telah berlaku.

METODOLOGI KAJIAN

Kajian kualitatif ini menggunakan kaedah penyelidikan dokumentari untuk menilai buku-buku yang ditulis oleh para sarjana dan ahli akademik. Di samping itu, metodologi yang sama juga digunakan untuk menilai penemuan kajian terkini yang dinyatakan dalam jurnal berkualiti dan berindeks. Kaedah penyelidikan dokumentari digunakan untuk mengumpulkan dan mendapatkan data melalui kajian dokumen, penulisan, dan rekod yang telah dihasilkan (Neely & Ponsunmugam, 2019). Tujuan utama kaedah ini adalah untuk menilai secara ilmiah terhadap dokumen bertulis tertentu sama ada dokumen awam atau persendirian (Walsh, 2014). Bagi tujuan kajian ini, kami menilai kedua-dua jenis dokumen.

Dalam kajian ini, kami telah menilai dokumen-dokumen utama dari ayat-ayat Al-Quran, hadis-hadis Nabi (s.a.w.), dan peruntukan undang-undang dalam Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 dan Akta Tatacara Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997. Kami telah menentukan data dari dokumen-dokumen ini adalah data utama kerana data-data ini dari sumber langsung, boleh dipercayai dan tidak dipengaruhi oleh pandangan atau pendapat individu.

Tambahan lagi, data sekunder bagi kajian ini adalah perbincangan dalam bidang tafsir dan fiqh Islam klasik serta kontemporari seputar tema sains forensik, pendapat pakar, dan sistem kehakiman Islam. Selain itu, data sekunder juga diperoleh daripada keputusan kes-kes yang dilaporkan dalam jurnal undang-undang serta penulisan di dalam jurnal berindeks terutamanya Scopus dan WOS yang diperolehi dari pangkalan data Scopus yang diakses melalui portal Ezproxy Universiti Sains Islam Malaysia.

Kemudian, data yang diperoleh telah dianalisa menggunakan kaedah analisis kandungan untuk memahami dan mengeluarkan maklumat-maklumat penting dan berguna yang berada di sekitar teks dokumen (Leavy, 2017). Oleh kerana kajian ini merupakan kerja kualitatif, maka analisis kandungan dalam kajian ini telah dilaksanakan secara induktif (Julien, 2008). Proses ini dilaksanakan secara berulang (rekursif) melibatkan proses pungutan dan analisis data yang berkaitan dengan penerapan definisi, peraturan, atau prosedur bagi mendapatkan keputusan yang berterusan (Liew, Grisham, & Hayes, 2018).

DAPATAN KAJIAN DAN PERBINCANGAN

Kajian ini telah menghasilkan beberapa dapatan, antaranya, pembuktian saintifik boleh dilakukan oleh ahli forensik. Selain itu, kajian ini mendapati bahawa amalan pembuktian secara saintifik sebagai suatu kaedah pembuktian dan penafian sesuatu dakwaan telah lama dilaksanakan dalam Islam. Tambahan lagi, undang-undang keterangan mahkamah syariah telah membuka laluan dan ruang untuk menerimapakai bukti saintifik, dan terdapat beberapa prosedur undang-undang yang

perlu dipatuhi dalam mengemukakan bukti saintifik. Dapatan-dapat ini akan dihuraikan secara menyeluruh dan dibincangkan dengan lebih teliti.

Ahli Forensik dan Peranannya Dalam Pembuktian Saintifik

Individu yang mempunyai kredibiliti dan selayaknya memberikan keterangan dalam pembuktian saintifik bagi tujuan perbicaraan ialah pakar forensik (Kiely, 2001). Sains forensik adalah penggunaan amalan saintifik atau teknikal untuk pengenalpastian, pengumpulan, penilaian dan penafsiran bahan bukti untuk undang-undang sivil, dan jenayah, atau isu-isu pentadbiran (Metwally, 2019).

Menurut Saferstein (2015), ianya adalah suatu terma meliputi pelbagai kerjaya dan bidang yang menggunakan kemahiran dan kepakaran mereka untuk membantu pegawai penguatkuasa undang-undang dalam mengendalikan siasatan mereka. Terdapat 11 kerjaya dan bidang yang mengamalkan ilmu forensik seperti kriminalistik, dokumen yang dipetikai, odontologi, perundangan, sains digital dan multimedia, patologi, dan toksikologi. Walau bagaimanapun, senarai ini tidak eksklusif kerana ia berbeza mengikut amalan setiap negara. Di Malaysia, terdapat beberapa agensi kerajaan dan bukan kerajaan yang menjalankan aplikasi sains forensik, termasuk Pusat Analisis Sains Forensik di Jabatan Kimia Malaysia, Unit Forensik di Polis Diraja Malaysia, CyberSecurity Malaysia, Suruhanjaya Komunikasi dan Multimedia Malaysia, dan Jabatan Forensik di hospital kerajaan dan bukan kerajaan.

Objektif utama bagi mana-mana pengamal forensik ialah menyediakan maklumat saintifik yang adil dan tidak berat sebelah berdasarkan kepada data analisa yang telah dilaksanakan (Metwally, 2019). Mereka juga berperanan untuk membantu hakim dalam membuat keputusan yang bijaksana di mahkamah (Johnston, 2017). Tambahan lagi, al-Zuhaylī (2002) dan Shanyur (2005) menyatakan bahawa peranan mereka sebagai pakar dalam sistem kehakiman Islam juga adalah sama seperti di mahkamah sivil dan memainkan peranan yang sangat penting dalam membantu hakim untuk memberikan maklumat dan pengetahuan terhadap perkara yang tidak diketahuinya secara mendalam terutamanya berkaitan analisa pembuktian saintifik.

Selain itu, pegawai forensik turut berperanan dalam menyediakan laporan hasil analisis setelah segala proses yang berkaitan lengkap dilaksanakan. Kemudian, laporan tersebut akan disahkan oleh Ketua Unit Makmal Forensik sebelum diserahkan kepada bahagian penguatkuasaan atau pendakwaan untuk tindakan selanjutnya.

Perspektif Hukum Syarak Terhadap Pembuktian Saintifik Sebagai Kaedah Pembuktian Dan Penafian

Pembuktian saintifik melalui penerapan kaedah sains forensik dibenarkan dalam Islam (Muhammad Hazim, Ruqayyah, Nurul Syahirah, Hendun, Hasnizam, Nur Al Farhain, et al., 2019). Ini terbukti dari pelbagai sumber rujukan Islam termasuklah ayat-ayat Al-Quran, hadis-hadis Nabi (s.a.w.) dan amalan sahabatnya yang menunjukkan pengaplikasian kaedah sains forensik dalam menegakkan keadilan sama ada untuk mensabitkan pertuduhan atau melepaskan orang yang tidak bersalah. Sebagai contoh, dalam ayat 18, Surah Yusuf, Allah (s.w.t.) menceritakan kisah perbuatan adik-beradik Nabi Yusuf (a.s.):

Terjemahan: “Dan (bagi mengesahkan dakwaan itu) mereka pula melumurkan baju Yusuf dengan darah palsu. Bapa mereka berkata: “Tidak! Bahkan nafsu kamu memperelokkan kepada kamu suatu perkara (yang tidak diterima akal). Kalau demikian, bersabarlah aku dengan sebaik-baiknya, dan Allah jualah yang dipohonkan pertolongannya, mengenai apa yang kamu katakan itu.”

(Surah Yusuf (12): 18)

Saudara-saudara Nabi Yusuf (a.s.) telah menyerahkan pakaian Nabi Yusuf (a.s.) kepada Nabi Ya'qub (a.s.). Mereka telah meletakkan darah palsu untuk menyokong dakwaan mereka

bahawa Nabi Yusuf (a.s.) telah dimakan oleh serigala (Rashīd Ridā, 1999). Nabi Ya‘qub (a.s.) telah melakukan analisis perbandingan mengenai keadaan darah pada pakaian tersebut (Ahmad Syukran, 2017). Analisisnya menunjukkan bahawa darah yang wujud tidak konsisten dengan darah manusia, tetapi mungkin dari haiwan berdasarkan kepada morfologi darah tersebut (al-Qurtubi, 2006). Hasil ini selanjutnya disahkan dengan penemuan fakta tambahan, bahawa tidak ada kesan gigitan serigala pada pakaian tersebut (Ibnu Abī Ḥātim, 1998). Berdasarkan analisis terhadap eksibit pakaian tersebut, Nabi Ya‘qub (a.s.) telah menafikan tuduhan palsu yang dibuat oleh anak-anaknya mengenai kematian Nabi Yusuf (a.s.) (al-Sa‘dī, 2000). Menurut aplikasi sains forensik pada hari ini, analisis yang dilakukan oleh Nabi Ya‘qub (a.s.) dikenali sebagai analisis kesan darah pada kain (Dicken, Knock, Carr, & Beckett, 2019) serta analisis fizikal terhadap kerosakan tekstil (Sloan, Fergusson, & Robertson, 2019a, 2019b).

Ayat di atas juga menjelaskan Prinsip Pertukaran Locard yang menyatakan bahawa setiap sentuhan akan meninggalkan kesan (Byard, James, Berketa, & Heath, 2015). Prinsip ini memainkan peranan penting dalam aplikasi sains forensik, terutamanya ketika siasatan tempat kejadian jenayah. Pertukaran itu berlaku apabila suspek membawa sesuatu ke tempat kejadian jenayah dan dia akan meninggalkan sesuatu kesan daripadanya (Mistek, Fikiet, Khandasammy, & Lednev, 2018). Merujuk kepada situasi di atas, adik-beradik Nabi Yusuf (a.s.) telah mendakwa bahawa Nabi Yusuf (a.s.) telah dimakan oleh serigala, walau bagaimanapun, tiada kesan gigitan serigala yang wujud pada pakaian tersebut. Oleh kerana tiada pertukaran berlaku, maka, Nabi Ya‘qub (a.s.) telah menempelak dakwaan tersebut. Prinsip ini juga telah digunakan dalam ayat lain dari Surah Yusuf, seperti yang ada dalam ayat 26 hingga 29:

Terjemahan: *“Yusuf pula berkata: “Dia lah yang memujukku berkehendakkan diriku”. (Suaminya tercengang mendengarnya) dan seorang dari keluarga perempuan itu (yang ada bersama-sama) tampil memberi pendapatnya dengan berkata: “Jika baju Yusuf koyak dari depan, maka, benarlah tuduhan perempuan itu, dan menjadilah Yusuf dari orang-orang yang dusta. Dan jika bajunya koyak dari belakang, maka, dustalah perempuan itu, dan Yusuf adalah dari orang-orang yang benar”. Setelah suaminya melihat baju Yusuf koyak dari belakang, berkatalah ia: “Sesungguhnya ini adalah dari tipu daya kamu orang-orang perempuan; sesungguhnya tipu daya kamu amatlah besar pengaruhnya. Wahai Yusuf, lupakanlah hal ini. Dan engkau (Wahai Zulaikha), mintalah ampun bagi dosamu, sesungguhnya engkau adalah dari orang-orang yang bersalah!”.*

(Surah Yusuf (2): 26-29)

Dalam ayat 26 hingga 29 di atas, Prinsip Pertukaran Locard telah terhasil oleh kerana terdapat pertukaran yang berlaku di antara tindakan suspek dan kesan yang ditinggalkannya. Suspek adalah isteri al-‘Aziz ketika dia berusaha melakukan gangguan seksual terhadap Nabi Yusuf (a.s.). Nabi Yusuf (a.s.) cuba melarikan diri; Malangnya, percubaan itu telah menyebabkan pakaiannya terkoyak dari belakang akibat ditarik oleh isteri al-‘Aziz. Kesan koyakan pada pakaian Nabi Yusuf (a.s.) adalah dari bahagian atas ke bahagian bawah belakang bajunya (al-Ṭabarī, 2000). Kesan koyakan itu adalah hasil dari kekuatan yang disengajakan oleh isteri al-‘Aziz untuk mencegah Nabi Yusuf (a.s.) daripada melarikan diri (Ibnu Kathir, 1999). Kesan koyakan itu dianggap sebagai bukti kesan yang selaras dengan Prinsip Pertukaran Locard.

Selain daripada itu, beberapa hadis Nabi (s.a.w.) mengungkapkan penerapan sains forensik secara langsung dan tidak langsung.

Terjemahan: *Daripada Abdul Rahman bin Auf (r.a.) pada kisah kematian perang Abu Jahal, katanya: Mereka berdua (Mu‘az bin Amru al-Jamuh dan Mu‘az bin ‘Arfa) saling berlumba memancungnya, hingga mereka membunuhnya. Kemudian mereka kembali kepada Rasulullah (s.a.w.) dan memberitahu baginda bahawa mereka telah membunuh Abu Jahal. Maka baginda bertanya: “Siapakah di antara kalian yang*

membunuhnya? Adakah kalian sudah membersihkan pedang kalian?” Mereka menjawab: “Belum”. Lalu baginda memeriksa pedang mereka dan bersabda: “Kalian berdua telah membunuh Abu Jahal”. Kemudian, baginda memutuskan bahawa harta rampasan Abu Jahal untuk Mu‘az bin Amru al-Jamuh. (Hadis. Al-Bukhari. Bāb Man lam yukhammis al-aslāb, wa man qatala qatīlan salabuhu min ghayr an yukhamisa, wa hukmun al-imam fīhi: Jil. 4: #3141; Muslim. Bāb Istihqāq al-qātil salaba al-qatīl: Jil. 3: #1752)

Berdasarkan kepada hadis ini, adalah dibenarkan untuk merujuk kepada keterangan mengikut keadaan di dalam penghakiman kerana Nabi (s.a.w.) menyimpulkan kesan darah di pedang mereka untuk mengesahkan siapa yang membunuh Abu Jahal (‘Azzām, 2009). Dengan membuat pemerhatian ke atas pedang tersebut, Nabi (s.a.w.) mengetahui bahawa Mu‘az bin Amru al-Jamuh yang menikam Abu Jahal hingga mengakibatkan Abu Jahal terbunuh (Badr al-Din al-‘Ayni, 2001). Antara pemerhatian yang dibuat ialah kedalaman tikaman pedang yang menembusi tubuh Abu Jahal (Badr al-Din al-‘Ayni, 2001). Oleh kerana itu, Nabi (s.a.w.) menetapkan barang-barang Abu Jahal menjadi miliknya. Sementara itu, menurut al-Nawāwī (1972) sebab mengapa Rasulullah (s.a.w.) berkata, “Kedua-dua kamu membunuhnya” sebenarnya adalah untuk menjaga hati Mu‘az bin ‘Arfa kerana dia turut menyumbang kepada pembunuhan Abu Jahal. Berdasarkan kemajuan teknologi hari ini, aplikasi sains forensik yang mungkin digunakan dalam keadaan ini adalah analisis paten darah (BPA) pada senjata yang disyaki untuk mengenal pasti pemilik darah di pedang tersebut (Comiskey, Yarin, & Attinger, 2019), dan autopsi ke atas mayat untuk menentukan punca kematian sama ada disebabkan oleh pemotongan atau menikam objek (Banwari, 2017).

Dalam hadis yang lain, terdapat peristiwa yang boleh dijadikan rujukan kepada analisis forensik kesan tapak kaki dan kasut, yang di ambil dari cerita bangsa ‘Ukl dan ‘Urainah.

Terjemahan: Daripada Qatadah, bahawa Anas bin Malik telah menceritakan kepada mereka bahawa sekelompok orang atau pemuda dari kabilah ‘Ukl dan ‘Urainah datang kepada Rasulullah (s.a.w.), mereka menyatakan masuk Islam. Lalu mereka berkata, “Wahai Nabiyullah, kami orang yang hidup dari hasil ternak, bukan dari hasil pertanian.” Lalu mereka menderita sakit di Madinah karena iklim yang tidak cocok, maka Rasulullah (s.a.w.) memerintahkan mereka supaya keluar menemui penggembala yang sedang menggembalakan unta, lalu beliau menyuruh mereka keluar dari Madinah. Mereka pun minum susu unta tersebut dan minum air kencingnya. Tatkala mereka berada di perbatasan Madinah, mereka keluar dari Islam (kufur), kemudian membunuh penggembala unta Rasulullah (s.a.w.), dan membawa lari untanya. Berita tersebut sampai kepada Rasulullah (s.a.w.), maka baginda menyuruh untuk mencari jejak mereka, dan akhirnya mereka dapat dibawa kepada Rasulullah (s.a.w.). Mereka dihukum dengan cara ditusuk matanya dengan paku (di congkel dengan paku panas), tangan dan kaki mereka dipotong, lalu mereka dibiarkan dalam keadaan seperti itu dibawah terik matahari hingga mereka mati.” (Hadis. Al-Bukhari. Bāb Qiṣṣatun ‘Ukli wa ‘Urainah: Jil. 5: #4192)

Berdasarkan kepada hadis ini, al-Qaṣṭallānī (1905) menjelaskan bahawa Nabi telah menghantar beberapa orang untuk mengesan orang ‘Ukl dan ‘Urainah yang telah murtad setelah memeluk Islam, membunuh penggembala unta Nabi (s.a.w.) dan membawa lari unta-unta tersebut. Tambahan lagi, Ibnu Hajar al-‘Asqalani (1960) berkata bahawa mereka yang dihantar adalah 12 remaja Ansar bersama dengan seorang *al-qa’if* (penjejak atau pengesan tapak kaki dan kasut), tetapi tidak dinyatakan nama mereka yang terlibat dalam operasi tersebut. Mereka berjaya mengesan orang ‘Ukl dan ‘Urainah berdasarkan kesan tapak kaki dan kasut yang mereka tinggalkan di sepanjang perjalanan pulang (Ibnu al-Mulaqqin, 2008). Analisa forensik terhadap kesan tapak kaki dan kasut juga berkaitan dengan Prinsip Pertukaran Locard seperti yang dibahas sebelum ini. Tambahan lagi, keterangan boleh diperolehi pada bentuk kesan tapak kaki yang

dinamik dan statik, kesan tapak kasut pada pelbagai permukaan, seperti tanah, pasir, atau salji (Kanz, 2015).

Satu lagi hadis mendedahkan bahawa Nabi Muhammad (s.a.w.) pernah menggunakan kaedah ujian pernafasan dalam mengesahkan kes meminum minuman yang memabukkan. Ini dinyatakan dalam hadis berikut:

Terjemahan: *Daripada Ibnu Buraidah, daripada bapanya, "Bahawasanya Nabi (s.a.w.) menghidu bau mulut Ma'iz".* (Hadis Abu Daud. *Bāb Rajmi Mā'iz bin Mālik*: Jil. 6: #4433)

Perkataan "*istinkah*" berasal daripada perkataan dasar "*na-ka-ha*" yang bermaksud menghidu nafas alveolar dari mulut seseorang (Ibnu Faris, 1979). Di samping itu, al-Fayūmi (1994) menjelaskan bahawa tindakan ini dilakukan untuk menentukan sama ada orang itu meminum minuman yang memabukkan atau tidak. Hadis di atas adalah versi yang ringkas sementara versi yang lebih panjang dapat ditemui dari riwayat Muslim, hadis bernombor 1695 (al-'Azīm Ābādī, 1995). Dalam hadis ini, Rasulullah (s.a.w.) meragui pengakuan yang dibuat oleh Ma'iz, oleh kerana itu baginda telah melakukan *istinkah* untuk mengesahkan pengakuannya (al-Khaṭābī, 1932). Dari kaca mata ahli toksikologi forensik, amalan dalam hadis di atas serupa dengan ujian pernafasan pada orang yang disyaki mabuk (Amir Husin & Nik Azlan, 2008). Para ahli toksikologi menjalankan ujian dengan menggunakan alat penguji pernafasan yang mengukur kepekatan alkohol dalam arteri pulmonari dengan mengira kepekatannya dalam nafas alveolar (Millo, Jaiswal, Prasad, & Murty, 2010). Alat yang digunakan secara meluas untuk mengira kandungan alkohol dalam nafas alveolar adalah *Breathalyzer* (Harding & Field, 1987; Saferstein, 2015).

Di samping itu, terdapat beberapa peristiwa yang berlaku pada zaman para sahabat Nabi (s.a.w.) di mana mereka mengamalkan pembuktian saintifik untuk membuktikan kes atau melepaskan orang yang tidak bersalah. Antara peristiwa penting adalah seperti yang disampaikan oleh Ibnu Qayyim (2011) dari Ja'far bin Muhammad:

Terjemahan: *Pada zaman pemerintahan Saidina Umar al-Khattab (r.a.), seorang wanita yang telah terpicat dengan seorang lelaki Ansar, tetapi tidak diendahkan oleh lelaki. Oleh kerana lelaki itu tidak melayaninya, wanita tersebut telah melumuri sebahagian daripada putih telur pada beberapa bahagian pakaiannya dan pada pahanya. Ketika mana lelaki tersebut melalui di hadapannya, dia menjerit meminta tolong seolah-olah dia dirogol oleh lelaki tersebut. Orang ramai membawa wanita dan lelaki tersebut pergi bertemu Saidina Umar. Saidina Umar kemudiannya telah meminta pendapat daripada beberapa orang wanita dan kelihatannya mereka bersetuju bahawa terdapat kesan air mani di atas pakaian dan badan wanita itu. Lalu, lelaki itu ditahan dan dia menafikan dakwaan yang dikenakan ke atasnya. Kemudian Saidina Umar telah meminta pendapat daripada Saidina Ali. Saidina Ali memerintahkan seseorang untuk membawa air yang panas mendidih lalu dituangkan ke atas pakaian wanita itu, setelah itu mereka menyedari bahawa kesan tersebut ialah telur dan bukan kesan air mani."*

Saidina Ali (r.a) telah menggunakan air panas mendidih (dalam analisis kimia yang dikenali sebagai reagen) untuk menguji ketulenan eksibit spesimen kesan air tersebut. Dalam keadaan ini, aplikasi sains forensik yang boleh digunakan ialah ujian saringan (*screening test*) untuk mengesan kehadiran air mani. Ujian saringan yang diamalkan secara meluas untuk mengesan air mani adalah ujian saringan asid fosfat (*Acid Phosphatase*). Ujian ini telah dianggap sebagai ujian utama yang digunakan dalam sains forensik sebagai ujian andaian untuk mengesan kesan air mani. Ini kerana air mani mengandungi asid fosfat. Ujian *Brentamine* digunakan untuk mengesan aktiviti asid fosfat. Ujian penyaringan melibatkan kertas khas yang ditekan ke permukaan barang eksibit untuk memindahkan sebahagian daripada cairan mani yang hadir ke

kertas tersebut. Kertas itu kemudiannya diuji dengan reagen kimia (Lewis et al., 2013). Kehadiran air mani dapat diperhatikan dengan pembentukan pewarna ungu akibat tindak balas naphtol (dalam natrium a-naphthyl fosfat yang digabungkan dengan garam brentamin) dengan fosfat asid dalam spesimen kesan air mani (Davidson & Jalowiecki, 2012). Bagi kes di atas, hasil daripada analisis yang dijalankan oleh Saidina Ali (r.a.) menunjukkan tiada air mani yang dijumpai sebaliknya hanya putih telur. Oleh itu, kes telah dibuang dan orang yang tidak bersalah telah berjaya dibebaskan daripada pertuduhan itu.

Selain itu, terdapat satu kes meminum minuman yang memabukkan telah dibawa kepada Abdullah bin Mas'ūd, dan beliau telah menggunakan ujian *field sobriety test* untuk mengesahkan dakwaan itu.

Terjemahan: *Daripada Abu Majid al-Hanafi, beliau berkata: Seorang lelaki bersama dengan anak saudaranya telah datang menghadap Abdullah bin Mas'ūd, lalu berkata: "Sesungguhnya aku mendapati anak saudaraku ini mabuk". Maka Abdullah bin Mas'ūd berkata: "Gerakkan dan goncangkan tubuhnya, kemudian hidu nafasnya". (Hadis Al-Ṭabrānī. Khuṭbah Ibni Mas'ūd, wa min kalāmihī: Jil. 9: #8572)*

Perkataan "*tartara*" dan "*mazmaza*" merujuk kepada tindakan menggerak dan menggoncang keras tubuh seseorang untuk menghidu nafas alveolarnya agar dapat menentukan sama ada dia mabuk ataupun tidak (al-Suyūṭī, 2004; Ibnu Al-Athir, 1979). Tindakan ini berkait rapat dengan ujian *field sobriety test*. Ia telah ditentukan sebagai ujian awal sebelum mengarahkan suspek untuk diuji dengan ujian pernafasan atau ujian darah. Ujian ini biasanya terdiri daripada satu siri ujian psikofizikal (Saferstein, 2015). Contoh-contoh ujian ini adalah ujian berdiri satu kaki, ujian *nystagmus* mendatar, ujian berjalan-dan-pusingan, ujian tepuk tangan, ujian Romberg, dan ujian mengesan bentuk (Smith, Robinson, Bazdar, & Geller, 2016).

| No. | Sumber | Aplikasi Sains Forensik |
|-----|--|--|
| 1 | Surah Yusuf, ayat 18 | Analisis kesan darah pada kain |
| | | Analisis fizikal terhadap tekstil yang rosak |
| | | Prinsip Pertukaran Locard |
| 2 | Surah Yusuf, ayat 26 hingga 29 | Analisis fizikal terhadap tekstil yang rosak |
| | | Prinsip Pertukaran Locard |
| 3 | Hadis Al-Bukhari, <i>Bāb Man Lam yukhammis al-aslāb, wa man qatala qatīlan salabuhu min ghayr an yukhamisa, wa hukmun al-imam fihī</i> : Jil. 4: #3141 | BPA pada senjata yang disyaki untuk mengenal pasti pemilik darah di pedang atau analisis fizikal terhadap senjata yang digunakan |
| | Hadis Muslim, <i>Bāb Istihqāq al-qātil salaba al-qatīl</i> : Jil. 3: #1752 | Autopsi untuk mengetahui atau menentukan punca kematian |
| 4 | Hadis Al-Bukhari. <i>Bāb Qiṣṣatun 'Ukli wa 'Urainah</i> : Jil. 5: #4192 | Prinsip Pertukaran Locard |
| | | Bentuk kesan tapak kaki yang dinamik dan statik, kesan tapak kasut pada pelbagai permukaan, seperti tanah, pasir, atau salji |
| 5 | Hadis Abu Daud. <i>Bāb Rajmi Mā'iz bin Mālik</i> : Jil. 6: #4433 | Ujian pernafasan pada orang yang disyaki mabuk |
| 6 | Ibnu Qayyim, <i>al-Ṭuruq al-Hukmiyyah fī al-Siyāsah al-Shar'iyyah</i> | Ujian saringan AP pada sampel kesan air mani untuk mengesan kehadiran air mani |
| 7 | Hadis Al-Ṭabrānī. <i>Khuṭbah Ibni Mas'ūd, wa min kalāmihī</i> : Jil. 9: #8572 | Ujian <i>field sobriety test</i> |

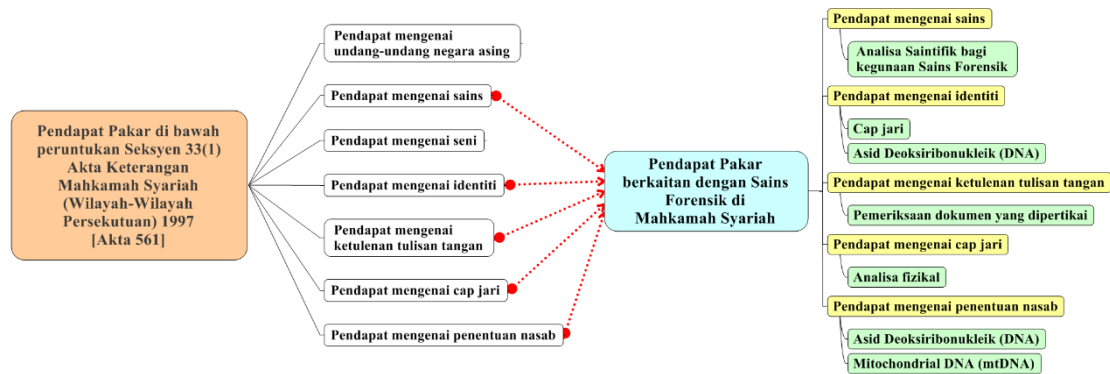
Jadual 2: Aplikasi Sains Forensik dari Perspektif Islam (Muhammad Hazim, Ruqayyah, Nurul Syahirah, Hendun, Hasnizam, Nur Al Farhain, et al., 2019)

Jadual 1 di atas menyimpulkan bahawa penggunaan sains forensik sebagai sebahagian daripada pembuktian telah diamalkan oleh para Nabi kita (a.s.) dan para Sahabat Nabi Muhammad (r.a.). Ini juga menunjukkan bahawa Islam turut menerima pembuktian saintifik melalui penggunaan kaedah sains forensik. Fakta-fakta ini juga mendedahkan bahawa konsep

sains forensik telah lama menjadi amalan untuk menegakkan keadilan sebelum ianya diperkenalkan semula dengan terminologi dan epistemologi yang lebih moden selaras dengan peredaran masa dan perkembangan kemajuan teknologi.

Penerimaan Undang-undang Keterangan Mahkamah Syariah di Malaysia

Sehingga ke hari ini, undang-undang keterangan mahkamah syariah telah menyediakan laluan dan ruang untuk menerima dan mengguna pakai kaedah pembuktian saintifik melalui beberapa peruntukan di dalam undang-undang Keterangan Mahkamah Syariah di setiap negeri di Malaysia.¹



Rajah 2: Keterangan Pakar Forensik menurut Seksyen 33(1) Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997

Rajah 1 di atas menyenaraikan beberapa jenis kaedah sains forensik yang berpotensi untuk digunakan serta bersesuaian dengan peruntukan yang telah dinyatakan. Bukti saintifik melalui keterangan pakar forensik adalah bersifat fleksibel kerana boleh digunakan dalam siasatan kes mal dan juga jenayah. Namun, bagi tujuan kajian ini, fokus diberikan kepada prosedur pembuktian saintifik dalam kes-kes jenayah Syariah. Pada umumnya, Seksyen 33(1) Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 memperuntukkan satu kaedah pembuktian atau keterangan yang diterima dan digunakan di Mahkamah Syariah iaitu keterangan pendapat pakar. Terdapat tujuh jenis pendapat pakar yang telah dinyatakan, dan lima daripadanya mempunyai kaitan dengan sains forensik iaitu pendapat mengenai sains, identiti, ketulenan tulisan tangan, cap jari, dan penentuan nasab (Muhammad Hazim, Ruqayyah, et al., 2019a).

Keterangan pendapat pakar ini seringkali diterjemahkan kepada *ra'yu al-khabir* (Shanyur, 2005). Ianya membawa maksud kaedah pembuktian saintifik yang dibuktikan melalui keterangan pakar dalam sesuatu bidang. Hal ini dilakukan atas permintaan hakim, untuk menyatakan pendapat mereka sebagai pakar tentang perkara yang dipertikaikan, dengan tujuan untuk menegakkan kebenaran dan membantu hakim dalam membuat penghakiman (al-Zuhayli, 1982; Bahnasi, 1989; Shanyur, 2005). Menurut al-Zuhayli (2002), Ali (2008), dan Muhammad Hazim, Ruqayyah, et al. (2019b) antara *ahlu al-khabir* yang dapat ditakrifkan dalam konteks undang-undang keterangan Islam pada zaman sekarang ialah pakar forensik kerana mereka mempunyai kemahiran dan pengetahuan terhadap ilmu sains dan teknologi dalam membuktikan kes-kes jenayah pada zaman serba moden ini. Ada juga pihak yang menterjemahkan bukti saintifik atau forensik sebagai *qarinah kontemporari* (Abdul Hakim, 2017), dan *qara'in al-mustahdathah* (Sayed Sikandar, 2007).

Kemudian, undang-undang juga telah menetapkan bahawa kredibiliti, kelayakan, dan kepakaran pakar forensik hendaklah dipastikan terlebih dahulu sebelum pakar forensik

¹ Setiap negeri di Malaysia mempunyai Akta atau Enakmen Undang-undang Keterangan Mahkamah Syariah tersendiri. Sungguhpun demikian, majoriti peruntukan di dalam undang-undang bagi setiap negeri ini adalah *in pari materia*. Oleh itu, bagi konteks kajian ini, Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 akan digunakan sebagai panduan.

memberikan keterangannya di mahkamah.² Dua aspek utama yang perlu dinilai dalam menentukan kepakaran seorang ahli forensik, iaitu pengetahuan yang mendalam terhadap suatu perkara yang tertentu dan pengalaman yang lama dalam bidang tersebut (McCarthy Wilcox & NicDaeid, 2018). Terdapat sembilan syarat kelayakan yang perlu dipenuhi agar boleh dianggap sebagai seorang pakar dan layak untuk memberikan pendapatnya dalam sesuatu perbicaraan (Ahmad Syukran, 2017; Ahmad Syukran, Amidon, Mohammad Amir, Aminuddin, & Abdul Rahim, 2015; Muhammad Hazim, Ruqayyah, et al., 2019b). Antara syarat tersebut ialah bebas dari sebarang tekanan atau gangguan yang mungkin memberi kesan terhadap penilaian teknikal, mematuhi syarat-syarat umum untuk memberikan keterangan dalam Islam, mempunyai pengetahuan dan pemahaman yang tinggi terhadap sesuatu bidang, mempunyai pengetahuan asas yang sangat tinggi mengenai bidang tersebut, berkelayakan dan berkecekapan, adil, kepakaran bersesuaian dengan kes, menjalani ujian atau peperiksaan yang kerap dalam bidang kepakaran dalam masa yang dijadualkan, dan mempunyai pengetahuan asas mengenai hukum perundangan syariah secara umum. Proses penilaian, perakuan, dan pengesahan ini dikenali sebagai *voir dire* (Lee, 2007), atau *tazkiyah al-shuhud* (Shamrahyu, 2011).

Tambahan lagi, kredibiliti pakar forensik juga dilihat berdasarkan kepada kelayakan akademik, keyakinan mereka ketika menjawab soalan-soalan yang diutarakan oleh peguam atau hakim, sikap dan perilaku mereka, dan status mereka menjadi pekerja kerajaan (McCarthy Wilcox & NicDaeid, 2018).

Seterusnya, kajian Syazwan et al. (2019) menyatakan bahawa majoriti hakim syarie di Malaysia masih belum lagi bersedia untuk menerima sepenuhnya keterangan forensik walaupun telah lama diperuntukkan dalam Seksyen 33 akta atau enakmen keterangan mahkamah syariah di setiap negeri. Sungguhpun demikian, terdapat juga beberapa hakim syarie yang telah memutuskan kes dengan menerima pembuktian saintifik melalui keterangan forensik sebagai salah satu kaedah pembuktian seperti di Mahkamah Syariah. Hal ini telah dilaksanakan dalam beberapa Mahkamah Syariah di Negeri Sembilan, Wilayah Persekutuan dan Sabah yang menerima hasil analisa DNA sebagai salah satu pembuktian dalam menyelesaikan kes-kes di mahkamah syariah. Namun begitu, kenyataan Syazwan et al. (2019) ini tidak disertakan dengan nama kes-kes yang terlibat.

Usaha menggunakan pembuktian saintifik melalui penerapan kaedah sains forensik boleh didapati dalam beberapa kes kesalahan jenayah syariah di Malaysia yang telah dilaporkan dalam jurnal undang-undang. Penerimaan bukti saintifik di Mahkamah Syariah pertama kali dilaporkan dalam kes *Pendakwa Syarie Negeri Sabah lwn. Rosli bin Abdul Japar 2007*). Kes ini berkaitan kesalahan jenayah melakukan persetubuhan haram sehingga melahirkan seorang anak luar nikah. Pihak Pendakwa Syarie Negeri Sabah telah mengemukakan keterangan pakar dan pembuktian secara saintifik melalui laporan DNA telah dilakukan untuk membuktikan kesnya. Ujian DNA dilakukan oleh pakar DNA dari Jabatan Kimia Malaysia yang juga merupakan saksi pendakwaan ketiga di dalam kes ini. Ujian DNA tersebut dilaksanakan ke atas Hasmawi Abdullah (anak luar nikah), Murni binti Muhammad (ibu kandung Hasmawi), dan Rosli bin Abdul Japar (Orang Kena Tuduh (OKT)). Hasil ujian mendapati terdapat hubungan darah antara Hasmawi dengan OKT. Hakim Mahkamah Tinggi Syariah Keningau Sabah telah menerima pembuktian saintifik melalui analisis DNA ini berlandaskan Seksyen 86(1) Enakmen Keterangan Mahkamah Syariah (Negeri Sabah) 1992 dan juga Seksyen 190(1) dan (2) Enakmen Prosedur Jenayah Syariah (Negeri Sabah) 1993,³ serta mensabitkan jenayah yang dilakukan oleh OKT disebabkan pihak OKT gagal menafikan pembuktian saintifik melalui analisis DNA tersebut. OKT dijatuhkan hukuman denda sebanyak RM3,000 dan jika gagal membayar denda tersebut akan dipenjara selama 6 bulan.

² Seksyen 89, 119-129 Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997.

³ Enakmen Prosedur Jenayah Syariah (Negeri Sabah) 1993 telah dimansuhkan dan digantikan dengan Enakmen Tatacara Jenayah Syariah (Negeri Sabah) 2004. Seksyen 190 dalam Enakmen terdahulu adalah sama dengan Seksyen 194 Enakmen terkini serta menyamai juga dengan Seksyen 194 Akta Tatacara Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997.

Tambahan pula, bukti saintifik juga telah digunakan oleh Pegawai Penguatkuasa Agama dalam kes-kes Syariah. Seperti dalam kes *Mohammad Sulasi bin Mohamad dan Johari bin Talib* (2002) yang dilaporkan oleh Amir Husin and Nik Azlan (2008). Alat pernafasan (*breathalyser*) telah digunakan untuk mengesan kehadiran alkohol di dalam badan tertuduh. Kandungan alkohol dalam darah (BAC) yang dicatatkan dari nafas Mohammad Sulasi bin Mohamad adalah 0.03 BAC sementara Johari bin Talib adalah 0.009 BAC. Oleh kerana pengukuran BAC pada mereka adalah di bawah 0.08 BAC, ia menunjukkan bahawa mereka telah meminum alkohol tetapi tidak dalam keadaan mabuk. Bahan bukti lain yang terdapat di tempat kejadian adalah segelas bir Carlsberg di hadapan suspek, dan juga dua botol bir jenama Guinness Stout pada meja yang sama. Selain itu, kedua-duanya mengakui bahawa mereka meminum jenis bir tersebut.

Selain itu, penerimaan bukti saintifik juga telah dibincangkan dalam *Eddyham bin Zainuddin lwn. Rahimah bt. Muhamad* (2015). Kes ini berkaitan dengan penafian nasab di mana perayu bercadang untuk menggunakan ujian paterniti DNA untuk menafikan paternitinya dengan kanak yang dipertikaikan. Malangnya, Mahkamah Tinggi Syariah Negeri Sembilan menolak ujian itu kerana tidak terpakai dalam kes penafian nasab. Keputusan ini telah dipersetujui oleh Mahkamah Rayuan Syariah Negeri Sembilan. Mahkamah tertinggi ini telah memutuskan bahawa ujian DNA hanya terpakai dalam membuktikan hubungan keturunan, dan bukan untuk menafikannya. Penafian nasab hanya boleh dilakukan melalui proses li'an. Keputusan yang sama telah dikeluarkan oleh Mahkamah Rayuan Syariah Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur dalam kes *Zainul Abidin bin Mat Akhir lwn Ahmad Nazreen bin Zainul Abidin & Seorang Lain* (2016) di mana penafian nasab hanya boleh dilakukan melalui li'an.

Cadangan menggunakan kaedah forensik digital juga pernah dilakukan di dalam kes *Khalid bin Abdul Samad v Ketua Pendakwa Syarie Selangor* (2018). Peguam bagi perayu telah mencadangkan kepada Mahkamah Tinggi Syariah Shah Alam agar rakaman video yang ditanda sebagai ekshibit P5 dihantar ke *Digital Forensics Department Cyber Security Malaysia* bagi tujuan analisa dan pengesahan kandungannya sebelum diterima oleh mahkamah. Akan tetapi, pihak mahkamah telah menolak cadangan tersebut kerana pihak perayu gagal menunjukkan keperluan undang-undang untuk berbuat sedemikian. Tambahan lagi, mahkamah turut berpendapat bahawa rakaman ini hanya sekadar bukti sokongan. Sungguhpun terdapat kecacatan terhadap penerimaan bahan bukti, namun kecacatan tersebut tidak menjejaskan kes pendakwaan kerana ia hanya bersifat sokongan yang mana sudah terdapat dua saksi yang kuat yang telah dikemukakan oleh pihak pendakwaan dalam kes ini.

Ini adalah di antara kes yang dilaporkan yang menggambarkan polemik bukti saintifik di Mahkamah Syariah. Di samping itu, dari laporan kes-kes ini juga menunjukkan kesediaan modal insan di Institusi Undang-Undang Syariah untuk menggunakan bukti saintifik sebagai sebahagian daripada cara membuktikan kesalahan jenayah syariah.

Prosedur Memberikan Keterangan Pendapat Pakar

Sungguhpun Seksyen 33(1) Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 telah membuka laluan kepada pakar forensik untuk memberikan keterangan berdasarkan kepakarannya, namun pakar forensik ini masih lagi tertakluk kepada beberapa pematuhan prosedur tatacara jenayah yang perlu dituruti sebelum membolehkannya untuk hadir ke mahkamah (Umi Kalthom & Abdul Rahim, 2003).

Mengikut prosedur tatacara jenayah syariah di Malaysia, perbicaraan akan dijalankan apabila OKT enggan membuatakuan bersalah atau tidak membuatakuan bersalah atau minta untuk dibicarakan (Syeikh Ahmad Tarmizi, 2018). Hal ini jelas diperuntukkan di bawah Seksyen 96(c) Akta Tatacara Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997. Berdasarkan kepada peruntukan tersebut juga, hakim hendaklah mengambil segala keterangan dan pembuktian yang

dikemukakan oleh pihak pendakwaan bagi menyokong serta mengukuhkan kes terhadap OKT.⁴ Pakar forensik hendaklah menghadirkan dirinya ke mahkamah atas permintaan pihak yang meminta kehadirannya. Permintaan ini dibuat menerusi surat tuntutan kehadiran atau sepina yang dikeluarkan oleh pihak pendaftar mahkamah syariah dengan menggunakan borang MS 21, MS 22, atau MS 33 mengikut kehendak sesuatu kes (Siti Zubaidah, 2016). Merujuk kepada Seksyen 96(d) atau 194(1) & (2)(c) Akta Tatacara Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997, pakar forensik akan disepina oleh Mahkamah Syariah berasaskan permohonan oleh pihak pendakwaan selepas OKT enggan membuatakuan bersalah atau tidak membuatakuan bersalah atau minta untuk dibicarakan.

Semasa proses memberikan keterangan pakar, pakar forensik akan melalui proses pemeriksaan saksi yang sedia ada sepertimana diperuntukkan dalam Seksyen 92 Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 iaitu pemeriksaan utama, pemeriksaan balas, dan pemeriksaan semula. Semasa pemeriksaan utama, sekiranya saksi pakar dipanggil oleh pihak pendakwaan, pihak pendakwaan akan mengajukan beberapa soalan kepada pakar forensik berkenaan. Kemudian, semasa pemeriksaan balas, saksi pakar ini akan disoal oleh peguambela OKT. Selepas itu, pada peringkat pemeriksaan semula, saksi pakar akan disoal semula oleh pihak pendakwaan dengan tujuan untuk memperjelaskan atau memperkukuhkan semula mana-mana fakta yang telah dilemahkan atau diperkecilkan oleh pihak peguam OKT semasa sesi pemeriksaan balas.

KESIMPULAN

Kesimpulannya, Hukum Syarak telah menerima dan mengamalkan bukti saintifik melalui penerapan sains forensik ribuan tahun dahulu sebelum ianya diperkenalkan semula melalui nama, terma, dan konsep yang lebih saintifik dan moden selaras dengan peredaran masa dan kemajuan sains teknologi. Selain daripada itu, terdapat beberapa syarat kelayakan yang perlu dipenuhi terlebih dahulu sebelum pendapat pakar forensik layak untuk diberikan di Mahkamah Syariah. Pakar forensik ini juga tidak boleh hadir tanpa diminta oleh mana-mana pihak melalui permohonan sepina. Terdapat beberapa prosedur undang-undang yang telah disediakan dan dipatuhi berkaitan dengan mengemukakan bukti saintifik serta pendapat pakar. Aplikasi dan sumbangan kajian ini tertumpu kepada kajian undang-undang keterangan serta membuat penjelasan berkaitan pendapat pakar yang kurang dikupas dalam kajian-kajian terdahulu. Kajian ini turut memberikan kefahaman yang tuntas terhadap konsep sains forensik dalam konteks undang-undang keterangan Mahkamah Syariah. Kajian ini juga secara tidak langsung telah membuktikan kebenaran konsep *shumūliyyah* dalam ajaran Islam yang merangkumi pelbagai bidang ilmu.

Penghargaan

Penghargaan diberikan terhadap pembiayaan penuh yang disediakan oleh pihak Pusat Pengurusan Penyelidikan & Inovasi, USIM, melalui skim geran penyelidikan PPPI/FSU/0118/051000/16818. Penghargaan juga dirakamkan kepada penyelidik-penyelidik Centre of Research for Fiqh Forensics and Judiciary (CFORSJ), Institut Sains Islam, Universiti Sains Islam Malaysia (USIM) dan Jabatan Kehakiman Syariah Malaysia (JKSM) atas kerjasama yang telah diberikan.

RUJUKAN

‘Azzām, T. S. Y. (2009). *Athar Aṭ-Ṭibb al-Shar‘ī fī Ithbāt al-Ḥuqūq wa al-Jarāim* (Ed. 1.). Amman: Dar al-Nafa’is.

⁴ Seksyen 96(c) Akta Tatacara Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 dibaca bersama dengan Seksyen 87(4) Akta Keterangan Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997.

- Abdul Hakim, H. (2017). *Al-Qarīnah Kontemporari Dalam Pembuktian Jenayah Bunuh Menurut Perundangan Islam*. (Sarjana Falsafah), Universiti Teknologi Malaysia, Johor.
- Ahmad Syukran, B. (2017). *The Integration of Forensic Science Fundamentals and Al-Qarīnah Towards Achieving Maqasid Al-Shari'ah*. (Falsafah Kedokteran), Universiti Teknologi Malaysia, Skudai.
- Ahmad Syukran, B., Amidon, A., Mohammad Amir, W. H., Aminuddin, R., & Abdul Rahim, Y. (2015). Makmal Kriminologi (Forensik) Terakreditasi Bagi Kegunaan Mahkamah Shari'ah: Suatu Tinjauan Awal. *Sains Humanika*, 5(3), 65-75.
- Ahmad Syukran, B., Aminuddin, R., & Abdul Rahim, Y. (2015). The Role of Forensic Biology in Realising Maqāsīd al-Shariah (The Objectives of Islamic Law). *Sains Humanika*, 4(1), 9-15.
- Ahmad Syukran, B., Mohammad Amir, W. H., Aminuddin, R., & Abdul Rahim, Y. (2015). Forensik Biologi Dalam Penjagaan Nasab (Hifz al-Nasab/Nasl). *UMRAN-International Journal of Islamic and Civilizational Studies*, 2(2), 11-29.
- al-'Azīm Ābādī, M. A. A. (1995). *'Aun al-Ma'būd Sharḥ Sunan Abī Daud* (Ed. 1. Jil. 9). Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiah.
- al-Fayūmī, A. M. (1994). *al-Miṣbāh al-Munīr fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr* (Jil. 2). Beirut: Dar Al-Kutub Al-'Ilmiah.
- al-Khaṭābī, H. M. (1932). *Ma'ālim al-Sunan wahuwa Sharḥ Sunan Abī Dāud* (Ed. 1. Jil. 3). Halab: al-Matba'ah al-'Ilmiah.
- al-Nawāwī, Y. S. (1972). *Al-Minhāj Sharah Ṣaḥīḥ Muslim bin al-Ḥajjāj* (Ed. 2. Jil. 12). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
- al-Qastallānī, A. M. (1905). *Irshād al-Sārī li-Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī* (Ed. 7. Jil. 7). Mesir: al-Matba'ah al-Amiriyyah.
- al-Qurtubi, M. A. (2006). *al-Jāmi' li-Aḥkām al-Qur'ān* (Sunt. A. A. Muhsin & R. Arqaswasi. Ed. 1. Jil. 11). Beirut: Mu'asasat al-Risalah.
- al-Sa'dī, A. R. N. (2000). *Taysīr al-Karīm al-Rahman fī Tafsīr Kalām al-Manān* (Sunt. A. R. M. al-Luwayhiq. Ed. 1.). Beirut: Mu'asasat al-Risalah.
- al-Suyūfī, A. R. A. B. (2004). *al-Ḥāwī lil-Fatāwī* (Jil. 1). Beirut: Dar al-Fikr.
- al-Ṭabarī, M. b. J. (2000). *Jāmi' al-Bayān fī Ta'wīl al-Qur'ān* (Jil. 15). Mesir: Muassasah al-Risālah.
- al-Zuḥaylī, M. M. (1982). *Wasā'il al-Ithbāt fī al-Sharī'ah al-Islāmiyyah fī al-Mu'āmalāt al-Madaniyah wa al-Ahwāl al-Shakhsiyyah*. Dimashq: Maktabah Dar Al-Bayan.
- al-Zuḥaylī, M. M. (2002). *al-Tanzīm al-Qaḍā' fī al-Fiqh al-Islāmī Dirāsah Muqāranah bayna al-Madhāhib al-Fiqhiyyah wa al-Anẓimah wa al-Qawānīn fī Sūriyah wa al-Sa'ūdiyyah wa al-Imārāt al-'Arabiyyah* (Ed. 2.). Dimashq: Dar al-Fikr.
- Ali, A. M. (2008). *Shahādah Ahlu al-Khibrah wa Aḥkāmuhā: Dirāsah Fiqhiyyah Muqāranah*. Amman: Dār al-Ḥāmid li al-Nashr wa al-Tawzi'.
- Alias, A., & Abdul Ghafur, A. H. (2017). DNA Sebagai Qarīnah Di Mahkamah Syariah: Analisis Terhadap Enakmen Keterangan Mahkamah Syariah Perlis 2006. *International Journal of Law Government and Communication*, 2(6), 76-86.
- Amir Husin, M. N., & Nik Azlan, N. M. (2008). Qarīnah: Kajian Penggunaan Alat Pengesan Alkohol di Bahagian Penguatkuasa Jabatan Agama Islam Wilayah Persekutuan. *Jurnal Undang-Undang Dan Masyarakat*, 12, 110-130.
- Badr al-Din al-'Aynī, M. A. (2001). *'Umdat al-Qārī fī Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī* (Sunt. A. M. M. Omar. Ed. 1. Jil. 15). Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiah.
- Bahnasi, A. F. (1989). *Nazariyyah al-Ithbāt fī al-Fiqh al-Jinā'ī al-Islāmī* (Ed. 5.). Kaherah: Dar al-Syuruq.
- Banwari, M. (2017). An erroneous opinion on a cause of death in a forensic autopsy: A case report. *African Health Sciences*, 17(4), 1246-1249.
- Byard, R. W., James, H., Berketa, J., & Heath, K. (2015). Locard's Principle of Exchange, Dental Examination and Fragments of Skin. *Journal of Forensic Sciences*, 61(2), 545-547.

- Comiskey, P. M., Yarin, A. L., & Attinger, D. (2019). Implications of two backward blood spatter models based on fluid dynamics for bloodstain pattern analysis. *Forensic Science International*, 301, 299-305.
- Davidson, G., & Jalowiecki, T. B. (2012). Acid phosphatase screening — Wetting test paper or wetting fabric and test paper? *Science and Justice*, 52(2), 106–111.
- Dicken, L., Knock, C., Carr, D. J., & Beckett, S. (2019). The effect of fabric mass per unit area and blood impact velocity on bloodstain morphology. *Forensic Science International*, 301, 12-27.
- Eddyham bin Zainuddin lwn. Rahimah bt. Muhamad* (2015), 40(2) JH 238 (Mahkamah Rayuan Syariah Negeri Sembilan).
- Freckelton, I. (2005). Scientific Evidence: Legal Issues. Dalam I. Freckelton & H. Selby (Sunt.), *Expert Evidence: Law, Practice, Procedure and Advocacy* (h. 509-524). Pyrmont: Lawbook Co.
- Harding, P., & Field, P. H. (1987). Breathalyzer® accuracy in actual law enforcement practice: A comparison of blood- and breath-alcohol results in Wisconsin drivers. *Journal of Forensic Sciences*, 32(5), 1235-1240.
- Ibnu Abī Hātim, A. R. M. (1998). *Tafsīr al-Qur'ān al-'Aẓīm* (Sunt. A. M. al-Ṭayyib. Ed. 3. Jil. 1). Saudi Arabia: Maktabah Nizar Mustafa al-Baz.
- Ibnu Al-Athir, A.-M. M. (1979). *al-Nihāyah fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athār* (Sunt. T. A. al-Zawi & M. M. al-Tanahi. Jil. 1). Beirut: al-Maktabah al-'Ilmiah.
- Ibnu al-Mulaqqin, U. A. (2008). *al-Tawḍīḥ li-Sharḥ al-Jāmi' al-Ṣaḥīḥ* (Sunt. D. F. I. B. w. T. al-Turāth. Ed. 1. Jil. 4). Dimashq: Dar al-Nawādir.
- Ibnu Faris, A. F. (1979). *Mu'jam Maqāyis al-Lughah* (Sunt. A. S. M. Harun. Jil. 6). Dimashq: Dar Al-Fikr.
- Ibnu Hajar al-'Asqalani, A. A. (1960). *Fath al-Bārī Sharḥ Saḥīḥ al-Bukhārī* (Jil. 1). Beirut: Dar al-Ma'rifah.
- Ibnu Kathir, I. U. (1999). *Tafsir al-Qur'ān al-'Aẓīm* (Sunt. S. M. Salamah. Ed. 2. Jil. 4). Riyad: Dar Thaibah.
- Ibnu Qayyim, M. A. B. (2011). *al-Ṭuruq al-Ḥukmiyyah fī al-Siyāsah al-Shar'iyyah* (Sunt. N. Ahmad. Ed. 1 Jil. 1). Mekah: Dar 'Alim al-Fawa'id.
- Johnston, G. A. R. (2017). Drug analogues and substantial similarity, views of an expert witness. *Australian Journal of Forensic Sciences*, 49(6), 626-636.
- Julien, H. (2008). Content Analysis. Dalam L. M. Given (Sunt.), *The Sage Encyclopedia of Qualitative Research Methods* (Jil. 1, h. 120-122). California: SAGE Publications, Inc.
- Kanz, G. A. (2015). Identification of kidnapped infant accomplished by means of foot impressions. *Journal of Forensic Identification*, 65(4), 389-391.
- Khalid bin Abdul Samad v Ketua Pendakwa Syarie Selangor* (2018), 2 ShLR 47 (Mahkamah Tinggi Syariah Shah Alam).
- Kiely, T. F. (2001). *Forensic Evidence : Science and The Criminal Law*. Florida: CRC Press LLC.
- Leavy, P. (2017). *Research Design: Quantitative, Qualitative, Mixed Methods, Arts-Based, and Community-Based Participatory Research Approaches*. New York: The Guilford Press.
- Lee, G. D. (2007). *Practical Criminal Evidence* (Ed. 1.). Upper Saddle River: Pearson Education, Inc.
- Lewis, J., Baird, A., McAlister, C., Siemieniuk, A., Blackmore, L., McCabe, B., O'Rourke, P., Parekh, R., Watson, E., Wheelhouse, M., Wilson, N. (2013). Improved detection of semen by use of direct acid phosphatase testing. *Science and Justice*, 53(4), 385–394.
- Liew, J., Grisham, J. R., & Hayes, B. K. (2018). Inductive and deductive reasoning in obsessive-compulsive disorder. *Journal of Behavior Therapy and Experimental Psychiatry*, 59, 79-86.
- Lukman, A. M., & Wan Abdul Fattah, W. I. (2012). Al-Qarīnah: antara Kekuatan dan Keperluan dalam Mensabitkan Jenayah (Zina). *International Journal of Islamic Thought*, 2, 1-17. doi:<https://doi.org/10.24035/ijit.2.2012.004>

- McCarthy Wilcox, A., & NicDaeid, N. (2018). Jurors' perceptions of forensic science expert witnesses: Experience, qualifications, testimony style and credibility. *Forensic Science International*, 291, 100-108. doi:<https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2018.07.030>
- Metwally, M. (2019). Forensic organizational psychology: shedding light on the positive repercussions of ethical leadership in forensic medicine. *Egyptian Journal of Forensic Sciences*, 9(1). doi:<https://doi.org/10.1186/s41935-019-0125-7>
- Millo, T., Jaiswal, A. K., Prasad, Y. S., & Murty, O. P. (2010). Breath alcohol analyzer and its forensic applications. *Journal of Forensic Medicine and Toxicology*, 27(1), 55-59.
- Mistek, E., Fikiet, M. A., Khandasammy, S. R., & Lednev, I. K. (2018). Toward Locard's Exchange Principle: Recent Developments in Forensic Trace Evidence Analysis. *Analytical Chemistry*, 91(1), 637-654.
- Mohd Sabree, N., Mohamad Afandi, M. I., Mohd Al Adib, S., & Abu Suffian, A. Y. (2017, 31 July – 1 Ogos). *Keterangan Pakar Sebagai Cara Pembuktian di Mahkamah Syariah*. Kertas kerja dibentangkan di E-Proceeding of the 4th World Conference on Integration of Knowledge 2017, Bayview Beach Resort, Batu Ferringhi Beach, Pulau Pinang, Malaysia.
- Muhammad Hazim, A., Ruqayyah, R., Nurul Syahirah, S., Hendun, A. R. S., Hasnizam, H., & Ahmad Syukran, B. (2019a, 30-31 Oktober). *Epistemologi Fiqh Forensik: Titik Pertemuan Antara Sains Dengan Syariah*. Kertas kerja dibentangkan di 3rd International Conference on Contemporary Scholarship & Islam (iconcsis3), Senate Hall, Level 5, Rectorry Building, International Islamic University Malaysia (IIUM) Gombak, Kuala Lumpur
- Muhammad Hazim, A., Ruqayyah, R., Nurul Syahirah, S., Hendun, A. R. S., Hasnizam, H., & Ahmad Syukran, B. (2019b, 10-11 Julai). *Sains Forensik sebagai Keterangan Alternatif Terhadap Kes Liwat dan Musahaqah di Mahkamah Syariah*. Kertas kerja dibentangkan di Seminar Kebangsaan Isu Sosial (SKESA) 2019, Dewan Kuliah Utama (DKU), Fakulti Pengajian Quran dan Sunnah (FPQS), Universiti Sains Islam Malaysia (USIM).
- Muhammad Hazim, A., Ruqayyah, R., Nurul Syahirah, S., Hendun, A. R. S., Hasnizam, H., Nur Al Farhain, K., Wan Abdul Fattah, W. I., Lukman, A. M., Ahmad Syukran, B. (2019, 8-9 Oktober). *Forensic Science Application towards Rahmatan Lil Alamin: An Appraisal within the Context of Justice*. Kertas kerja dibentangkan di 6th International Conference on Quran as Foundation of Civilisation (SWAT 2019), Fakulti Pengajian Quran dan Sunnah (FPQS), Universiti Sains Islam Malaysia (USIM).
- Neely, A. H., & Ponshunmugam, A. (2019). A qualitative approach to examining health care access in rural South Africa. *Social Science and Medicine*, 230, 214-221.
- Pendakwa Syarie Negeri Sabah lwn. Rosli bin Abdul Japar* (2007), 23(2) JH 237 (Mahkamah Tinggi Syariah Keningau).
- Raja Muhammad Zuha, R. K. B., & Ramalinggam, R. (2017). Entomologi Forensik sebagai Keterangan Saintifik. *The Law Review*, 36-45.
- Ramlee, Z. (2015). Pembuktian Dalam Kes Jenayah Syariah Malaysia: Isu dan Penyelesaian. *KANUN*, 27(1), 122-142.
- Rashīd Riḍā, M. R. A. (1999). *Tafsīr al-Manār* (Ed. 1. Jil. 12). Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiah.
- Saferstein, R. (2015). *Criminalistic: An Introduction to Forensic Science* (Ed. 11.). England: Pearson Education Limited.
- Sayed Sikandar, S. H. (2007). Forensic Evidence: A Comparative Analysis of the General Position in Common Law and Shari‘ah. *Islamic Studies*, 46(2), 199-216.
- Shamrahayu, A. A. (2011). *Criminal Procedure in the Syariah Courts*. Selangor: Thomson Reuters Malaysia Sdn Bhd.
- Shanyur, A. N. M. (2005). *al-Ithbāt bil-Khibrah bayna al-Qaḍā‘al-Islāmī wa al-Qānūn al-Duwalī wa Taṭbiwātihā al-Mu‘āṣirah* (Ed. 1.). Oman: Dar al-Nafa‘is.
- Siti Zubaidah, I. (2016). *Undang-undang Tatacara Jenayah Syariah* (Ed. 1.). Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka.

- Sloan, K., Fergusson, M., & Robertson, J. (2019a). Australian forensic textile damage examinations – Finding a way forward since PCAST. *Science and Justice*, 59(2), 145-152.
- Sloan, K., Fergusson, M., & Robertson, J. (2019b). Textile damage examinations on the cutting edge—an Australian perspective. *Australian Journal of Forensic Sciences*, 50(6), 682-688.
- Smith, R. C., Robinson, Z., Bazdar, A., & Geller, E. S. (2016). Intervening to decrease the probability of alcoholimpaired driving: Impact of novel field sobriety tests. *Journal of Prevention & Intervention in the Community*, 44(3), 199-212.
- Suhaizad, S., Ruzian, M., & Mohd. Munzil, M. (2019). Kaedah Pembuktian dalam Undang-undang Keterangan Mahkamah Syariah dan Mahkamah Sivil di Malaysia: Suatu Kajian Perbandingan. *KANUN*, 31(1), 1-34.
- Syazwan, M. Y., Ramalingam, R., & Asma Hakimah, A. H. (2019). Kebolehterimaan Keterangan Forensik dari Perspektif Maqāsid Syariah. *Akademika*, 89(Special Issue 2), 117-127. doi:<https://doi.org/10.17576/akad-2019-89SI2-11>
- Syeikh Ahmad Tarmizi, A. H. (2018). *Ibnu Najah Mengupas Tatacara Jenayah Di Mahkamah Syariah: Ulasan dan Perbandingan* (Ed. 1.). Kedah: Percetakan Nasional Malaysia Berhad
- Umi Kalthom, A., & Abdul Rahim, Y. (2003). *Pengenalan Sains Forensik* (Ed. 1.). Johor: Penerbit Universiti Teknologi Malaysia.
- Walsh, K. (2014). Documentary research and evaluation in medical education. *J Educ Eval Health Prof*, 11, 18. doi:10.3352/jeehp.2014.11.18
- Zainul Abidin bin Mat Akhir lwn Ahmad Nazreen bin Zainul Abidin & Seorang Lain (2016), 43(1) JH 17 (Mahkamah Rayuan Syariah Kuala Lumpur).

LEGALITAS PENERAPAN HUKUMAN ROTAN BAGI NON MUSLIM DI KAWASAN KERAJAAN ACEH

Rivanli Azis, SH

2018 Sarjana Sains Undang-Undang Pelajar Mahasiswa Kelas Republik Indonesia Pascasiswazah Fakultas Undang-Undang Universitas Andalas, Padang, Sumatera Barat

PENDAHULUAN

Aceh secara historis dikenali sebagai pusat perdagangan di Asia Tenggara, tepatnya 2 (dua) abad BC, ketika pedagang Timur Tengah mengunjungi negara itu ke China. Apabila Islam dilahirkan pada abad ke - 4 AD, Aceh menjadi wilayah pertama di Nusantara untuk menerima Islam. Setelah melalui proses yang panjang, Aceh menjadi kerajaan Islam pada abad ke - 13 (ketiga belas), yang kemudian berkembang menjadi kerajaan maju pada abad ke - 14 (empat) abad ke - 14. Dari sini, Islam menyebar ke seluruh Asia Tenggara. Sekitar abad ke-15 (lima belas) Apabila orang Barat memulakan petualangan mereka di Timur, banyak kawasan di Nusantara berada di bawah kendali mereka, tetapi Aceh tetap bebas sebagai kerajaan yang berdaulat. Atas dasar perjuangan ini Aceh juga memperoleh kedudukannya sendiri sehingga dengan Peraturan Perdana Menteri sebagai pengganti Peraturan Pemerintah No. 8 / Dec / WKPM / 49 bertarikh 17 Desember 1949, Aceh diumumkan sebagai provinsi yang terpisah dari Provinsi Sumatera Utara.

Kemudian, pada 4 Oktober 1999 Presiden Republik Indonesia Bacharuddin Jusuf Habibie mengesahkan Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1999 tentang Pelaksanaan Provinsi Khusus Aceh. Keistimewaan ini didasarkan pada Aceh sebagai kawasan perjuangan modal dalam merampas dan memelihara kemerdekaan Republik Kesatuan Republik Indonesia. Dalam Sistem Pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan Perlembagaan Republik Indonesia 1945, mengiktiraf dan menghormati unit pemerintah daerah khusus atau khusus yang diatur lebih lanjut oleh undang-undang¹. Selain Aceh, Republik Indonesia juga mengakui Yogyakarta sebagai Daerah Khusus berdasarkan Undang-undang Nomor 13 Tahun 2012 tentang Keistimewaan Daerah Khusus Yogyakarta.

Pelaksanaan Keistimewaan termasuk: mengurus kehidupan keagamaan, mengatur kehidupan tradisional, mengatur pendidikan, dan peran ulama dalam menentukan kebijakan daerah. Penyelenggaraan kehidupan beragama di daerah diwujudkan dalam bentuk pelaksanaan syariat Islam bagi pemeluknya dalam bermasyarakat. Syaria Islam yang dilaksanakan di Aceh termasuk ibadah, ahwal alsyakhshiyah (hukum keluarga), muamalah (hukum sivil), jinayah (hukum pidana), qadha '(keadilan), tarbiyah (pendidikan), da'wah, syiar, dan pertahanan Islam.

Mahkamah Syariah Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam sebagai bagian dari sistem peradilan nasional dilaksanakan oleh Mahkamah Syar'iyah yang bebas dari pengaruh dari setiap pihak sebagaimana diatur dalam Pasal 25 ayat (1) Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus untuk Provinsi Khusus Aceh Sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam. Tambahan pula, Pasal 208 ayat (2) UU Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh menyatakan bahwa Kantor Kejaksaan di Aceh adalah bagian dari Kantor Kejaksaan Agung Republik Indonesia dan Kantor Kejaksaan Agung di Aceh melaksanakan tugas dan kebijakan teknis dalam bidang penegakan hukum termasuk pelaksanaan syaria Islam. Tugas penyidikan dan penyiasatan untuk penguatkuasaan shari'ah Islam adalah di bawah kewenangan Mahkamah Syar'iyah selagi jinayah dilakukan oleh Penyelidik Polri Nasional dan Penyelenggara Sivil di Kantor Pelayanan Syariah Islam Aceh. Pemerintah Aceh dan pemerintah kabupaten / kota bertanggung jawab atas pelaksanaan syaria Islam. Setiap Muslim di Aceh mesti mematuhi dan mengamalkan syariat Islam.

¹ Pasal 18 B UUD 1945 RI.

Pada 23 Oktober 2015, Qanun Nombor 6 tahun 2014 mengenai Undang-undang Jinayat berkuatkuasa. Undang-undang Jinayat adalah undang-undang yang mengawal Jarimah dan 'Uqubat. Jarimah adalah perbuatan yang dilarang oleh Syariah Islam yang dalam Qanun diancam dengan 'Uqubat Hudud dan / atau Ta'zir' Uqubat adalah hukuman yang boleh dikenakan oleh hakim terhadap pelaku Jarimah. Jarimah yang dikawal selia dalam qanun termasuk: Khamar, Maisir, Khalwat, Ikhtilath, Adultery, Gangguan Seksual, Rape, Qadzaf, Liwath, dan Musahaqah.

Satu bentuk 'Uqubat yang dikawal di Qanun Nombor 6 tahun 2014 mengenai Hukum Jinayat adalah 'Uqubat Whip. 'Whip Uqubat tidak hanya berlaku untuk pesalah yang beragama Islam tetapi juga bukan Islam. Pada hari Selasa, 12 April 2016 di Takengon (Aceh Tengah), pertama kalinya seorang wanita Katolik berusia 60 tahun menerima hukuman penjatuhan sebanyak 30 (tiga puluh) kali kerana dia menjual alkohol (khamr). Hukuman ini adalah kontroversi kerana ia dikenakan terhadap wanita bukan Islam². Kes Kedua di Kabupaten Aceh Besar, Alem Suhadi (57 tahun) dan Amel Akim (60 tahun) yang beragama Buddha mendapat hukuman sebat sebanyak 16 (enam belas) kali sebatan kerana melakukan maisir (judi). Cemeti itu dibunuh pada hari Jumaat 10 Mac 2017. Mereka berdua diabaikan di hadapan puluhan pegawai tempatan dan beratus-ratus penduduk di Jantho, Daerah Aceh Besar³. Kes Ketiga, Pada hari Jumaat 19 Januari 2018 sekitar 15:00 WIB Seorang lelaki bukan Islam dengan JS inisial dicambuk sebanyak 36 kali untuk menangkap kes khamar (minuman keras). Perarakan cambuk diadakan di Masjid Baitussalihin, Ulee Kareng, Banda Aceh⁴. Kes Keempat, Pada hari Selasa 27 Februari 2018 di Masjid Babussalam, Kecamatan Meuraxa, Kota Banda Aceh, 13 caning dilakukan terhadap Pasangan yang menikah (35) dan Ds (45) untuk perjudian (maisir)⁵. Kes Kelima, Dippos Nainggolan (Kristian) menjalani hukum sebat sebanyak 17 kali di Kota Lhokseumawe (Aceh) pada hari Selasa tanggal 07 Ogos 2018 setelah dinyatakan terbukti menyimpan dan menjual minuman keras⁶.

Bergerak dari atas, maka isu utama yang penulis ceritakan dalam makalah ini adalah "Legalitas Pelaksanaan Pengawal Non-Muslim oleh Pemerintah Aceh". Permasalahan yang dikemukakan dalam Paper ini adalah Apa yang menjadi landasan hukum melakukan sebat terhadap pesalah jinayat non muslim di lingkungan Pemerintahan Aceh dan bagaimanakah proses cambuk terhadap pesalah jinayat non muslim tersebut.

PERBINCANGAN

Caning bukanlah baru di Indonesia. Hukuman itu telah digunakan oleh Aceh pada zaman kerajaan, yaitu Sultan Iskandar Muda, yang menghukum anaknya karena melakukan perzinahan kepada salah seorang istrinya⁷. Ini adalah selaras dengan kehendak dan keadaan budaya Aceh. Dalam kehidupan sehari-hari, corak tingkah laku masyarakat Aceh dapat dikatakan mencerminkan hukum Islam, yang artinya itu sesuai dengan aturan hukum Islam. Dalam sejarah yang panjang, rakyat Aceh telah meletakkan undang-undang Islam sebagai panduan kepada kehidupan mereka dalam semua kelemahan dan kekuatannya. Apresiasi hukum Islam kemudian melahirkan budaya Aceh yang tercermin dalam kehidupan tradisional. Adat tersebut terus berkembang dan hidup dalam kehidupan masyarakat Aceh yang kemudian terkumpul dalam bentuk-bentuk hadih-hadiah maja (kata-kata bijak) seperti: "*Adat bak Potemeureuhoem, hukoem tab Syiah Kuala, qanun bak Putroe Phang, reusam bak Laksamana.*" Yang Ini bermakna undang-

² <https://news.detik.com/berita/d-3187693/collection-whip-first-to-non-muslim-di-aceh-jadi-spotlight> (diakses pada 22 Julai 2019)

³ <https://nasional.tempo.co/read/854962/tukang-sabung-ayam-ini-di-aceh-dihukum-cambuk> (diakses pada 22 Julai 2019)

⁴ <https://news.detik.com/berita/d-3823694/kasus-miras-di-aceh-pria-nonmuslim-dicambuk-36-times> (diakses pada 22 Julai 2019)

⁵ <https://www.bbc.com/indonesia/indonesia-43210405> (diakses pada 22 Julai 2019)

⁶ <https://www.bbc.com/indonesia/indonesia-45097240> (diakses pada 22 Julai 2019)

⁷ Husaini, *Mengambil Alih Sebagai Bentuk Hukuman (Kajian Perbandingan Antara Qanun Aceh dan Undang-undang Adat Aceh*, Yogyakarta: Fakultas Syari'ah dan Hukum, 2012, hlm.33

undang adat berada di tangan pemerintah dan undang-undang agama atau shari'ah berada di tangan ulama⁸.

Penguatkuasaan Syariah Islam oleh Sultan Iskandar Muda merujuk kepada Meukuta Alam Qanun. Meukuta Alam Qanun pada asalnya merupakan perlembagaan yang digubal oleh Sultan Alauddin Riayat Syah II Abdul Qahhar, bernama Qanun Al-Asyi. Kemudian disempurnakan oleh Sultan Iskandar Muda, seiring berjalannya waktu itu kemudian dipanggil Qanun Meukuta Alam⁹. Sebagai peraturan undang-undang, semua pegawai di kerajaan sejak Sultan, menteri dan pegawai lain dikehendaki mematuhi undang-undang yang berlaku. Oleh itu, Meukuta Alam Qanun menetapkan bahawa Sultan Qadli Malikul Adil, menteri, komandan tentera, pegawai awam (ulubalang), dan pegawai lain dikehendaki menyerah kepada Qanun, yaitu undang-undang di tanah Aceh. Dalam Mausu'ah al-Fiqh al-Islami dinyatakan,

يتولى إقامة الحد إمام المسلمين, أو من ينبيه, بحضرة طائفة من المؤمنين. فلا يجوز لفرد أت يتولى لي لية بالعة

Mereka yang mempunyai kuasa untuk menguatkuasakan hukuman adalah pemimpin umat Islam atau wakil mereka, disaksikan oleh sekumpulan umat Islam. Orang tidak boleh memohon hukuman sendiri, kecuali seorang tuan, dia boleh memohon hukuman hambatan kepada hamba-hambanya. (Mausu'ah al-Fiqh al-Islami, 5/108)¹⁰. Oleh itu, Raja mempunyai kuasa untuk menguatkuasakan undang-undang Islam.

Prinsip keaslian dalam undang-undang jenayah adalah prinsip yang sangat asas. Prinsip keaslian dalam undang-undang jenayah sangat penting untuk menentukan sama ada peraturan undang-undang jenayah boleh digunakan untuk tindakan jenayah yang berlaku. Oleh itu, jika berlaku jenayah, maka akan dilihat sama ada terdapat peruntukan undang-undang yang mengawalinya dan sama ada peraturan yang ada boleh dirawat terhadap tindakan jenayah yang berlaku¹¹. Sultan Iskandar Muda merujuk kepada Meukuta Alam Qanun yang telah dikuatkuasakan dalam menjalankan undang-undang Islam, termasuk menghukum anaknya kerana melakukan perzinaan kepada salah seorang isteri hamba-Nya.

Prinsip keaslian adalah salah satu yang boleh dianggap sebagai tunggakan hukum jenayah. Prinsip ini tersirat dalam pasal 1 Kanun Jenayah Indonesia yang diterapkan di Indonesia berdasarkan prinsip konkordansi yang diformulasikan sebagai berikut: " *Tidak ada tindakan yang dapat dihukum kecuali kekuatan aturan kriminal dalam undang-undang yang ada sebelum tindakan itu dilakukan* ".

Prinsip keaslian diciptakan oleh Paul Johan Anselm von Feuerbach (1775-1833), seorang sarjana undang-undang jenayah Jerman dalam bukunya *Lehrbuch der peinlichen recht* pada tahun 1801. Menurut Bambang Poernomo, apa yang dirumuskan oleh Feuerbach mengandung arti yang sangat mendalam, yang dibaca dalam bahasa Latin: *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legali*. Ketiga frasa itu kemudiannya dikembangkan oleh Feuerbach untuk menjadi *adumum nullum delictum, dan tidak boleh dipakai*¹².

Menurut Moelyatno, prinsip legalitas mengandungi tiga makna¹³:

- a. Tiada perbuatan yang dilarang dan diancam sekatan jenayah jika mereka tidak dinyatakan terlebih dahulu dalam peraturan berkanun.
- b. Untuk menentukan kewujudan perbuatan jenayah analogi (*kiyas*) tidak boleh digunakan.

⁸ Mohd. Din, *Stimulasi Pembangunan Undang-Undang Jenayah Nasional dari Aceh untuk Indonesia*, (Bandung: Unpad Press, 2009), h. 38

⁹ Haji, *Sejarah Budaya Islam di Indonesia*. Jakarta: Crescent Star, 1990, p.100

¹⁰ <https://konsultasisyariah.com/23990-berzina-mustah-dihukum-rajam-atau-cambuk.html> (diakses pada 22 Julai 2019)

¹¹ Mahrus Ali.2012. *Asas Undang-Undang Jenayah*. Jakarta: Sinar Grafika P.59

¹² Eddy Os Hiariej. 2009. *Prinsip Undang-undang dan Penciptaan Undang-undang Jenayah*. Jakarta: Erlangga.hlm 7-8

¹³ Moelyatno.1978. *Asas-asas Undang-undang Jenayah*. Jakarta: Bina Aksara.hlm. 25

c. Peraturan undang-undang jenayah tidak retroaktif.

Prinsip legalitas diformulasikan dalam bahasa Latin, jadi ada kemungkinan orang menganggap formula ini berasal dari hukum Romawi purba¹⁴. Menurut Sahetapy bahawa prinsip legalitas dirumuskan dalam bahasa Latin semata-mata kerana bahasa Latin adalah bahasa 'dunia hukum' yang digunakan pada masa itu¹⁵.

Aliran klasik dalam undang-undang jenayah terletak pada (3) tiga tiang. *Pertama*, prinsip keaslian yang menyatakan bahawa tidak ada jenayah tanpa undang-undang, tidak ada jenayah tanpa undang-undang, dan tidak ada penuntutan tanpa undang-undang. *Kedua*, prinsip kesilapan yang mengandungi orang itu hanya boleh disabitkan atas kesalahan jenayah yang dilakukan secara sengaja atau sebagai hasil daripada kesilapan semata-mata. *Ketiga*, prinsip pembalasan sekular yang mengandungi kejahatan konkrit tidak dikenakan dengan tujuan untuk mencapai hasil yang bermanfaat, tetapi berkadar dengan keparahan atau keterukan perbuatan yang dilakukan¹⁶.

Menurut M. Shokry El-Dakkak, prinsip legalitas dalam hukum Islam secara tersirat mengandungi Al-Qur'an, Surat Al Israa 'ayat 15. Dalam surat itu dikatakan, "*Siapa mengikut petunjuk, maka perbuatan itu adalah untuk dirinya sendiri. Siapa yang melakukan kesalahan, dia sendiri akan menderita. Orang berdosa tidak dapat menanggung dosa orang lain. Kita tidak akan menghukum sebelum kita menghantar seorang Rasul*"¹⁷. Berdasarkan ayat itu, undang-undang Islam bukan sahaja mengiktiraf prinsip keaslian, tetapi juga menyediakan asas bagi akuntabilitas peribadi dalam undang-undang jenayah.

Konsep kesahihan ini juga diterima pakai di Qanun No. 6 tahun 2014 mengenai Undang-undang Jinayat. Pasal Qanun No. 6 tahun 2014 tentang Hukum Jinayat menyatakan bahawa penerapan Hukum Jinayat berdasarkan Islam, hukum, keadilan dan keseimbangan, manfaat, perlindungan hak asasi manusia; dan belajar kepada masyarakat (*tadabbur*). Dalam Perkara 75 Qanun Nombor 6 tahun 2014 mengenai Undang-undang Jinayat dijelaskan bahawa Qanun Nomor 6 Tahun 2014 mengenai Undang-undang Jinayat berkuatkuasa 1 (satu) tahun setelah pengumuman. Oleh itu, Qanun No. 6 tahun 2014 mengenai Undang-undang Jinayat sah pada 23 Oktober 2015.

Apabila Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Undang-undang Jinayat berkuat kuasa: Qanun dari Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 12 Tahun 2003 tentang Khamar dan Suka, Qanun dari Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 13 Tahun 2003 tentang Maisir (Perjudian), dan Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 14 tahun 2003 mengenai Pengasingan (Mesum) dibatalkan dan diisytiharkan tidak sah. Oleh itu, Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 12 Tahun 2003 tentang Khamar dan Suka, Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 13 Tahun 2003 tentang Maisir (Perjudian), dan Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 14 Tahun 2003 tentang Khalwat (Mesum) tidak memiliki kekuasaan undang-undang lagi.

Pelaksanaan Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat menunjukkan bahawa Aceh sebagai bagian dari Negara Kesatuan Republik Indonesia memiliki keistimewaan dan otonomi khusus, salah satunya adalah otoritas untuk melaksanakan Syariah Islam. Komitmen untuk memberi Otonomi Khas untuk Aceh oleh Pemerintah Pusat dari segi pelaksanaan Syariah Islam adalah dalam kerangka pelaksanaan *Memorandum Persefahaman antara Pemerintah Republik Indonesia dan Gerakan Aceh Merdeka (Memorandum Persefahaman antara Pemerintah Republik Indonesia dan Gerakan Aceh Merdeka, Helsinki 15 Agustus 2005)*. Pemerintah

¹⁴ Jan Remmelink.2003. *Undang-undang Jenayah: Komentar tentang Artikel Paling Penting Kod Pidana Belanda dan Pencocokannya dalam Kode Pidana Indonesia* Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.hlm.356

¹⁵ JE. Sahetapy. 2003. *Prinsip Retroaktif: Tinjauan*, Surat Berita KHN, Edisi Mei 2003.hlm.21

¹⁶ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992. *Teori dan Dasar Jenayah*. Bandung: PT. Alumni pp.26-27

¹⁷ M.Shokry El-Dakkak.2000. *Kejahatan Negara Terhadap Kemanusiaan: Genosida, Pengusiran dan Penyiksaan: Dari Kepentingan Undang-Undang Antarabangsa Dan Islam*, ASNoordeen.hlm.203

Republik Indonesia dan Gerakan Aceh Merdeka menguatkan komitmen mereka untuk menyelesaikan konflik Aceh secara damai, komprehensif, lestari dan bermartabat bagi semua orang.

Qanun Nombor 6 tahun 2014 mengenai Undang-undang Jinayat terpakai kepada¹⁸:

- a. Setiap Muslim yang melakukan Jarimah di Aceh;
- b) Mana-mana orang beragama bukan Islam yang melakukan Jarimah di Aceh bersama-sama dengan umat Islam dan memilih dan mengemukakan secara sukarela kepada Undang-undang Jinayat;
- c. Mana-mana orang agama bukan Islam yang melakukan Jarimah di Aceh yang tidak diatur dalam KUHP atau ketentuan pidana di luar KUHP, tetapi diatur dalam Qanun ini; dan
- d. Entiti Perniagaan yang menjalankan aktiviti perniagaan di Aceh.

Sejak penggubalan Aceh Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Undang-undang Jinayat dari 23 Oktober 2015 hingga sekarang, 7 (tujuh) orang bukan Islam telah dihukum penjara di wilayah Aceh dengan 5 (lima) kasus yang dikuasai Khamr (Alkohol) dan Maisir (Alkohol) Perjudian). Penghapusan pelanggaran Aceh Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat yang bukan Muslim didasarkan pada kesadaran pelanggaran untuk memilih dan tunduk pada ketentuan-ketentuan Aceh Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat.

Berdasarkan pengalaman penulis sendiri, pemilihan sukarela dan penyerahan oleh pesalah dari non-Muslim kepada ketentuan-ketentuan Aceh Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat didasarkan pada kemudahan Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat itu sendiri. Pesalah bukan Islam rata-rata mahu proses kehakiman dilaksanakan dengan cepat, semata-mata dan dengan biaya rendah. Asas ini secara tegas disebutkan dalam Pasal 2 ayat (4) Undang- Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Ringkasnya, pemeriksaan dan penyelesaian kes-kes dijalankan dengan cara yang cekap dan berkesan. Prinsip cepat, sebuah prinsip yang universal, berkaitan dengan masa penyelesaian yang tidak berlarut-larut. Prinsip yang cepat ini dikenal sebagai *keadilan adagium yang menunda keadilan ditolak*, yang berarti proses peradilan yang lambat tidak akan memberikan keadilan kepada para pihak. Prinsip kos rendah bermakna kos kes dapat dicapai oleh masyarakat.

Jika merujuk pada Pasal 30 ayat (2) Qanun Aceh Nomor 7 tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat bahawa:

Tempoh penahanan bagi pelaku Jarimah yang mengancam penjara mereka selama maksimum 12 (dua belas) bulan hendaklah memohon syarat-syarat berikut¹⁹:

- a. Siasatan, tidak lewat daripada 15 (lima belas) hari;
- b. Pendakwaan, tidak lewat daripada 5 (lima) hari;
- c. Pemeriksaan di Mahkamah Syar'iyah Kabupaten / Kota, paling lambat 15 (lima belas) hari;
- d. Pendengaran rayuan di Mahkamah Syar'iyah Aceh, paling lambat 20 (dua puluh) hari; dan

¹⁸ Pasal 5 Aceh Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat

¹⁹ Pasal 18 Qanun Aceh Nomor 6 tahun 2014 tentang Undang-undang Jinayat: "Setiap Orang yang dengan sengaja melakukan *Jarimah Maisir* dengan nilai pertaruhan dan / atau keuntungan paling banyak 2 (dua) gram emas murni, diancam dengan 'Uqubat Ta'zir cambuk paling 12 (dua belas) kali atau denda maksimum 120 (satu ratus dua puluh) gram emas tulen atau maksimum 12 (dua belas) bulan penjara ".

Pasal 23 ayat (1) Aceh Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat: "Barangsiapa yang sengaja melakukan *Jarimah khalwat (mesum)* , diancam dengan cambuk Uqubat Ta'zir paling banyak 10 (sepuluh) kali atau denda maksimum 100 (100) satu ratus) gram emas tulen atau maksimum 10 (sepuluh) bulan penjara ".

e. Pelaksanaan uqubat, paling lama 5 (lima) hari.

Oleh itu, tempoh penahanan bermula dari penyidikan kepada pelaksanaan 'uqubat tidak boleh lebih dari **60 (enam puluh) hari**. Selepas pesalah selesai menjalani hukuman penjatuhan, dia dibenarkan pulang. Tidak seperti halnya dengan Undang-undang Nasional Indonesia yang dipandu oleh Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Prosedur Jenayah.

Perkara 24 (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981

" Pesanan tahanan yang diberikan oleh penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 20, hanya berlaku selama paling lama 20 (dua puluh) hari. (2) Tempoh sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) jika perlu demi pemeriksaan yang belum selesai, dapat diperpanjang oleh pendakwa publik yang diberi kuasa selama paling lama 40 (empat puluh) hari. "

Perkara 25 (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981

" Tahanan tahanan yang diberikan oleh penuntut umum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 20, hanya berlaku selama paling lama 20 (dua puluh) hari. (2) Tempoh sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) jika diperlukan untuk tujuan pemeriksaan yang belum selesai, dapat diperpanjang oleh ketua pengadilan daerah yang diberi kuasa paling lama 30 (tiga puluh) hari."

Perkara 26 (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981

" Hakim pengadilan distrik yang mencuba kasus sebagaimana dimaksud dalam Pasal 84, untuk tujuan pemeriksaan diberi wewenang untuk mengeluarkan waran penahanan paling lama 30 (tiga puluh) hari. (2) Tempoh sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) jika perlu demi pemeriksaan yang belum selesai, dapat diperpanjang oleh ketua pengadilan daerah yang bersangkutan selama paling lama 60 (enam puluh) hari. "

Berdasarkan Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kode Prosedur Jenayah, proses penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan hakim mengambil **200 (dua ratus) hari tahanan**. Belum lagi ancaman pemenjaraan yang akan dikenakan ke atas pencabulan undang-undang jenayah.

Contoh Kes:

Alem Suhadi (57 tahun) dan Amel Akim (60 tahun) yang menjadi penganut Buddha menerima hukuman penjatuhan dengan sejumlah 16 (enam belas) sebatan untuk menjalankan maisir (perjudian) yang melanggar Perkara 18 Aceh Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat²⁰. Jika anda memilih undang-undang negara, Alem Suhadi (57 tahun) dan Amel Akim (60 tahun) melanggar Perkara 303 Kanun Jenayah yang berbunyi:

(1) Terancam dengan pidana penjara paling lama **10 (sepuluh tahun)** atau denda maksimum dua puluh lima juta rupiah, siapa pun tanpa izin:

1. Dengan sengaja menawarkan atau memberikan kesempatan untuk permainan judi dan menjadikannya sebagai pencarian, atau dengan sengaja turut serta dalam suatu syarikat untuk itu;
2. Dengan sengaja menawarkan atau memberi kesempatan kepada khalayak umum untuk bermain judi atau dengan sengaja turut serta dalam syarikat untuk itu, dengan tidak peduli sama ada untuk menggunakan kesempatan adanya sesuatu syarat atau dipenuhinya sesuatu tata-cara;
3. Menjadikan turut serta pada permainan judi sebagai pencarian.

²⁰ <https://nasional.tempo.co/read/854962/tukang-sabung-ayam-ini-di-aceh-dihukum-cambuk/full&view=ok> (diakses pada 22 Julai 2019)

Bandingkan dengan Artikel 18 dari Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat yang berbunyi: "Sesiapa yang sengaja melakukan Jarimah Maisir dengan nilai taruhan dan / atau keuntungan paling banyak 2 (dua) gram emas murni, diancam dengan 'cambuk Uqubat Ta'zir maksimum 12 (dua belas) kali atau denda maksimum 120 (satu ratus dua puluh) gram emas tulen atau maksimum **12 (dua belas) bulan dalam** penjara. "

Kerana kepraktisan Sistem Kehakiman dalam Undang-Undang Prosedur Jinayat, banyak pelanggar bukan Islam memilih untuk menggunakan Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat.

Permohonan rotan telah membuat protes dari aktivis hak asasi manusia. Mereka mengutuk cambuk sebagai satu bentuk penyiksaan. Institut Kajian dan Advokasi Hak Asasi Manusia (Elsam) sebagai organisasi bukan kerajaan (NGO) yang mempunyai perhatian khusus terhadap keadaan penguatkuasaan hak asasi manusia di negara ini, sangat menentang penerapan hukuman penjatuhan. Elsam menilai penerapan rotan sebagai langkah mundur dari menegakkan hak asasi manusia di Indonesia²¹.

Namun, apabila melihat proses pemcambukan terpidana sesungguhnya Kerajaan Aceh telah memperhatikan Hak -Hak Asasi Manusia. Ada beberapa Pasal yang mengatur tata cara sebatan dalam Pasal 259 s/d Pasal 272 Qanun Aceh Nomor 7 tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat iaitu:

Perkara 259:

- (1) Sebelum pelaksanaan rotan, orang yang disabitkan itu diperiksa oleh doktor yang dilantik.
- (2) Sekiranya keadaan kesihatan yang dikutuk mengikut keputusan peperiksaan oleh doktor tidak dapat menjalani cambuk Uqubat, maka pelaksanaan rotan ditangguhkan hingga orang yang bersangkutan **dinyatakan sehat** untuk menjalani cambuk Uqubat.
- (3) Hasil pemeriksaan dokter sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) terkandung dalam suatu pernyataan, dan telah disampaikan kepada Pendakwa sebelum cambuk "uububat mulai dilaksanakan.
- (4) Pendakwa mesti mematuhi keputusan peperiksaan doktor yang dilantik.

Perkara 260:

Sebelum melakukan rotan yang disabitkan itu, bimbingan rohani pendek dapat diberikan oleh ulama atas permintaan pendakwa atau yang bersalah.

Perkara 262

- (1) 'Whip Uqubat diadakan di tempat terbuka dan dapat dilihat oleh mereka yang hadir.
- (2) Pelaksanaan 'Whip Uqubat sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) **tidak boleh dihadiri oleh anak-anak** di bawah umur 18 (lapan belas) tahun.
- (3) Uqubat cambuk dijalankan pada asas (satah) yang berukuran sekurang-kurangnya 3 x 3 meter.
- (4) Jarak antara tempat bersalah dan komuniti saksi ialah 12 (dua belas) meter.
- (5) Pendakwa, hakim penyeliaan, doktor yang dilantik dan pegawai pelaku berdiri di atas atau di sekitar pangkalan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) selama rotan tersebut.

Perkara 263

- (1) Cemeti terdapat di cambuk dengan menggunakan penutup muka kain.

²¹ <https://www.hukumonline.com/berita/baca/hol13865/hukum-cambuk-tidak-melanggar-ham/> (diakses pada 22 Julai 2019)

(2) Cemeti menggunakan cambuk yang disediakan oleh Pendakwa.

Perkara 264

- (1) Tering dilakukan di belakang (bahu ke pinggul) orang yang bersalah.
- (2) jarak antara yang disabitkan dan sebatan antara 0.70 meter hingga 1 meter dengan cambuk berdiri di sebelah kiri atau kanan orang yang bersalah.
- (3) Cambuk boleh membuat kuda dengan jarak antara kaki kiri dan kanan paling banyak 50 cm.
- (4) Cemeti boleh membengkokkan tangan dan ayunan cambuk ke bahagian tepi atau belakang dan kedudukan hujung tangan tidak lebih tinggi daripada bahu.
- (5) Jika cambuk tidak dapat menyelesaikan kerja, cambuk akan diteruskan oleh cambuk lain.
- (6) Ketidaksubelan boleh mencambuk pesanan dan perintah Pendakwa;
- (7) Whips yang telah dijalankan tidak dapat dibatalkan.
- (8) Pendakwa akan menegur, memperbaiki kedudukan dan atau menukar cambuk jika salah satu ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hingga ayat (6) tidak terpenuhi.

Perkara 265

- (1) Pada masa rotan, orang yang disabitkan itu mestilah:
 - a. memakai pakaian yang telah disediakan oleh Pendakwa; dan
 - b. dalam kedudukan dan berdiri bebas tanpa sokongan.
- (2) Atas permintaan yang dikutip atau doktor, penghukum boleh dicambuk semasa duduk bersilang atau berdiri dengan sokongan, tetapi mesti bebas.
- (3) Hakim Pengawas memiliki hak untuk menegur atau mengingatkan Pendakwa untuk memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2).

Perkara 266

Caning akan dijeda jika:

- a. diperintahkan oleh Doktor yang bertugas berdasarkan pertimbangan perubatan; dan
- b. dikutip untuk melarikan diri dari rotan sebelum 'cambuk Uqubat selesai.

Perkara 268

- (1) Jika penangguhan ditangguhkan karena alasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 254 ayat (2), atau sementara digantung karena alasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 266 huruf a, dan terdakwa digantung, kemudian dikembalikan kepada keluarganya, yang dikutip atau keluarganya melaporkan keadaan kesehatan yang dihukum Peguam secara berkala.
- (2) Jika dalam masa sebulan, yang telah disabitkan atau keluarganya tidak menyampaikan laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tanpa alasan yang sah, Pendakwa akan memanggil yang dikutip untuk mengetahui kondisi kesehatannya.
- (3) Pencabutan orang yang disabitkan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan (2) akan ditentukan oleh Pendakwa setelah melakukan koordinasi kembali dengan pihak-pihak yang ditetapkan dalam Pasal 252, paling lambat 7 (tujuh) hari setelah orang yang dihukum **dinyatakan sehat** atau ditahan.

Perkara 272

- (1) Hakim Pengawas harus memperingatkan Pendakwa untuk menunda pelaksanaan kalimat hukuman, jika ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 262 tidak terpenuhi.

- (2) Hakim yang mengawasi wajib memperingatkan pendakwa agar tidak memerintahkan pelaku untuk melakukan penangguhan atas alasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 259 ayat (2) atau Pasal 266 huruf a dan huruf b.
- (3) Hakim Pengawas harus mengingatkan pendakwa jika dia tidak menegur cambuk yang tidak memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 264.
- (4) Hakim Pengawas harus menginstruksikan pendakwa untuk menukar pelindung yang tidak memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 264.

Dengan diaturnya tatacara pemcambukan di dalam Qanun Aceh Nomor 7 tahun 2013 tentang Hukum Acara Jinayat merupakan penghormatan Hak Asasi Manusia iaitu Hak untuk tidak diseksa dan cambuk bukanlah penyiksaan akan tetapi pelaksanaan syariat Islam di sebuah wilayah oleh penguasanya.

PENUTUPAN

- a) Pelaksanaan undang-undang Islam di Aceh adalah keistimewaan yang dimiliki oleh Aceh sebagai akibat dari pemberian Otonomi Khusus untuk Aceh oleh Pemerintah Indonesia.
- b) Qanun Nombor 6 tahun 2014 mengenai Undang-undang Jinayat berkuat kuasa secara sah pada 23 Oktober 2015 dan termasuk Jarimah: Khamar, Maisir, Khalwat, Ikhtilath, Perzinaan, Gangguan Seksual, Rape, Qadzaf, Liwath, dan Musahaqah.
- c) Pilihan raya sukarela dan penyerahan oleh pelanggar bukan Islam kepada ketentuan-ketentuan Aceh Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat didasarkan pada kemudahan Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat itu sendiri.

RUJUKAN

Buku

- Husaini.2012. *Menggoda sebagai Bentuk Hukuman (Kajian Perbandingan antara Qanun Aceh dan Undang-undang Adat Aceh*, Yogyakarta: Fakultas Syariah dan Hukum.
- Mohd. Din. 2009. *Stimulasi Pembangunan Undang-undang Jenayah Kebangsaan dari Aceh untuk Indonesia*. Bandung: Unpad Press
- Hajmy.1990. *Sejarah Budaya Islam di Indonesia*. Jakarta: Star Moon, 1990
- Mahrus Ali.2012. *Asas Undang-Undang Jenayah*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Eddy Os Hiariej. 2009. *Prinsip Undang-undang dan Penciptaan Undang-undang Jenayah*. Jakarta: Erlangga.
- Moelyatno.1978. *Prinsip Hukum Jenayah*. Jakarta: Bina Aksara.
- Jan Rimmelink.2003. *Undang-undang Jenayah: Komentar tentang Artikel Paling Penting Kod Pidana Belanda dan Pencocokannya dalam Kanun Jenayah Indonesia* Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- JE. Saetapy. 2003. *Prinsip Retroaktif: Tinjauan*, Surat Berita KHN, Edisi Mei 2003.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992. *Teori dan Dasar Jenayah*. Bandung: PT. Alumni.
- M. Shokry El-Dakkak.2000. *Jenayah Negara Terhadap Kemanusiaan: Genosida, Pengusiran dan Penyiksaan: Dari Kepentingan Undang-Undang Antarabangsa dan Islam*, ASNoordeen.

Peraturan Berkanun

- Perlembagaan Republik Indonesia 1945.
- Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
- Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Tenaga Kehakiman
- Undang-undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh
- Undang-undang Nomor 13 Tahun 2012 tentang Keistimewaan Daerah Khusus Yogyakarta
- Aceh Qanun Nomor 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat

Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 12 Tahun 2003 tentang Khamar dan Orang Kaya

Qanun dari Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 13 Tahun 2003 tentang Maisir (Perjudian)

Qanun dari Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 14 Tahun 2003 tentang Pengasingan

Internet

<https://news.detik.com/berita/d-3187693/hukum-cambuk-first-to-non-muslim-di-aceh-jadi-sorotan> (diakses pada 22 Juli 2019)

<https://nasional.tempo.co/read/854962/tukang-sabung-ayam-ini-di-aceh-dihukum-cambuk> (diakses pada 22 Juli 2019)

<https://news.detik.com/berita/d-3823694/kasus-miras-di-aceh-pria-nonmuslim-dicambuk-36-times> (diakses pada 22 Juli 2019)

<https://www.bbc.com/indonesia/indonesia-43210405> (diakses pada 22 Juli 2019)

<https://www.bbc.com/indonesia/indonesia-45097240> (diakses pada 22 Juli 2019)

<https://konsultasisyariah.com/23990-berzina-mustah-dihukum-rajam-atau-cambuk.html> (diakses pada 22 Juli 2019)

<https://nasional.tempo.co/read/854962/tukang-sabung-ayam-ini-di-aceh-dihukum-cambuk/full&view=ok> (diakses pada 22 Juli 2019)

<https://www.hukumonline.com/berita/baca/hol13865/hukum-cambuk-tidak-melanggar-ham/> (diakses pada 22 Juli 2019)

HUMAN RIGHTS RESPONSIBILITIES OF MULTINATIONAL CORPORATIONS (MNCs) UNDER INTERNATIONAL LAW: A CRITICAL REVIEW

Dr. Nisar Mohammad Ahmad

Faculty of Syariah and Law, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia. Email: nisar@usim.edu.my

ABSTRACT

The collapse of Rana Plaza garment factory in Dhaka, Bangladesh in 2013 which has claimed the lives of 1,127 lowly-paid factory workers has repeated previous events of corporate human rights violations such as in Bhopal, India and Niger Delta, Nigeria. These events triggered a heated debate about the extents of human rights responsibilities of corporate entities especially the economically powerful multinational corporations (MNCs). Undoubtedly, MNCs and many corporate entities have brought about rapid development in diverse areas to the world's communities, but the adverse social and human rights impacts of their business activities should not be overlooked. Bearing in mind the status quo of traditional public international law which only holds state actors as the only subject of international law thus become the primary duty-holder of human rights, the whereabouts of MNCs and non-state actors in this regulation structure is still in dispute. There is therefore a need to review MNCs' position under international law owing to their crucial role and impacts as global player who have now surpassed the power of many states. This article aims to critically explore the possibilities of putting MNCs within the regulation scope under international law in order to hold them responsible for their human rights violations.

Keywords: *Multinational Corporations (MNCs), Human Rights, International Law and Corporate Responsibility*

INTRODUCTION

It is understandable that the emergence of multinational corporations (MNCs) in today's globalised era has engendered massive economic development for the benefits of mankind. Nonetheless, despite having positive impact in several ways on the wellbeing of communities and individuals, the MNCs' business operations are often perceived to have a detrimental impact on human rights protection (Kinley & Joseph, 2002). The most notorious MNC abuses have reportedly occurred in developing country host states where the legal mechanisms are weak. This poses an ongoing dilemma to the authorities in developing states between enhancing their economic development on one hand, and respecting and protecting human rights of their own people, on the other. As such, a balanced approach should be adopted to ensure business operations are undertaken in a more sustainable and socially responsible manners.

In principle, this article serves to illustrate the point that the issues of corporate human rights violation in a particular State are not readily addressed under the current international legal mechanisms. In fact, the traditional international law regulatory approach to inter-state relations could possibly be deemed as the main challenge to the attempts to impose direct human rights obligations on MNCs. International legal scholars continue to debate the extent to which MNCs could be held responsible for their human rights abuses. At the same time, the legal mechanisms in the developing States have been insufficient and ineffective in curbing the issues of corporate human rights abuses.

This article is divided into two parts. The first part deals with the general perspective and the context of human rights obligations of the MNCs under international law. This will shed some light on the extent to which an MNC or any business entity should play its role in respecting, protecting and fulfilling human rights principles within its sphere of influences. This part

accordingly analyses the MNCs' legal personality and the existing international human rights regulations to know how and under which jurisdictions the MNCs can be held responsible for their human rights violations. This will reinforce the idea that MNCs are 'parts and parcels' of the society and therefore shall be responsible for any abuses they have committed to the society.

The second part, on the other hand, examines the alleged inadequacies and ineffectiveness of the existing international human rights regulations governing MNCs. Among others, such inadequacies include the transnational nature of MNCs and the manipulations of the *'forum-non-conveniens'* doctrine, the polemics on MNCs human rights obligations and legal personality, the weaknesses of international laws' applications at domestic levels and finally the State's limitations in applying extra-territorial jurisdictions.

MNCs UNDER INTERNATIONAL LAW

In principle, international law does not envisage legal responsibility of companies for their internationally wrongful acts. In other words, international law does not create any legal obligation on companies just as individuals. This draws upon the concept that entities other than States and certain international organisations (such as the United Nations) are not considered subjects of international law. As such, only these entities in particular the States shall have the capacity to bear rights and duties under international law. Since time immemorial, the preoccupation of public international law has always been the regulation of the inter-State relations (Oshionebo, 2009). Authors like Antonia Cassese argued that MNCs possess no international rights and duties because states – whatever their ideological outlook – are reluctant to grant them international standing (Cassese, 1986). It is natural that States do not want to risk their sovereignty – being eroded by legal interventions by such powerful companies should MNCs were granted international legal personality.

Legal Personality of MNCs under International Law

The question of whether MNCs are subjects of international law would be easier to answer if there was clear agreement among scholars on what constitutes legal personality under the international legal system (Alston, 2005). Unfortunately, as Charney (1983) observed, "*there is little agreement among scholars on the essential elements of legal personality*". This situation signifies the complexity of the controversy surrounding the issues in order to present a clearer picture of the status on MNCs in international law. In principle, the public international law traditionally relies on a set of criteria to determine what 'subjects' refers to. These are the capacity to (1) make claim for breach of international law; (2) enter into valid international agreements; and (3) enjoy privileges and immunities from national jurisdictions. Because it has some but not all of these capacities, international law regards the corporation as lacking in international personality (Oshionebo, 2009).

Along the same vein, Professor Christian Okeke (1974) has observed that there are three essential elements that should be considered *conditio sine qua non* for an entity to be properly regarded as a subject of a legal system. In essence, to be a 'subject of law', an entity must, firstly, possess duties as well as responsibility for violating those duties; secondly, have the capacity to benefit from legal rights as a direct claimant and not as a mere beneficiary; and thirdly, in some capacity, be able to enter into contractual or other legal relations with other subjects of the system (Duruigbo, 2008). The extents to which any entity meets these criteria appear to be strong factors in determining whether or not they are considered subjects of the international legal system (Uibopuu, 1975).

Additionally, as described in an International Court of Justice (ICJ) case,¹ the international legal personality entails a twofold character. First is the ability of possessing international rights and duties and second is the capacity to maintain these rights by bringing international claims.

¹ *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, I.C.J Rep.1949, p.174.

Before bringing any claims, an entity should first have legal personality and thus possess international rights and duties which can be obtained, for example, through a combination of treaty provisions and recognition by other international persons. Indeed, the issue of MNCs' legal personality symbolises the difficulty that has resulted in the general shortcomings related to the fact that international law was originally addressed to State actors. Due to the ill-defined character of their legal personality, MNCs have often successfully attempted to abstain from adhering to the human rights laws because for them, the laws are written for governments (Gatto, 2002). This seems to contribute to massive corporate human rights violations which have miserably tainted our today's business world.

Therefore, before attempting to hold an MNC accountable for its human rights violations, it is necessary to identify whether or not the MNC possesses legal personality. In so doing, the best way is to find out if it in fact possesses any rights and duties under international law (Jagers, 1999). Indeed, it is a primary principle that it is only by possessing 'right' that an entity or a person could have a corresponding 'duty' to somebody else (Jungk, *undated*). The duty comes after right, and in this sense, it is fundamental to identify whether or not the companies have rights before listing down their duties towards a society. In this regard, there have been two issues which will be addressed in turn.

Firstly, do MNCs possess any rights? The traditional international law displays the tendency to emphasize the rights of MNCs. Since the era of the World War II, the emphasis has been concerned with protecting investment - touching the issues of expropriation and compensation, rather than regulating the duties of MNCs. This rights-based emphasis changed during the seventies, towards the duties-based emphasis resulting in the introduction of various international Codes of Conduct for MNCs. However, in the present decade, the trend has been changed back to the emphasis on the rights of MNCs, which also contributes towards free trade. This emphasis has made MNC the bearers of specific rights under international law thus enabling them to invoke international law should the dispute happen (Higgins, 1994).

Secondly, as far as the issues of MNCs' duties are concerned, the international instruments that directly address MNCs are soft laws, voluntary or non-binding in nature. The best examples are the introductions of the codes of conduct during the seventies. Thus, binding international duties for MNCs have to be derived from instruments that were originally directed at States. This can be considered as indirect obligation by making States accountable for the human rights violations undertaken by companies operating within their territories. In this respect, some recent interesting developments are taking place in the domestic courts of the United States and United Kingdom where reparations have been sought by the victims of corporate human rights violations (Hoof, 1998). At least for the time being, through this means, an MNC can be held accountable for the human rights violations they have committed.

From the above analysis, it seems crystal clear that MNCs have no international legal personality and thus cannot be subjected directly to any international legal frameworks. However, there are ongoing attempts by international organisations and communities to put some degrees of responsibility on companies, although such duties and responsibilities might not resemble exactly what the State and state actors should observe. In short, the only ways could possibly be used to control MNCs are through soft laws and the adoption of international law by the State authorities. In the context of international protection of human rights, applying the above logic, only States can be considered as the subject on whom international human rights standards are imposed.

The Existing International Law Framework on Human Rights

As indicated earlier, due to the lack of international legal personality in MNCs, no direct legal obligations could be imposed on non-State actors like MNCs. So far, the only existing direct international regulation of MNCs consists of 'soft', non-binding international law instruments which act as guides for the appropriate behaviour of MNCs (Kinley, 2002). As the 'soft-law'

instruments do not offer enforcement and monitoring mechanisms, it seems barely possible for such instruments to effectively control the MNC's behaviour. Nonetheless, despite being seen as non-enforceable approach, it does not necessarily imply that such instruments are completely worthless and useless. The standards therein can be useful guidelines for national governments that wish to impose binding domestic duties on MNCs within their territories. In addition, these instruments may also be useful for NGOs seeking ammunition for campaigns against certain MNCs, and unforgettably for MNCs themselves, especially those who care to adopt and implement an internal code of conduct (Joseph, 2004).

Be that as it may, the international legal codes can also establish coherent universal standards and provide a 'level playing field' for all businesses; something that cannot be offered by the codes of conduct and other voluntary initiatives (Joseph, 2004). Generally, there have been a number of approaches identified at different regional levels, including the European Union (EU), the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the Organization of Economic Co-operation and Development (OECD). The attempt undertaken by the OECD through the introduction of its Guidelines for Multinational Enterprises in 1976, for example, marked the preliminary endeavour to establish such an international mechanism that is specifically directed towards MNCs.

The Guidelines are recommendations governing the operation of MNCs within all 29 OECD nations, and three other non-members. They are the result of a 'constructive dialogue with the business community, labour representatives, and non-government organisations' which require MNCs to follow the principles and standards laid down in the fields of environment, transparency in operation, anti-bribery, consumer interests, and competition (Deva, 2003). Although to some extent the Guidelines may be useful as moral force to inculcate human rights in business practise, they are only moral requests and are no better than the Codes of Conduct adopted by many MNCs. Due attention therefore needs to be given to their implementation in order to achieve their actual objective.

In addition, on top of the above-mentioned regional frameworks governing business, there are also similar frameworks at international level – mainly under the auspices of the UN. Generally speaking, there are a number of UN frameworks which directly address human rights issues in business. Firstly, The UN Norms, which was released by the UN Sub-Commission for the Promotion and Protection of Human Rights, presents a set of promising human rights norms for MNCs. Despite not being a formal treaty assuming binding legal obligations, the Norms are more authoritative than the many codes of conduct adopted by companies and are a significant advancement over existing standards. For a number of reasons, the UN Norms are likely to have some legal effect. This was, however, the main reason why most companies opted to oppose these Norms (Knox, 2011).

Secondly, the UN Global Compact was also seen as another UN initiative that seeks to embed human rights principles within business practice. The Compact commits all the signatories, within their sphere of influence, to protecting and promoting human rights as expressed in a set of ten universal principles. Specifically, these cover the area of human rights, labour, environment and anti-corruption (Kinley & Joseph, 2002). Thirdly, the UN Human Rights Council (2011) endorsed by consensus the Guiding Principles on Business and Human Rights in June 2011. The Guiding Principles implement the UN 'Protect, Respect and Remedy' Framework proposed by Special Representative to the UN Secretary-General (SRSG) on business and human rights, John Ruggie. Also, in June 2011, the UN Human Rights Council has established a UN Working Group on business and human rights. One of the working group's purposes is to "continue to explore options and make recommendations at the national, regional and international levels for enhancing access to effective remedies available to those whose human rights are affected by corporate activities" (UN, Office of the High Commission on Human Rights (OHCHR), 2011).

Human Rights Obligations of MNCs

Having considered that it has not been possible to impose human rights legal obligations directly on MNCs at international level, the available options could be used to impose such legal obligations on companies are through indirect or *horizontal* obligations and direct obligations under domestic law. Horizontal obligations imply the doctrine of state responsibility to respect, fulfil and protect human rights obligations by regulating private entities and MNCs within their respective territories. In other words, MNCs can be indirectly controlled by holding governments or States to account for the MNCs' misconduct taking place within their territories. This is because the States are obliged to protect the rights of people in their jurisdiction, and this implies that they must regulate companies operating or domiciled in their jurisdiction (IRENE, 2000). This duty requires States to ensure that proper national laws are in place to control corporations; in this way States fulfil their duty to protect human rights.

On the other hand, the second option is direct legal obligations under domestic laws. In essence, MNCs can be held accountable for their human rights violations by invoking a domestic legal structure that exists in home or host States as well as mechanisms and approaches at both regional and international levels which adopted within the domestic legal framework. Both options will be discussed in turn as follows;

Indirect/Horizontal Obligations

An indirect obligation assumes, by virtue of international law framework, the State's responsibility to take action upon MNCs for human rights violations they committed within its territory. In other words, the problems of corporate human rights violations could be solved by taking governments to account for MNCs behaviour instead of putting the spotlight on the MNCs. Putting the burden of law on the States was seen by some quarters as a more feasible approach since the States are the subjects of international law thereby owe certain obligatory duties as prescribed in the treaties they have signed. Indeed, the State is traditionally seen as entity primarily responsible for upholding human rights on the international level as well as in the national sphere.

However, with the appearance of a whole spectrum of non-State entities on the global scene, many questions can be asked in connection with the State's liability for human rights violations committed by non-State actors (Danailov, 2008). For example, when would actually a corporate human rights violation be deemed as the result of the State's failure to observe its international responsibility? How extensive are the duties of States to promote and protect human rights, especially when powerful non-State actors threaten these rights? Article 11(1) of the International Law Commission (ILC)'s Draft articles on State Responsibility (1996) affirms that "*the conduct of private individuals acting not on behalf of the State shall not be considered as an act of the State under international law*".

The State, however, shall remain responsible when it fails to carry out an international obligation to act. Thus a State is deemed as in breach of its international obligations not only if it violates human rights in the traditional sense but also if it fails to exercise due diligence to prevent or remedy any event of human rights violation committed by private and business entities within its territories. As signatories of various international treaties, States are obliged to protect the rights of people in their jurisdiction. This signifies that they must regulate companies operating or domiciled in their jurisdiction. In other words, the States have the obligation to respect, fulfil and protect the human rights of individuals (International Council on Human Rights Policy (ICHRP, 2002).

The obligation to 'protect' also includes the State's duty to '*protect people by stopping private actors from abusing rights*'. In this regard, reference can be made to various international

treaties from which the human rights regulations are derived. For example, article 28 of the UDHR, and Articles 2(1) of the ICCPR and ICESCR² relate to and define the obligation of State parties. The ICCPR³, a treaty that has been ratified by 153 nations including the United States, provides in its Article 2 that each State party

“[u]ndertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant”.

One aspect of the quote indicates that it is up to the States, and States only, to carry out the obligations established by the Covenant. More interestingly, the two aspects defining the obligation – to ‘respect’ and to ‘ensure’ – indicate slightly different things (Klein, 2000). The obligation to respect is a negative obligation, asserting a direct prohibition on State violation of human rights. In addition, the obligation to ‘ensure’ extends further, indicating that State parties must take positive steps to give effect to the ICCPR rights. In other words, it is not enough for a State to merely refrain from violating human rights themselves, but the State is also required to take positive and proactive measures by taking preventative action. This implies an obligation to adopt the necessary “legislative and other measures” to provide an effective remedy to victims and establish institutional safeguards.

In addition, the Covenant also indirectly hinted that it may also, to a certain extent, apply to corporations, though not directly. The Covenant’s Article 5(1) States that;

“[n]othing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group, or person any rights to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedom recognized herein....”

Equally, the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations against Women (CEDAW) – which Malaysia ratified in 1995, enjoins the Member States;

“[t]o undertake all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise.”⁴

In the same vein, Article 2(1)(d) of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination⁵, *inter alia*, requires States to

“[p]rohibit and bring to an end, by all appropriate means, including legislation as required by circumstances, racial discrimination by any persons, group or organizations”.

As such, by the virtue of the above provisions, States have indirect responsibility for preventing destruction of any rights as well as racial or sexual discrimination by any organisation or private entities. The failure to protect such rights will therefore amount to a States’ violation of human rights enumerated in the treaties. As indicated by the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights (2000),

“a violation of economic, social and cultural rights occurs when a State pursues, by action or omission, a policy or practice which deliberately contravenes or ignores obligations of the Covenant.”

Accordingly, it was further concluded therein that;

² UN, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3, entered into force Jan. 3, 1976.

³ UN, International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). G.A Res. 2200A (XXI), 21 U.N GAOR, Supp. No. 16, Doc A/6316 (1966) 999 U.N.T.S. 171, entered into force March 23, 1976.

⁴ UN, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), G.A. res. 34 / 180, UN GAOR Supp. (No.46) at 193, UN Doc. A / 34 / 180, entered into force Sept. 3, 1981 – Article 2(e).

⁵ UN, International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination, (ICERD) G.A. Res. 2106 (XX), 20 U.N. GAOR, Supp. No. 14, U.N. Doc. A/6014 (1966), 660 U.N.T.S. 195, entered into force Jan 4, 1969.

“the obligation to protect includes the States’ responsibility to ensure that private entities or individuals, including transnational corporations over which they exercise jurisdiction, do not deprive individuals of their economic, social and cultural rights” and thus “...., the failure that private employers comply with basic labour standards may amount to a violation of the right to work or the right to just and favourable condition of work”.

Ostensibly, the range of the above provisions indicates that the States are the key-actors in ensuring the MNCs’ due compliance with human rights principles within their territories. The State’s duty to protect human rights could, therefore, be an effective vehicle for arguing that a number of human rights treaties specifically require States to regulate private actors to prevent violations of rights protected by the treaties (Dine, 2005). This indirect responsibility could be undertaken by requiring the States to ensure that proper national laws are in place to control corporations. In this way States can fulfil their duty to protect human rights. Indeed, given the *lacuna* in the international legal structures for direct accountability, the indirect obligations imposed on companies by nation States may give us valuable clues as to the emerging norms on which any international regulatory theory could be based. This will ensure that the private actors also have their duties and responsibilities in maintaining human rights standards together with nation States.

Direct Human Rights Obligations through Domestic Laws

In general, the imposition of human rights obligations directly on companies and MNCs can only be made under domestic laws. It could be done at Host and Home State levels;

i) Host State Level

It has been indicated that the most obvious source of obligations is regulation by the host State - the State in which the abuse of human rights occurs. This is because the violations happen within State’s territory and it is the State’s obligation to stop any human rights violations within its territory. The host State’s national regulations may take many forms in areas such as criminal law, environmental protection, civil rights, anti-discrimination law, labour rights, consumer protection and anti-corruption legislation. However, it seems barely possible for the host States - usually referred to as less-developed and developing countries – to effectively implement a set of rules and regulations to hold MNCs accountable for any human rights violations. This is because, in most cases, these States depend heavily on MNCs to boost their economic development. They would rather prefer to keep a blind eye to human rights violations of their own people than to lose grips on lucrative FDI generated by the MNCs.

ii) Home State Level

Whilst the regulations at the host States levels are usually seen as impractical and less-effective, regulation by home States - the States where the parent corporation of the MNC is located, are instead seen as a more reliable platform for taking effective action in relation to imposing international human rights regulations on the MNCs. In general, the home States are of developed nations whose effective and stringent legal systems possess the requisite technical expertise to impose sufficient safety standards, and to have the benefit of a legal system able to cope with a proper attribution of responsibility within complex corporate arrangements (Eaton, 1997).

Undeniably, it is common for developed nations to demand greater standards of behaviour from an MNC within their jurisdiction than do developing and less-developed nations (Eaton, 1997). In fact, it is not a problem for a developed home State to regulate the activity of the parent company as it is clearly within its jurisdictional competence. However, it is not common for home States to enforce such standards when it comes to extraterritorial operations. Such regulation is likely to be perceived as interference in the national sovereignty of another State, an act that contrary to international law.

Nevertheless, it has been suggested that the home States do possess the extraterritorial jurisdiction on the grounds of the nationality principle which holds that a State has jurisdiction over its nationals in relation to offences committed by them anywhere in the world. This regulation can be imposed to uphold the general interest of the international community, a principle that has been collectively agreed by all States in the Vienna Declaration which, *inter alia*, reads “*The promotion and protection of all human rights is a legitimate concern of the international community*” (UN General Assembly, 1993).

Hence, to this extent, the home State’s regulation on parent corporations is lawful, thereby waiving suspicion of collusion with foreign policy goals or domestic benefit of the home State (Gatto, 2006). As far as the home State’s extraterritorial legal jurisdiction is concerned, there have been clear signs that some developed countries where giant MNCs are originated - most notably the common law countries like the USA, the UK, Canada and Australia, are gradually widening their net of human rights laws. This move, among other things, will make it possible for claimants from host countries to hold MNCs legally accountable in their home countries.

In the USA for example, the Alien Tort Claims Act (ATCA) has been used by the US authorities to legally bind and control its MNCs for human rights violations. The Act, being the US 200-year old law, is considered the most useful instrument to date which empowers the US Courts’ jurisdiction to hear cases of human rights abuses committed in violation of the laws of nations or treaty of the US (violations of customary international law) occurring anywhere in the world so long as the US courts have jurisdiction over the defendant. The Act covers a limited range of charges of severe human rights abuses, namely slave labour, collusion in genocide, collusion in torture, and collusion in extrajudicial murder (IRENE, 2000).

There were a number of cases being brought before the US courts on the basis of this Act. Of the notable cases was the case of *Doe v. Unocal*,⁶ in which Unocal, a US-based company, was tried by a Californian District Court over the alleged human rights violations within its joint-venture project in Burma. In this case, it was held that, for the first time, an American-registered MNC could, in principle, be held directly liable under the ATCA⁷ for acts done in concert with, or by, a foreign government with which it was in partnership, that constituted violations of internationally recognised human rights instruments (Kinley & Joseph, 2002).

However, in its judicial Statement, the Court dismissed the case on the ground that, despite being a joint-venture partner, Unocal was not directly involved in the alleged abuses which were the responsibility of the Burmese authorities alone. On 18 September 2002, the District Court’s decision was reversed upon an appeal made by the Plaintiffs before the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, allowing the lawsuit against Unocal to go forward. In December 2004, a final settlement agreement has been reached in the *Doe v. Unocal* litigation in which plaintiffs and their representatives will be compensated with funds to improve living conditions, healthcare and education and protect the rights of people from the company’s project region. It is believed that such initiatives will provide substantial assistance to the affected people within the region (Earthrights International, 2005). The outcome of this litigation set a milestone in extra-territorial business litigations in which a private non-State actor can be sued before the home State Courts (in this case in the US) for alleged violations of human rights (Muchlinski, 2001).

INADEQUACIES OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS STANDARDS AGAINST MNCS

Despite a strong tendency in the international communities to subject MNCs to international standards for their human rights violations and despite the possibilities to directly and indirectly

⁶ 963 F.Supp. 880 US Dist Ct, C.D. Cal, 25 March 1997, noted in *AJIL* 92, 1998. pp. 309-14.

⁷ 28 USC s. 1350.

impose human rights obligations on MNCs, it has to be acknowledged that such human rights frameworks suffer a number of inadequacies. In essence, as indicated before, there has been no clear sign of the existence of an effective and consistent web of binding laws at international level on the part of corporations to observe human rights. It is only through the 'horizontal effects' doctrine i.e. by imposing indirect responsibility on State for human rights violations by non-State actors. Such a duty can only arise under domestic law and it is through this sphere that the legal development of a binding duty to respect human rights will first evolve (Muchlinski, 2012). In this sense, the virtue of international law could be extended to the corporations and MNCs through the vehicles of State's domestic laws.

Reflecting the inadequacies in international human rights standards for MNCs, there have been a number of hurdles in enforcing or developing a binding legal duty on MNCs to observe human rights. The key obstacles include the polemic on MNC's legal personality and jurisdictional limits on the process and liability of MNCs; the absence of international legal personality for corporate actors and a limited avenue for direct human rights obligations on MNCs and corporate actors; the transnational nature of MNCs and the 'manipulative' *forum-non-conveniens* doctrine; limitations in applying extra-territorial jurisdictions and the weaknesses of domestic legal and human rights standards - all of which shall be discussed in turn in the following sub-section.

The Transnational Nature of MNCs and the Proneness of the 'Forum-Non-Conveniens' Doctrine to Manipulation

In addition to doctrinal and substantive obstacles to MNCs' human rights liability discussed before, procedural obstacles have arisen out of the mismatch between national reach of the legal systems and the transnational reach of MNCs' business activities (Muchlinski, 2007). Thus, claims against the parent company of an MNC have often been subjected to lengthy and costly litigation over jurisdiction. These obstacles become more evident if the claimants or the victims involved are from vulnerable groups such as the indigenous people or people with disabilities who usually cannot afford with the expensive cost of litigation. Indeed, the MNCs' transnational character, their economic and legal versatility, their enormous economic and financial power and their great political and social influence are the important obstacles in any attempt to exert legal and social control over them (UN, Economic and Social Council, 2004 & Joseph, 1999).

As a profit-oriented entity, maximising profit and minimising costs are a vital part of MNCs' commercial strategies. It is common for many MNCs in the world to operate their business activities in less developed or developing countries. By making such countries as their host States, they can benefit from cheap labour costs (they might even resort to illegal segments of the workforce such as child and prison labourers), cheap costs of raw materials and production inputs as well as non-stringent legal and human rights frameworks. As a multinational entity, an MNC can easily move their base to more business-friendly host States thus escaping from being subjected under strict legal frameworks. Another hurdle which will be engendered from the transnational nature of the MNCs is the doctrine of *forum non conveniens* which could easily be manipulated by the MNCs to avoid litigation.

In general, *forum non conveniens* is a doctrine according to which a court determines whether another court would be better positioned to hear a matter and decide the dispute (John, 2011). Under this doctrine, the court has discretionary power to decline hearing a case when there exists a foreign court more appropriately situated to hear the matter. It is unfortunately a doctrine that has been arguably misused by parent companies to avoid liability in their home jurisdictions for alleged offshore transgressions. This has proved to be an impediment to the conduct of human rights-based litigation against parent companies of MNCs (Muchlinski, 2007). The essential purpose of this doctrine is to operate as a jurisdictional stricture, locking out cases from being heard in domestic courts where, by the circumstances of the case, a hearing in a foreign court is deemed more appropriate; or at any rate, the forum of the domestic court is deemed inappropriate.

“It is”, as Sarah Joseph (1999) has observed, “a doctrine which is used, and arguably abused, by parent companies to avoid liability in their home jurisdictions for alleged offshore transgressions.” It was evident that based on the experience of the existing cases, the companies tend to exploit the doctrine to avoid being called to account. As an example, this doctrine has been improperly used to deny relief to Indian plaintiffs in American courts against Union Carbide after the Bhopal disaster, despite ample evidence that Indian law did not provide an adequate remedy.⁸ Indeed, the above-mentioned technical problem should not have happened as it is clearly mentioned in article 2 of the Brussels Convention on jurisdiction (which applies to all EU-based companies), that the place of jurisdiction of a case is the country of domicile of the parent company. Obviously indeed, the economic power of the MNCs may therefore be abused to dissuade corruptible and/or vulnerable governments from establishing regulatory regimes to enforce human rights regulations on corporations (Anonymous, 1998a).

Thus, albeit legal accountability is not completely absent in the developing world, it should be noted that, with such a disparity of power existing between MNCs and the host States, it seems impracticable to depend exclusively on host States to hold MNCs accountable for the human rights violations (Joseph, 1999). This argument was strengthened by the fact that the host States’ agencies have reportedly been colluding and co-operating with the MNCs in violating a series of well-planned human rights violations. Therefore, it is necessary to examine alternative sources and forms of accountability that may offer greater and more effective solutions to these so-called corporate human rights violations.

The Polemics on MNCs’ Human Rights Obligations and Their Legal Personality

A US Economist, Milton Friedman (1970) has once said that “*there is one and only one social responsibility of business that is to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game....*” Friedman’s statement above has shown a controversial point of view in modern business. Some people disagreed with Friedman’s ideas on the basis that the business makes profit from the society and therefore the society’s rights cannot be neglected. Some others, on the other hand, are in favour of Friedman’s views owing that business is a profit-oriented entity. Without profit, a business cannot survive. But solely and excessively targeting for profit will trigger businesses’ minimal or no human rights obligations. They even, to some extent, place the burden of responsibility totally on the States – who they considered the primary duty-holder for human rights.

Despite the traditional notion of international laws that emphasizes no imposition of human rights obligations directly on companies, there are some indications that this situation may change in the near future. It should be acknowledged that corporate entities, in particular the large-scale MNCs - given their ample business’ magnitude and influential impact on society, are in no way exempted from owing the greatest human rights duties to whom they have contact while undertaking their business activities. It is correct that States still owe the primary human rights duties but the fact that an MNC also have some human rights roles to play cannot be disputed. This very notion was firmly embedded in the Preamble of the UDHR (1948) which calls for “*every individual and every organ of society to jointly strive for better compliance with the internationally-proclaimed human rights principles.*”

In fact, as rightly pointed out by Professor Louis Henkin (1999) whilst every individual includes juridical persons, every individual and every organ of society excludes no one, no company, no market, no cyberspace. The UDHR applies to them all. The definition of the notion of ‘organ of society’ as enumerated in the UDHR Preamble could also extend to business entities as they play a clear economic and increasingly social function in society (Gatto, 2002). This basis has been invoked by international communities at various levels in taking companies into consideration while dealing with corporate human rights violations.

⁸ *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster (Bhopal Case)* 809 F.2d 195

However, there has been a debate over the use of the term ‘strive’ in the Preamble which symbolises no more than an ‘aspiration’ to promote respect for human rights without direct indication on the imposition of a binding legal obligation. This might be true but bear in mind, there is also other part in the body of the text of the UDHR (1948) itself which suggested a stronger language that may reflect a serious adherence to the Declaration.

Article 29, for example, specifies that “[e]veryone [including non-State actors] has duties to the community,” whereas article 30 contains a strong warning to the individuals to ‘do no harm’. The combination of Articles 29 and 30 can be read together as constituting a statement of non-State actors’ duties not to deny or violate the human rights of others (Paust, 1992). Despite the Preamble of UDHR not setting out legally binding norms, it can however be used to interpret the rest of the document. The UDHR should be viewed as an aspirational standard toward which the legally binding obligations should be striving (Knox, 2011). Moreover, it has been argued that whether or not it is legally binding and enforceable, the Preamble of the UDHR may be interpreted in the sense that the States which drafted it, by considering private enterprise as an organ of society, called on business to respect the same human rights that the State themselves have agreed to respect (ICHRP, 2002).

The above interpretation of UDHR Preamble is further supported by the wide consensus reached at UN world conferences on the fact that companies share some responsibility with governments and the UN Draft code of conduct (Gatto, 2002). Moreover, it must also be admitted that the UDHR provisions have been endorsed in the preamble of every human rights treaty, some of which have been incorporated into many national constitutions and laws. The Declaration has been approved repeatedly in political resolutions as well as conferences of world organisations. For example, in the UN World conference (1993) in Vienna, 171 States reaffirmed their commitment to the purposes and principles contained in the charter of the UN and the UDHR.

Indeed, the vast recognition of the concepts and principles within the UDHR by various organisations and bodies at different levels symbolises the worthy roles played by the UDHR in benchmarking a universal and hegemonised set of rights that are common for everybody. This constitutes the UDHR as a key reference and guidelines in the formulation of human rights framework at various levels, be it legally binding or voluntary in nature, by organizations, State-actors and non-State actors alike. In addition, Professor John Ruggie - the Special Representative of the UN Secretary-General (SRSG) indicated in his Interim Report (2006) that there has been a strong trend to subject corporations and MNCs to international criminal standards. In principle, all the existing instruments specifically aimed at holding corporations to international human rights standards are of voluntary nature. Relevant instruments that have international legal force, including some ILO labour standards and the CEDAW impose obligations only on States, not companies.

Ruggie (2006), however, states in the Report that, while human rights instruments do not generally impose duties directly on corporations, the imposition of obligation on States also includes the State obligation to prevent private actors from violating human rights. In fact, there have been “*emerging practice and expert opinion increasingly do suggest that corporations may be held liable for committing, or for complicity in, the most heinous human rights violations amounting to international crimes, including genocide, slavery, human trafficking, forced labour, torture and some crimes against humanity*”. On the other hand, it was suggested that human rights duties of companies can be construed using a traditional analysis of human rights law. Most human rights give rise to four complementary duties: to respect, protect, promote and fulfil.

As for governments, the burden of duties placed upon them encompasses not only passive (negative) duty to avoid violations of right (i.e. to respect), but also with active (positive) duties which under certain circumstances require the provision of essential services (i.e. to protect, promote and fulfil). All these four areas of duties are a usable yardstick to be looked for by human rights monitors e.g. Special Rapporteur assigned by the UN Human Rights Commission to assess

whether a government is acting in compliance with its obligations (Jungk, *undated*). Notwithstanding the extensive responsibilities incumbent upon governments, it was also suggested that the human rights obligations for companies have always been construed in negative terms; that is to abstain from violating human rights, owing to the ‘do no harm’ philosophy underlined by the UDHR.

However, by virtue of the UDHR, the ‘do no harm’ notion should not supposedly be used to limit the role of MNCs as merely to that of human rights violators, but they can be seen, to a certain extent, as protectors and promoters of human rights. The Declaration should be interpreted in a broader perspective which does not only call on companies to respect human rights principles; that is to avoid committing any human rights violations, but also to participate positively in society by endorsing positive obligations to protect, promote and fulfil human rights. The obligation to *protect* signifies the duty to prevent other entities or individuals from impeding the enjoyment of a right whereas the duty to *promote* entails that the duty holder must take measures to facilitate people’s enjoyment of a right. Finally, the obligation to *fulfil* requires the duty holder to take appropriate measures towards the full realisation of the right.

The idea to encourage MNCs to bear positive obligations of protecting, promoting and fulfilling human rights as do the States, however, encounters the general objection that companies, as private actors, cannot be bound by human rights obligations to the same extent as States, who are still the primary duty bearers (Gatto, 2002). It was argued that despite some MNCs being considered to be more powerful than many States (Baez, C. et al., 1999) that seek to control them, and some performing many of the tasks usually expected of governments, it cannot simply be assumed that MNCs should have the same human rights duties as do the States (Joseph, 1999). As private entities, MNCs are designed to serve the primary economic purpose of profit maximization, not to assume broad-based welfare functions (Kelley, 2001). Merely to extend the human rights duties of States to companies and business enterprises, therefore, is to ignore the differences between the nature and functions of States and corporations. This difference, certainly, has something to do with the question of jurisdiction which will determine the legal personality of both States and corporations.

Indeed, the clear indication on the MNCs human rights obligations in the UDHR and in any other documents presented above suggest that the debates on the extent of MNC’s human rights obligation are still far from over. The non-existence of an effective and consistent web of binding laws at international level, coupled with hopeless domestic legislations has contributed to the persistence of this dilemma. Hence, bearing in mind that human rights obligations for companies are still debatable, there is therefore a need to reconstruct the current form of international human rights laws so that MNCs can be allocated responsibilities appropriate and proportionate to their nature and activities (Kinley & Tadaki, 2004). To this end, having a clear picture of the legal personality of MNCs is useful to determine the viable human rights obligations that would meet the nature of MNCs.

The Weaknesses of Domestic Legal and Human Rights Standards

Generally speaking, the legal systems and human rights standards at the State level suffer a number of setbacks. This scenario commonly happens in less-developed and developing countries, including Malaysia – the countries where most MNCs open their operational bases. Firstly, the MNCs are large-scale and powerful - most notably economically and financially, thereby empowering them to exercise bargaining power over the governments of host States (Woodroffe, 1999) which in turn can be lax in enforcing legislation in order to retain the investment of an MNC. In addition, the economic strength of the MNCs may allow them to resist domestic sanctions. For example, they may terminate business dealings in the sanctioning State and establish themselves in a more corporate-friendly State (Stone, 1995). They may also evade sanctions by threatening to withdraw their investment from the host States while the latter have

the perception that they need MNC investment to improve their economic development (Joseph, 1999).

Secondly, the host States may lack the technical expertise to monitor and regulate corporate activities and in some circumstances the judiciary is not reliable enough to dispense justice especially to the vulnerable groups. It is difficult for these States to decide whether the environmental practices or safety precautions are satisfactorily met and fulfilled by the respective companies (Lippman, 1985). Furthermore, the developing nations may also lack the legal apparatus to facilitate complex discovery of documents and unravel the corporate veil which may shield an asset-rich parent company behind an asset-poor local subsidiary (Anonymous, 1998b).

Finally, the fact that MNCs operate internationally and are uniquely mobile have also contributed towards the ineffectiveness of regulations by host States. The complex structure of an MNC has led to the difficulty in determining the liability between parent and subsidiaries, and indeed the host States can be significantly ill-equipped to deal with such cases (Gatto, 2002). In addition, as far as the human rights standards in Malaysia are concerned, there is no specific framework exists to hold companies and MNCs accountable for their human rights abuses. Instead, various legal framework, policy instruments and institutions have been deployed by the government only to maintain the competitiveness of FDI determinants which are mainly generated by MNCs.

Whilst enhancing the utility of the existing determinants is vital to encounter fresh challenges posed by FDI, considering new strategies and enhancing FDI legal framework are also Malaysia's main efforts in attracting FDI (Rajenthiran, 2002). It should be noted that the government's principal policy is to harness FDI as part of the economic development strategy in order to obtain foreign technology, capital and skills. Such policy, however, does not extend to making human rights concerns of the people as part of key business strategy.

The State's Limitation in Applying Extra-Territorial Jurisdictions

While extending human rights obligations to MNCs within own territories may be possible for Malaysia and many host States in the world, similar move would be impossible if their MNCs committed human rights violations outside their territories. Unfortunately, the framework of international human rights law today has not yet evolved so as to hold States responsible for the actions of their non-governments entities, including corporate nationals, abroad (John, 1994). Although such a regulatory approach has been argued to be legally possible – as illustrated in Bhopal case which was heard in a US Court, it seems reasonable to conclude that human rights law itself has not yet evolved this far. Home States are not currently liable in international human rights law for failing to prevent, punish, or otherwise regulate the delinquencies of their MNCs' overseas operations.

Given the nonexistence of such a regulation, home States have been reluctant to regulate the extraterritorial activities of their MNCs. They may perceive that such regulations will constitute a competitive disadvantage for their corporations with other countries' corporations (Cassel, 1996). In short, holding States accountable for their MNCs human rights violations seems to be only feasible within the States' territories. A jurisdictional restructuring therefore needs to be undertaken by the respected international bodies to ensure that the reliable and effective regulation frameworks are in place not only when a violation happens within the States' territories but also when violations occur abroad. Such restructuring needs to consider the universal values underlined in the Global Compact human rights principles. These include the need to ensure that human rights principles are present within the policy-making institution of the MNCs, within their networking and communications as well as within their reporting and auditing procedures.

CONCLUSION

The need to have an effective mechanism to control corporate behaviour affirms that the relationship of both a human rights agenda and corporate goals is important, certainly to the extent that such goals flourish within safe and stable social environments operating under the rule of law. In this regard, it was proven that both the human rights agenda and corporate goals can co-exist owing to the correlation and complementing nature of the both. To date, human rights roles of business are no longer at the point where companies can sensibly regard them as discretionary or optional. In fact, human rights now represent a distinct business issue in its own right. It offers enormous opportunities both for business growth and for the benefit of individuals and communities in countries in which the companies are operating. As such, human rights should form a distinctive part of the legally binding regulations that govern the MNCs' business conduct.

In this article, I have argued that the current framework of international law does not grant any legal personality on MNCs since they are lacking some of the required criteria. As several times indicated in this article, at international level, there have been no legally-binding law or human rights standards that directly govern MNCs. Moreover, relying on indirect corporate duties had proved to be grossly inadequate since states routinely failed to comply with their duty to protect against corporate abuses. The national legal systems, on the other hand, do not offer effective judicial-based solutions mechanisms to the issues of corporate human rights violations.

In addition, there have been also some other hurdles leading to inadequacies of international laws and their implementation at various levels. They, among others, include; the ongoing polemic on MNCs' legal personality, the transnational nature of MNCs which facilitates them to avoid regulations, the misuse of doctrine of *'forum non conveniens'* by the MNCs, the issues of States ratifications to human rights treaties and the conflict between international laws and the national laws. In addition, another imperative conclusion that can be drawn from this article is the fact that there has been a growing acceptance of the global community to the need to have a more sustainable and socially responsible nature of business environment. This was rightly translated in the wide adoption of the concept of corporate social and human rights responsibility. This is based on the belief that the business entities are highly expected by their stakeholders to act more 'humanely' especially in matters relating to human rights. Thus, the traditional notion of business as a solely money-making institution is now diminishing since more and more people start to realize that this old-fashioned trend has been a factor in all the vulnerable events of corporate human rights violations across the globe.

The bottom line is, whilst a regulatory framework could be considered an effective enforcement mechanism, it cannot be expected that the merging needs of society would be immediately translated into fully-fledged legislation. Such needs must gain progressive wide acceptance on an ethical basis before being translated into a legal setting. It could then be said that, the ethical-based moral obligations will increase awareness among business entities on their human rights responsibility and eventually pave the way towards a legally-binding framework. This article has proven that the current international legal human rights standards are not good enough to enhance human rights compliance by the MNCs. This is because, after all, States – as the primary duty-holder are the only entities which can ensure the effectiveness of human rights obligations on MNCs. As such, in this context, alternative solutions such as self-regulatory or 'soft law' measures can be used to enhance human rights compliance by MNCs.

BIBLIOGRAPHY

Alston, P. (2005). The 'Not-a-cat' Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors? In Alston, P. (ed), *Non-State Actors and Human Rights*, 3-36. Oxford: Oxford University Press.

- Anonymous, (September 1998a) A Law unto Themselves – Holding Multinationals to Account. *World Development Movement Discussion paper*.
- Anonymous. (January 18, 1998b). Worldbeaters Inc. *The Economist*.
- Baez, C. et al., (1999/2000) Multinational Enterprises and Human Rights. *U. Miami Int'l & Comp. Law Rev.* 8.
- Cassel, D. (1996) International Security in the Post Cold-War Era: Can International Law Truly Affect Global Political and Economic Stability? Corporate Initiatives: A Second Human Rights Revolution? *Fordham International Law Journal*, 19.
- Cassese, A. (1986). *International Law in A Divided World*. 103.
- Charney, J. I. (1983). Transnational Corporations and developing Public International Law. *Duke L. J.*, 748-764.
- Danailov, S. (2008). The Accountability of Non-State Actors for Human Rights Violations: the Special Case of Transnational Corporations. *General Article – lawanddevelopment.org*. Retrieved on 3rd May 2012, from; <http://www.lawanddevelopment.org/docs/transnationalcorps.pdf>
- Deva, S. (2003). Human Rights Violations by Multinational Corporations and International Law: Where from Here? *Conn. J. Int'l L.* 19, 1.
- Dine, J. (2005) *Companies, International Trade and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Duruigbo, E. (2008). Corporate Accountability and Liability for International human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenge. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6 (2). 233
- Earthrights International. (2005, March 21). *Final Settlement Reached in Doe v. Unocal*. Retrieved on 16 May 2012, from; <<http://www.earthrights.org/legal/final-settlement-reached-doe-v-unocal>>
- Eaton, J. (1997). The Nigerian Tragedy, Environmental Regulation of Transnational Corporations, and the Human Rights to a Healthy Environment. *Boston University International Law Journal*, 15, 261.
- Friedman, M. (1970, September 13). The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. *New York Times Magazine* (New York).
- Gatto, A. J. C. (September 2002). The European Union and Corporate Social Responsibility: Can the EU Contribute to the Accountability of Multinational Enterprises for Human Rights. *Working Paper No. 32 – Institute for International Law, K.U. Leuven*. p.31
- Henkin, L. (1999) The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets. *Brook. J. Int'l L.* 25, 17 & 25.
- Higgins, R. (1994). *Problems and Process. International Law and how we use it*. Oxford: Clarendon Press.
- Hoof, V. F. (1998) International Human Rights Obligations for Companies and Domestic Courts: An Unlikely Combination? In Castermans, M., Hoof, V. F. and Smith, J. (eds), *The Role of the Nation-State in the 21st Century*. The Hague: Kluwer Law International.
- International Council on Human Rights Policy. (ICHRP). (2002, February). *Beyond Voluntarism-Human Rights and the Developing International Legal Obligations of Companies*. Retrieved on 15 April 2008, from; <www.ichrp.org>
- IRENE. (2000). *Controlling Corporate Wrong: The Liability of Multinational Corporations*. Seminar Report.
- Jagers, N. (1999) The Legal Status of Multinational Corporations under International Law. In Addo M. K. (ed), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, 260. The Hague: Kluwer law International.
- John, T. (October 2011). Streamlining litigation Across Borders: The future of Private International Law. *Law Society Journal*, Vol. 49 (9).
- Johns, F. (1994) The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory. *Melbourne University Law Review*, 19, pp.895-6

- Joseph, S. (1999) Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights. *Netherlands International Law Review*, 46.
- Joseph, S. (2004). *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Vol. 4. Oxford: Hart Publishing.
- Jungk, M. (undated). *Defining the scope of Business Responsibility for Human Rights Abroad*. Brochure of The Human Rights and Business Project. The Danish Centre for Human Rights, Copenhagen, Denmark. Retrieved on 7 May 2008, from; <www.humanrights.dk>
- Kelley, G. (2001). Multilateral Investment Treaties: A Balanced Approach to Multinational Corporations. *Colum. J. Transnat'l L.* 39.
- Kinley, D. & Joseph, S. (2002). Multinational Corporations and Human Rights: Questions about Their Relationship. *Alternative Law Journal.* 27,1.
- Kinley, D. (2002) Human Rights as Legally Binding or Merely Relevant. In Bottomley, S. and Kinley, D. (eds), *Commercial Law and Human Rights*, 1st ed. Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited.
- Kinley, D. and Tadaki, J. (2004). From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law. *Va. J. Int'l L.*, 44, pp.961-2
- Klein, E. (2000) The Duty to Protect and to Ensure Human Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights. In Klein, E. (ed.), *The Duty to Protect and to Ensure Human Rights*, 295-318. Berlin Verlag: Colloquium, Potsdam. pp.296-7
- Knox, J. H. (2011, August 16). The Ruggie Rules: Applying Human Rights Law to Corporations. *Wake Forest University Legal Studies, Paper No. 1916664*. Retrieved on 5th May 2012, from; <<http://ssrn.com/abstract=1916664>>
- Lippman, M. (1985). Transnational Corporations and Representative Regimes: The Ethical Dilemma. *California Western International Law Journal* 15, 542.
- Muchlinski, P. T. (2001) Human rights and multinationals: is there a problem? *International Affairs*, 77(1), 31-48. Retrieved on 29th March 2007, from;<http://rru.worldbank.org/Documents/PapersLinks/human_rights_and_multinationals.pdf> pp. 41-2
- Muchlinski, P. T. (2007) *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Muchlinski, P.T. (2012). Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance and Regulation. *Business Ethics Quarterly.*, 22:1.
- Okeke, C. N. (1974) *Controversial Subjects of Contemporary International Law; An Examination on the New Entities of International Law and Their Treaty-making Capacity*. Rotterdam: Rotterdam University Press.
- Oshionebo, E. (2009). *Regulating Transnational Corporations in Domestic and International Regimes: An African Case Study*. Toronto, Canada: University of Toronto Press.
- Paust, J. J. (1992) The Other Side of Right: Private Duties Under Human Rights Law. *Harv. Hum. Rts. J.*, 5.
- Preambular of the UN, Universal Declaration of Human Rights (UDHR). (1948). GA Resolution. 217 a, (III), UN Doc. A/180. Retrieved on 14 February 2008, from; <<http://www.unhchr.ch/udhr/index.htm>>
- Rajenthiran, A. (2002). 'Malaysia: An Overview of the Legal Framework for Foreign Direct Investment'. Economic and Finance, No.5, ISEAS, Singapore. Retrieved on 22 November 2007 from: <http://www.iseas.edu.sg/ef52002.pdf>
- Stone, K. V. W. (1995) Labour and the Global economy: Four Approaches to Transnational Labour Regulation. *Michigan Journal of International Law*, 16, pp. 990-4
- Uibopuu, Henn-Juri. (1975) International Legal Personality of Union Republics of USSR. *Int'l & Comp. L. Q.*, 24, 811.

- UN General Assembly. (1993, July 12). *Vienna Declaration and Programme of Action*. A/CONF.157/23. Retrieved on 16 May 2012, from: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b39ec.html>>
- UN, Economic and Social Council. (2004, March 8). *Economic, Social and Cultural Rights*. UN Doc. E/CN.4/2004/NGO/122.
- UN, Human Rights Council. (21 March, 2011). *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and remedy" Framework*. Report of the Special representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. UN. Doc. A/HRC/17/31
- UN, International Law Commission (ILC). Report of the International Law Commission on the work of its 48th session, 6.5.26.7.1996, UN-Doc. A/51/10 Retrieved on 7th May 2012, from; <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf> para. 128.
- UN, Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/C.12/2000/13, para 11
- UN, Office of the High Commission on Human Rights (OHCHR). (2011). *Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*. Retrieved on 12th July 2012, from: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx/>
- UN. (1993, June 25). World Conference on Human Rights – The Vienna Declaration and Programme of Action. UN Doc. A/CONF. 157/23 (1993). Retrieved on 22 April 2008 from; <<http://unhcr.ch/udhr/index.htm>>
- UN. (2006, February 22). *Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*. Interim Report, 54, UN Doc. E/CN.4/2006/97. Retrieved on 6th May 2012, from; <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/110/27/PDF/G0611027.pdf?OpenElement>>
- Woodroffe, J. (1999) Regulating Multinational Corporations in a World of Nation States. In Addo, M. K. (ed), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*. The Hague: Kluwer law International, 131-42.

THE EFFECTIVENESS OF OUTER SPACE LAW: IS MONITORING BODY NECESSARY?

Che Zuhaida Saari, PhD

Faculty of *Syariah* and Law, Universiti Sains Islam Malaysia, Malaysia. chezuhaida656@gmail.com; chezuhaida@usim.edu.my, Tel: +606-789 8000

ABSTRACT

The effectiveness of implementation of outer space law, as observed in many cases, is a debatable issue. It may rely on several factors including mechanism of enforcement. This article discusses whether a monitoring body is necessary to ensure such efficacy. It concentrates on the implementation of outer space obligations prescribed by the United Nations treaties and conventions. The study first highlights the issues and problems with respect to implementations of space obligations both nationally and internationally. Afterward, it deliberates the necessity of having a monitoring body to encounter the problems. Next, the study emphasizes the experiences of certain countries in dealing with the situation. It concludes that an organized monitoring body is necessary and significantly contributes to the efficacy of implementation of outer space law.

Keywords: effectiveness of outer space law, implementation of outer space obligation, space monitoring body.

INTRODUCTION

Outer space is a fragile area that always require preservation and protection. Implementing legal rules upon outer space users is a way to maintain conservation. However, to what extend the efficacy of the implementation is questionable.

The efficacy of implementation of laws and legal rules depends on various factors. They include the effectiveness of substances of the law itself, method of implementation, awareness of society, and etc. This article concentrates on outer space law with respect to the implementation of outer space obligations as prescribed by the United Nations space treaties and conventions. It is a question whether the implementation of outer space obligations, either nationally or internationally, is really effective and successful? Whether there is a need for a specific mechanism to tackle the issue?

This paper explores the issues and problems in regards of the implementation of outer space obligations by the state's parties of outer space treaties and conventions. Next, it points out whether a monitoring body is necessary to ensure the efficacy of such implementation. Lastly, the paper describes some experiences of certain countries regarding the matter.

IMPLEMENTATION OF OUTER SPACE RULES AND OBLIGATIONS: ISSUES AND PROBLEMS

Outer space law refers to a body of norm that governs outer space activities. It regulates the international relations connected with space exploration and the use of outer space.¹ In this article, outer space rules and obligations shall refer to rules and obligations prescribed by outer space law which mainly refer to the United Nations outer space treaties and conventions. There are five major United Nations space treaties and conventions: The Outer Space Treaty 1967; Rescue

¹ Gál, Gyula. 1969. *Space Law*. Trans. Móra. Leiden: A.W. Sijthoff.

Agreement 1968; Liability Convention 1972; Registration Convention 1975; and Moon Agreement 1979.²

The general rule is that a state will not become a party to a treaty or convention unless with its consent. Hence, a treaty or convention does not create right and obligation without the consent of the state.³ The consent of the state may be expressed either by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession, or any other means agreed.⁴ Thus, when a state signs (and ratifies) the treaty or convention, it will then become a party to such treaty or convention. However, it should be noted that when a signature of a treaty or convention requires ratification, thus, by signing only, it will not signify the state's consent to be bound by the treaty. This happens for instance in the case of Outer Space Treaty 1967, as it prescribes the Treaty shall be subject to ratification by the signatory states.⁵

States which sign and ratify the United Nations outer space treaties have indeed established their consent to be bound by the treaties' rules and obligations.⁶ Therefore, all states parties⁷ to the treaties have legal obligations to observe and comply with the treaties' rules and obligations. There are various outer space rules and obligations stipulated by outer space law. To name a few, they include: obligation of authorisation of outer space activities;⁸ registration of outer space object;⁹ monitoring and supervision obligation,¹⁰ and *etc.* As the focus of this paper is on the issue of effectiveness of implementation of outer space law, therefore this section concentrates on the legal rules and obligations that primarily concern with the question of whether a monitoring body is necessary to assist their efficacy of implementation.

The first rule or obligation is an international responsibility for all national activities.¹¹ The international law of outer space prescribes a state party must responsible internationally for its national outer space activities, regardless of whether the activities conducted by governmental or non-governmental agencies.¹² This means it is the legal obligation of a state government to be

² The Outer Space Treaty 1967 refers to 'Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of the Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies (1967) (Resolution 2222 (XXI). (1967) 610 UNTS 205, 18 UST 2410, TIAS 6347; (1967) 6 ILM 386; (1967) 61 AJIL 644'; Rescue Agreement 1968 refers to 'Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space (1968) (Resolution 2345 (XXII)), adopted on 19 December 1967, opened for signature on 22 April 1968, entered into force on 3 December 1968. 19 UST 7570, 672 UNTS 119, TIAS 6599'; Liability Convention 1972 refers to 'Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (1972) (Resolution 2777 (XXVI)), adopted on 29 November 1971, opened for signature on 29 March 1972, entered into force on 1 September 1972. 24 UST 2389, 961 UNTS 187, TIAS 7762'; Registration Convention 1975 refers to 'Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space (1975) (Resolution 3235 (XXIX)), adopted on 12 November 1974, opened for signature on 14 January 1975, entered into force on 15 September 1976. 28 UST 695, 1023 UNTS 15, TIAS 8480'; Moon Agreement 1979 refers to 'Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (1979) (Resolution 34/68), adopted on 5 December 1979, opened for signature on 18 December 1979, entered into force on 11 July 1984. 18 ILM 1434, 1363 UNTS 3'.

³ Article 34, Vienna Convention on the Law of Treaty 1969.

⁴ Article 11, Vienna Convention on the Law of Treaty 1969.

⁵ Article XIV (2), Outer Space Treaty 1967.

⁶ Article 11, Vienna Convention on the Law of Treaty 1969.

⁷ As at 1 January 2019, The Outer Space Treaty 1967 has 109 states parties and 23 signatory states. The Rescue Agreement 1968 has 98 state parties and 23 signatory states; The Liability Convention 1972 has 96 states parties and 19 signatory states; The Registration Convention 1975 has 69 states parties and 3 signatory states; and the Moon Agreement 1979 has 18 states parties and 4 signatory states. See, www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/treatystatus/AC105_C2_2019_CRP03E.pdf, accessed: 2 September 2019.

⁸ Article VI, Outer Space Treaty 1967, *infra* note 17.

⁹ Article XI and VIII, Outer Space Treaty 1967, *infra* note 20; Registration Convention 1975.

¹⁰ Article VI, Outer Space Treaty 1967, *infra* note 14.

¹¹ Article VI, Outer Space Treaty 1967, *infra* note 12; See Principle 5, Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space (United Nations General Assembly Resolution 1962 (XVIII), adopted on 13 December 1963 (referred to as, 'Declaration of Legal Principles 1963'); Dunk, Frans Von Der. 2015. 'International Space Law'. Handbook of Space Law. Eds. Dunk, F. von der, Fabio Tronchetti. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, at 50-55.

¹² Article VI, Outer Space Treaty 1967 rules: *States parties to the Treaty shall bear international responsibility for national activities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, whether such activities are carried on by*

accountable and responsible for all outer space activities performed by its citizens. Responding to such obligation, the issue is whether the state government has ability to assure its nationals will carry out the activities in compliance with the prescribed rules? The fact is that it is easier for the state government to control and monitor its government entity. However, the real problem is in regards of the non-governmental entity by which it is not an easy task to ensure all activities of their private sector will comply and conform to the international space law. Such situation in fact will determine the effectiveness of implementation of outer space law. Therefore, there should be a certain way to curb this problem.

The second obligation is constant monitoring and continuous supervision.¹³ After the state's obligation to internationally responsible to its national outer space activities, the state government is then obliged to constantly monitor and supervise such activities. The Outer Space Treaty 1967 requires a state party to continuing supervision, especially the private sector, in regards of their outer space activities.¹⁴ Once a space activity has been authorised by a state,¹⁵ it then needs to be monitored and supervised accordingly to ensure it complies with the laws. The international law obliges all private authorised space activities to continue supervision from the relevant state in order to ensure they remain in conformity with the international rules.¹⁶ However, at this point, the issue is whether the state government able to constantly monitor and supervise the activity efficiently in accordance with the international space law? The problem is how the action of monitoring and continuous supervision can be performed effectively without a proper mechanism, especially with respect to the private sector activities? Continuous monitoring and supervision are indeed paramount especially in ensuring the private sector complies with the licensing requirement.¹⁷

Once the private entity gains a legal permission (or requires authorisation) from the state government in performing their outer space activities, such activities then need to be constantly monitored by the state government. This is to accomplish the requirement of implementation of outer space obligation under the international law. They are also required to be continuously supervised as to ensure they are in conformity with the international legal rules. However, the implementation of tasks of monitoring and supervision is ineffective unless it engages expertise.

The third obligation is registration of outer space object.¹⁸ The registration of objects launched into outer space is essential since the international space law prescribes numerous rules

governmental agencies or by non-governmental entities, and for assuring that national activities are carried out in conformity with the provisions set forth in the present Treaty; Kayser, Valerie. 2001. Launching Space Objects: Issues of Liability and Future Prospects. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, at 31-40.

¹³ Article VI, Outer Space Treaty 1967, *infra* note 14.

¹⁴ Article VI, Outer Space Treaty 1967 mentions: *The activities of non-governmental entities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall require authorization and continuing supervision by the State Party to the Treaty.* Read also, Article 5 (Supervision) and its comment in the Proposed Model Law on National Space Legislation (The Sofia Guidelines for a Model Law on National Space Legislation of the International Law Association (ILA), UN Doc. A/AC.105/C.2/2013/CRP.6. Refer, Che Zuhaida Saari. 2014. *Infra* note 16, at 336.

¹⁵ Read, Che Zuhaida Saari. 2014. *infra* note 16, at 335. There are various suggestions on the duration of the authorization process, for instance, it should not exceed six months. See, Gerhard, Michael and Kristina Moll. 2006. "Perspectives for More National Space Legislation: Introduction by Rapporteurs". *Project 2001 Plus' – Global and European Challenges for Air and Space Law at the Edge of the 21st Century.* Proceedings of an International Symposium Cologne, 8-10 June 2005, to conclude 'Project 2001 Plus', Schriften zum Luft- und Weltraumrecht/Studies in Air and Space Law, Band 20 / Volume 20, Eds. Hobe, Stephan, Bernhard Schmidt-Tedd and Kai-Uwe Schrogl. Koln: Heymanns, 2006, at 28.

¹⁶ Che Zuhaida Saari. 2014. *National Space Legislation: Future Perspectives for Malaysian Space Law.* Ph.D Thesis. Leiden: International Institute of Air and Space Law, Leiden University, at 336.

¹⁷ Affording a license is one of the methods that state government can authorise outer space activities conducted by the private entity. Any kind of outer space activities of private sector should require authorisation from the state government. It is prescribed in Article VI, Outer Space Treaty 1967: *The activities of non-governmental entities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall require authorization and continuing supervision by the State Party to the Treaty.* Read also comment in the Proposed Model Law on National Space Legislation (The Sofia Guidelines for a Model Law on National Space Legislation of the International Law Association (ILA), UN Doc. A/AC.105/C.2/2013/CRP.6.

¹⁸ Article XI and VIII, Outer Space Treaty 1967, *infra* note 20; Registration Convention 1975.

regarding the states' registry.¹⁹ There is a recognition of the international space law that ownership of a space object belongs to the state of registry, which will thus retain jurisdiction and control over the object.²⁰ With respect to the object being found outside the territory of the state registry, it has to be returned to the state that maintains the registration.²¹ The same applies to an astronaut, when he/she makes an emergency landing outside the territory of intended jurisdiction, he/she shall be returned safely and promptly to the state of registry of his/her space vehicle.²² Relying on the above situation, the obligation to register the objects is seemed critical and important. It must be secured as the state of registry shall retain jurisdiction and control over the object. However, the issue is whether the state government can ensure all objects launched into outer space will be registered properly and timely by the space actor? The problem exists when the activities involve private sector particularly. The state government will face difficulty to assure they comply with the registration rule. In such situation, if there is no proper registration has been executed, then there will be no state of registry be created. This fact certainly will affect the implementation of outer space law efficiently.

The fourth obligation is notification to the United Nations Secretary-General of outer space activities.²³ It is the obligation of the state party to inform the United Nations Secretary-General, the public, and also the international scientific community, of the nature, conduct, locations and result of its outer space activities.²⁴ Such obligation of information is paramount to the United Nations as its Secretary-General will then disseminate the information immediately and effectively worldwide. The announcement to the world community with respect to the owner of the space object is important in determining the issue of jurisdiction and control over the object particularly in case of disasters happen. However, it is observed that the obligation to inform the United Nations cannot be properly executed by the state government, unless the state nationals convey the information of their outer space activities to the appropriate channel. Hence, the issue is whether the state government can ensure all its nationals who conduct outer space activities will properly inform all the relevant information to the government within the practicable time? Thus, it is not an easy task to ensure all information given by the space actors are correct and accurate as required. At this point, again the question of effectiveness of the implementation of the space law arise.

The fifth obligation is avoidance of harmful contamination and adverse changes in the environment.²⁵ State parties are required to ensure the space activities of their nationals will not result in harmful contamination of the surrounding environment. They also need to guarantee that no adverse changes in the Earth environment resulting from such activities. The states have to adopt appropriate measures to avoid such circumstances.²⁶ Thus, the issue is whether the state

¹⁹ Che Zuhaida Saari, *supra* note 16, at 343-351.

²⁰ Article VIII, Outer Space Treaty 1967 states: 'A State Party to the Treaty on whose registry an object launched into outer space is carried shall retain jurisdiction and control over such object ...'. Bin Cheng, 2004. *Studies in International Space Law*. United Kingdom: Oxford University Press, at 231.

²¹ Article VIII, Outer Space Treaty 1967 states: '... Such objects or component parts found beyond the limits of State Party to the Treaty on whose registry they are carried shall be returned to that State Party, which shall, upon request, furnish identifying data prior to their return'.

²² Article V, Outer Space Treaty 1967 prescribes: 'States Parties to the Treaty shall regard astronauts as envoys of mankind in outer space ... in the event of accident, distress or emergency landing ... they shall be safely and promptly returned to the State of registry of their vehicle.'

²³ Article XI, Outer Space Treaty 1967 states: '... States parties to the Treaty conducting activities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, agree to inform the Secretary-General of the United Nations as well as the public and the international scientific community, to the greatest extent feasible and practicable, of the nature, conduct, locations and results of such activities. On receiving the said information, the Secretary-General of the United Nations should be prepared to disseminate it immediately and effectively.'

²⁴ Article XI, Outer Space Treaty 1967, *id*.

²⁵ Article IX, Outer Space Treaty 1967, *infra* note 26.

²⁶ Article IX, Outer Space Treaty 1967 provides: 'States Parties to the Treaty shall pursue studies of outer space, ..., and conduct exploration of them so as to avoid their harmful contamination and also adverse changes in the environment of the Earth ... and, where necessary, shall adopt appropriate measures for this purpose.'

government is able to confirm that the legal requirement of avoidance harmful contamination and adverse changes in the environment will be observed effectively by the space actors? The problem is when there is no special body monitoring the situation, such circumstance is then hardly to monitor, particularly when it involves private entity. From this perspective, the efficacy of implementation of outer space law is then doubtful.

The sixth obligation is utilization of outer space exclusively for peaceful purpose.²⁷ Apart from the obligation of states parties to avoid harmful contamination and adverse changes in the environment, the state's parties are also legally obliged to ensure outer space activities of their nationals are exclusively conducted for peaceful purpose.²⁸ The utilization of outer space and the celestial bodies is permissible for all nationals under the principle of freedom of exploration and use,²⁹ provided it is performed for peaceful use only. The use of military personnel for scientific research and any other equipment or facility needed for peaceful exploration of outer space is also allowed under the international space law. However, the question is how the states parties can effectively guarantee such use and exploration of outer space by their nationals will ultimately for peaceful purpose only? Again, the major problem is that such task seems relatively difficult to realise since it may involve various space actors especially the private sector. Based on this point, then the issue of effectiveness of space law to govern outer space activities is again emphasized.

The seventh obligation is prohibition of carrying nuclear weapon or any kinds of weapon of mass destruction.³⁰ The international space law prescribes that it is required for the states parties to undertake not to place in orbit around the Earth any objects carrying nuclear weapons or any other weapons of mass destruction, install or station such weapons or any other manner.³¹ Such prohibition indeed verifies and supports the obligation of peaceful use of outer space and celestial bodies. Hence, the state's parties are legally obliged to ensure their nationals comply with such obligation. These circumstances again posed problem to the state government in dealing with the matter. To a certain extent, it seems rather difficult to confirm all nationals will observe the rules unless there is a proper and systematic way in executing such task.

The eighth obligation is maintaining international peace and security as well promoting international cooperation and understanding.³² States parties have to assure their nationals who conduct space activities will perform such activities in the interest of maintaining the international peace and security and also promoting the international cooperation and understanding.³³ The state government has to confirm that its national's activities will be executed in the spirit of maintaining international peace and security. Such activities also shall promote the international cooperation and understanding among various countries. However, the issue is whether the state government has solid capability of doing so efficiently? Again, the problem predicted at this juncture is how the state government can ensure all its nationals' outer space activities will be

²⁷ Article IV, Outer Space Treaty 1967, see *infra* note 28.

²⁸ Article IV, Outer Space Activity 1967 mentions: '*... The Moon and other celestial bodies shall be used by all States Parties exclusively for peaceful purposes ... The use of military personnel for scientific research or for any other peaceful exploration of the Moon and other celestial bodies shall also not be prohibited. The use of any equipment or facility necessary for peaceful exploration of the Moon and other celestial bodies shall also not be prohibited.*' Read also, Bin Cheng, *supra* note 20, at 513-522; Jankowitsch, Peter. 1992. 'Legal Aspects of Military Space Activities'. *Space Law*. Eds. Nandasiri Jasentuliyana. United States: International Institute of Space Law, at 143-159.

²⁹ Article I, Outer Space Treaty 1967 prescribes: '*Outer Space, including the Moon and other celestial bodies, shall be free for exploration and use by all states without discrimination of any kind ...*'. Kayser, Valerie, *supra* note 12, at 25-26.

³⁰ Article IV, Outer Space Treaty 1967, see *infra* note 31.

³¹ Article IV, Outer Space Treaty 1967 rules: '*States Parties to the Treaty undertake not to place in orbit around the Earth any Objects carrying nuclear weapons or any other kinds of weapons of mass destruction, install such weapons on celestial bodies, or station such weapons in outer space in any other manner.*' Jankowitsch, Peter, *supra* note 28.

³² Article III, Outer Space Treaty 1967, *infra* note 33.

³³ Article III, Outer Space Treaty 1967 prescribes: '*States Parties to the Treaty shall carry on activities in the exploration and use of outer space, ... in the interest of maintaining international peace and security and promoting international cooperation and understanding.*'

conducted in such manner with the spirit of international peace and security, and to promote the international cooperation and understanding.

IS MONITORING BODY NECESSARY?

The effectiveness of implementation of outer space law in governing outer space activities shall be viewed as importance. It relies on the fact outer space law is a means to control the activities. Controlling and monitoring outer space activities are paramount based on circumstances that outer space and its celestial bodies are fragile, thus preservation is indeed crucial. Therefore, the United Nations *via* international outer space law provides legal rules and obligations by which the states parties are required to follow and observe. However, to what extent the law has been successfully obeyed and observed by the states parties is questionable. Does the implementation of outer space law really successful and effective? Is there any other practical means in assisting such implementation internationally and nationally?

From the former discussion, it is verified that international space law provides various legal obligations that should be abided by the states parties. The implementation of such obligations is vital as it will determine the level of successful accomplishment in respect of outer space law internationally and nationally. However, it has been proven there are some issues and problems regarding the execution of those obligations which indeed affect the effectiveness of implementation of outer space law either internationally or nationally. Thus, relying on such situation, it is crucial to determine whether it is necessary for a state government to form a special body to overcome such matter?

In short, it is significant to note there is a need to form a special or specific body in tackling the issues discussed. Such circumstance is viewed as it will be more effective in regard of assisting the state government to assure all its nationals' space actors will fulfil the obligations prescribed by the space law. Furthermore, this stance is made relying on the fact when a body is formed with specific tasks and responsibilities; such body can fully concentrate on the tasks given and will become more responsible and accountable. However, such body should be set up and structured systematically and meticulously to achieve its objectives.

For instances, with respect to the obligation of constant monitoring and continuous supervision,³⁴ states governments will not be able to fulfil such obligation perfectly unless a special body exists to assist them in carrying out the tasks. A state government alone is deemed to be incapable of controlling the activities particularly in regards of monitoring and supervision tasks. Moreover, they should be performed constantly and continuously. On the other hand, when such tasks are fixed to a certain body, it is foreseen the body can concentrate on its responsibilities ultimately and any action can be carried out systematically and efficiently.

The same happens to the registration obligation.³⁵ A specific body is required to monitor the registration action. When a private entity has been provided a space licence³⁶ to conduct outer space activities, such monitoring body is able to monitor the private entity activity continuously. In that sense, if the private actor launches any object into outer space, he must be constantly monitored and supervised particularly in respect of registration of such objects. When the registration obligation has been performed nationally, then the state government can execute its obligation to notify information of activities to the United Nations as legally required internationally.³⁷ Thus, in the event of such circumstances happen, the implementation of outer space law will be viewed as more effective.

³⁴ Article VI, Outer Space Treaty 1967, *supra* note 14.

³⁵ Article XI and VIII, Outer Space Treaty 1967, *supra* note 21; Registration Convention 1975.

³⁶ Article VI, Outer Space Treaty 1967, *supra* note 17.

³⁷ Article XI, Outer Space Treaty 1967, *supra* note 23.

For the avoidance of harmful contamination and adverse changes in the environment,³⁸ it seems the task of monitoring is also crucial and practical. A specific body is needed to monitor the space actor activities, especially in relation to the side-effect of such activities. Such situation is indeed crucial as it may involve the safety and wellbeing of publics as well the surrounding environment. It is necessary for the body to hold authority of entering as well as inspection of the sites, facilities, equipment, objects and *etc* to assure the activities are safe which can evade the contamination effect and adverse changes in the environment of the Earth, outer space and its celestial bodies. The same situation is applicable for the obligation of prohibition of carrying nuclear weapon and any kinds of weapons of mass destruction,³⁹ whereby a thorough inspection is indispensable to monitor such condition. It is believed an in-depth inspection will not be able to carry out efficiently unless with the assistance of a specific monitoring body.

With respect to the utilization of outer space activities for peaceful purposes,⁴⁰ and maintaining the international peace and security, as well promoting the international cooperation and understanding,⁴¹ the monitoring body can play its roles as to assure all activities executed by the space actors will be carried out for peaceful purpose only. It can monitor the activities and confirm them as to assure the maintaining of peace and security, as well encouraging the cooperation and understanding among the states. The monitoring body is believed to have a great capacity and capability of doing so particularly when the space actor is the private sector.

From the above perspectives, it is held that the establishment of a specific monitoring body can in fact assist the state government to ensure the implementation of outer space obligations is successful. Thus, the states parties can assure the space actor will observe and comply with outer space law. Such compliance and observation of outer space law by the space actors, especially the private entity, is paramount as the states parties can be held responsible for their nationals' activities internationally.⁴² Hence, again it is determined such formation of the monitoring body with respect to outer space activities is crucial to a state party as to guarantee the effectiveness of implementation of outer space law, besides enacting the state legislation.

EXPERIENCES OF CERTAIN COUNTRIES

For Australia, the country's civil space sector is monitored and supervised by its core agency namely the Australian Space Agency. It is a public service agency that responsible to develop the country's space industry and coordinate its domestic activities. It was founded on 1st July 2018 under its parent organization namely Department of Industry, Innovation and Science, the Australian Government department. Prior to the Australian Space Agency, the country established the Australian Space Office in 1987 that worked together with the Australian Space Board. The Board was later on superseded by the Australian Space Council in 1994.

The Australian Space Agency's main role, among others, is to provide advices on the country's civil space sector, and to affords the Australian national space policy. Apart of that, the Agency administers the space activities legislation and delivers on the country's international obligations. The Agency also aims in coordination of the country's domestic civil space sector activities, as well having the responsibility to regulate and authorise the Australian space activities. Not only that, it builds up also the international partnership and collaboration on space with other countries.⁴³

³⁸ Article IX, Outer Space Treaty 1967, *supra* note 26.

³⁹ Article IV, Outer Space Treaty 1967, *supra* note 31.

⁴⁰ Article IV, Outer Space Treaty 1967, *supra* note 28; Article III, Outer Space Treaty 1967, *infra* note 41.

⁴¹ Article III, Outer Space Treaty 1967 rules: '*States Parties to the Treaty shall carry on activities in the exploration and use of outer space, ... , in the interest of maintaining international peace and security and promoting international cooperation and understanding*'.

⁴² Article VI, Outer Space Treaty 1967, *supra* note 12.

⁴³ Australian Government Department of Industry, Innovation and Science website, <https://www.industry.gov.au/strategies-for-the-future/australian-space-agency>, accessed: 20 August 2019.

As a matter of fact, it is observed that the Australia's Civil Space Strategy 2019-2028 will indeed shape the progress and development of the Australian national civil space activities tremendously. This involves the Australian Government plan in transforming and growing the country's space industry for over ten years. The Space Strategy has in fact emphasized, to name a few, on the actions of opening door internationally, increasing the national capability relating to the space activities, as well as promoting responsible regulation and risk management. In strengthening the country's competencies and growing capabilities, the country introduces the National Civil Space Priorities that involve, for instances, space situational awareness and debris monitoring, robotics and automation on Earth and in space, access to space, and communications technologies and services.⁴⁴

Relying on the above, it is predicted that the Australian outer space activities will flourish and expand remarkably in parallel with the country's policies and strategies within ten years. Thus, the country's legislations namely the Australian Space Activities Act 1998 (No. 123, 1998) and Space Activities Regulations 2001 are matters of concern. These laws will play their important functions as to safeguard and govern the outer space activities of their nationals, domestically and internationally. At this juncture, the roles and functions of these laws and legal rules will be doubted as to their efficacy and effectiveness in tackling the problem arise. Hence, in ensuring the efficiency of the laws, a specific body is then required.

The Australian Space Agency is the appropriate body that can monitor and govern the Australian space activities. It is based on its tasks of providing relevant advices and guidance to the space actors. Therefore, the Australian Space Agency can monitor and observe the activities as to whether it is in accordance with the national law or otherwise. As a result, the effectiveness of implementation of Australian outer space law will be upheld and sustained.

United Kingdom Space Agency is another example of outer space agency that formed in the United Kingdom. It was established on 1 April 2010, in replacing the British National Space Centre, under its parent organization namely Department for Business, Energy and Industrial Strategy. In similar with the Australian Space Agency, the UK Space Agency is also responsible for the UK space civil programme. It is an agency that co-ordinates the UK civil space activities.

The UK Space Agency's responsibilities are, to name a few, to ensure the country meets the international outer space treaty obligations and rules. It is also to build a strong national space capability, and work on the national and international space projects. One of its major tasks of the Agency is controlling the space launch licences and operation of the UK spacecraft. The Agency priorities are to grow the UK space economy, as well as to build a safe and sustainable commercial market for small satellite launch and sub-orbital spaceflight from the UK spaceports. Apart of that, it aims to execute the existing regulatory responsibilities efficiently and maintain the pace of reform of the UK's regulatory regime. Not only that, it strengthens the existing international partnerships and creates new relationships with nations that strategically aligned to the UK government priorities.⁴⁵

In dealing with legal scenario, the UK Government had enacted the UK Outer Space Act 1986 to govern the UK space activities and its space actors. This Act is indeed meaningless, unless there is an efficient specific body that can ensure the effectiveness of the implementation of the law. By relying on the above, among the UK Space Agency major responsibilities is to make sure the country adheres to the international outer space treaty obligations and rules, as well as to control the space launch licences and the space operation of the country. At this juncture, the UK Space Agency plays a significant role in dealing with such legal obligations. Hence, to confirm

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ UK Space Agency website, <https://www.gov.uk/government/organisations/uk-space-agency/about>, accessed: 20 August 2019.

the effectiveness of the implementation of the laws it surely needs an efficient monitoring body by which in this case it refers to the UK Space Agency.

CONCLUDING REMARKS

It is submitted an organized monitoring body is obligatory and contributed significantly to the efficacy of the implementation of outer space law. The necessity of forming the monitoring body has been justified when the analysis is made in respect of the issues and problems arise in relation to the implementation of outer space rules and obligations. In other words, the national outer space legal issues and problems can, indeed, be encountered more efficient with the establishment of the body.

The discussion has, indeed, verified how the body can play its important roles in the execution of the legal rules and obligations prescribed by the international space law including, for instances, the legal obligation of monitoring and continuous supervision of outer space activities, registration requirement, avoidance of harmful contamination and adverse changes in the environment, utilization of outer space activities for peaceful purpose and many others.

The paper, therefore, firmly proposes that the formation of outer space monitoring body is necessary and crucial in confirming the efficiency of outer space law. As a matter of fact, the success of implementation of outer space law will result to the burgeoning and progress of outer space activities of a country.

REFERENCES:

Treaties and Charter

Outer Space Treaty 1967: Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of the Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies (1967) (Resolution 2222 (XXI)), adopted on 19 December 1966, opened to signature on 27 January 1967, entered into force on 10 October 1967. (1967) 610 UNTS 205, 18 UST 2410, TIAS 6347; (1967) 6 ILM 386; (1967) 61 AJIL 644.

Liability Convention 1972: Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (1972) (Resolution 2777 (XXVI)), adopted on 29 November 1971, opened to signature on 29 March 1972, entered into force on 1 September 1972. 24 UST 2389, 961 UNTS 187, TIAS 7762.

Registration Convention 1975: Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space (1974) (Resolution 3235 (XXIX)), adopted on 12 November 1974, opened to signature on 14 January 1975, entered into force on 15 September 1976. 28 UST 695, 1023 UNTS 15, TIAS 8480.

Rescue Agreement 1968: Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space (1968) (Resolution 2345 (XXII)), adopted on 19 December 1967, opened to signature on 22 April 1968, entered into force on 3 December 1968. 19 UST 7570, 672 UNTS 119, TIAS 6599.

Moon Agreement 1979: Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (1979) (Resolution 34/68), adopted on 5 December 1979, opened to signature on 18 December 1979, entered into force on 11 July 1984. 18 ILM 1434, 1363 UNTS 3.

Vienna Convention on the Law of Treaties: Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, adopted on 22 May 1969, opened for signature on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980. 1155 UNTS 331.

Declaration of Legal Principles 1963: Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space (United Nations General Assembly Resolution 1962 (XVIII)), adopted on 13 December 1963.

Books and Others

- Che Zuhaida Saari. 2014. *National Space Legislation: Future Perspectives for Malaysian Space Law*. Doctoral Thesis. Leiden: International Institute of Air and Space Law, Leiden University.
- Gál, Gyula. 1969. *Space Law*. Trans. Móra. Leiden: A.W. Sijthoff.
- Gerhard, Michael and Kristina Moll. 2006. “Perspectives for More National Space Legislation: Introduction by Rapporteurs”. *Project 2001 Plus’ – Global and European Challenges for Air and Space Law at the Edge of the 21st Century*. Proceedings of an International Symposium Cologne, 8-10 June 2005, to conclude ‘Project 2001 Plus’, Schriften zum Luft- und Weltraumrecht/Studies in Air and Space Law, Band 20 / Volume 20, Eds. Hobe, Stephan, Bernhard Schmidt-Tedd and Kai-Uwe Schrogl. Koln: Heymanns, 2006.
- Dunk, Frans von der. 2015. ‘International Space Law’. *Handbook of Space Law*. Eds. Dunk, F. von der, Fabio Tronchetti. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited.
- Dunk, F. von der, Fabio Tronchetti. Eds. 2015. *Handbook of Space Law*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited.
- Kayser, Valerie. 2001. *Launching Space Objects: Issues of Liability and Future Prospects*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers.
- Bin Cheng. 2004. *Studies in International Space Law*. United Kingdom: Oxford University Press.
- Proposed Model Law on National Space Legislation (The Sofia Guidelines for a Model Law on National Space Legislation of the International Law Association (ILA), UN Doc. A/AC.105/C.2/2013/CRP.6.
- Jankowitsch, Peter. 1992. ‘Legal Aspects of Military Space Activities’. *Space Law*. Eds. Nandasiri Jasentuliyana. United States: International Institute of Space Law.
- Nandasiri Jasentuliyana. Ed. 1992. *Space Law*. United States: International Institute of Space Law.

THE IMPLEMENTATION OF SHARIA PRINCIPLES IN RESTORATIVE JUSTICE AND THE EFFORT OF MATERIAL PENAL LAW REFORMATION IN INDONESIA

Muridah Isnawati, S.H., M.H.

Law Faculty, University of Muhammadiyah Surabaya. muridah.isnawati@fh.um-surabaya.ac.id

ABSTRACT

Restorative justice is an alternative settlement of criminal acts that can be taken to reconcile the two parties by prioritizing the recovery of victims and perpetrators. The implementation of restorative justice as an effective legal approach to legal protection efforts, especially for children who are facing the legal conflict. Children as the young generations of the country who are still actually need the counselling and guidance when they are facing the legal problems. The purpose of this study is to analyze the implementation of sharia principles in restorative justice as an effort to reform the material criminal law in Indonesia. The research method used is normative juridical. The results of this study indicated that the principles of sharia in restorative justice to resolve criminal cases can be done by providing compensation or agreement in accordance with the both parties. Restorative justice efforts in Islamic criminal law do not have age restrictions or the threat of punishment given. This is certainly different from positive law that has limits in restorative justice efforts. The suggestions of this study was that the diversification efforts principles of restorative justice applied in Indonesian criminal law do not only limit to two aspects, age and the threat of punishment given since it is contradictory with the implementation of sharia principles to restorative justice in Islamic criminal law which do not limit both aspects. So that the implementation of sharia principles in restorative justice would be useful as the efforts to reform the material criminal law in Indonesia.

Keywords: restorative justice; sharia principles; criminal law reform

INTRODUCTION

Children as the next generation have a strategic role in continuing the ideals of the nation's founding fathers who have fought to develop the country. To realize this, efforts are needed so that they will become virtuous, resilient and qualified generation. In this case, children's problems regarding deviant behavior or putting them forcefully in the court should be avoided. In Law Number 11 of 2012 which states that in order to maintain their dignity, children are entitled to special protection, especially legal protection in the justice system.¹

Children should get protection because they are entrusted by God and the next generation of families, clans, tribes, nations and countries as well as the next generation of humanity. Child protection is any effort made to create conditions so that every child can carry out their rights and obligations for the proper development and growth of the child physically, mentally and socially.² Protecting children certainly requires strong encouragement from all parties, especially parents who have an obligation to look after and make them grow up and develop properly.

In improving the protection of children, the policy is set by making adjustments to several provisions in Act Number 23 of 2002 concerning Child Protection, and replacing it with Act Number 35 of 2014 concerning Amendments to Law Number 23 of 2002 concerning Protection Son Protection which means protecting children for their rights to grow up and develop optimally, so that children get their dignity and human dignity. This protection also encourages all parties not

¹ Lihat huruf b pertimbangan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak.

² Mading Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak dalam Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, 2010, hlm. 33

to commit violence and discrimination against children. And in handling criminal acts by children, restorative justice efforts are needed as part of the legal process to prevent children before the court.

By not bringing children into the judicial process with the completion of restorative justice, they will get their rights to legal protection. Considering that their unique characteristics of course, law enforcement agencies specifically need to first understand the problem of children in conflict with the law. Due to the fact that the violations committed by children in the law are usually called juvenile delinquency.

It would be too cruel if a child who commits a crime is said to be a criminal, while in the process of the incident is more dominated by natural processes which of course it happens in the human process that goes towards adulthood, in this case the children under the age of 18 years. The need for a restorative justice approach in the problem of criminal acts by children through a diversion process carried out by law enforcers involving victims and families of victims, perpetrators and perpetrators' families, and the community.

The restorative justice approach in handling the problem of children who are in conflict with the law is intended so that children get the opportunity to become good people again through non-formal channels, while at the same time providing a sense of justice towards children who have committed criminal acts. To that end, the implementation of restorative justice against children needs to be pursued as part of the responsibility for criminal acts committed by children.

RESEARCH METHOD

This article uses a normative juridical research method with a statutory approach. It is a research conducted by trying to find solutions to problems with analysis using legal reviews and regulations related to the problem. As well as using literature studies to support the writing of this article.

DISCUSSION

1. Handling Criminal Law in Criminal Acts committed by Children

One of the goals of criminal law is to fulfill a sense of justice in the community. There is a saying, *fiat justisia ruat coelum* which means "even if the sky collapses, justice must be upheld". Of course, it is also related to the goals of law that are universal, such as order, peace and prosperity in life in society. In an effort to fulfill a sense of justice, according to Adami Chawawi that criminal law functions to regulate and organize people's lives so as to create and maintain public order.³ Although the existence of law is needed by the community and the state, the law also has limits in its implementation.

The limits set in criminal law are the terms and conditions in force of the criminal law itself. Based on the codification as the main source or main source of criminal law, then in general criminal law is part of public law that contains provisions concerning;⁴

- a. General rules of criminal law and (which relate to) prohibition of committing certain acts (active/positive or passive/negative) accompanied by threats of sanctions in the form of criminal (Straf) for those who violate that prohibition;
- b. Certain conditions (when) that must be met or must exist for the offender to impose criminal sanctions that are threatened by prohibiting acts that are violated;
- c. Actions and efforts that may or should be carried out by the state through its repressive state apparatus such as police, prosecutors, and judges, against those suspected and convicted as violators of criminal law in the framework of the state's efforts to determine, impose and implement criminal sanctions, as well as actions and efforts that

³ Adami Chawawi, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 1*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2010, hlm. 15.

⁴ Ibid, hlm 2.

may and must be carried out by the suspect / accused of violating the law in an effort to protect and defend their rights from state actions in the state's efforts to enforce the criminal law.

The above limitation is a general scope in defining criminal law as part of science. Of course these limitations still have many shortcomings, especially in regard to specific matters related to criminal law. Meanwhile, Moeljatno revealed that the meaning of criminal law as part of the whole applicable law in a country which held the basics and rules for:⁵

- a. Determine which actions should not be carried out, which are prohibited, accompanied by threats or sanctions in the form of certain penalties for anyone who violates the prohibition.
- b. Determine when and in what ways those who have violated the restrictions may be imposed or convicted as threatened
- c. Determine in what way the imposition of criminal acts can be carried out if there are people who are suspected of violating the prohibition

Moeljatno's formulation related to criminal law above explains how to determine the responsibility of a criminal act along with the objective process of the meaning of criminal law. Of course the handling of criminal law in criminal acts becomes a different matter when it is done by a child. The child in question is a child in conflict with the law. In Law Number 11 Year 2012 concerning the Juvenile Criminal System Article 1 paragraph (3) it states that: "Children in conflict with the Law, hereinafter referred to as children, are children who are 12 (twelve) years old, but not yet 18 (eighteen) years old suspected of committing criminal offenses "

Children are the nation's assets which in their development still need guidance and education. It is very important to maintain the dignity and worth of a child when they are in conflict with the law. For this reason, the state regulates the legal protection of children through Law Number 11 of 2012 concerning the Criminal Justice System for Children//.

Many factors cause a child to commit a crime, and most of the children involved in a crime are caused by poverty, low education, unemployment, urbanization, slums, narcotics or illegal drugs, etc.⁶ Therefore criminal acts committed by children should be said to be juvenile delinquency rather than referred to as a crime due to criminal acts.

According to Romli Atmasasmita who states that juvenile delinquency is every act or behavior of a child under the age of 18 years and is not married which is regarded as a violation of applicable legal norms and can endanger the child's personal development. For this reason, it is important to see all the children's characteristics as criminal offenders which are used as material for consideration in handling them.⁷ Meanwhile, according to Kartini Kartono, Juvenile Delinquency is a behavior of evil / immoral, or crime / delinquency of young children, is a symptom of social disease (pathology) in children and adolescents caused by a form of social neglect, so that they develop a form of neglect deviant behavior.⁸

Mention as a villain will certainly have an psychological impact on children's development which incidentally they still have more opportunities to be better. Efforts are needed from various parties in overcoming child delinquency by giving preventive treatments such as improving family welfare, providing education to underprivileged or poor children, conducting training and group counseling, so that these things can inspire their social conscience not to commit unlawful acts.

⁵ Moeljatno, *Azas-Azas Hukum Pidana*, Jakarta: PT Bina Aksara, 1985, hlm. 1.

⁶ Marlina, *Peradilan Pidana Anak di Indonesia*. Bandung: Refika Aditama, 2009, hlm. 18.

⁷ Romli Atmasasmita, *Problema Kenakalan Anak-Anak Remaja*, Bandung: Armico, 1983, hlm. 40.

⁸ Kartini Kartono, *Pathologi Sosial (2), Kenakalan Remaja*. Jakarta: Rajawali Pers, 1992, hlm 7.

Criminal problems occur in Indonesia are very prioritizing. This is because in the courts up to the criminalization of children tends to violate human rights, so that they lack of the protection and fulfillment of their rights. For those who violate the law, certainly do not make them free from responsibility, but there is still a legal effort by means of dialogue or law enforcement mediating between victims and perpetrators by applying restorative justice.

Restorative justice is an approach that is carried out before entering into the judicial process, namely by seeking the settlement process outside the courtroom by involving law enforcement, family and community. It can provide protection and interests between the victim and the perpetrators who are in conflict in obtaining a balanced justice system.

Muladi reveals the detail characteristics of restorative justice as follows:⁹

- a. Crime is defined as a person's violation of others and is seen as a conflict.
- b. Focus attention on solving the problem of responsibility and liability for the future.
- c. Normative trait is built on the basis of dialogue and negotiation.
- d. Restitution as a means of the parties, reconciliation and restoration are the main objectives.
- e. Justice is formulated as a relationship between rights, judged on the basis of results.
- f. The focus of attention is on repairing social wounds caused by crime.
- g. The community is a facilitator in the restorative process.
- h. The role of victims and perpetrators is recognized, both in determining problems and resolving the rights and needs of victims. Need to be encouraged to be responsible.
- i. Actors' responsibilities are formulated as an impact of understanding their actions and are directed to take part in making the best decisions.
- j. Crimes are understood in a holistic, moral, social and economic context.
- k. Stigma can be removed through restorative.

In handling criminal acts committed by these children, of course, depends on the willingness of the perpetrators to make the best decisions and protection for children. The system or regulations contained in Law Number 11 of 2012 concerning the Criminal Justice System for Children in which there is a restorative justice approach with its diversification program can make children avoid the judicial process and the interests of children for their rights can be obtained according to the best interest principle of the children.

2. Protection of Children's Legal Conflicts through Restorative Justice

In an effort to protect children when dealing with legal conflicts, the police can focus on the condition of children which is certainly different from adults. Children have basic traits that are still unstable and still need guidance and coaching. For this reason, child protection is needed as a basis for finding alternative solutions in avoiding children in the formal criminal justice system.

Placement of children in prison which continues to stigmatize the their position as prisoners can disrupt their mental and psychological. By diverting or placing outside the perpetrators of child criminal offenses from the formal criminal justice system can provide an alternative to the settlement of the justice approach in the best interests of the child. It also considers justice for victims and their families by taking a restorative justice approach.

Protection of children with a restorative justice approach is also in line with the international spirit in the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 24 paragraph (1) states that: "Every child has the right to receive the right to protection measures because of his status as a minor. , against family, society and the State without discrimination based on race, color, sex, language, religion, national or social origin, wealth or birth. "

⁹ Muladi, *Kapita Selekt Sistem Peradilan Pidana*, Semarang: B. P. Universitas Diponegoro, 1995, hlm. 129.

The purpose of restorative justice is to keep children away from the criminal justice process, of course this is in accordance with the principles of legal protection for children contained in the Convention on the Rights of the Child. As is known in 1990 with the completion of international instruments, among others, Beijing Rules on 29 November 1985, Riyadh Guidelines on December 14, 1990, The Tokyo Rules on December 14, 1990, and Havana Rules on December 14, 1990. On January 26, 1990 through Presidential Decree of the Republic Indonesia Number 36 of 1990 Indonesia as a country which ratified the Convention on the Rights of the Child.¹⁰

Upon the state's decision to ratify the Convention on the Rights of the Child, then of course Indonesia must obey every regulation contained in the convention, which contains the protection of children with the principle of the best interest of the child. According to Y.A. Triana Ohoiwutun and Samsudi who state that the principle of the best interest of the children is used to apply the best interests of children in imposing sanctions.¹¹

In its development, restorative justice is used to respond to the development of the criminal justice system which focuses on the needs of involving people and victims, so that a balance is created in law and justice for the protection of children. Restorative justice can also be used as a framework for responding to criminal acts for law enforcement.

This restorative justice approach provides opportunities through different approaches in understanding and dealing with a crime. Of course, this restorative justice can change the perspective of criminal law in society, such as mutually dropping or attacking each other of the existing problems in society. What needs to be emphasized is that the restorative justice approach of the main victims for the occurrence of a criminal offense is not the State, as found in the existing criminal justice system.

By restorative justice, children have the opportunity to be given a case transfer process or diversion carried out by law enforcers who have the authority to keep them away from the judicial process. In Act Number 11 of 2012 concerning the Child Criminal Justice System Article 5 paragraph (1) states that, "The Child Criminal Justice System shall prioritize the Restorative Justice approach". Then in Article 5 paragraph (3) which mentions the diversion process is sought.

The purpose of this diversion is contained in Article 6, namely:¹²

- a. achieving peace between victims and children;
- b. settle child cases outside the judicial process;
- c. prevent children from deprivation of independence;
- d. encourage the community to participate; and
- e. instill a sense of responsibility to the child.

In Law Number 3 of 1997 concerning Juvenile Court there has actually been an effort to change the paradigm of child criminalization with a coaching process. But the paradigm is not enough to educate because of the tendency in the process of children included in criminal justice. The amendment contained in Law Number 11 Year 2012, policy makers include restorative justice as one element in handling child conflicts with the law.

Restorative justice is an important step that can be taken to resolve peaceful efforts in the case of children, as well as conflicts by instilling a sense of responsibility to children in conflict with the law.

¹⁰Hadi Setia Tunggal, *Konvensi Hak-Hak Anak (Convention on The Rights of The Child)*, Jakarta: Harvarindo, 2000, hlm. 57.

¹¹ Y.A. Triana Ohoiwutun dan Samsudi, *Penerapan Prinsip "Kepentingan Terbaik Bagi Anak" dalam Kasus Tindak Pidana Narkotika*. Jurnal Yudisial, 2017, Maret, 10(1), 39-57.

¹² Pasal 6 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak

3. The Implementation of Legal Protection to Children through *Restorative Justice* in Indonesia

Historically, the implementation of legal protection for children is contained in Article 45 of Book 1 of the General Rules of the Criminal Code which includes elements of the child being returned to parents and government education to children (*terberschikkingstelling*). That is because crime is more aimed at providing suffering, and more emphasis on education. Although later the article was revoked through Law 3 of 1997 concerning Juvenile Court.¹³ Then in its development which was deemed incompatible with the development and needs of the community in providing protection to children, Law 3 of 1997 was replaced by Law Number 11 of 2012 concerning the Juvenile Criminal System.

In Law Number 11 Year 2012 it contains one of them about diversion. Diversion is a transfer of settlement of cases of children in conflict with the law to criminal justice processes outside of criminal justice. Diversion provides opportunities for children to get their rights. The diversion process carried out before the child enters the judicial stage as an effective effort in order to provide restorative justice to children. However, according to Muladi (2012: 10) in the implementation of legal protection through restorative justice also has several obstacles, which include:¹⁴

- a. Difficulties to meet the balance of various interests of the parties between the perpetrators, victims, the community and the state;
- b. Disobedience to the guidelines and basic principles that have been formulated on the basis of the principles of "human development, mutually, empathetic, responsibility, respect and fairness";
- c. Feelings of victims who feel re-victimized because they feel pressured;
- d. Trials of the formal criminal justice system to take over the restorative justice movement on the grounds that it is in accordance with the existing traditional system and its bureaucracy;
- e. The implementation of restorative justice must be done systematically by strengthening the legal system that underlies both the structure of the substance and its culture, including the "insider" who will be directly involved.

These constraints are part of the process of restorative justice that will pass when there is an understanding and sense of justice between victims, perpetrators, families, communities and law enforcement in a joint effort to protect children in conflict with the law. In addition to the obstacles above, the implementation of restorative justice also faces limited facilities and infrastructure, such as infrastructure and professional staff such as psychologists, doctors, and educators while the child is in the legal handling process.

It is very significant to focus on how the protection of children's rights as a human right, this is in accordance with Law No. 35 of 2014 concerning Child Protection jo. Law Number 23 Year 2002 concerning Child Protection Article 1 paragraph (2) which states that: "Protection of children is all activities to guarantee and protect children and their rights so that they live, grow, develop, and participate optimally in accordance with their dignity and human dignity, and making protection from violence and criminalization".

As known that our society still considers that criminal acts must be rewarded with the criminal. With revenge as if the problem can be resolved, and this can adversely affect the child's development. But it also needs to be known that in the culture of society we also know the element of deliberation in solving problems. In Law Number 11 Year 2012 concerning the Criminal Justice System for Children Article 8 paragraph (1) also explains that: "The diversion

¹³ Rasyid Ariman dan Fahmi Raghil, 2015, *Hukum Pidana*, Malang: Intrans Publishing, hlm. 308.

¹⁴ Muladi, *Restorative Justice dalam Sistem Peradilan Pidana*, Jakarta: Seminar IKAHI, tanggal 25 April 2012, hlm. 10.

process through deliberations involving children and their parents / guardians, victims and / or parents / guardians, Community Guides, and Professional Social Workers based on a Restorative Justice approach.” By the involvement of several parties in conducting restorative justice in child crime, it can make children feel responsible for their behavior and encourage both parties who are in conflict with the law to gain a fruitful understanding on the legal protection efforts against child.

Dialogue or deliberation can also involve elements from the Social Welfare Workers or special officers of children. This serves to avoid negative stigma, avoid retaliation and trigger harmony again. The agreement of the diversion must obtain the consent of the victim or the victim's family and the willingness of the child and his family, except for criminal acts in the form of violations, minor crimes, crime without victims, or the value of the victim's loss is not more than the local provincial minimum wage value, this is in accordance with Law Number 11 of 2012 concerning the Juvenile Criminal System.

Basically restorative justice is also known as the settlement of cases through mediation (mediation of penal). According to Stefanie Trankle in Barda Nawawi Arief, the mediation of the developed penal is based on the working principles and ideas as follows:¹⁵

- a. Conflict Handling: The mediator's job is to make the parties forget the legal framework and encourage them to be involved in the communication process. This is based on the idea, that crime has caused interpersonal conflict. That conflict is the purpose of the mediation process
- b. Process orientation: penal mediation orientates toward the quality of the process than the outcome, namely: making the perpetrators of the crime aware of their mistakes, the needs of conflict resolved, the peace of the victim from fear, etc.
- c. Informal Proceeding: Penal mediation is an informal process, not bureaucratic, avoiding strict legal procedures.
- d. Active and autonomous participation: There is an active and autonomous participation of the parties. The parties (perpetrators and victims) are not seen as objects of criminal legal procedures, but rather as subjects who have personal responsibility and ability to act. They are expected to act on their own free will.

The results of the diversion agreement can take the form of peace, submission to parents / guardians, education and training in educational institutions, as well as community services. According to DS. Dewi and Fatahillah A. Syukur in its implementation, restorative justice is based on the following principles:¹⁶

- a. Building joint participation between perpetrators, victims and community groups in resolving an event or criminal act. Placing perpetrator, victims and the community as "stakeholders" working together and directly trying to find a solution that is considered fair for all parties (win-win solution).
- b. Encourage the offender / child to take responsibility for the victim for an event or crime that has caused injury or loss to the victim. Furthermore, building responsibility for not repeating criminal acts done.
- c. Placing events or criminal acts primarily as a form of violation between individuals, namely the law, but as violations by someone (a group of people) against someone (a group of people). Therefore, the perpetrators should be directed towards accountability to victims, not prioritizing legal responsibility (formal legal).

¹⁵ Barda Nawawi Arief, 2009, *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara di Luar Pengadilan*. Semarang: Pustaka Magister, hlm. 21.

¹⁶ DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Sosial: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, Bandung: Indi Publishing, 2011, hlm. 32.

- d. Encourage resolving an event or a criminal offense in more informal and personal ways, rather than a formal method of court proceedings (rigid and impersonal).

Whereas if the diversion process does not result in an agreement or deadlock between the two parties, or even if there is a violation of the agreement then the last resort can be through the juvenile criminal justice process. This is in accordance with Article 29 paragraph (3) of Law Number 11 Year 2012 concerning the Juvenile Justice System, if the diversion fails then the investigator is obliged to continue the investigation and delegate it to the public prosecutor by attaching the minutes of the diversion and the social research report. This of course also considers that the appointed public prosecutor has the ability to understand children.

Whereas in the Child Criminal Court Procedure in Article 18 the law explains that: "In handling cases of Children, Victims, and / or Witnesses, Community Guides, Professional Social Workers and Social Welfare Workers, Investigators, Public Prosecutors, Judges, and Advocates or other legal aid providers must pay attention to the best interests of the child and keep the family atmosphere maintained."

Then in Law Number 11 of 2012 concerning the Juvenile Justice System also regulates the age limit in the event that a crime is committed by a child before the age of 18 (eighteen) years and submitted to the court hearing after the child concerned exceeds the age limit of 18 (eighteen) years, but have not reached the age of 21 (twenty one) years, the child is still submitted to the child's trial. In addition, the Investigators, Public Prosecutors, Judges, Community Guides, Advocates or other legal aid providers, and other officers in examining the cases of children, victims, and / or witnesses do not use official gowns or attributes.

According to Sulardi's view the panel of judges in upholding the law of children in passing the decision prioritizes three aspects, namely: juridical aspects (legal certainty), sociological aspects (legal usefulness), and philosophical aspects (justice). Of course, in making decisions the judge uses the principle of the best interest of the children in accordance with the Convention on the Rights of the Child.¹⁷

Although juvenile justice can be carried out, of course it is not expected to happen. Children are the future generations which certainly have a strategic role with certain characteristics that must be protected from all discriminatory treatment, bullying, and criminalization which will cause their growth and development to be hampered and potentially repeat criminal acts. By the Restorative Justice process, it is expected to minimize the adverse effects on children's growth and development and work for a peaceful settlement so that children can avoid conflicts with the law.

4. The Implementation of Sharia Principles in Restorative Justice to Children as Criminal Actors

The implementation of sharia principles in restorative justice in Islamic criminal law can be found in the *jarimah*, *qishosh*, or *diyyah*. This is because the scholars expressly state that the rights in Islamic criminal law are divided into the rights of God and human rights. In the *jarimah*, *qishosh*, or *diyyah*, the right of the victim is greater than the right of God (the right of the state / community), so there is an alternative settlement with the choice of *qishosh* or *diyyah*. The concept of *qishosh* or *diyyah* is seen in the regulation of modern criminal law against victims of crime including the service model category. Settlement of cases in restorative justice is on the non-penal path. This effort is carried out through a peace process between victims and perpetrators based on Al-Qadha Khalifah Umar Bin Khatab. Peace can be implemented by referring to clear indications. Justice in Islam includes individual and social justice. Justice in Islamic law always considers morality and does not only limit to the application of legal justice.

¹⁷ Sulardi, *Kepastian Hukum, Kemanfaatan, dan Keadilan Terhadap Perkara Pidana Anak*. *Jurnal Yudisial*, 2015, Desember, 8(3), 251-268.

Based on this, restorative justice efforts can be applied to crimes committed by children. Restorative justice in Sharia principles does not limit the age of the offender, the threat of criminal, and there is no recidivist title for a child who commits a crime.

The similarities and differences in restorative justice in criminal law and Islamic law are the fundamental differences lies in the perspective of criminal law in Indonesia, namely the existence of restrictions on criminal acts that can be pursued restorative justice committed by children, which means that not all criminal acts committed by a child can be done using a restorative justice approach that is against a crime that threatens a maximum sentence of 7 (seven) years, and does not constitute a repeat of the crime. While sharia principles in restorative justice in Islamic law, almost all criminal acts committed by children can be pursued by using the principle of restorative justice regardless of the criminal acts committed by the child. Then, in Indonesia criminal law settlement using restorative justice can be in the form of paying compensation that does not fit the minimum limit in accordance with the agreement of the parties, and there is an element of forgiveness if someone is forgiven then he can avoid paying compensation at all. While the sharia principle in restorative justice in Islamic law can be in the form of paying *diyyah* which has been determined to its maximum extent.

The similarity between restorative justice in Indonesian criminal law and Islamic criminal law is that both want an effort to resolve criminal acts outside the court with the aim of avoiding a child from being punished and the negative stigma of the child. In Indonesian criminal law and Islamic law both allow restorative justice can be done if there is forgiveness on the part of the victim and that is the essence of the concept of restorative justice.

CONCLUSION

Based on the description above, it can be concluded that the existence of restorative justice in protecting children is needed as an effort in the context of coaching and protecting children. By the implementation of restorative justice, children are expected to have the opportunity to account for their behavior, by correcting their mistakes. In dealing with criminal acts committed by children can use the best interest of the children principle.

The implementation of restorative justice applied in Indonesian criminal law does not limit the age and threat of punishment given as well as the implementation of sharia principles in restorative justice in Islamic criminal law which does not limit both of them. So that the implementation of sharia principles in restorative justice can be useful as the efforts to reform the material of criminal law in Indonesia.

SUGGESTIONS

1. Law enforcement officials should take an action based on the interests of victims and perpetrators, and not only prioritizing the interests of the state in the aspect of effectiveness levels in handling law involving a child,
2. The concept of restorative justice in Islamic criminal law should be considered by law enforcement officials to make the law in a better direction since it has been existed long time ago before positive law was born.

REFERENCES

a. Books

- Arief, Barda Nawawi. (2009). *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara di Luar Pengadilan*. Semarang: Pustaka Magister.
- Ariman, rasyid dan Raghil, Fahmi. (2015). *Hukum Pidana*. Malang: Intrans Publishing.
- Atmasasmita, Romli. (1983). *Problema Kenakalan Anak-Anak Remaja*. Bandung: Armico.
- Chazawi, Adami. (2010). *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 1*. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada.

- Dewi, DS., Syukur A. Fatahillah. (2011). *Mediasi Sosial: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*. Bandung: Indi Publishing.
- Gultom, Mading. (2010). *Perlindungan Hukum Terhadap Anak dalam Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia*. Bandung: Refika Aditama.
- Kartono, Kartini. (1992). *Pathologi Sosial (2), Kenakalan Remaja*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Marlina. (2009). *Peradilan Pidana Anak di Indonesia*. Bandung: Refika Aditama.
- Muladi. (1995). *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*. Semarang: B. P. Universitas Diponegoro.
- Muladi. (2012). *Restorative Justice dalam Sistem Peradilan Pidana*. Jakarta: Seminar IKAHI, tanggal 25 April 2012.
- Moeljatno. (1985). *Azas-Azas Hukum Pidana*. Jakarta: PT Bina Aksara.
- Ohoiwutun, Y.A. Triana dan Samsudi. (2017, Maret). *Penerapan Prinsip "Kepentingan Terbaik Bagi Anak" dalam Kasus Tindak Pidana Narkotika*. *Jurnal Yudisial*, 10(1), 39-57.
- Sulardi. (2015, Desember). *Kepastian Hukum, Kemanfaatan, dan Keadilan Terhadap Perkara Pidana Anak*. *Jurnal Yudisial*, 8(3), 251-268.
- Tunggal, Hadi Setia. (2000). *Konvensi Hak-Hak Anak (Convention on The Rights of The Child)*. Jakarta: Harvarindo.

b. Acts

- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak.
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.
- Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik, ditetapkan oleh Resolusi Majelis Umum 2200 A, (XXI), Tertanggal 16 Desember 1966, Terbuka untuk penandatanganan, ratifikasi dan akses.

THE IMPLEMENTATION OF LEGAL AID MODEL FOR MARGINAL COMMUNITY IN SURABAYA CITY BASED ON JUSTICE

Dr. Asri Wijayanti, S.H., MHⁱ & Dr. Sri Winarsi, S.H., MH.ⁱⁱ

ⁱ University of Muhammadiyah Surabaya. asri.wijayanti@fh.um-surabaya.ac.id

ⁱⁱ Airlangga University. sri.winarsi@fh.unair.ac.id

ABSTRACT

The implementation of providing legal aid for marginalized community in Surabaya city has not been maximized. It is felt only by a small number of people or poor people and have not touched all levels of marginal society who are facing the legal problem and needing the free legal assistance. The purpose of this study was to determine the implementation of a model of providing legal aid to marginalized community in Surabaya in order to get an equal legal aid. This socio legal research used the research and development approach in the community who got the soft loan beneficiaries nurtured by the Women's Social division of the Ummul Mu'minin Mosque in Surabaya. The result showed that the model of providing legal assistance for personal legal networks (*jalepo*) was a suitable model of providing legal assistance since it can be applied effectively to anyone who did not have an affidavit of inability (SKTM) and at the same time facing the civil and criminal law and state administration problem to get an equal justice. Based on the fact that the implementation of Local Regulation Number 3 of 2019 concerning legal aid for the poor issued by Surabaya City Government in providing legal assistance that has been far from the reality and still has some deficiencies so that the recommendations are needed to evaluate and revise this regulation in terms of the criteria of the subject, object and procedure in providing legal aid.

Keywords: legal aid, marginal, poor, equal.

BACKGROUND

Legal aid is a part of human rights realization of access to justice and equality (Thomas, 2012) before the law guaranteed in the constitution. To realize access to justice and equality before the law requires a serious effort from all elements of the country. Human rights principally consist of three things, namely rights to life, freedom and security of person.¹ These three basic human rights are further elaborated in two master conventions namely the International Convenience of Civil Political Rights / ICCPR and the International Convenience of Social, Economic, Culture Rights / ICSECR. These two conventions are further elaborated in the legal rules of civilized countries.

Indonesia as a state of law has also provided constitutional and statutory protection (Tjandraningsih, 2013). The state has made laws and regulations related to legal aid, ranging from the constitution to regional regulations.

The provision of legal assistance is the implementation of the provisions of Article 28 D paragraph (1) of the 1945 Constitution, namely that every person has the right to recognition, guarantees, protection and legal certainty that is fair and the same treatment before the law. Protection in this constitution is further implemented in Law Number 16 of 2011 concerning Legal Aid (State Gazette of the Republic of Indonesia of 2011 Number 104, Supplement to the State Gazette of the Republic of Indonesia Number 5246) has been enacted. Implementation of Law 16/2011 has not been effective. In East Java, the existence of Law 16/2011 has been outlined in the East Java Regional Regulation 9/2012 in conjunction with the East Java Province 3/2015 jo.

¹ See article 3 The Universal Declaration of Human Rights.

East Java Governor Regulation 83/2015. Governor Regulation No. 83/2015 jo. Surabaya City Regulation Number 3 of 2019 concerning legal aid for the poor.

The implementation of providing legal aid for marginalized people in the city of Surabaya has not been maximized. Can only be felt by a small number of people or poor groups (who have not yet touched all levels of marginal society) who are in trouble with the law and need free legal assistance. The ineffectiveness of a rule of law can be seen from its formation or implementation in society (Krygier, 2018). Incorrect legal rules for instance can cause multiple interpretations will have a negative impact on enforcement. The legal rules related to legal aid for the poor still have multiple interpretations or unclear article formulation.(Wijayanti, Hidayat, Hariri, Sudarto, & Sholahuddin, 2017)

A specific effort is needed so that the provision of legal assistance can be effective in the society (Londra, Wallach, & Zhao, 2014). The legal aids model of personal legal network ("Jalepo") is expected to be able to provide benefits for marginalized communities to be able to enjoy legal aids. From the description above, the problem arises, namely how to implement a model of providing legal assistance to marginalized people in the city of Surabaya in order to be felt fairly by the recipients of legal aid.(Wijayanti, Hidayat, Unggul, & Hariri, 2017)

RESEARCH METHOD

This socio legal research (Singhal & Malik, 2012) uses the research and development approach in the community who got the soft loan beneficiaries nurtured by the Women's Social division of the Ummul Mu'minin Mosque Surabaya based on higher education networks (UM Surabaya Legal Service Institute), accredited OBH (LPPA Bina Annisa), Legal aid of Pusura and Infest. The main objective provides an overview of the application of the development of a model of legal aid for marginalized community in the city of Surabaya. The study uses data collection techniques through interviews, in addition to observation and documentation. The data analysis process begins with a review of all available data from various sources such as interviews, observations that have been written in field notes, personal documents, photos, pictures and so on. Data analysis techniques used generally in the form data collection, data preparation, data tabulation, data application and conclusions.(Maxwell & Reybold, 2015)

LITERATURE REVIEW

Legal aid is legal services provided by legal aid providers for free to legal aid recipients.² Legal aid is carried out based on the principle of justice, equality in the law, openness, efficiency, effectiveness, which means determining the achievement of the objectives of providing legal assistance appropriately and accountability³. The purpose of holding legal aid is to help resolve legal problems faced by legal aid recipients⁴The issue of article No 16 of 2011 is expected to be able to provide legal protection for the people for easy access to legal assistance although its implementation has not been maximized.(Wijayanti, Hidayat, Unggul, et al., 2017)

There are two contributing factors, namely the legal formation factor (the existence of multiple interpretations of the formulation of the substance and procedure of the Law 16/2011) and the factor of the low law enforcement (cannot yet be felt equally by marginal groups). The substance of the first Legal Aid is a legal subject, divided into three, namely: legal aid providers, legal aid recipients and legal aid providers. Providers of legal assistance are legal aid institutions or social organizations that provide legal aid services.⁵ Requirements for legal aid providers are legal entities, accredited, have a permanent office or secretariat, management and legal assistance programs.⁶ Providers of legal assistance who have fulfilled the requirements have rights and

² See Article 1 of Law 16 of 2011

³ See Article 2 of Law 16 of 2011 along with its explanation.

⁴ See (Article 6 paragraph (1) of Law 16/2011

⁵ See Article 1 number 3 of Law 16/2011.

⁶ See Article 8 of Law 16/2011.

obligations. Rights of legal aid providers are mentioned in Article 9 of Law 16/2011. Obligations of legal aid providers are specified in Article 10 of Law 16/2011. Providers of legal aid are prohibited from receiving or requesting payment from legal aid recipients and or other parties related to the case handled. Criminal threats can be given to violating legal aid providers, i.e. can be sentenced to a maximum of 1 (one) year imprisonment or a maximum fine of Rp. 50,000,000.00 (fifty million rupiah).⁷

Legal Aid Providers are prohibited from receiving or requesting payment from Legal Aid Beneficiaries and / or other parties related to cases being handled by Legal Aid Providers; and or receive legal aid funds from the Government, Provincial Governments or Regional Governments simultaneously on the same case. Provision of legal aid funds is carried out: on cases that have permanent legal force; or to activities that have been completed. There is a threat of violation of this provision, namely administrative sanctions in the form of written warning; return of all Legal Aid funds received from the Regional Budget; and or inclusion in the black list of the implementation of the provision of legal aid for 3 (three) consecutive years.⁸

Legal aid recipients are people or groups of poor people. Legal Aid recipients are entitled to get Legal Aid until the legal problem is resolved and or the case has permanent legal force, as long as the Legal Aid Recipient in question does not revoke the power of attorney; get legal assistance in accordance with Legal Aid Standards and or Advocate Code of Ethics; obtain information and documents relating to the implementation of providing Legal Aid in accordance with statutory provisions. Legal Aid recipients must: submit evidence, information and or case information correctly to the Legal Aid Provider; and help smooth the provision of Legal Aid.⁹

The object of legal aid is divided into three areas, namely civil, criminal, and state administration legal matters both litigation and non-litigation. Legal assistance provided includes exercising power of attorney, accompanying, representing, defending, and or carrying out other legal actions for the legal benefit of the Legal Aid Recipient.¹⁰ Providing litigation legal assistance including assistance and or exercising power of attorneys starting from the level of investigation and prosecution; assistance and or exercise power of attorney in the trial process; or assistance and or exercising power of attorney for Legal Aid Recipients in the Court.. Provision of non-litigation legal assistance includes legal counseling,¹¹ legal consultation, case investigation, both electronically and non-electronically, legal research, mediation, negotiation, community empowerment, out-of-court assistance and / or drafting of legal documents. Providing Legal Aid by Legal Aid Providers to Legal Aid Recipients is given until the legal problem is resolved and or the Case has permanent legal force, as long as the Legal Aid Recipient does not revoke the power of attorney.¹²

Procedure for providing legal aid can be implemented after the recipient of legal assistance can prove that he belongs to a poor person or group or poor people.(Nasution, 2018). An affidavit of inability is a certificate of incapacity (SKTM); certificate of other social benefits and a statement of not being able to pay for advocate services made and signed by the applicant of the Court legal aid service and approved by the Court legal aid officer, if the applicant for the Court legal aid service does not have the document.¹³

Request for legal aid submitted by attaching the identity of the prospective legal aid recipient; a brief description of the subject matter being requested for Legal Aid; submit

⁷ See Article 16 jo Article 19 jo. Article 21 of Law 16/2011.

⁸ See Article 21 jo Article 22 jo Article 25 of the Surabaya City Regulation 3/2019.

⁹ See Article 1 number 5 Jo Article 17 jo Article 18 Surabaya City Regulation No 3/2019.

¹⁰ See Article 4 of Law 16/2011

¹¹ See Article 6 paragraph (1) letter a of Surabaya City Regulation 3/2019.

¹² See Article 9 of the Surabaya City Regulation 3/2019.

¹³ See Article 22 paragraph (2) Perma 1/2014.

documents relating to the case; and attach a certificate of poverty issued by the authorized official.¹⁴

The substance and procedure for providing legal aid need to be implemented in a community through the legal aid model. The personal legal network (Jalepo) legal aid model can be an alternative solution for providing legal aid to be effective in the community.

The model of legal aid through personal legal network assistance can be provided in the form of non-litigation and litigation. Provision of non-litigation legal assistance includes legal counseling, legal consultation, case investigation, both electronically and non-electronically, legal research, mediation, negotiation, community empowerment, out-of-court assistance and or drafting of legal documents. Providing litigation legal assistance covering criminal cases, including investigations, and trials in courts level I, trials of appeal, trials of cassation, and reconsideration; Civil cases, including peace efforts or decisions of the court of first instance, court decisions of appeal, court decisions of appeal, and reconsideration; and State administration cases, including preliminary hearings and decisions of the court of first instance, court decisions of appeal, court decisions of appeal, and reconsideration.

Legal assistance will be easily realized through assistance. Accompaniment is a scientific method carried out by a vocal point (companion) to achieve practical goals in assisting recipients of legal assistance when facing legal problems based on appropriate legal mapping in person or network.

Personal network-based facilitation can be carried out optimally by involving socio-economic potential, community potential through empowering community forums, and fully supported and implemented by all relevant community members.

The Personal Network Based Assistance Model consists of 4 elements, namely mentoring substance related subject matter, mentoring substance related problem objects, endorsing formal procedures related problems, and mentoring personal procedures related problems.

Mentoring substance related subject matter is a scientific method carried out by vocal points (assistant) to help and assist recipients of legal aid when facing legal problems based on proper legal mapping in the analysis of related legal subjects (actors). The perpetrators are essentially legal aid providers, legal aid recipients and legal aid providers. A practical guide or module is needed for legal aid providers who will provide advocacy to legal aid recipients.

Assistance of the substance of the object of the related problem is a scientific method carried out by the vocal point (assistant) to help and assist the recipient of legal assistance when facing legal problems based on proper legal mapping in the analysis of the related legal object. Assistance that bases on formal objects includes administrative and technical protection (access to information, quality improvement, social security, facilitation for the promotion of individual rights)

Accompaniment of formal procedural problems is a scientific method carried out by a vocal point (assistant) to help and assist recipients of legal assistance when facing legal problems based on proper legal mapping in the analysis of the relevant legal substance. Proper mapping can be done through the stages of gathering facts, to find the initial truth; classifying the nature of legal issues; identify and select relevant legal issues; make legal discoveries relating to legal issues and apply law.

Accompaniment of formal procedural problems is a scientific method carried out by a vocal point (assistant) to assist and assist the recipients of legal assistance when facing legal

¹⁴ See Article 13 paragraph (2) of the Surabaya City Regulation 3/2019.

problems Assistance of personal procedures can be done by applying the principle of local wisdom related to dispute resolution efforts.

The legal aid model can be done by networking using a "tiered accompaniment" pattern. Starting from the smallest or lowest level of the region (e.g community groups), towards a larger or highest region, namely the center. Every legal case is handled first by the legal persons / coordinator / vocal point of the community group with the aim of the smallest group who knows more about the exact issue. If the small group level cannot finish, it will proceed to the legal aid organization that houses the legal persons.

RESULTS AND DISCUSSION

The "jalepo" legal aid model has been implemented in the pilot community which got the free interest soft loan program of the Ummul Mu'minin mosque in Surabaya. The interest-free soft loan program provided by the Women's division of the Ummul Mu'minin Mosque in Surabaya is a social reaction to the practice of *thithil* bank in providing loans to small traders in traditional markets since October 2, 2011. The target is for the traders of fruit, vegetable, food, soft drinks, palawija with small capital. The strategy used by *thithil* banks is to provide loans for any needs, with an interest of 30% per month. The amount of interest is applied with the profit sharing system. 10% for the financier and 20% for the distributor. This is the amount of interest presentation charged to the borrower by 30% (Bintari, 2019). This interest-free soft loan program is an embodiment of *da'wah bil Haal* (*da'wah* with real work / plunge into the field (Mu'minin, 2019).

As of October 2, 2011 until 12 February 2017, 238 donations have been collected from 119 worshipers with a total donation of Rp 159,399,000. This number has succeeded in freeing 449 small-scale real-sector merchants who are caught in *thithil* bank. As of 12 February 2017, 2,705 loans have been successfully realized with the accumulated transaction value of Rp. 1,844,850,000

The implementation of the legal aid model through the facilitation of personal legal networks in the participants who got the free interest soft loan from the Ummul Mu'minin Surabaya mosque has been carried out. The weak position of the community participating in free interest soft loans from the Ummul Mu'minin mosque in Surabaya allows for the need for legal assistance both non-litigation and litigation. Legal assistance can be provided by legal aid organizations (OBH) accredited by the Ministry of Law and Human Rights. On the other hand, Higher Education also has a legal service institution (Lembaga Layanan Hukum =LLH) that gets internal funding through the program of *tridharma* implementation in the field of community service. LLH UM Surabaya (under the Faculty of Law) is one of legal organisation which can also collaborate with an accredited OBH to obtain funding assistance in terms of providing legal aid for the members of free interest soft loans from the Ummul Mu'minin Surabaya mosque who need legal aid. In this case LPPA Bina An Nisa Mojokerto has been willing to facilitate financial assistance for providing legal aid to the poor.

UM Surabaya Labor Study Center has also established cooperation with professional associations (Association of Indonesian Labor Law Teachers and Practitioners / Perkumpulan Pengajar dan Praktisi Hukum Ketenagakerjaan Indonesia = P3HKI). Through the collaboration of networks between law faculty of UM Surabaya, LLH UM Surabaya, Pusura legal aid, Ferari DPC Surabaya, UM Surabaya Labor Study Center, P3HKI and LPPA Bina An Nisa Mojokerto in the role of providing legal aid to the recipients of free interest soft loans of Ummul Mu'minin mosque Surabaya can be implemented.

The implementation of legal aid is carried out by means of a person or from the participants of the recipients of free interest soft loans of Ummul Mu'minin mosque Surabaya who are facing legal problems before delivering the problem to the assistant coordinator. Mosques as one of the centers for fostering and developing Islamic societies occupy an important role in the

process of social change and support the acceleration of development in modern societies, especially in developing spiritual aspects (Utama, Fitrandasari, Arifin, & Muhtadi, 2018).

At present the main problem faced by the recipients of free interest soft loans (specifically for SMEs) of the Ummul Mu'minin Surabaya mosque is product legalization. Furthermore, the problem was forwarded to the coordinator who was the organizer of the Ummul Mu'minin mosque Surabaya. After a brief study by the management of the Ummul Mu'minin mosque together with the Law Faculty of UMSurabaya, a selection step was taken, namely whether the provision of personal legal aid was provided by the management of the Ummul Mu'minin mosque in charge of legal aid or carried out in a network. The provision of legal aid in a network will involve partners (LLH UM Surabaya, Pusura Legal Aid, Ferari DPC Surabaya, UM Surabaya Labor Study Center, P3HKI and LPPA Bina An Nisa Mojokerto).

Not all recipients of the free interest soft loans from Surabaya's Ummul Mu'minin mosque are poor people who have an affidavit of inability in accordance with Article 13 paragraph (2) of Surabaya City Regulation 3/2019. Ummul Mu'minin Surabaya has expanded the coverage of the poor to the marginalized.

CONCLUSION

The results of this study are a model of providing legal assistance for personal legal networks (jalepo) is an appropriate model of providing legal assistance because it can be applied to anyone (who has / does not have an affidavit of inability (Surat Keterangan Tidak Mampu = SKTM) who is in trouble with the law in the civil field, criminal law and state administration to get a sense of justice Implementation of policies from the Surabaya City Government in providing legal assistance that has been realized in Surabaya City Regulation Number 3 of 2019 concerning Legal Aid for the poor still has shortcomings.

Recommendation

It is necessary to evaluate and revise the Surabaya City Regulation 3/2019 in terms of limiting the criteria for receiving legal aid to the marginalized community not only limited to poor people who have an affidavit of poverty.

Acknowledgment

The writer would like to thank Kemenristekdikti for providing moral support and funds for this community service program.

REFERENCES

- Krygier, M. (2018). Why the rule of law matters. *Jurisprudence*. <https://doi.org/10.1080/20403313.2017.1331633>
- Londra, L., Wallach, E., & Zhao, Y. (2014). Assisted reproduction: Ethical and legal issues. *Seminars in Fetal and Neonatal Medicine*. <https://doi.org/10.1016/j.siny.2014.07.003>
- Maxwell, J. A., & Reybold, L. E. (2015). Qualitative Research. In *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences: Second Edition*. <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.10558-6>
- Nasution, R. D. (2018). MODEL ADVOKASI LSM JKPS CAHAYA TERHADAP BURUH MIGRAN ASAL KABUPATEN PONOROGO. *Masalah-Masalah Hukum*, 46(1), 30. <https://doi.org/10.14710/mmh.46.1.2017.30-40>
- Singhal, A. K., & Malik, I. (2012). Doctrinal and socio-legal methods of research : merits and demerits. *Educational Research Journal*.
- Thomas, D. (2012). Legal aid sentencing and punishment of offenders act 2012. *Criminal Law Review*.

- Tjandraningsih, I. (2013). State-Sponsored Precarious Work in Indonesia. *American Behavioral Scientist*. <https://doi.org/10.1177/0002764212466236>
- Utama, R. D. R., Fitrandasari, Z., Arifin, M., & Muhtadi, R. (2018). CAN MOSQUE FUND MANAGEMENT FOR COMMUNITY ECONOMIC EMPOWERMENT?: AN EXPLORATORY STUDY. *International Journal of Islamic Business Ethics*. <https://doi.org/10.30659/ijibe.3.2.451-457>
- Wijayanti, A., Hidayat, N. A., Hariri, A., Sudarto, & Sholahuddin, U. (2017). Framework of child laborers legal protection in marginal communities. *Man in India*.
- Wijayanti, A., Hidayat, N. A., Unggul, S., & Hariri, A. (2017). Legal aid for marginal communities. *Man in India*, 97(18), 251–262.

THE IMPLEMENTATION OF COMMUNITY ECONOMIC DEVELOPMENT PROGRAM THROUGH PROCUREMENT OF SNACK PRODUCTION MACHINERY AT THE JABON BAITUSSALAM FOUNDATION IN SIDOARJO BASED ON SHARIA MARKETING MIX.

Dr. Asri Wijayanti, S.H., MHⁱ, Dr. Drs Slamet Riyadi M.Si., Ak., CAⁱⁱ
& Dr. Siti Maro'ah, M.Pd.ⁱⁱⁱ

ⁱ University of Muhammadiyah Surabaya. asri.wijayanti@fh.um-surabaya.ac.id

ⁱⁱ University of 17 Agustus 1945 Surabaya. slametriyadi10@untag-sby.ac.id

ⁱⁱⁱ University of Muhammadiyah Surabaya. siti.maro39ah@yahoo.com

ABSTRACT

In order to develop, the assistance is needed by small and medium-sized enterprises (SMEs) existed in the community. The active role from universities is needed to the community economic development program such as community service program. The community economic development program at the Jabon Sidoarjo Foundation can be carried out through the procurement of snack mix production tools based on marketing mix sharia. The purpose of this study was to determine the implementation of the community economic development program through the procurement of snack production machinery based on marketing mix sharia conducted at the Baitussalam foundation. The research method used is descriptive qualitative by using observation data collection techniques, interviews and documentation of historical data tracing at the Baitussalam Foundation Jabon Sidoarjo. The results of this research showed that the implementation of the community economic development program at the Baitussalam Foundation Jabon Sidoarjo carried out through three activities. The first, the purchasing of 9 units of snack production machinery. The second, giving the training on snacks production and bookkeeping. The last, in the aspect of marketing by giving e-market training. The implementation of the community economic development program through the procurement of snack production machinery based on marketing mix sharia in the Baitussalam Foundation Jabon Sidoarjo has not been optimum. The implementation of the *sharia* marketing mix on the product has shown *halal*, the price was reasonable, there was no attempt of getting more profits from the products. In addition, the sales promotion was done honestly despite the fact that it was still done traditionally through door to door. Place of distribution was on the target market without cutting off distribution channels. The placement of personnel (human resources) was not optimal therefore the assistance was needed in implementing the right man on the right place. The process or mechanism starting from offering products to the effective and efficient handling of customer complaints from Sharia needed to be developed and improved. Physical Evidence was intangible, could not be measured clearly, and was still based on a testimonial of the customers. Based on those facts, the assistance was needed to understand the changes in the work system that matched for the current situations of the market.

Keywords: sharia marketing mix, community's economy, snacks.

BACKGROUND

The right to transact in business needs an active protection from the state and concrete actions in the form of active participation of community. Small and Medium Enterprises (SMEs) is one form of the right to do business. SMEs in the community need an assistance in order to develop. (Pula & Berisha, 2015)

Community economic development programs require active roles of universities. There are three types of activities that must be carried out by universities, namely *tri dharma* (three community services) of colleges. Tri Dharma consists of educational and teaching; research and community service activities. For Muhammadiyah universities in Indonesia, there is still one

additional form of activity which is the practice of al-Islam and Muhammadiyahism (AIK). Therefore for Muhammadiyah Higher Education the form of its activities is four *dharma*.

The form of active role of academicians in universities is community service. The role of universities in the community is a form of *tri dharma* or four *dharma* in the community and the implementation of al-Islam and Muhammadiyahism existed on the third and fourth *dharma*.

The community economics development program in the Baitussalam foundation Jabon Sidoarjo is one form of community services and the implementation AIK. The program is implemented through the procurement of snack mix production machinery based on sharia marketing mix.

Based on the fact mentioned above, the issue on how to the implement the community economics development program through the procurement of snack mix production machinery based on sharia marketing mix at the Baitussalam Jabon Sidoarjo.

RESEARCH METHODS

This qualitative research uses descriptive analysis research method.(Maxwell & Reibold, 2015). The place of research is at the Baitussalam Foundation Jabon Sidoarjo. This research took place from March 2019 until August 2019. The process of data analysis began by examining all available data from various sources such as interviews, observations which was written in field notes, personal documents, photos, pictures and so on. While the techniques in analyzing the data are four; data collection, data preparation, data tabulation, data application and finally the conclusion.

RESULTS AND DISCUSSION

a. The foundation of Baitussalam at Jabon Sidoarjo

The foundation of Baitussalam at Jabon Sidoarjo (hereinafter referred to as a Partner) was established on February 14, 2016 based on the Decree of the Minister of Law and Human Rights of the Republic of Indonesia Number AHU-0008486.AH.01.04.Tahun 2016. It is located at Jl. A Yani No 46 Trompoasri Jabon-Sidoarjo, is engaged in the socio-religious sector in the form of TPQ-Madin Baitussalam. To finance its TPQ-Madin operations, they run a snack production business inherited by their families since the 1980s.

b. Sharia Marketing Mix

Marketing mix is a set of marketing tools that companies use to continuously achieve their marketing objectives in the target market.(Baker, 2016). Sharia implementation can be applied in marketing mix variables, namely product, price, place, and promotion. The basis of the implementation of sharia marketing mix is the basic concept of the principles of jurisprudence namely "*Al-ashlu fil-muamalah al-ibahah illa ayyadulla dalilun 'ala tahrimiha*" which means that basically all forms of muamalah are permissible unless there is an argument which forbids it. In determining the marketing mix must be based on the principles of fairness and honesty. There are *halal* and *haram* rules, so there must be caution in carrying out the strategy.(Tieman, 2011). Sharia Marketing Mix is divided into products, prices, promotions, place / distribution, people, processes and physical evidence.(Asih & Asih, 2015).

1. Product is anything that can be offered to the market to meet wants and needs. The terms of product in sharia view are the products offered which have the clarity of goods, size, composition, not damaged / expired and using good materials; halal and promotions and advertisements do not lie.(AHMED, 2015)
2. Price is the amount of money charged for a product or service. More broadly, price is the total value exchanged by consumers to benefit from ownership of a product or service. Price is used to mean quality before consumers get the buying experience. Price is the only element in the marketing mix that generates income while other elements only

produce costs. In determining prices should not use methods that harm other business people, not excessive, adjusted for the conditions of goods sold, and proscribe any *najasy* (false demand).(Rao & Wang, 2017). It is not allowed for the reason that the seller asks others to praise the goods or bid for high prices so that other people are interested in buying.

3. Promotion is a means used by companies in an effort to inform, persuade and remind consumers directly or indirectly about the products and brands they sell. The aim is to inform potential consumers of the latest situation about the existence of a product or service, to invite consumers to change their behavior in a product or purchase trial, to develop a good attitude towards the product, brand or company and to remind consumers about the superiority of the product. In conventional marketing, promotion does not directly interfere with religious values that govern every process in promotion in accordance with Islamic religious rules.(AHMED, 2015)
4. Place / distribution is the various activities carried out by the company to make its products easily obtainable and available to target consumers. Distribution includes types of links, agencies, storage, location and transportation. A Muslim businessman will not commit acts of injustice against other competitors, bribes to smooth out the market channel, and machievellian actions. The purpose of the distribution function is to speed up the arrival of goods in the hands of consumers or the market at the right time. Distribution policies must meet at least three criteria. First, the accuracy and speed of time arrived in the hands of consumers. Second, security that is protected from damage. The last is the means of competition in providing speed and accuracy in meeting the needs of consumers. Therefore, Islam forbids monopoly rent-seeking because stockpiling (*ikhtikar*) will cause the distribution channel to stop, resulting in scarcity so that the price of the goods will increase.(Zakaria & Malek, 2014).
5. People or personnel as Human Resources (HR). Placing HR in a place that suits their capacity (the right man on the right place), does require a pretty good HR management strategy because if the strategy is implemented incorrectly, it will have fatal consequences to the level of customer satisfaction in the long run.(Kasonde & Steele, 2017).
6. Process or mechanism starting from offering products to the process of handling customer complaints effectively and efficiently needs to be developed and improved in order to yield good results.(Lee, Wang, & Trappey, 2015)
7. Physical Evidence that is in-tangible or cannot be measured with certainty as in a product in the form of goods.(Gombolay et al., 2018) It is more towards the taste or some kind of testimonial from customers who have made use of the products.(Havlík et al., 2014)

c. The community economic development program in the Baitussalam Foundation at Jabon Sidoarjo

The community economic development program in the Baitussalam Foundation at Jabon Sidoarjo is carried out based on the three existing problems such as production, management and marketing. The issue of production is the unavailability of adequate means of production and the lack of skills in making modern snacks. Management issues is the lack of knowledge and skills in bookkeeping administration; do not yet have the knowledge and skills of internet use and the lack of knowledge and skills in the online marketing. The problem of human resources at this time includes lack of knowledge of the needs of the modern market type of snacks that could attract consumers; creativity has not been maximally made a new kind of snack.

The program has been carried out based on production, management and marketing issues. The solution given to the production problem is the purchase of production machinery and noodle making training. The purchase of snack production equipment consists of a bread making machine, a noodle making machine, a seasoning mixer, a frying pan, a drain frame, a cormorant and a stove is worth Rp. 27,737,000 (twenty-seven million seven hundred thirty-seven thousand rupiah).

The solution provided for management problems is to include employees to participate in noodle making course at Majapahit Tourism Academy and provide bookkeeping training. The solution given to the administrative personnel of the foundation relates to the marketing problems is by involving them in e-market training.

After purchasing new machinery the production then doubled. This increase in production has not been matched by an increase in the quality of the partner's management and marketing systems. In the management aspect, partners are reluctant to develop new types of snacks for the reasons of inadequate market share. In addition, the change to simple bookkeeping management system was also still reluctantly did. The existence of the presumption that fortune is regulated by God became the reason that bookkeeping was not important.

The lack of providing alternative partner solutions in the management sector also has an effect on the absence of changes in the marketing system. Door to door marketing is still being carried out seasonally according to weather conditions that compete with the fruit market. Neither does the habit of weather differences determine whether or not the selling results. When the weather is hot, then the sale has decreased only once a week. This is different from cold or rainy weather, so the sales increase to twice the production in one week. Therefore, it was needed to satisfy the partner with marketing alternatives that involves networking through islamic teaching or *kifayah*.

d. The implementation of the community economic development program in Baitussalam foundation Jabon Sidoarjo based on the sharia marketing mix

The implementation of the community economic development program in Baitussalam foundation Jabon Sidoarjo based on the sharia marketing mix could be seen from seven things such as products, prices, promotions, places / distribution, people, processes and physical evidence. The product implementation could be seen in the quality of the goods or snacks sold which were excellent and did not contain hidden defects.

This is in accordance with QS Al Muthaffifiin 1-3, which says *"Great accidents for people who cheat, (i.e) people who when they receive a dose from others they ask to be fulfilled, and if they measure or weigh for others, they reduce "*. QS An-Nahl: 116 states *"And do not say against what your tongues say is a lie" This is permitted and this is forbidden "*, to invent lies against God. Surely those who invent lies against Allah are not lucky. " QS Al-Mu'minuun: 51 says *"Eat by you good food (halal) and do good deeds". "If the item is damaged, say it is damaged, do not hide it. If it's cheap, don't say it's expensive. If this item is bad, say bad, don't say good"*. (HR. Tirmidzi).

The pricing based on the sharia marketing mix looks at determining a reasonable price, not too expensive and in accordance with market purchasing power. This is in accordance with the hadith which states *"Why don't you put the wetness on the foodstuff, so people know the situation. Whoever cheats, then he is not included in our group "* (HR. Muslim).

The foundation has never made a false request or false demand or najasy. Rasulullah SAW also prohibited the subject of najasy (false demand). *Najasy* transactions are forbidden because the seller asks other people to praise the goods or offer a high price so that other people are interested in buying. In fact, the bidder himself does not intend to actually buy the item. He just wants to cheat other people who really want to buy. Previously, this person had entered into

an agreement with the seller to buy at a high price so that there were real buyers at a high price also with the intention to be deceived. The result is of course a false request or false demand.

The implementation of promotional aspect based on the sharia marketing mix seemed to be honest in providing product information. It must be in accordance with sharia compliance which reflects truth, fairness and honesty to the community. All information related to products must be disclosed transparently and openly so that there is no potential element of fraud and cheating in conducting promotions. Promotions that are not in accordance with quality or competence, for example promotions that display imaginations that are too high for consumers are included in the practice of deception and lies.

This is in accordance with the hadith of the Prophet who says *"Traders who are honest and trustworthy will be with the prophets, the truly sincere people and the martyrs (HR. Tarmidzi and Ibn Majah)". "Allah will give His mercy to everyone who behaves well when selling, buying, and making a statement (HR. Bukhari)". "False oaths destroy merchandise and eliminate the blessing of work (HR. Bukhari and Muslim)". "Woe to merchant who likes to say: 'yes, by Allah' or 'no, by Allah'. Woe to the worker who is putting off work until tomorrow or the day after tomorrow (HR. Anas r.a) "*.

The implementation of the place / distribution aspect based on the sharia marketing mix could be seen from the absence of cutting the distribution channel with the intention that prices rise. Precisely in this case the active role of universities in providing knowledge and skills in determining marketing strategies for those who had relatively small capital.

The implementation of people based on the sharia marketing mix could be seen in the placement of human resources that was not yet optimal since the business is still relatively small. The implementation of the process aspect based on sharia marketing mix seemed that the marketing process was still relatively traditional, relying only on door to door marketing. The implementation of physical evidence aspect based on the sharia marketing mix, looks at testimonials from customers who made the products that were still in a simple pattern.

From the above description, it can be seen that the implementation of the community economic development program through the procurement of snack mix production tools based on sharia marketing mix in the Baitussalam foundation Jabon Sidoarjo had not been optimum yet. The implementation of the sharia marketing mix on the product has shown *halal*. The price given was reasonable and there was not an attempt to seek excess profits. Promotion was done honestly, although it was still traditional through door to door.(Birbeck & Kalichi, 2004). Place / distribution according to the target market without cutting off distribution channels. Placement of human resources was not optimal. It still needed the assistance in implementing the right man on the right place. The process or mechanism, starting from offering products to the effective and efficient handling of customers sharia marketign complaints needed to be developed and improved. Physical evidence was intangible, could not be measured clearly. It was still in the form of testimonies from the customers. The recommendation proposed is that the assistance is needed to understand the change in the work system that adjusts to current conditions.

CONCLUSION

The implementation of the community economic development program through the procurement of a sharia marketing mix-based through snack production machinery at the Baitussalam foundation Jabon Sidoarjo has not been optimum yet. The purchase of new production machinery has not meet with the awareness to change to the management and marketing system.

Recommendation

A personal approach is needed so that the partners eager to improve their management and marketing systems.

Acknowledgment

The writer would like to thank Kemenristekdikti for providing moral support and funds for this community service program.

REFERENCES

- Ahmed, S. (2015). The Effects Of Marketing Mix On Consumer Satisfaction: A Literature Review From Islamic Perspectives. *Turkish Journal Of Islamic Economics*. <https://doi.org/10.15238/Tujise.2015.2.1.17-30>
- Asih, S., & Asih, S. (2015). Marketing Strategy Implementation in Developing Sharia Tourism in Indonesia. *International Proceedings of Economics ...*
- Baker, M. J. (2016). The marketing mix. In *The Marketing Book: Seventh Edition*. <https://doi.org/10.4324/9781315890005>
- Birbeck, G. L., & Kalichi, E. M. N. (2004). Epilepsy prevalence in rural Zambia: A door-to-door survey. *Tropical Medicine and International Health*. <https://doi.org/10.1046/j.1365-3156.2003.01149.x>
- Gombolay, M., Yang, X. J., Hayes, B., Seo, N., Liu, Z., Wadhwanian, S., ... Shah, J. (2018). Robotic assistance in the coordination of patient care. *International Journal of Robotics Research*. <https://doi.org/10.1177/0278364918778344>
- Havlík, P., Valin, H., Herrero, M., Obersteiner, M., Schmid, E., Rufino, M. C., ... Notenbaert, A. (2014). Climate change mitigation through livestock system transitions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*. <https://doi.org/10.1073/pnas.1308044111>
- Kasonde, M., & Steele, P. (2017). The people factor: An analysis of the human resources landscape for immunization supply chain management. *Vaccine*. <https://doi.org/10.1016/j.vaccine.2017.01.084>
- Lee, C. H., Wang, Y. H., & Trappey, A. J. C. (2015). Ontology-based reasoning for the intelligent handling of customer complaints. *Computers and Industrial Engineering*. <https://doi.org/10.1016/j.cie.2014.11.019>
- Maxwell, J. A., & Reybold, L. E. (2015). Qualitative Research. In *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences: Second Edition*. <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.10558-6>
- Pula, J. S., & Berisha, G. (2015). Defining Small and Medium Enterprises: a critical review. *Academic Journal of Business, Administration, Law and Social Science*. <https://doi.org/ISSN 2410-3918>
- Rao, A., & Wang, E. (2017). Demand for “Healthy” Products: False Claims and FTC Regulation. *Journal of Marketing Research*. <https://doi.org/10.1509/jmr.15.0398>
- Tieman, M. (2011). The application of Halal in supply chain management: In-depth interviews. *Journal of Islamic Marketing*. <https://doi.org/10.1108/17590831111139893>
- Zakaria, M., & Malek, N. A. A. (2014). Effects of human needs based on the integration of needs as stipulated in maqasid syariah and maslow’s hierarchy of needs on zakah distribution efficiency of asnaf assistance business program. *Jurnal Pengurusan*. <https://doi.org/10.17576/pengurusan-2014-40-04>

THE MODEL OF TRADE UNION ADVOCATION IN INDUSTRIAL RELATION DISPUTES BASED ON FORMAL TRUTH IN INDONESIA

Dr. Asri Wijayanti, S.H., MHⁱ, Dr. Slamet Suhartono, S.H., MHumⁱⁱ & Dr. Mahsun, M.Ag.ⁱⁱⁱ

ⁱ University of Muhammadiyah Surabaya. asri.wijayanti@fh.um-surabaya.ac.id

ⁱⁱ Untag Surabaya. slametsuhartono@untag-sby.ac.id

ⁱⁱⁱ University of Muhammadiyah Surabaya. mahsunjayady@yahoo.co.id

ABSTRACT

The problem in this study is the incapacity of workers or trade unions to resolve industrial relations disputes that deprive of their rights. The unresolved industrial relation disputes could be a cause of strikes, lock outs, rallies, demonstrations, defamation, destruction the property of others, until the loss of lives. These negative impacts greatly affect the peacefulness and comfort of work, national security and stability. These problems can be overcome by giving the advocacy for workers or trade unions in dealing with industrial relations disputes. An appropriate model of advocacy on workers or trade unions in formal truth-based industrial relations disputes in Indonesia would be an alternative solution to achieve social justice for workers or trade unions. The purpose of this study is to develop an advocacy model for workers or trade unions in formal truth-based industrial relations disputes in Indonesia. The research method uses a research and development approach that is carried out on industrial relations legal subjects (employers, workers, government and community) in seven provinces; DKI Jakarta, East Java, West Java, East Nusa Tenggara, West Nusa Tenggara, North Sumatra, and East Kalimantan. The achievement was the advocacy models for workers or trade unions in formal truth-based industrial relations disputes in Indonesia. The results of this study was the advocacy model for workers or trade unions in formal truth-based industrial relations disputes in Indonesia which were conducted legal personal, network and structural. Legal personal advocacy models can be carried out through the provision of legal services or non-litigation and or litigation legal assistance. Training on material and formal labor law must be carried out to provide an understanding of the importance of formal truth as a basis for resolving industrial relations disputes. The network advocacy model can be carried out with a pattern of cooperation between industrial relations legal subjects (employers, workers, government) with universities and non-government organizations (NGOs). The structural advocacy model can be carried out through the active role of universities and or NGOs in the process of creating regulations or policies at the central, regional and or village level. The resulting recommendation was that it was necessary to regulate the active role of the community in the process of creating labor regulations, especially related to the solving of industrial relations disputes.

Keywords: industrial relations disputes, advocacy, legal personal, networking.

BACKGROUND

Work relations are the basis for industrial relations. Industrial relations cannot run well, when industrial relations disputes occur. Unfinished industrial relations disputes, can be a cause of strikes (Kennan, 2015), lock outs, demonstrations or blasphemy (Saiya, 2017), demonstrations (Donovan, Poole, Boyes, Redgate, & March, 2015), defamation (Mills, 2015), destruction of other properties, until the loss of life (Woodson, 2018). This negative impact greatly affects the peaceful and comfort of work, national security and stability. Unresolved industrial relations disputes can cause social conflicts (Grossmann et al., 2010). Industrial relations disputes are disputes that occur between workers or trade unions and employers. Law 2/2004 only limits industrial relations disputes in industrial relations disputes (including disputes over rights, interests, layoffs, between trade unions). Labor disputes must be resolved in order to create harmonious industrial relations. Harmonious industrial relations can be a factor of peaceful

and comfort work, security and national stability. One effort to resolve industrial relations disputes is through advocacy for workers or trade unions. An appropriate model of advocacy on workers or trade unions in industrial relations disputes in Indonesia will be an alternative solution to achieve social justice for workers or trade unions. From the description above, this study arises on the finding of what is the appropriate advocacy model for workers or trade unions in industrial relations disputes in Indonesia?

RESEARCH METHODS

The research method uses a research and development approach that is carried out on industrial relations legal subjects (employers, workers, government and community) in seven provinces (DKI Jakarta, East Java, West Java, East Nusa Tenggara, West Nusa Tenggara, North Sumatra, East Kalimantan). The achievements are in the form of advocacy models for workers or trade unions in formal truth-based industrial relations disputes in Indonesia.

LITERATURE REVIEW

Industrial relations disputes are defined in Law 2/2004 as industrial relations disputes, which include disputes over rights, interests, layoffs and between trade unions in one company. Industrial relations disputes must be resolved immediately. Providing correct information is very important in this era of globalization and revolution 4.0, it is very important to overcome the problems in society (Roblek, Meško, & Krapež, 2016).

The purpose of resolving industrial relations disputes is to achieve peaceful workplace, work comfortability and national stability. All of them are means to move towards an equitable Indonesian labor law system (Allen, 2016). The importance of harmonization of workers-entrepreneurs in industrial relations in the national interest (Cholette, 2017). Various labor cases have not been able to provide a sense of justice for their parties such as the case of PT BRI retirees and child labor (Wijayanti, Hidayat, Hariri, Sudarto, & Sholahuddin, 2017), the right of association, and so on. Industrial relations disputes then must be resolved.

The existence of evidence will highly determine the level of industrial relations dispute resolution. Various approaches can be taken as efforts to resolve industrial relations disputes, for example, based on restorative justice (Scriven, 2017) or formal truths. Advocacy is an action that can be carried out by a third party to workers or trade unions experiencing labor or industrial relations problems.

The advocacy model for workers / unions in industrial relations disputes can be done legally, networked and structurally. The personal legal advocacy model can be done by providing legal services or legal assistance in a non-litigation and or litigation. In the litigation process, the parties contradict each other, besides that the litigation dispute resolution is the final means (ultimum remedium) after the other alternative dispute resolution has not produced results.

Providing non-litigation legal services are in the form of consultation, conciliation, mediation or expert judgment. Consultation : an action that is "personal" between a certain party (client) with another party who is a consultant, where the consultant gives the opinion to the client in accordance with the needs and wants of client.(Mason, 2015). Negotiation: an effort to resolve disputes between parties without going through a court process with the aim of reaching mutual agreement on the basis of more harmonious and creative cooperation. Mediation : a way to resolve disputes through a negotiation process to obtain the agreement of the parties with the assistance of the mediator.(Mason, 2015)

The advocacy model for workers or trade unions in industrial relations disputes can be carried out by networking through a "tiered accompaniment" pattern. Starting from the smallest or lowest region to the larger or highest region or the center. Every case of industrial relations disputes is first handled by the company-level trade unions with the aim of the company-level trade unions to know more about the problem. If the company level cannot complete, it will

proceed to the federation or confederation level. An example using a network facilitation pattern is the Indonesian Confederation of Trade Unions (Konfederasi Serikat Pekerja Indonesia=KSPI).

The advocacy model for workers /unions in industrial relations disputes can be structurally carried out by the government. Assistance model conducted by the Regency or City Government by escorting and coordinating with the relevant government official. In other words, the model approach taken by the Regency or City government is more inclined to the bureaucratic institutional approach and not sociologically cultural. This structural approach to the bureaucracy will in fact be very rigid if applied when handling industrial relations disputes because there is no personal closeness between the companion and the troubled worker.

One of the settlements of industrial relations disputes can be overcome through advocacy based on formal truth. The emphasis on formal truth because industrial relations disputes are part of the field of civil law. Settlement of civil law is emphasized on formal truth. Formal truth is truth that is based on evidence

Evidence in civil procedural law consists of letters or writings or deeds, witnesses, allegations, confessions and oaths.¹ Deed is divided into two, authentic and under hand deeds. A witness is a person who sees, experiences or hears the case. However, the Constitutional Court has expanded the meaning of witnesses, including those who know something about someone else's events. To witnesses, there is the principle of *unus testis nullus testis* (one witness is not a witness). In this case if there were ten witnesses, it was also counted as one if the witnesses who met the material requirements were only one person.²

Estimation tools (presumptie, vermoeden) are among those minimally explained in the HIR, so that they require a more detailed explanation on the formation of civil procedure law in the future. According to Article 1915 BW (Civil Code), prejudice are conclusions which by law or by a judge are drawn from a well-known event towards an unknown event. There are allegations based on the law and some are not based on the law. Judges' presumption has free power. The freedom of the judge to do the suspicion is not without conditions,³ for example, regulates the way judges withdraw suspicion. This article, plus Article 173 HIR, gives a warning to judges to be careful about withdrawing suspicion.

Confession (Article 1866 of the Civil Code and Article 164 HIR) of value as evidence under Article 1923 Civil Code and Article 174 HIR is (i) a statement or explanation submitted by one party to another party in the examination of a case; (ii) the statement or explanation is made before the judge or in the hearing; or (iii) the statement is a confession that what the opposing party is doing is true in part or in whole. Confession can be done verbally or in written form. Confession delivered by the parties directly in front of the judge will be very powerful. But recognition through legal counsel is also justified. Article 174 of the HIR states: "Confessions made before a judge are sufficient evidence to incriminate the person claiming them, whether expressed alone or with the assistance of another person specifically authorized for this purpose."

In addition to the breaker oath, supplementary oaths are also known (suppletoire eed) and the estimator oath (aestimatoire eed). An additional oath is an oath ordered by a judge to one of the parties to make the oath so that with the oath the case can be decided or the amount of money can be granted.⁴

In line with the modernization, evidence has evolved, namely electronic evidence. Electronic Information and / or Electronic Documents and / or their printouts are legal evidence,

¹ See Article 164 of Herzien Inlandsch Reglement / HIR.

² See Article 169 HIR.

³ See Article 1922 Civil Code

⁴ See Article 1940 Civil Code.

which is an extension of legal evidence in accordance with the applicable Procedure Law in Indonesia. Likewise, Electronic Signature, has legal force and legal consequences as long as they meet the following requirements:

- a. the data on making Electronic Signature related only to Signatories;
- b. the data on the making of an Electronic Signature when the electronic signing process is only within the power of a Signatory;
- c. any changes to the Electronic Signature that occur after the time of signing can be known
- d. all changes to Electronic Information related to the Electronic Signature after the signing time can be known;
- e. there are certain methods used to identify who the Signer is; and
- f. there are certain ways to show that the Signatory has given approval to the related Electronic Information

The provisions in the Civil Code and the ITE Law show that agreements made electronically have the same strength as agreements signed by the direct parties (with the direct presence of the parties). Likewise with the strength of proof, electronic and record agreements will have the same proof of strength with agreements signed directly by the parties.

ANALYSIS

The advocacy model for workers or trade unions in formal truth-based industrial relations disputes in Indonesia is based on civil evidence and its development on electronic information evidence. The ability to know, understand and possess civil evidence is often not yet important for workers or trade unions. Labor cases that arise in the community often begin with the absence of evidence in an employment relationship. Training on material and formal labor law must be conducted to provide an understanding of the importance of formal truth as a basis for efforts to resolve industrial relations disputes. The obligation to register work agreements with the local labor office has not yet been fully implemented. The absence of sanctions for violations has resulted in suboptimal performance of labor inspectors.

The advocacy model for workers or trade unions in industrial relations disputes in Indonesia can be done through legal personal, networking, and structural. The personal legal advocacy model can be done through providing legal services or legal assistance in a non-litigation and or litigation. The provision of legal services or legal assistance on a non-litigation basis consists of consultation, conciliation, mediation or expert judgment. Providing legal services or legal assistance in litigation in general courts, state administrative courts or industrial relations courts.

The network advocacy model can be carried out with a pattern of cooperation between industrial relations legal subjects (employers, workers, government) with universities and Non-Government Organizations (NGOs). Dissemination of assistance in the size of the case can also be considered. In small cases, efforts can be made to resolve industrial relations disputes at the level of the union work unit (PUK) leader. Increased to middle scale is handled by the Federation of Trade Unions. Large scale covering national issues are handled by confederations.

The structural advocacy model can be carried out through the active role of universities and or NGOs in the process of making regulations or policies at the central, regional and / or village level. The process of making regulations can involve all elements of society, including trade unions.

CONCLUSION

The advocacy model for workers or trade unions in industrial relations disputes in Indonesia can be done through legal personal, networking, and structural. The advocacy model for workers or

trade unions in formal truth-based industrial relations disputes in Indonesia is based on civil evidence. The personal legal advocacy model can be done through providing legal services or legal assistance in a non-litigation and or litigation. Training on material and formal labor law must be carried out to provide an understanding of the importance of formal truth as a basis for efforts to resolve industrial relations disputes. The network advocacy model can be carried out with a pattern of cooperation between industrial relations legal subjects (employers, workers, government) with universities and Non-Government Organizations (NGOs). The structural advocacy model can be carried out through the active role of tertiary institutions and or NOGs in the process of making regulations or policies at the central, regional and / or village level.

Recommendation

The resulting recommendation is that it is necessary to regulate the active role of the community in the process of making labor regulations, especially related to the resolution of industrial relations disputes. Revision of labor legislation is on the additional sanctions for violations of legal liability.

Acknowledgment

The writer would like to thank Kemenristekdikti for providing moral support and funds for this community service program.

REFERENCES

- Allen, E. R. (2016). Analysis of Trends and Challenges in the Indonesian Labor Market. *Asian Development Bank (ADB) Paper on Indonesia*.
- Cholette, G. (2017). Industrial and Labor Relations Review. *Relations Industrielles*. <https://doi.org/10.7202/1023274ar>
- Donovan, C. L., Poole, C., Boyes, N., Redgate, J., & March, S. (2015). Australian mental health worker attitudes towards cCBT: What is the role of knowledge? Are there differences? Can we change them? *Internet Interventions*. <https://doi.org/10.1016/j.invent.2015.09.001>
- Grossmann, I., Na, J., Varnum, M. E. W., Park, D. C., Kitayama, S., & Nisbett, R. E. (2010). Reasoning about social conflicts improves into old age. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*. <https://doi.org/10.1073/pnas.1001715107>
- Kennan, J. (2015). Strikes. In *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences: Second Edition*. <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.94001-7>
- Mason, D. (2015). Alternative dispute resolution trial. *Veterinary Record*. <https://doi.org/10.1136/vr.h2560>
- Mills, A. (2015). The law applicable to cross-border defamation on social media: Whose law governs free speech in 'facebookistan'? *Journal of Media Law*. <https://doi.org/10.1080/17577632.2015.1055942>
- Roblek, V., Meško, M., & Krapež, A. (2016). A Complex View of Industry 4.0. *SAGE Open*. <https://doi.org/10.1177/2158244016653987>
- Saiya, N. (2017). Blasphemy and terrorism in the Muslim world. *Terrorism and Political Violence*. <https://doi.org/10.1080/09546553.2015.1115759>
- Scriven, G. (2017). Restorative justice. In *Understanding Inclusion: Core Concepts, Policy and Practice*. <https://doi.org/10.4324/9781315279893>
- Wijayanti, A., Hidayat, N. A., Hariri, A., Sudarto, & Sholahuddin, U. (2017). Framework of child laborers legal protection in marginal communities. *Man in India*.
- Woodson, T. (2018). Weapons of math destruction. *Journal of Responsible Innovation*. <https://doi.org/10.1080/23299460.2018.1495027>

التعامل مع الخلاف الفقهي بمنظور الرأي المقاصدي: تأسيس الإمام الشاطبي قواعد الأصول على القطع في كتاب الموافقات

محمد نجيب بن عبد الله

كلية الشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

ملخص البحث

هذه الدراسة عن جهود الإمام الشاطبي في تقريب وجهة نظر الفقهاء والأصوليين في المسائل التي تقبل التقارب والاتحاد، ومحاولة لتقليص فجوة الاختلاف وحصره، وذلك عبر قراءة كتابه النفيس "الموافقات في أصول الشريعة"، حيث تميّزت طريقة الشاطبي الأصولية في معالجة هذا الموضوع من خلال اقتراح قواعد أصولية بديلة، أو تعديل بعضها من مباحث علم الأصول. واعتمدت الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك بتتبّع ما أورده الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات وجمع المعلومات ذات العلاقة بالموضوع وتحليلها، كما استخدمت المنهج المقارن لمقارنة آراء الإمام بغيره، لإبراز ما للإمام وما عليه، وللتأكد من سلامة نتائج التّنزيل والتّطبيق. وتوصّلت الدراسة إلى أنّ قضية القطع هي الغاية المتوخاة من تحقيق علم أصول الفقه وفنونه، حتى تنتظم الأصول على القواعد، وتتناسق الأحكام مع الأدلة، وتتنظم آلية الاجتهاد الشرعي من خلال تضييق قاعدة الخلاف والجدال وجهود الإمام الشاطبي في هذا الصّدد منسوبة على تأسيس قواعد الأصول على القطع، وأخيراً خلّصت الدراسة إلى أنّ هذا العمل نافع وينبغي أن توجه تجاهه أقلام العلماء والباحثين.

مقدمة: أهميّة القطع في الفكر الأصولي

أصول الفقه في الحقيقة هي أساس الفقه وعليه يبني الصّرح الفقهي، وبناءً على هذا، كلّما كان الفقه مؤسساً على القواعد الأصولية؛ كان حظّه من الصّواب أكثر؛ وبالعكس، كلّما كان بعيداً عن قواعد هذا العلم؛ كان حظُّ الصّواب فيه ضعيفاً أو معدوماً. ويرى الإمام الشاطبي أنّه بما أنّ لأصول الفقه هذه المكانة وهذه المرجعية الفقهية؛ فلا بدّ من اتسامها بالقطع، أو ما هو قريب من القطع، ولا يمكن أن تكون منها مسائل لم تبلغ القطع، أو ما هو قريب منه. فالقواعد الظنّية ينبغي أن تطرح، ولا تعتمد في البناء الفقهي، لأنّها لا تأتي إلّا بأحكام مختلفة، بينما القواعد القطعية لا تنتج إلّا رأياً واحداً، وحكماً واحداً. وبهذه المحاولة أراد الإمام معالجة أصل إشكال الخلاف من جذوره، وذلك بتجفيف ينابيعه ومصادره المثمرة له¹.

¹ الزنكي، صالح قادر كريم حسن، التعامل مع الخلافات المذهبية، قراءة في كتاب الموافقات للإمام الشاطبي نموذجاً (بحث غير منشور)، ص ٧.

تأسيس القواعد الأصولية على القطع

لقد كانت قضية القطع من المسائل التي أثارها المدرسة الكلامية والفقهية وأخذت بعداً هاماً في الفكر الأصولي فيما بعد، وذلك في طرحهم: هل قواعد أصول الفقه قطعية أم ظنية؟ ولعلَّ الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) في اهتمامه بروح القطع الأصولي - وإن لم يذكره لفظاً^٢ - قد نجح في تجلية الأمر، ويمكن أن يُرى ذلك في المصطلح الذي استعمله الشافعي في أكثر من موضع في رسالته الأصولية، وهو مصطلح "الإحاطة"، الذي أراد به القطع^٣، حيث قال: "فالإحاطة منه ما كان نصَّ حكم الله أو سنة لرسول الله ﷺ نقلها العامّة عن العامّة، فهذان السبيلان اللذان يُشْهَدُ بهما فيما أُحِلَّ أنّه حلالٌ، وفيما حُرِّمَ أنه حرام، وهذا الذي لا يَسْعُ أحداً عندنا جهله ولا الشكُّ فيه"^٤، وكذلك مداخلة الإمام الجويني (ت ٤٧٨هـ)؛ قد ساعدت كثيراً في إثراء مناقشة هذا الموضوع عندما اعتبر أن: "معرفة الترتيب من أظهر الأعوان على درك مضمون العلوم القطعية"^٥. وتابع ذلك أبو الوليد الباجي (ت ٤٧٤هـ) فيقول: "فإنَّ الفقهاء والأجلاء والأئمة قد اختلفوا في أصول الفقه التي توجب العلم والقطع، مثل اختلافهم في العموم والأمر..."^٦.

وقضية القطع هي الغاية المتوخاة من تحقيق علم أصول الفقه وفنونه، حتى تنتظم الأصول على القواعد، وتتناسق الأحكام مع الأدلة، وتتنظم آلية الإجتهد الشرعي من خلال تضيق قاعدة الخلاف والجدال^٧.

١ - مفهوم القطع

تعريف القطع لغته: القطع أصل صحيح واحد يدلُّ على صرم وإبانة شيءٍ من شيءٍ وفصله عنه، يقول ابن منظور: "القطع هو إبانة بعض أجزاء الجرم من بعض فصلاً"^٨. وهو في الأصل الفصل بين متركبين، ثمَّ يستعار في مواضع تدلُّ عليها القرينة. من ذلك قولهم: فَطَعَهُ فَطْعاً وَمَقْطَعاً وَتَقْطَاعاً: أي أبانه. وقال التَّهَانُوي: "القطع فصل

^٢ استخدم الشافعي كلمة "القطع"، لكن كان سياقها فقهياً وليس أصولياً، فقد استعملها عندما تكلم عن عقوبة السرقة وحدها وهو قطع يد السارق، وكذلك في مواضع متعددة في كتاب الشافعي. انظر: صلاحات، سامي محمد، **القطع والظن في الفكر الأصولي دراسة في الأصول والفكر والممارسة** (بيروت: مكتبة الفلاح، ط ١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، ص ٦٩.

^٣ انظر: المرجع نفسه، ص ٧٠.

^٤ الشافعي، الرسالة، ص ٤٧٨.

^٥ الجويني، الإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، **البرهان في أصول الفقه**، تحقيق: عبد العظيم الديب (المنصورة: مطابع الوفاء، ط ٤، ١٤١٨هـ)، ج ١ ص ٥٦٢.

^٦ الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، **إحكام الفصول في أحكام الأصول**، تحقيق ودراسة: عبد الله محمد الجبوري (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، ص ٦٣٢.

^٧ الصلاحات، **القطع والظن في الفكر الأصولي**، ص ١١.

^٨ ابن منظور، **لسان العرب**، ج ٨ ص ٢٧٦.

الجسم بنفوذ جسم آخر فيه"^٩. وهو مصدر قطعت الحبل قطعاً فانقطع. ومنه قوله تعالى: (وَقَطَعْنَا لَهُم فِي الْأَرْضِ
أُمَّماً مِنْهُمْ الصَّالِحِينَ وَمِنْهُمْ دُونَ ذَلِكَ) [سورة الأعراف: ١٦٨] أي فرقناهم فرقاً. وبناءً على ذلك، فإنَّ القطع قد
يأتي بمعنى حسِّي تدركه الحواس، كما يأتي أيضاً بمعنى معنوي يدركه العقل. يقول الرَّاغِبُ: "القطع فصل الشَّيء
مدركاً بالبصر كالأجسام، أو مدركاً بالبصيرة كالأشياء المعقولة"^{١٠}.

تعريف القطع اصطلاحاً: الدلالة الاصطلاحية للقطع دلالة معنوية بخلاف الدلالة اللغوية التي تؤدي
معنى حسياً. وعند أهل المعاني القطع "هو الفصل لكون عطف الجملة الثانية على الأولى موهماً لعطفها على غيرها
مما يؤدي إلى فساد المعنى، وإنما سُمِّي قطعاً لأنَّ الجملتين كانت متصلتين لوجود التناسب والجامع فقطعهما مانع،
فالفصل فيه كأنه قطع متصل"^{١١}. كما يأتي القطع في الكلام، فتقول: الكلام مقطوع عمَّا قبله لفظاً ومعنى.

ومن المعاني التي ذهب إليها الأصوليون في تعريفهم المقطوع: "اللفظ الدال دلالة لا تحمل التأويل"^{١٢}.
وينقل أيضاً عن الأصوليين أنهم كانوا يستعملون مصطلح القطع في معنيين:

أحدهما نفي الاحتمال أصلاً.

والثاني وهو أعمُّ من الأول، نفي الاحتمال النَّاشي عن الدليل، باعتبار أنَّ الاحتمال النَّاشيء عن دليل
أخصُّ من مطلق الاحتمال، ونقيض الأخصِّ أعمُّ من نقيض الأعمِّ"^{١٣}.

وتكلَّم جمهور المتكلمين عن القطع، ومنهم الإمام الجويني حيث قال: "فأما الذي يفضي إلى القطع فمنه
أدلة العقل، ومنه النُّصوص المقطوع بها التي لا تقبل التأويل والصَّرْف عن مقتضاها وفحواها لا حقيقةً ولا
مجازاً..."^{١٤}.

وقد أفصح نجم الدين الطُّوبِي (ت ٧١٦هـ) عن معنى القطع من خلال شرحه للروضه لابن قدامة
(ت ٧٢٠هـ) في كثير من المواضع، يقول: "القطعية ما وجب اعتقاد الحكم فيها قطعاً، ولم يجز اعتقاد نقيضه ولا

^٩ التَّهَانُوي، محمد علي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، عبد الله الخالدي (بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، ط ١،
١٩٩٦م)، ج ٢ ص ١٣٣٢.

^{١٠} الرَّاغِبُ الأصفهاني، الحسين بن محمد، مفردات في غريب القرآن (القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية، د. ط، ١٩٧٠م)، ص ٦١٥.

^{١١} التَّهَانُوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج ٢ ص ١٣٣٢.

^{١٢} ابن الجوزي، محيي الدين يوسف بن عبد الرحمن (ت ٦٥٦هـ)، الإيضاح لقوانين الاصطلاح في الجدل والمناظرة، تحقيق: محمود بن محمد السيد
الدغيم (القاهرة: مكتبة مدبولي، ط ١، ١٩٩٥م)، ص ١١٠، ١٤٤.

^{١٣} انظر: ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية (تونس: الشركة التونسية للتوزيع، ط ١، ١٩٧٨م)، ص ٨٤.

^{١٤} الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله، كتاب التلخيص في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله جولم النيبالي، شبير أحمد العمري (بيروت: دار
البشائر الإسلامية، ط ١، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م)، ج ٢ ص ٩٩.

جوازه، وإن كان محتملاً، فما دلَّ عليه دليل قاطع لا يحتمله الخلاف، أو احتمله احتمالاً ضعيفاً ليس له من القوَّة ما يعول عليه لأجله فهو قطعي^{١٥}.

فكرة القطع عند الشَّاطِبي

وُجِدَ قبل الإمام الشَّاطِبي من حاول تأسيس القواعد الأصولية على القطع، ومن هؤلاء العلماء السَّابِقين إمام الحرمين، وهو يقول في هذا الصَّدَد: "إن قيل فما هو أصول الفقه؟ قلنا: هي أدلته، وأدلة الفقه هي الأدلة السَّبعة، وأقسامها نصُّ الكتاب، ونصُّ السنَّة المتواترة، والإجماع، ومستند جميعها قول الله تعالى، ومن هذه الجهة نستمدُّ أصول الفقه من الكلام. فإن قيل: تفصيل أخبار الآحاد والأقيسة لا يلفى إلا في الأصول، وليست قواطع، قلنا: حظُّ الأصولي إبانة القطع في العمل بها، ولكنَّه لا بدُّ من ذكرها ليتبيَّن المدلول ويرتبط الدليل به^{١٦}.

وأتى دور الإمام الشَّاطِبي في هذا المجال في تحديد القطع في كليات الدِّين وأصوله الإجمالية، وخصَّص المقدمة الأولى من مقدِّمات الموافقات للاستدلال على "أنَّ أصول الفقه في الدِّين قطعية لا ظنية، والدليل على ذلك أنَّها راجعة إلى كليات الشريعة، وما كان كذلك فهو قطعي^{١٧}". والإمام حينما عرض هذا الفكر الأصولي الجديد، وهو بذلك يجعل قضية القطع أو اليقين مسألة محورية في مشروعه.

وبهذه المناسبة، ذهب عبد المجيد الصَّغِير إلى القول بأنَّ بعض مباحث المقاصد مثل قضية القطع واليقين تشكَّل مشروع الإنقاذ المعرفي، فيقول: "لقد فتح الشَّاطِبي... في علم الأصول الطَّرِيق المضمون اليقين، الموصل مباشرة إلى إدراك مقاصد الشَّرع وحكمته، وذلك بفعل تغيُّر منهجي عميق، كان الشَّاطِبي خلاله واعياً، منذ البداية، بضرورة مراجعة علم أصول الفقه، ونقد أدبياته المتأخِّرة خاصة، مبيِّناً حدود الاستفادة منها، وضرورة تطويرها لأجل إنقاذ علم الأصول ذاته، ما دام علماء الأصول قد ظلُّوا في غفلة عن القيمة الإجرائية للمقاصد الكلية في الخطاب الشرعي^{١٨}". هذا الفهم تؤكِّده إشارات أخرى وضعها الشَّاطِبي يبيِّن فيها أنَّ نظرية المقاصد تتمثَّل فعلاً مشروع تطوير لعلم الأصول.

وقد جاء العلامة التُّونسي محمَّد الطَّاهر بن عاشور (ت ١٣٩٣هـ) مؤكِّداً على التَّوجُّه نفسه الذي قال به الشَّاطِبي، وقال في كتابه "مقاصد الشريعة الإسلامية": "أعظم ما يهْمُ المتفقِّهين إيجاد ثلة من المقاصد القطعية،

^{١٥} الطوفي، نجم الدِّين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي، شرح مختصر الرُّوضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، ج ٣ ص ٦١٦.

^{١٦} الجويني، البرهان في أصول الفقه، ج ١ ص ٧٨-٧٩. انظر: الصغير، عبد المجيد، الفكر الأصولي وإشكالية السلطة العلمية في الإسلام (بيروت: دار المنتخب العربي، ط ١، ١٩٩٤)، ص ٤٧٤. وانظر: الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم في التياث الظلم، وضع حواشيه خليل المنصور (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ٢٠٠٣م/١٤٢٤هـ)، ص ٢١٢-٢١٨.

^{١٧} الشَّاطِبي، الموافقات، ج ١ ص ١٩.

^{١٨} الصغير، الفكر الأصولي وإشكالية السلطة العلمية في الإسلام، ص ٤٧٠.

ليجعلوها أصلاً يصار إليه في الفقه والجدل^{١٩}. وقال أيضاً: "فينبغي أن نقول: إنَّ أصول الفقه يجب أن تكون قطعية، أي من حقِّ العلماء أن لا يدوّنوا إلا ما هو قطعي، إمّا بالضرورة، أو بالنظر القوي، وهذه المسألة لم تنزل معترك الأنظار"^{٢٠}.

إنَّ فكرة القطع عند الشاطبي مبنية على أساس أنَّ الأصل لا بدُّ أن يكون مقطوعاً به، لأنَّه إن كان مظنوناً تطرَّق إليه احتمال الاختلاف. وكذلك أمَّا ترجع إلى أصول عقلية وهي قطعية، والمؤلف من القطعيات قطعي؛ وذلك أصول الفقه. إنَّه لو كانت هي ظنية لم تكن راجعة إلى أمر عقلي، إذ الظن لا يقبل في العقلية، ولا في كليِّ شرعي، لأنَّ الظنَّ إنمَّا يتعلَّق بالجزئيات. إذ لو جاز تعلُّق الظنِّ بكليات الشريعة، لجاز تعلقه بأصول الشريعة لأنَّه الكليُّ الأول، وذلك غير جائز عادة. وإذا تحقَّق القطع، تحققت المصلحة تلقائياً، وإذا غاب القطع، غابت المصلحة القطعية وظهرت مصالح وهمية أو ظنية^{٢١}.

إضافةً إلى ذلك، فإنَّ القواعد الكلية في أصول الفقه هي أمُّ القواعد، تعرض عليها جزئيات لا حصر لها. فلا بدُّ أن تكون قطعية، وإلا انتشر الخلاف، وقد عبّر عن هذا المعنى بقوله: "الأصل على كلِّ تقدير لا بدُّ أن يكون مقطوعاً به، لأنَّه إن كان مظنوناً تطرَّق إليه احتمال الإخلاف، ومثل هذا لا يجعل أصلاً في الدين عملاً بالاستقراء والقوانين الكلية لا فرق بينها وبين الأصول الكلية". لأنَّها قائمة "مقام الحاكم على الأدلة، بحيث تطرح الأدلة إذا لم تجر على مقتضى تلك القوانين، فكيف يصحَّ أن تجعل الظنَّيات قوانين غيرها. ولا حاجة في كونها غير مرادة لنفسها، حتَّى يستهان بطلب القطع فيها، فإنمَّا حاکمة على غيرها، فلا بدُّ من الثقة بها في رتبها، وحينئذٍ يصلح أن تجعل قوانين... فالاصطلاح اطرّد على أنَّ المظنونات لا تجعل أصولاً، وهذا كاف في اطراح الظنَّيات من الأصول بإطلاق، فما جرى فيها ممَّا ليس بقطعي فمبني على القطعيّ تفرعاً عليه بالتبع، لا بالقصد الأوّل"^{٢٢}.

فيُضح من كلامه، أنَّه لو جاز جعل الظنِّي أصلاً في أصول الفقه، لجاز جعله أصلاً في أصول الدين، وليس كذلك باتفاق، فكذلك هنا، لأنَّ نسبة أصول الفقه من أصل الشريعة كنسبة أصول الدين وإن تفاوتت في

^{١٩} ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق ودراسة: محمد الطاهر الميساوي (البصائر للإنتاج العلمي)، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م)، ص١٥٧.

^{٢٠} المرجع نفسه، ص١١٠.

^{٢١} انظر: الشاطبي، الموافقات، ج١ ص٢٠.

^{٢٢} الشاطبي، الموافقات، ج١ ص٢١-٢٢. انظر أيضاً: تركي، عبد الحميد، مناظرات في أصول الشريعة الإسلامية بين ابن حزم والباغي، تحقيق: عبد الصبور شاهين (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، ص٤٨٩.

المرتبة، فقد استوت في كونها كليات معتبرة في كلِّ ملة، وهي داخلية في حفظ الدين من الصُّرورات. ولا جرم أن القول بقطعية قواعد أصول الدين أمر لا خلاف فيه عند العلماء^{٢٣}.

في رأي الشاطبي أن إهمال بعض القدامى من الأصوليين الإشارة إلى أهمية الاستقراء لأدلة الشريعة التفصيلية وقواعدها الكلية ومقاصدها العامة المفيدة للقطع، وقلة اعتنائهم بربط تلك الأدلة بعضها ببعض؛ قد جعلهم مقصّرين في تنبيه غيرهم من الخلف إلى قطعية الأدلة المستقراة من أصول الشريعة، بل إن ذلك الإهمال جعل المتأخرين في بحثهم عن كلِّ مسألة فقهية، أو أصولية بعيدين عن اليقين والاتفاق، قريبين من الظن والاختلاف والافتراق.

عمل الشاطبي في تأسيس القواعد الأصولية على القطع

من أجل ارتقاء المباحث الأصولية إلى القطع بغاية رفع الخلاف، أو وضع حدّ لتفاقمه بين الفقهاء اقترح الإمام الشاطبي بعض الإجراءات، منها ما يأتي:

أ - إعادة النظر في مفهوم القطع

إن القطع ينقسم إلى عقلي وشرعي وعادي^{٢٤}، وبيانها كما يأتي:

القطع العقلي: وهو ما كان واضحاً في البديهيات والأوليات العقلية التي يعتمدها كلُّ العقلاء، والتي لا تحتل إلاّ وجهاً واحداً، مثل القطع بكون الجزء أقلّ من الكلّ، أو الواحد نصف الإثنين، ونحو ذلك. يقول الطوي (ت ٧١٢هـ) في القطع بأنه: "الجزم الذي لا يحتمل النقيض في نفس الأمر باعتبار أن القواطع العقلية لا يختلف فيها"^{٢٥}.

القطع الشرعي: وهذا النوع من القطع يتعلّق بالشرعيّات بمختلف صورته وأشكاله، وعادة ما يطلق هذا القطع على الحكم الشرعيّ من خلال الثبوت والدلالة. فمن حيث الثبوت، وهو ما يعبر عنه عند علماء الشريعة بالمعلوم من الدين بالضرورة كوجوب الصلاة وفريضة الصيام الثابت بالنقل المتواتر المفيد لليقين، أمّا من حيث الدلالة، فهذا يختصُّ بالنصّ الدينيّ الذي لا يقبل التأويل والاجتهاد، كقوله تعالى: (الرَّائِيَةُ وَالرَّائِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ) [سورة النور: ٢].

^{٢٣} انظر: القراني، نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: محمد عبد القادر عطا (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)،

ج ١ ص ٤٧.

^{٢٤} الصلاحيات، القطع والظن في الفكر الأصولي، ص ٣٥٥.

^{٢٥} الطوي، شرح مختصر الروضة، ج ٣ ص ٣٠، ١٤٢.

القطع العادي: وهو ما يمكن تخلفه ولكن في حالات نادرة جداً، وهذا يختص بالأعراف والعادات البشرية المألوفة بين البشر، والتي قد تتخلف نظراً للعادة غير المحكّمة، وقد ضرب الشاطبي مثلاً فقهيّاً لهذا القطع، فقال: "كحفر البئر خلف باب الدّار في الظّلام، بحيث يقع الدّاخل فيه بلا بُدّ، وشبه ذلك" ^{٢٦}. ويمكن أن يمثّل أيضاً بالقطع الحاصل في العوائد بإحراق النّار، وطلوع الشّمس من مشرقها، وقطع السّكّين الحاد، ونحو ذلك.

وكان مراد الشّاطبيّ بالقطع في مبحثه الأصوليّ هو المعنى الثّاني لا الأوّل، أي هو القطع العاديّ الشرعيّ، ليس القطع العقليّ. وهو يفيد اليقين ويستفاد من القضايا الكلّيّة بطريق استقراء الأدلّة الشّرعيّة، ويتّصف بالاطراد، والثّبات والحاكميّة، وهذا ما جعل الشّاطبيّ يراجع النّظر في الآليات الاستدلاليّة المتداولة والمنقولة عن غيره من علماء الأصول، وقد ألحق بعض القواعد الأصوليّة بالقطع وكان السابقون عليه قد أحقوها بالظنّ. ويرى البعض أنّ أصول الفقه لا يتطلّب لها القطعيّات؛ لأنّها من الأحكام أقرب منه إلى أصول الدّين. ولهذا لا يفسق المخالف فيها ولا يبدع ^{٢٧}.

ويتردّد عند بعضهم أنّه لا سبيل إلى استفادة اليقين من الدلائل اللفظيّة إلا إذا اقترنت بها قرائن تفيد اليقين، سواء كانت تلك القرائن مشاهدة، أو منقولة إلينا بالتواتر. فعندهم كون قضايا علم الأصول كلّها قطعيّة قول غير صحيح على إطلاقه، وذلك يتّضح من اختلاف أنظار القدماء من الأصوليّين في مسائل كثيرة مثل المصالح المرسلّة، والاستحسان، والاستصحاب، والعرف. وحتىّ القياس والإجماع، وإن أخذ بهما الجمهور، إلا أنّ هناك من ينازع في حجّيتهما، فضلاً عن أنّ القواعد التي وضعها علماء الأصول لضبط الفهم والاستنباط من النّص لم تسلم من الخلاف، كما في مسائل العام والخاص، والمطلق والمقيّد، والنّاسخ والمنسوخ، والمنطوق والمفهوم إلخ.. وفضلاً عمّا تختصّ به السنّة من خلاف حول ثبوت خبر الآحاد منها، وشروط الاحتجاج به، سواء أكانت شروطاً في السّنند أو في المتن ^{٢٨}. وقال الدكتور يوسف القرضاوي: "وإذا كان مثل هذا الخلاف واقعاً في أصول الفقه، فلا نستطيع أن نوافق الإمام الشّاطبي على اعتبار كلّ مسائل الأصول قطعيّة، فالقطعي لا يسع مثل هذا الاختلاف ولا يحتمله" ^{٢٩}.

^{٢٦} الشاطبي، الموافقات، ج ٢ ص ٢٦٤.

^{٢٧} تركي، عبد المجيد، مناظرات في أصول الشريعة الإسلامية بين ابن حزم والباغي، ص ٤٩٠، انظر أيضاً: القرضاوي، يوسف، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية (الكويت: دار القلم، ط ١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م)، ص ٦٧-٧٠.

^{٢٨} القرضاوي، يوسف، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص ٦٧-٧٠، انظر أيضاً: الصلاحات، سامي محمد، القطع والظن في الفكر الأصولي، ص ٤٢٧.

^{٢٩} القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص ٦٩.

فقضايا علم الأصول -عندهم- ليست كلها قطعيةً، منها ما هو قطعي كالكليات المنصوصة في الكتاب والسنة مثل (لا ضرر ولا ضرار) ٣٠ الحديث، (ولا تزرُ وازرةٌ وزرٌ أخرى) [سورة فاطر: ١٨]، (وما جعل عليكم في الدين من حرج) [سورة الحج: ٧٨]، و(إنما الأعمال بالنيات) ٣١. فلا نزاع في قطعية هذه المعاني الواردة في تلك النصوص ولا اختلاف حوله.

واعترضوا على الشاطبي بأنه وإن كان قال في المقدمة الأولى من المقدمات التي مهّد بها كتابه الموافقات: "إن أصول الفقه في الدين قطعية لا ظنية والدليل على ذلك أنّها راجعة إلى كليات الشريعة وما كان كذلك فهو قطعي"، فإنّه قد قرّر في خاتمة هذه المقدمة أنّ ما كان ظنيّاً يطرح من علم الأصول، "وأنّ ما يذكر ممّا ليس بقطعي فمبني على القطعي تفرعاً عليه بالتبع" ٣٢، فيكون ذكره تبعاً.

ومن أجل تحرير محل النزاع ذهب كثير من العلماء المحرّرين إلى أنّ الخلاف في المسألة لفظي، أو عائد إلى عدم تحرير محل النزاع فقط ٣٣، والقائلون بأنّ "أصول" الفقه قطعية، ومنهم الشاطبي، يقصدون "أصول الأدلة" والقواعد الكلية للشريعة، ويعتبرون ما سوى ذلك من المباحث التفصيلية والاجتهادات التطبيقية، ليس من "أصول الفقه"، وإن بحث في علم أصول الفقه وكتبه. وأمّا القائلون بأنّ أصول الفقه تشتمل على كثير من الظنيات، فإنّما يتكلّمون عن "علم أصول الفقه"، حيث أدرجت فيه كثير من الظنيات، ودليل ظنيّتها كثرة الخلاف فيها، وهو ما سعى الشاطبي إلى إقصائه من "أصول الفقه"، وافتتح كتابه بالتأكيد على أنّ أصول الفقه قطعية لا ظنية ٣٤. وقد لاحظ الشاطبي الخلاف الحاصل في قطعية أصول الفقه، وأشار إلى أنّه خلاف اصطلاحيّ في الحقيقة، متعلّق بمعنى القطع من ناحية، ومعنى الأصول من ناحية أخرى ٣٥.

والأمر الذي ينبغي أن يفهم عندما يقال إنّ "أصول الفقه قطعية لا ظنية"، كما قال الشاطبي في "الموافقات"، وكما نقل الأنباري شارح البرهان ذلك عن العلماء قاطبة، بأنّ المقصود بذلك هو الأدلة الإجمالية

٣٠ أخرجه أحمد في مسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما، الشيباني، أحمد بن حنبل أبو عبد الله، مسند الإمام أحمد بن حنبل (القاهرة: مؤسسة قرطبة، د. ط، د. ت)، ج ١ ص ٣١٣، رقم الحديث: (٢٨٦٧). قال الحاكم: "هذا الحديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه". أنظر: الحاكم، محمد بن عبد الله أبو عبد الله النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١١/١٩٩٠م)، ج ٢ ص ٦٦.

٣١ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ع، ج ١ ص ٣، رقم الحديث: (١). وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب قوله ع: (إنما الأعمال بالنية)، ج ٣ ص ١٥١٥، رقم الحديث: (١٩٠٧).

٣٢ الشاطبي، الموافقات، ج ١ ص ٢٢.

٣٣ راجع مثلاً ما قاله الريبوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي (الرباط: دار الأمان، ط ١، ١٤١١/١٩٩١م)، ص ١٥٢.

٣٤ المرجع نفسه، ص ١٥٢.

٣٥ انظر: الصلاحيات، القطع والظن في الفكر الأصولي، ص ٤٢٩، الريبوني، المرجع السابق، ص ١٥٢. والصغير، الفكر الأصولي وإشكالية السلطة العلمية في الإسلام، ص ٣٥٢، ص ٥٠١.

للفقه، وإلا فإنّ تفرعات أصول الفقه، أو كثير من مباحثها ظني وليس قطعياً، وذلك كدلالة الأمر والنهي، وهل تنبئت اللّغة بالتّوقيف أم لا، وشروط النّاسخ والمنسوخ، ومسالك العلّة وطرق إثباتها، والسّبر والتّقسيم وغير ذلك.

الخلاصة

هذا وقد استأنف الإمام الشّاطبي قراءة القواعد الأصوليّة التي عدّ كثير منها من القواعد الأصوليّة الظنّيّة، وألحقها بالقواعد الأصوليّة القطعيّة، وبين أنّ الدليل الإجمالي (القاعدة الأصوليّة الكلّيّة) الذي هو موضوع أصول الفقه قطعيّ، ولا تؤثّر ظنيّة بعض الأدلّة التّفصيليّة (الدليل الجزئي الخاصّ بقضية ما) في أصل الدليل الإجمالي بالتّقصّ أو بالتّقصّ، وأثبت ثمة فرقاً واضحاً بين قطعيّة الأدلّة الإجماليّة، وبين وقوعها في تفاصيل الفروع والمسائل الفقهيّة^{٣٦}.

فالقرآن الكريم دليل قطعيّ إجمالاً، وقد تكون دلالة بعض نصوصه ظنيّةً، وكذلك السنّة النبويّة، وهي في جملتها أصل مقطوع بحجّيتها، وكذلك القول في بقية الأدلّة الكلّيّة كالقياس والمصالح المرسلّة وغيرها. ونصّ كلامه في هذا الأمر: "أنّ العمل بالقياس قطعيّ، والعمل بخبر الواحد قطعيّ، والعمل بالترّجيح عند التّعارض الدليلين الظنّيين قطعيّ، إلى أشباه ذلك. فإذا جئت إلى قياس معيّن لتعمل به، كان العمل ظنيّاً، أو أخذت في العمل بخبر واحد معيّن، وجدته ظنيّاً لا قطعياً، وكذلك سائر المسائل، ولم يكن قادحاً في أصل المسألة الكلّيّة"^{٣٧}.

وإذا كانت الأدلّة الإجماليّة قطعيّة فإنّ كلّ مجتهد يفرع على أصوله التي علمها قطعيّة، ولذلك فإنّ المقلّد حين يتبع ذلك المجتهد فإنّه متّبع لحكم شرعيّ مبنيّ على أصل عرف أنّه قطعيّ. هذه واحدة، أمّا الثّانية فإنّ التّقليد فيه مقدّمة وهي العمل بالظنّ أي ما ظنّه المقلّد أنّه حكم شرعيّ للمجتهد.

المصادر والمراجع

ابن الجوزي، محيي الدّين يوسف بن عبد الرّحمن (ت ٦٥٦هـ)، ١٩٩٥م. الإيضاح لقوانين الاصطلاح في الجدل والمناظرة، تحقيق: محمود بن محمد السيد الدغيم. القاهرة: مكتبة مدبولي، ط ١.

ابن عاشور، محمد الطاهر، ١٩٧٨م. مقاصد الشريعة الإسلامية. تونس: الشركة التونسية للتوزيع، ط ١،

ابن عاشور، محمد الطاهر، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م. مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق ودراسة: محمد الطاهر الميساوي. البصائر للإنتاج العلمي، ط ١.

^{٣٦} الزنكي، التعامل مع الخلافات المذهبية، ص ٧.

^{٣٧} الشاطبي، الموافقات، ج ٢ ص ٢١٥.

ابن منظور، محمد بن مكرم الأفرقي المصري، ١٩٩٩م. لسان العرب، تصحيح: أمين محمد عبد الوهاب، محمد الصادق العبيدي. بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ٣.

الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م. إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق ودراسة: عبد الله محمد الجبوري. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١.

تركي، عبد المجيد، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م. مناظرات في أصول الشريعة الإسلامية بين ابن حزم والباجي، تحقيق: عبد الصبور شاهين. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط ١.

التّهانوي، محمد علي، ١٩٩٦م. موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، عبد الله الخالدي. بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، ط ١.

الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله، ١٤٢٤هـ. غياث الأمم في التياث الظلم. وضع حواشيه خليل المنصور. بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢.

الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م. كتاب التلخيص في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله جولم النيبالي، شبير أحمد العمري. بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط ١.

الجويني، الإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، ٤١٨هـ. البرهان في أصول الفقه، تحقيق: عبد العظيم الديب. المنصورة: مطابع الوفاء، ط ٤.

الحاكم، محمد بن عبد الله أبو عبد الله النيسابوري، ٤١١هـ/١٩٩٠م. المستدرک علی الصحیحین، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١.

الرّاعب الأصفهاني، الحسين بن محمد، ١٩٧٠م. مفردات في غريب القرآن. القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية، د. ط.

الريسوني، أحمد، ١٤١١هـ/١٩٩١م. نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي. الرباط: دار الأمان، ط ١.

الزنكي، صالح قادر كريم حسن، التّعامل مع الخلافات المذهبيّة، قراءة في كتاب الموافقات للإمام الشّاطبي نموذجاً (بحث غير منشور).

الشّاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، شرح: عبد الله دراز. بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٧.

الشّافعي، محمد بن إدريس، د. ت. الرّسالة، تحقيق: أحمد محمد شاكر. بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط.

الشيبياني، أحمد بن حنبل أبو عبد الله، د. ت. مسند الإمام أحمد بن حنبل. القاهرة: مؤسسة قرطبة، د. ط.

الصغير، عبد المجيد، ١٩٩٤. الفكر الأصولي وإشكالية السلطة العلمية في الإسلام. بيروت: دار المنتخب العربي، ط ١.

صلاحيات، سامي محمد، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م. القطع والظن في الفكر الأصولي دراسة في الأصول والفكر والممارسة. بيروت: مكتبة الفلاح، ط ١.

الطوفي، نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م. شرح مختصر الرّوضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١.

القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م. نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: محمد عبد القادر عطا. بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١.

القرضاوي، يوسف، ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م. الاجتهاد في الشريعة الإسلامية. الكويت: دار القلم، ط ١.

تأصيل الضوابط الفقهية وتطبيقاتها في باب البيع عند ابن نجيم الحنفي

Ismail Jalili

Ph.D Student at Faculty of Shari'ah and Law USIM

ABSTRACT

This article studies the concept of *dhawâbit fiqhiyyah* and its application in the business transactions issue according to the view of Ibnu Nujaim al-Hanafi. This study aims to reveal the meaning of the concept of *dhawâbit fiqhiyyah*, its position in the formulation of Islamic law, and its possibility to be source of dalil or hujjah to formulate the fatwa. The methodology of study in this article is mostly through the analysis of classical as well as modern sources regarding the concept of *dhawâbit fiqhiyyah*. The application of some kinds of *dhawâbit fiqhiyyah* is also included in the discussion of this topic. The finding shows that Ibnu Nujaim al-Hanafi has important role in the spread of this field of knowledge. There a lot of *dhawâbit fiqhiyyah* produced by him can be applied to clarify some business transactions issues in this modern era.

Keywords: *dhawâbit fiqhiyyah*, business transactions, and formulation of Islamic law.

المقدمة

إن من مميزات الشريعة الإسلامية وخصائصها نشأة علم القواعد والضوابط الفقهية، وهو فنٌ عظيمٌ من ضمن علم الفقه وأصوله، من حيث أنه يضبط أحكام الفقه وينسق علله، ويربط المسائل في الأبواب المختلفة برابطٍ متّحدٍ وحكمٍ واحدٍ. وأن عدد القواعد والضوابط الفقهية كثير وغير محدود في الأبواب المتنوعة، وهي تنتشر في الكتب الفقهية من جميع المذاهب الفقهية كما تنتشر المسائل الفقهية وتكثر أنواعها حسب مرور الزمان. وفي عصرنا الحاضر، تمس الحاجة إلى المحاولة في تنسيق القواعد والضوابط التي تجمع تلك الفروع الكثيرة تحت ضابط واحد حتى يسهل لمن يريد أن يتعرف عليها ويعرف حقيقتها. وبجانب ذلك، يكون مجال المعاملات المالية من أهم مجالات البحث والدراسة في علم الفقه. ولاسيما في هذا العصر، كانت قضايا المعاملات المالية تتطور تطوراً باهراً، وتظهر الوقائع والمشاكل المضطربة تحتاج إلى بيان الأحكام الشرعية من خلال الضوابط الفقهية.

ومن اعتنى بعلم القواعد والضوابط الفقهية الإمام زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري الحنفي (ت. ٩٧٠هـ). وكان ابن نجيم فقيهاً عالماً ومؤلفاً، وليس له نظير في عصره. وقد أسهم في نشر هذا الفنّ الجليل عن طريق التدوين والتأليف حتى يستفيد الناس منها كثيراً عند الدراسة عن قضايا القواعد والضوابط الفقهية في طراز المذهب الحنفي، وهذا يدل على اعتناؤه بهذا العلم الجليل اعتناءً كبيراً. وعلى ذلك، يود الباحث أن يتطرق إلى نبذة حياة ابن نجيم وفكرته في الضوابط الفقهية ومباحثها، وصلاحتها في الاستدلال، وبيان بعض قضايا المعاملات المالية المتعلقة بالضوابط الفقهية المختارة، وعرض نموذجٍ تطبيقيٍّ للضوابط الفقهية في بعض قضايا المعاملات المالية مع التركيز على آراء ابن نجيم الحنفي فيها.

نبذة عن ابن نجيم الحنفي

إن اسمه الكامل زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن محمد بن بكر الحنفي، الشهير بابن نجيم المصري، وهو اسمٌ منسوبٌ إلى أسماء أجداده من علماء القرن العاشر. وُلِدَ ابن نجيم بالقاهرة سنة ٩٢٦هـ/١٥٢٠م. وقد نشأ ابن نجيم في أسرة ذات اهتمام قوية بتعليم أولادها كغيرهم من صبيان القاهرة الذين كانوا يذهبون إلى الكتاتيب والمدارس لحفظ القرآن وتعلُّم شئى من علوم العربية. وكان ابن نجيم يقود طموحه ودكاؤه إلى النبوغ والتفوق، فينكب بمهمةٍ ونشاطٍ على دراسة الفقه الحنفي.^١ وقد رحل ولازم بعض الأساتذة في طلب العلم، وتتلَّمَد عليهم في بعض الأمور المتعلقة بالأدب وعلم الفقه وأصوله والتصوف، وغيرها من العلوم الشرعية. ولذلك، ليس من المستغرب إذا كان أساتذة ابن نجيم الحنفي يُقدِّرونه في الذكاء والاجتهاد في معرفة مسائل المذهب الحنفي وأصوله، وفي توجهه إلى التصوُّف وتميُّزه باستقامة الخُلُق، فأجازوه في التدريس والإفتاء وهو في بداية سن الشباب.^٢

وقد رأى ابن نجيم أن الفقه الحنفي أعظم اهتماماته العلميَّة درسًا وإفتاءً وتأليفًا، وذلك يتضح من كلامه بأن الفقه كان أول فنونه وطالما سهر الليال في التعلم والدراسة فيه، وبذل جهوده للاستيلاء عليه وللإستقرار على الكتب المتوفرة قديمًا وحديثًا، ولم يزل يسعى في تحصيله حتى أن يلقى ربه.^٣ وقد اشتهر ابن نجيم الحنفي بحسن الخلق والتواضع والمصاحبة بين الناس، لأنه عاصر الصالحين والأولياء. ومن حسن خلقه يظهر بوضوح مما نص به الإمام عبد الوهاب الشعراني^٤ لما خرجا معاً للحج سنة ٩٥٣هـ، وسنه آنذاك عشرون عامًا.

وفضلاً على ذلك، اشتهر ابن نجيم بعلمه، وخلقته الكريم، بحيث مدحه جميع من ترجم له. وقد أشار إلى ذلك ابن العماد في الشذرات أنه الإمام العالم، ونقل عن ابن المترجم له أحمد أنه قال عنه: هو الإمام العالم

^١ ابن العماد، شهاب الدين أبي الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري، الحنبلي، الدمشقي. ١٩٩٣. *شذرات الذهب في أخبار من ذهب*. تحقيق: محمود الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط. دمشق: دار ابن كثير. ط ١. ج ١٠. ص ٥٢٣. والزركلي، خير الدين. ٢٠٠٢. *الأعلام - قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين*. بيروت: دار العلم للملايين. ط ١٥. ج ٣. ص ٦٤. و الغزي، نجم الدين محمد بن محمد. ١٩٩٧. *الكوكب السائرة بأعيان المائة العاشرة*. تحقيق: خليل المنصور. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ١. ج ٣. ص ١٣٧-١٣٨.

^٢ أسراج، محمد أحمد، ومحمد، علي جمعة. ١٩٩٩. *رسائل ابن نجيم الاقتصادية والمسماة الرسائل الزينية في مذهب الحنفية*. القاهرة: دار السلام. ط ١. ص ١٥.

^٣ أسراج. ١٩٩٩. *رسائل ابن نجيم الاقتصادية*. ص ١٦.

^٤ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم. ١٩٩٤. *الفوائد الزينية في مذهب الحنفية*. تحقيق: آل سليمان، أبو عبيدة مشهور بن حسن. دار ابن الجوزي. ص ٢٩-٣٠.

^٥ هو عبد الوهاب بن أحمد بن علي بن أحمد بن علي بن محمد بن زوفا الشعراني الشافعي. كان عالمًا، عابداً، زاهداً، فقيهاً، محدثاً، أصولياً، صوفياً ومسلماً، من ذرية محمد بن الحنفية. ولد في دار جده لأمه بقرية من إقليم القليوبية بمصر، تسمى (قلقشندة). ومنذ صغره ظهرت فيه علامة النجابة ومخايل الرئاسة والولاية، فحفظ القرآن وهو ابن نحو سبع أو ثمان. وفي سنه إحدى عشرة وتسعمائة وهو مراهق، قطن بجامع الغمري، وحدد واجتهد، فحفظ عدة متون، منها: المنهاج، والألفية، والتوضيح، وقواعد ابن هشام، وغيرها. وعرض ما حفظ على علماء عصره، ثم شرع في القراءة، فأخذ عن الشيخ أمين الدين إمام جامع الغمري، قرأ عليه ما لا يحصى كثرة، وقرأ على الشمس الدواخلي، والنور الخلي، والنور الخارجي، والقاضي زكريا، والشهاب الرملي. ابن العماد. ١٩٩٣. *شذرات الذهب*. ج ١٠. ص ٥٤٤-٥٤٥.

العلامة البحر الفهامة، وحيد دهره وفريد عصرهن، وكان عمدة العلماء العاملين، وقدوة الفضلاء الماهرين، وختام المحققين والمفتين.^٦ وصرح عبد الوهاب الشعراني عن خلقه الكريم وبين أنه صحبه عشر سنين، ولم ير عليه شيئاً يشينه، وفي يوم من الأيام سافر معه للحجّ في سنة ثلاث وخمسين وتسعمائة فرآه على خلقٍ عظيمٍ مع جيرانه وغلمانها، ذهاباً وإياباً. ولم يجد أي عيبٍ صغيرٍ من نفسه، مهما كان السفر يتعبه والحال يسيئه كثيراً.^٧

لابن نجيم الحنفي عددٌ كبيرٌ من المؤلفات التي تدل على وسع علمه وثقافته العلمية، منها: **كتاب البحر الرائق في شرح كنز الدقائق**. هذا الكتاب شرحٌ لكتاب كنز الدقائق لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي (ت ٧١٠هـ).^٨ طبع في ثمانية أجزاء وبهامشه: **كنز الدقائق**، مع تكملة العلامة محمد بن علي الطوري.^٩ وكتاب **الأشباه والنظائر** وجمع المؤلف في هذا الكتاب قواعد المذهب الحنفي وأصوله ورَبَّته ترتيباً مشابهاً لكتاب جلال الدين السيوطي المتوفى عام ٩١١هـ.^{١٠} وكتاب **الفوائد الزينية في مذهب الحنفية**. هذا الكتاب ألفه ابن نجيم الحنفي حيث أنه أفنى عمره في النظر في كتب المذهب المعترية من المذهب الحنفي، مع عزو وتوثيق، واستثناء، وتفریع وتعليق.^{١١} وكتاب **الفتاوى الزينية**. هذا الكتاب تحتوي على الفتاوى لابن نجيم الحنفي، بحيث تنطوي على أحوبة فقهية عن بعض المسائل الفقهية التي سأل عنها المجتمع في عصره.^{١٢} وكتاب **فتح الغفار بشرح المنار**. وفي هذا الشرح حاول ابن نجيم حل ألفاظ متن "المنار للنسائي" وبيان معانيه.^{١٣}

ابن نجيم وموقفه من المذهب الحنفي

إن في المذهب الحنفي، كان الحنفية يلجأون إلى التخریج في المسائل التي لم يجدوا فيها نصّاً عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه المجتهدين، وذلك لأن ما استنبطه هؤلاء الأئمة من المسائل وبينوا أحكامها لا يمكن أن يشمل جميع ما يحتاجه الناس على مدى العصور، لا سيما وقد نشأ بعدهم من المعاملات والتصرفات والوقائع ما لم يكن في زمنهم. وهؤلاء العلماء الذين لديهم قدرة على النظر في أصول الأئمة والتفريع على قواعدهم، وعلى إلحاق النظر بالظنير وضم الشبيه إلى الشبيه، يستطيعون استنباط أحكام الفروع المتجددة التي لا نقل فيها عن أئمة المذهب،

^٦ ابن العماد. ١٩٩٣. **شذرات الذهب**. ج ٨. ص ٣٥٨.

^٧ ابن نجيم. ١٩٩٩. **الأشباه والنظائر**. ط ٤. ص ٥٥. وسراج. ١٩٩٩. **رسائل ابن نجيم الاقتصادية**. ص ١٦.

^٨ النقيب، أحمد بن محمد نصير الدين. ٢٠٠١. **المذهب الحنفي - مراحل وطبقاته، ضوابطه ومصطلحاته، وخصائصه ومؤلفاته**. الرياض: مكتبة الرشد. ط ١. ص ٥٧٢.

^٩ هو عبد القادر بن عثمان القاهري الحنفي الطوري، فقيه، أديب، ولي إفتاء الحنفية بمصر، توفي سنة ١٠٢٦هـ. ألف بعض الكتب منها: شرح على الكنز في فروع الفقه الحنفي، تكملة البحر الرائق وسماه كتاب الفواكه الطورية. البغدادي، إسماعيل باشا. ١٩٥٥. **هدية العارفين - أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج ١. ٥٩٩-٦٠٠.

^{١٠} ابن نجيم. ١٩٩٩. **الأشباه والنظائر**. ص ٢٤.

^{١١} ابن نجيم. ١٩٩٤. **الفوائد الزينية**. ص ٦. والنقيب. ٢٠٠١. **المذهب الحنفي**. ص ٦٦٩.

^{١٢} النقيب. ٢٠٠١. **المذهب الحنفي**. ص ٦١١-٦١٢.

^{١٣} المرجع نفسه. ص ٧٤٤.

والقيام بجهودٍ واسعةٍ في هذا المجال لمجاهمة الأحداث الجديدة بجلولها وبيان أحكامها.^{١٤} وإذا اطلعنا على عمليتهم الاستنباطية فوجدنا أنه من عملية المخرجين في المذهب الحنفي، وهذا ما أشار إليه أبو زهرة، وذكر أن هؤلاء الفقهاء من أصحاب التخريج الذين يستخرجون أحكاماً لمسائل لم تؤثر لها أحكاماً من أصحاب المذهب الأولين بالبناء على قواعد المذهب.^{١٥}

وفي يومنا الحاضر، فإننا نجد معظم المؤلفات الفقهية مشحوناً بهذا النوع من المسائل والأحكام المخرجة على أصول الأئمة أو فروعهم، كما بينه الدهلوي أنه وجد بعض العلماء زعموا أن ما في هذه الشروح الطويلة وكتب الفتاوى الضخمة كلها أقوال أبي حنيفة وصاحبيه. ومن الأسف أنهم ما فرقوا بين القول المخرَج وبين ما هو قولٌ في الحقيقة، ولم يحصلوا معنى قولهم: (على تخريج الكرخي كذا، وعلى تخريج الطحاوي كذا)، ولم يميزوا بين قولهم: (قال أبو حنيفة كذا)، وبين قولهم: (جواب المسألة على قول أبي حنيفة وعلى أصل أبي حنيفة كذا)، ولم يصغوا إلى ما قاله المحققون من الحنفيين كابن الهمام وابن النجيم في مسألة العشر في العشر، ومسألة اشتراط البعد من الماء ميلاً في التيمم وأمثالهما، وإن ذلك من تخرجات الأصحاب.^{١٦}

وهناك نظراً آخر في تعيين الشخص بأن يعد المجتهد أم لا. فيرى مصطفى أحمد الزرقا أنه إذا كان الشخص ذا قدرة علمية في تعرف علل الأحكام المذهبية، أو ترجيح بعض الآراء في المذهب فهو مجتهد في المذهب.^{١٧} وأن المجتهد في المذهب لا بد أن يكون له ملكة الاقتدار على استنباط أحكام الفروع المتحددة التي لا نقل فيها عن صاحب المذهب من الأصول التي مهدها صاحب المذهب. وهو المسمى بالمجتهد في المذهب.^{١٨}

وأي موقف ابن نجيم بين هؤلاء الفقهاء المجتهدين السابقين؟ يرى الباحث أن ابن نجيم يدخل في صنف المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب أو أحدٍ من أصحابه. وذلك يظهر من عمله وهو استنبط كما استنبط غيرهم من هؤلاء المجتهدين أحكام غير المنصوص عليه على حسب الأصول المقررة في المذهب، وليس لهم أن يجتهدوا في مسائل قد نصَّ عليها إلا في دائرة معينة.^{١٩} ومن الجدير بالذكر أن الدهلوي يرى أن ابن نجيم أحد المجتهدين المتبحرين في المذهب. وذلك، لأنه حافظٌ لكتب مذهبه، وأنه قد استوفى شروط الاجتهاد، كأن يكون المجتهد صحيح الفهم، عارفاً بالعربية وأساليب الكلام ومراتب الترجيح، متفطناً لمعاني كلامهم لا يخفى عليه غالباً تقييد ما يكون مطلقاً في الظاهر والمراد منه المقيد، وإطلاق ما يكون مقيداً في الظاهر

^{١٤} النقيب. ٢٠٠١. المذهب الحنفي. ص ١٢٩.

^{١٥} أبو زهرة. د.ت. تاريخ المذاهب الإسلامية. ص ٣٨٧.

^{١٦} الدهلوي، شاه ولي الله ابن عبد الرحيم. ١٩٨٦. الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. بيروت: دار النفائس. ط ٣.

ص ٩٢. والدهلوي، شاه ولي الله ابن عبد الرحيم. حجة الله البالغة. تحقيق سيد سابق، القاهرة: دار الكتب الحديثة. ج ١. ص ٣٣٦.

^{١٧} الزرقا، مصطفى أحمد. ١٩٩٨. المدخل الفقهي العام. دمشق: دار القلم. ج ١. ص ٢٠٥.

^{١٨} الحاج، ابن أمير. ١٩٩٦. التقرير والتحرير في علم الأصول. بيروت: دار الفكر. ج ٣. ص ٤٦٢.

^{١٩} ابن عابدين. ٢٠٠٣. رد المختار على الدر المختار. ص ٢٩-٣٠. وأبو زهرة. ١٩٧٤. أبو حنيفة - حياته، وعصره، وآراؤه وفقهه. ص ٣٨٧-٣٨٨.

والمراد منه المطلق.^{٢٠} ونرى أن ابن نجيم مجتهد في المذهب الحنفي، لأنه ذو قدرة علمية وملكية فقهية تُمكنه من الاجتهاد في القيام بترجيح بعض الآراء في المذهب والاستنباط على المسائل الفقهية وإصدار الأحكام المستنبطة عليها.

معنى الضابط الفقهي في اللغة والاصطلاح

إن معنى الفقه في اللغة يظهر في بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية منها: قوله تعالى: ﴿وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي - يَفْقَهُوا قَوْلِي﴾^{٢١} هذا دعاء موسى عليه الصلاة والسلام عندما كلفه بالرسالة عند طور سيناء وعندما قام بدعوة قومه إلى شريعة الله راجياً منهم أن يفهوا قوله.

ومعنى آخر للفقه وهو العلم. ويتضح ذلك من قوله تعالى: ﴿لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾^{٢٢} أي ليطلبوا علوم الدين الإسلامي حتى يتقنوا بعلومهم. ومعنى الفقه العلم أيضاً يتضح من حديث ابن عباس حيث دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم ربه، وفي دعائه يقول: (اللَّهُمَّ فَفِّهْهُ فِي الدِّينِ وَعَلِّمَهُ التَّأْوِيلَ)^{٢٣} أي كان الرسول يدعو الله تعالى لأن يجعل ابن عباس عالماً وفاهماً بالدين وتأويله. وكان دعاء الرسول مستجاباً وكان ابن عباس من أعلم الناس في زمانه بكتاب الله بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم.^{٢٤} ولفظ الفقهي منسوب إلى الفقه، وأصل كلمته مشتق من فعل: فقه-يفقه. وعرفه أهل اللغة بتعاريف كثيرة منها: العلم. وقد عرف ابن فارس الفقه: ما يدل على إدراك الشيء والعلم به.^{٢٥} وقد أشار ابن النجار^{٢٦} إلى هذا المعنى، وفي رأيه أن معنى الفقه لا يكتفي بهذا الإدراك والعلم، بل لا بد أن يعرف قصد المتكلم ويعرفه بدقة، لأن كلامه بعيد عن غموض.^{٢٧}

^{٢٠} الدهلوي، أحمد بن عبد الرحيم الفاروقي. ١٤٠٤هـ. الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. بيروت: دار النفائس. ط ٢. ص ٢١.

^{٢١} القرآن. طه ٢٠: ٢٧-٢٨.

^{٢٢} القرآن. التوبة ٩: ١٢٢.

^{٢٣} هذا الحديث رواه أحمد. رقم الحديث: ٣٠٣٣. الشيباني، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد. ١٩٩٩. مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون. د.م.: مؤسسة الرسالة. ط ٢. ج ٥. ص ١٦٠.

^{٢٤} الأشقر، عمر سليمان. ٢٠٠٥. المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي مع أسئلة وتمارين للمناقشة. الأردن: دار النفائس. ط ١. ص ٣١.

^{٢٥} ابن فارس، أبو الحسين أحمد. ١٩٧٩. معجم مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام محمد هارون. دار الفكر. ص ٧٩١.

^{٢٦} هو محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي، المعروف بابن النجار، ولد بمصر سنة ٨٩٨هـ. أخذ الفقه والأصول عن والده، ولازم والده مع الشيخ العلامة شهاب الدين أحمد البهوتي الحنبلي، والشيخ العلامة شهاب الدين أحمد المقدسي الحنبلي. وتولى الإفتاء والتدريس أو انشغل بالتصنيف وفضل الأحكام. وكانت وفاته عصر يوم الجمعة ١٨ صفر سنة ٩٧٢هـ. ومن مؤلفاته: الكوكب المنير وشرحه، ومنتهى الإرادات. انظر: النجدي، محمد بن عبد الله بن حميد. ١٩٩٦. السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة. تحقيق: بكر بن عبد الله أبو زيد وعبد الرحمن بن سليمان العثيمين. بيروت: مؤسسة الرسالة. ط ١. ج ٢. ٨٥٤-٨٥٥. والفتوح، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي. ١٩٩٣. شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير. تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد. الرياض: مكتبة العبيكان. ج ١. ص ٥-٦.

^{٢٧} الفتوح. ١٩٩٣. شرح الكوكب المنير. ج ١. ص ٤١.

ومعنى الفقه في الاصطلاح هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية.^{٢٨} وعرفه بمثل هذا التعريف بعض العلماء منهم البيضاوي^{٢٩}، والزركشي^{٣٠}، وابن السبكي^{٣١} وغيرهم.

ومن خلال هذا التعريف وبيان عناصره نستخلص بأن الفقه هو العلم الذي نعرف به بعض الأحكام الشرعية، ولا نستطيع أن نعرف جميع الأحكام الشرعية لأننا إناسٌ سوف نعتذر عنها. وبعبارة أخرى نقول: إننا بهذا العلم نعرف فروع الفقه وجزئياته التي تعني الأحكام الفقهية العملية المتعلقة بأفعال المكلفين وليس كلياته. وبالنسبة إلى الأحكام الشرعية فأنها مكتسبة من الأدلة التفصيلية وفي الحق هي ما نسميه الاستدلال والاجتهاد. وذلك، لأن الاجتهاد يكون بالاستدلال واكتساب النظر في الدليل التفصيلي على الأحكام الفقهية.

ومعنى الضابط هو لزوم شيء لا يفارقه في كل شيء، أو لزوم الشيء وحسبه.^{٣٢} ومعنى آخر للضبط الحفظ، كما يظهر في قول أحد: ضبط الشيء أي أحكمه وحفظه بالحزم.^{٣٣} والضبط هو الحبس. ويقال مثلاً: تضبط الرجل أي أخذه على حبسٍ وقهرٍ.^{٣٤} وإذا قيل: من واجب العسكري ضبط البلاد، أي يجب عليه القيام بأمرها قياماً تاماً ويكون العسكري رجلاً ضابطاً وحازماً.^{٣٥} ومن هنا نستطيع أن نستخلص بأن معنى الضابط عند أهل اللغة هو: اللزوم والحفظ والحبس. ونذكر أن الألفاظ الثلاثة لها معناها الخاص، مثل اللزوم هو أن يجعل بعض

^{٢٨} الزركشي، بدر الدين محمد بن بشار بن عبد الله الشافعي. ١٩٩٢. البحر المحيط في أصول الفقه. تحرير: عبد القادر عبد الله العاني. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ط ٢. ج ١. ص ٢١. والبيضاوي، عبد الله بن عمر. ٢٠٠٦. منهاج الوصول إلى علم الأصول. تحقيق: مصطفى شيخ مصطفى. بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون. ط ١. ص ١٧. والسبكي، علي بن عبد الكافي. والسبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي. ١٩٨١. الإجماع في شرح المنهاج للبيضاوي (ت ٦٦٥هـ). تحقيق: شعبان محمد إسماعيل. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية. ط ١. ج ١. ص ٢٨.

^{٢٩} هو القاضي الإمام العلامة ناصر الدين عبد الله بن عمر الشيرازي، من مواليد أذربيجان. مات بتبريز سنة ٦٨٥هـ. ومن مصنفاته: المنهاج في أصول الفقه، وشرح التنبيه، والغاية القصوى في دراية الفتوى، وشرح المنتخب والكافية في المنطق، وشرح المحصول وغيرها. وقد أوصى إلى القطب الشيرازي أن يدفن بجانبه بتبريز. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل. ٢٠١٥. البداية والنهاية. تحقيق: رياض عبد الحميد مراد ومحمد حسان عبيد. دمشق: دار ابن كثير. ج ١٥. ص ٥٢٣.

^{٣٠} هو بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بشار بن عبد الله المصري، الزركشي، الشافعي. ولد سنة ٧٤٥هـ، وأخذ عن الشيخين جمال الدين الأزرعي، وسمع الحديث بدمشق وغيرها، وكان فقيهاً، أصولياً، أديباً. ومن تصانيفه: تكملة شرح المنهاج للإسنوي، وخادم الشرح والروضة، والنكت على البخاري والبحر في الأصول، وشرح جمع الجوامع للسبكي، ولقطة العجلان وبلّة الظلمان، وغير ذلك. توفي بمصر في رجب سنة ٧٩٤هـ، ودفن بالقرافة الصغرى بالقرب من تربة بكنتم الساقى. انظر: ابن العماد. ١٩٩٣. شذرات الذهب. ط ١. ج ٨. ص ٥٧٢-٥٧٣.

^{٣١} هو تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يوسف بن موسى ابن تمام السبكي الشافعي. ولد بالقاهرة سنة ٧٢٧هـ، وسمع بمصر من جماعة. ثم قدم دمشق مع والده في جمادى الآخرة ٧٣٩هـ. ومن تصانيفه: شرح مختصر ابن الحاجب، وشرح منهاج البيضاوي، والقواعد المشتملة على الأشباه والنظائر، وطبقات الفقهاء الكبرى، وغيرها. وتوفي شهيداً بالطاعون في ذي الحجة، خطب يوم الجمعة، وطعن ليلة السبت رابعة، ومات ليلة الثلاثاء سنة ٧٧١هـ. انظر: ابن العماد. ١٩٩٣. شذرات الذهب. ط ١. ج ٨. ص ٣٧٨-٣٨٠.

^{٣٢} ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفرقي المصري. د.ت. لسان العرب. بيروت: دار صادر. ج ٧. ص ٣٤٠.

^{٣٣} الرازي، محمد أبي بكر بن عبد القادر. ١٩٨٦. مختار الصحاح. بيروت: مكتبة لبنان. ص ١٥٨. وابن منظور. ١٤١٤هـ. لسان العرب. ط ٣. ج ٧. ص ٣٤٠.

^{٣٤} ابن سيده، أبو الحسن علي بن إسماعيل. ٢٠٠٠. المحكم والمحيط الأعظم. تحقيق: عبد الحميد هندواي. ط ١. ج ٨. ص ١٧٥-١٧٦.

^{٣٥} الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ. ١٩٨٧. المصباح المنير: معجم عربي-عربي. بيروت: مكتبة لبنان. ص ١٣٥.

الأشياء تقع تحت أمرٍ لا يُفارقها، والحفظ هو أن يجمع بعض الأشياء المشتركة في معنى، والحبس هو أن يحصر مجموعة من الأشياء ضمن حدودٍ معيّنة.^{٣٦}

ومعنى الضابط في الاصطلاح أن الضابط مرادف للقاعدة وليس هناك فرق بين الضابط والقاعدة أي أطلق الفقهاء معنى الضابط ومفهومه كما يطلقونه على القاعدة. وقد أشار إلى هذا التعريف الكمال بن الهمام^{٣٧} في كتابه التحرير، وابن رجب الحنبلي^{٣٨} في قواعده، والتهانوي^{٣٩} في كشف اصطلاحات الفنون، والفيومي^{٤٠} في المصباح المنير، وأبو العباس المنجور^{٤١} في كتابه شرح المنهج المنتخب، والبركتي، ومحمد الزحيلي، وأصحاب المعجم الوسيط.^{٤٢}

^{٣٦}الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب. ١٩٩٨. القواعد الفقهية. الرياض: مكتبة الرشاد. ط ١. ص ٥٨.

^{٣٧}هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسي، الإسكندراني، المعروف بابن الهمام، فقيه حنفي أصولي، ولد سنة ٧٩٠هـ، وتفقه بالسراج قارئ الهداية، ولازمه في الأصول وغيرها وانتفع به. ومن تصانيفه: شرح الهداية، والتحرير في أصول الفقه، وفتح القدير في الفقه. ومات يوم الجمعة ٧ رمضان ٨٦١هـ. انظر: السنحاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن. د.ت. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع. بيروت: دار الجيل. ج ٨. ص ١٢٧. وابن العماد، شهاب الدين أبي الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري، الحنبلي، الدمشقي. ١٩٩٣. شذرات الذهب في أخبار من ذهب. تحقيق: محمود الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط. دمشق: دار ابن كثير. ط ١. ج ٩. ص ٤٣٧-٤٣٨.

^{٣٨}هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن بن محمد بن مسعود البغدادي، الدمشقي، الحنبلي، الشهير بابن رجب. وكان الإمام محدثاً، حافظاً، فقيهاً، أصولياً ومؤرخاً. ولد في بغداد في ربيع الأول سنة ٧٣٦هـ. ومن مصنفاته: ذيل طبقات الحنابلة، لطائف المعارف في مواعظ، استنشاق نسيم الأنس من نفحات رياض القدس، شرح صحيح الترميذ، وتقرير القواعد وتحرير الفوائد في الفقه. ومات رحمه الله ليلة الإثنين، في شهر رمضان، سنة ٧٩٥هـ. انظر: ابن العماد. ١٩٩٣. شذرات الذهب. ط ١. ج ٨. ص ٥٧٩-٥٨٠.

^{٣٩}التهانوي هو محمد بن علي بن علي بن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي، صاحب كتاب كشف اصطلاحات الفنون، حيث فرغ من تأليفه سنة ١١٥٨هـ، وتوفي رحمه الله بعد سنة ١١٥٨هـ. والزركلي، خير الدين. ٢٠٠٢. الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين. بيروت: دار العلم للملايين. ط ١٥. ج ٦. ص ٢٩٥.

^{٤٠}هو العالم أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي. ولفظ الفيومي منسوب إلى فيوم العراق، نزيل مدينة حماة. وهو من علماء القرن الرابع عشر. وكان فقيهاً ولغوياً. وقد اعتمد في تأليفه نحو سبعين مصنفاً ما بين مُطوّلٍ ومختصرٍ، مثل: تهذيب الأزهرى، ومجمل ابن فارس، وإصلاح المنطق لابن السكيت، وديوان الأدب للفارابي، والصحاح للجوهري، وفصيح ثعلب، وأساس البلاغة للزحشري. توفي سنة ٧٧٠هـ / ١٣٦٨م. انظر: الفيومي. ١٩٨٧. المصباح المنير. مقدمة الكتاب. وكحالة، عمر رضا. ١٩٩٣. معجم المؤلفين - تراجم مصنفى الكتب العربية. بيروت: مؤسسة الرسالة. ط ١. ج ٢. ص ٥١٩.

^{٤١}هو أبو العباس أحمد بن علي بن عبد الله المنجور الفاسي، آخر فقهاء وعلماء المغرب المتبحر في كثير من العلوم كالفقه والأصول، والبيان، والقراءة والعربية، والفرائض والحساب، والمنطق والتواريخ والحديث. ولد سنة ٩٢٦هـ وتوفي في ذي القعدة سنة ٩٩٥هـ. انظر: التنبكتي، أحمد بابا. ١٩٨٩. نبيل الإبتهاج بتطريز الديباج. تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهرامة. طرابلس: دار الكاتب. ط ١. ص ١٤٣-١٤٤. ومخلوف، محمد بن محمد بن عمر بن قاسم. ٢٠٠٣. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية. تحقيق: عبد المجيد خيالي. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ١. ج ١. ص ٤١٥-٤١٦.

^{٤٢}عابد الصمد، محمد بن عبد الله. ٢٠٠١. القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة. المملكة العربية السعودية: مكتبة دار البيان الحديثة. ط ١. ج ١. ص ٩٦.

وقد رأى التهانوي أن القاعدة في اصطلاح العلماء تطلق على معانٍ مرادفةٍ بالأصل، والقانون، والمسألة، والضابط، والمقصد، ولها معنى واحد.^{٤٣} وذكر الهاشمي أن معنى الضابط في الاصطلاح القضية الكلية التي يتعرف منها أحكام الجزئيات.^{٤٤} وقد أطلق الآخرون معنى الضابط على معنى القاعدة. والضابط هو الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئياته.^{٤٥} وعرفه الحموي كما يوافقه آل طه أنه أمرٌ كليٌّ ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه.^{٤٦} ورأى الندوي أن إطلاق القاعدة على الضابط في المعنى أمرٌ شائعٌ منتظمٌ في المصادر الفقهية وكتب القواعد الفقهية.^{٤٧} ولكن، عتّب الهاشمي على تعليق الندوي وصرح أن استخدام الضابط بمعنى القاعدة قليلٌ من قبيل العلماء المتأخرين، لأنهم وضعوا تعريفًا خاصًا لمعنى الضابط في الاصطلاح.^{٤٨}

وعند البناني^{٤٩} أن القاعدة لا تختص بباب بخلاف الضابط.^{٥٠} وقد عرّف الفيومي^{٥١} الضابط بأنه الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته.^{٥٢} وعرّف ابن السبكي الضابط بأنه الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم منها أحكامها. ومن هذه الجزئيات جزءٌ لا يختص بباب، مثل: [اليقين لا يرفع بالشك]. ومنها جزءٌ

^{٤٣} التهانوي، محمد علي. ١٩٩٦. موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم. تحقيق: علي دحروج. بيروت: مكتبة لبنان. ط ١. ج ٢. ص ١٢٩٥-١٢٩٧.

^{٤٤} الهاشمي، محمد بن عبد الله بن الحاج التمبكي. ٢٠٠٦. القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الأيمان والنذر. مكة المكرمة: المكتبة المكية. ط ١. ص ١٨٢.

^{٤٥} شوقي ضيف وآخرون. ٢٠٠٤. المعجم الوسيط. مصر: مكتبة الشروق الدولية. ط ٤. ص ٥٣٣. والتهانوي. ١٩٩٦. موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم. ج ٢. ص ١٢٩٥.

^{٤٦} الحموي، أحمد بن محمد الحنفي. ١٩٨٥. غمز عيون البصائر - شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ١. ج ٢. ص ٥. وآل طه. ١٤٢٦هـ. الضوابط الفقهية عند ابن حزم. ص ٦٥.

^{٤٧} الندوي. ١٩٩٤. القواعد الفقهية. ص ٥٠-٥١.

^{٤٨} الهاشمي، محمد بن عبد الله بن الحاج التمبكي. ٢٠٠٦. القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الأيمان والنذر. مكة المكرمة: المكتبة المكية. ط ١. ص ١٨١.

^{٤٩} هو عبد الرحمن بن جار الله المغربي البناني، نزيل مصر، الفقيه المالكي والأصولي، المتوفى سنة ١١٩٨هـ. ومن تصانيفه: حاشية على شرح جلال الدين المحلى على جمع الجوامع. والبغدادى، إسماعيل باشا. ١٩٥١. هدية العارفين - أسماء المؤلفين وآثار المصنفين. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج ١. ص ٥٥٥.

^{٥٠} البناني، عبد الرحمن بن جار الله المغربي. ١٩٨٢. حاشية البناني على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع. بيروت: دار الفكر. ج ٢. ص ٣٥٦. وآل طه، عبد الله سالم عبد الله سعيد. ١٤٢٧هـ. الضوابط الفقهية عند ابن حزم من خلال كتابه المحلى. رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه من قسم الدراسات العليا الشرعية بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة أم القرى - المملكة العربية السعودية. ص ٦٤.

^{٥١} هو العالم أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، نسبة إلى قُيُوم العراق لا إلى فيوم مصر، نزيل مدينة حماة. وهو من علماء القرن الرابع عشر، وتوفي سنة ٧٧٠هـ/١٣٦٨م. ومن مؤلفاته تهذيب الأزهرى، ومجمل ابن فارس والصحاح للجوهري. الفيومي. ١٩٨٦. المصباح المنير. ص ٥.

^{٥٢} في هذا الصدد، يرى الفيومي أنه لا فرق بين القاعدة والضابط وأن القاعدة تعني الضابط في الاصطلاح، وهو الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته كما تقدم ذكره. انظر: الفيومي. ١٩٨٦. المصباح المنير. ص ١٩٥.

يختص ببابٍ واحدٍ، مثل: [كلُّ كفارةٍ سببها معصيةٌ فهي على الفور]. ولا يسمى الضابط إلا ما يختص ببابٍ واحدٍ.^{٥٣}

وفي هذا الصدد، ذهب الأسمري إلى نفس التعريف للضابط وزاد بياناً أن معنى الضابط الفقهي يلتبس بالقاعدة الفقهية، وهذا الالتباس يدل على وجود الفرق بينها بسبب وجود العموم والخصوص فيهما. إذ يكون الضابط أخصّ والقاعدة أعمّ مطلقاً. وفضلاً عن ذلك، أن القاعدة تندرج تحتها مسائلٌ فقهيةٌ من أبوابٍ كثيرة، ومع أن الضابط تندرج تحته مسائلٌ فقهيةٌ من بابٍ واحدٍ.^{٥٤} هناك مثال من القواعد والضوابط يوضح ذلك، منها: القاعدة [الْيَقِينُ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ] أو [الشَّكُّ يُدْرَأُ بِالْيَقِينِ]، يبدو لنا أن هذه القاعدة تدخل في كل مسألةٍ فقهيةٍ حيث يجتمع فيها شكٌ ويقينٌ، وهي تدخل أيضاً في أبوابٍ كثيرةٍ كالطهارة، والصلاة، والزكاة، وغير ذلك. والقاعدة [كُلُّ مَا يُعْتَبَرُ فِي سُجُودِ الصَّلَاةِ يُعْتَبَرُ فِي سُجُودِ التَّلَاوَةِ]، يبدو لنا أنها ضابطٌ فقهيٌّ، حيث يشمل المسألة الفقهية ويخصّ الضابط في السجود في باب الصلاة وغيرها.^{٥٥}

وعلى ذلك، نستخلص من هذا الاتجاه أن هناك فرقاً بين الضابط والقاعدة من ناحية الخصوص والعموم أو الشمول. الضابط أخصّ من القاعدة، والقاعدة أشمل من الضابط. والضابط يختص بفروع في باب معين، والقاعدة تعمّ في أبوابٍ متفرقة. ولكنهما يتفقان في المعنى، بحيث أنهما حكمٌ كليٌّ تندرج تحته فروعٌ فقهيةٌ.^{٥٦}

أهمية القواعد والضوابط الفقهية وفوائدها

إن الضوابط الفقهية تشترك مع القواعد الفقهية في الأهمية وفي كون كلٍّ منهما عبارةً عن قضيةٍ كليةٍ تندرج تحتها جزئياتٌ فرعيةٌ. وقد بيّن القراني أن أهمية الضوابط الفقهية تظهر في أهمية القواعد نفسها. وأشار القراني إلى أن معظم القواعد والضوابط الفقهية ذو أهمية ومنفعة كبيرة في علم الفقه، لأن كل قاعدة وضابط من الفروع الفقهية تشمل أسرار الشريعة والحكم ما لا يحصى. وينبغي لكل مجتهد أو فقيه أن يقدر على الإحاطة بها، ومن يضبط الفقه بقواعده فلا يحتاج إلى حفظ أكثر الجزئيات لأنها تندرج في الكليات.^{٥٧}

^{٥٣} ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي. ١٩٩١. الأشباه والنظائر. تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معرض. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ١. ج ١. ص ١١. و الفتوح. ١٩٩٣. شرح الكوكب المنير. ج ١. ص ٣٠.

^{٥٤} الأسمري، صالح بن محمد بن حسن. ٢٠٠٠. مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية. تحقيق: متعب بن مسعود الجعيد. الرياض: دار الصميعة. ط ١. ص ٢٠.

^{٥٥} الأسمري. ٢٠٠٠. مجموعة الفوائد البهية. ط ١. ص ٢٠.

^{٥٦} آل طه، عبد الله سالم عبد الله سعيد. ١٤٢٦هـ. الضوابط الفقهية عند ابن حزم من خلال كتابه المحلى. رسالة الماجستير في الفقه مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى المملكة العربية السعودية. ص ٦٤.

^{٥٧} القراني. ٢٠٠٣. الفروق. ط ١. ص ٢.

ومن هذا المقال نعرف أن الجزئيات الفقهية والحوادث والوقائع لا تنتهي، والإحاطة بها معتدرة، مع أن الخلاف الواقع فيها كثيرٌ جدًّا بين الفقهاء. أما القواعد والضوابط فجمعها سهلٌ، وحفظها متيسرٌ، والخلاف فيها في الجملة قليلٌ، خاصة القواعد الكلية الكبرى، والقواعد الدائرة عند أرباب المذاهب من غير القواعد الكلية الكبرى.^{٥٨} وفي هذا الصدد، بين ابن تيمية^{٥٩} رحمه الله أنه لا بد أن يكون للإنسان أصولٌ كليةٌ ترد إليها الجزئيات ليتكلم بعلمٍ وعدلٍ، ويعرف الجزئيات كيف وقعت، وإن لا فيبقى في كذبٍ وجهلٍ في الجزئيات، وجهلٍ وظلمٍ في الكليات.^{٦٠} ولذلك ينبغي للمسلم أن يعرف الأصول الكلية التي ترد إليها الجزئيات كي يتعد عن الكذب والجهل في الجزئيات والظلم عن الكليات ويتكلم بعلمٍ وعدلٍ.

ومن أهمية القواعد والضوابط أنها تعين المجتهد والفقير والقاضي على استخلاص أحكام الحوادث والنوازل التي لم ينص عليها في الكتاب والسنة صراحةً. وهذا يتضح من كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته لأبي موسى الأشعري حيث يقول: "الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة، اعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عند ذلك، فاعمد إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى".^{٦١} ومن كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه يتضح لنا أن الاجتهاد مطلوبٌ في معرفة الحكم الذي لم ينص عليه صراحةً في كتاب الله وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم، وهذا الاجتهاد مبنيٌّ على معرفة النظر والشبيه والمثيل، لأن الشارع لا يجمع بين المختلفات ولا يفرق بين التماثلات، كما أنه من خلال جمع الأشباه والنظائر يستطيع المجتهد أن يدرك أن هذا الحكم ملائمٌ للشريعة من حيث الموافقة أو الرد.^{٦٢}

^{٥٨} المرجع نفسه. ط ١. ص ٣.

^{٥٩} هو شيخ الإسلام، تقي الدين أبو العباس أحمد بن شهاب الدين أبي المحاسن عبد الحلیم بن مجد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية الحراني الحنبلي. ولد بحران يوم الإثنين ١٠ ربيع الأول ٦٦١هـ. وقدم به والده وأخويه عند استيلاء التتار على البلاد إلى دمشق سنة ٦٦٧هـ، فسمع الشيخ بما ابن عبد الدائم، وابن أبي اليسر، والمجد بن عساكر، ويحيى بن الصيرفي، والقاسم الإربلي، والشيخ شمس الدين ابن أبي عمر، وغيرهم. كان برز في الحديث والعقيدة وأصول الفقه والفرائض والحساب والجبر والمقابلة وعلم الكلام، والفلسفة. وكان مدرّساً لعلوم القرآن والسنة، تصدر الإفتاء وهو لا يتجاوز العشرين من عمره. كان قوي الحافظة، سريع البديهة، ثاقب البصيرة، عابداً زاهداً ورعاً، واجه التنكيل والسجن فصبر وثبت، غزير المؤلفات، منها: فتاواه المشهورة، اقتضاء الصراط المستقيم، الجمع بين العقل والنقل. وتوفي رحمه الله سنة ٧٢٨هـ. انظر: ابن العماد. ١٩٩٣. شذرات الذهب. ج ٧. ص ١٤٢.

^{٦٠} ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، الحراني، أبو العباس تقي الدين. ١٤١٥هـ. مجموع الفتاوى. تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وابنه محمد. المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف. ج ١٩. ص ٢٠٣. وابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، الحراني، أبو العباس تقي الدين. ١٩٨٦. منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القادرية. تحقيق: محمد رشاد سالم. المملكة العربية السعودية: جامعة الإمام بن سعود الإسلامية. ط ١. ج ٥. ص ٨٣.

^{٦١} القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين. ٢٠٠٣. الجامع لأحكام القرآن. تحقيق: هشام سمير البخاري. الرياض: دار عالم الكتب. ج ٧. ص ١٧٢.

^{٦٢} صالح. ٢٠١١. القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها. ص ٤٢.

وعن أهمية القواعد والضوابط الفقهية أيضاً بين القراني أن الفقه وإن كثر تبددت حكمته وقلت طلاوته، وبعدت عن النفوس طلبته. وإذا رُتبت الأحكام محرّجة على قواعد الشرع مبنية على مآخذها، نهضت المهم حينئذٍ لاقتباسها، وأعجبت غاية الإعجاب بتقمص لباسها.^{٦٣} وإن كل فقه لم يخرج على القواعد فليس بشيء.^{٦٤}

وقد أوضح ابن السبكي أهمية هذا العلم بأنه واجب على طالب التحقيق ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق أن يحكم قواعد الأحكام ويرجع إليها عند الغموض، وينهض بعبء الاجتهاد أتم هوضٍ، ويؤكدّها بالاستكثار من حفظ الفروع، لترسخ في الذهن ثمرة عليه بفوائد غير مقطوع فضلها ولا ممنوع.^{٦٥}

ومن خلال الاستقراء والتتبع على ما ذكره العلماء والفقهاء عن أهمية القواعد والضوابط الفقهية فيما سبق، نستطيع أن نستخلص بعض الأمور التالية:

- إن القواعد والضوابط الفقهية تسهل الحفظ بالاستغناء عن حفظ الفروع بحفظ القواعد، وضبط الفروع المنتثرة في سلك واحدٍ. وأنها تقوي الحجة عن الاستدلال بالأدلة، ما دامت إضافة القواعد الفقهية إلى الأدلة الشرعية فإنها تعطىها قوةً في الاستدلال على الأحكام الشرعية، وتخريج الفروع على الأصول، ومعرفة أحكام الجزئيات لاندراجها تحت الكليات، وذلك بالقياس عليها، والرجوع للقواعد الفقهية عند غموض المسائل لحلها، وبيان أحكام المسائل المستحقة.^{٦٦} كما أشار إليه القراني رحمه الله وبين أن من ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها تحت الكليات.^{٦٧}
- وأنها تُعين من أراد أن يتعرف على مقاصد الشريعة وأسرارها. وذلك كما تشير إليه القاعدة: [المشقة تجلب التيسير]، بحيث تفيد القاعدة معني أن هناك مقصدًا للشارع وهو التخفيف على المكلفين. والقاعدة: [الضرر يُزال] تفيد أن الشرع يرفع الضرر عن المكلف في أحكامه ويأمر بإزالته ودفعه. والقاعدة: [الشريعة جاءت لتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها] تبين أن الشريعة مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد.^{٦٨} وغيرها من القواعد الفقهية.
- وتُعين الضوابط الفقهية علماء المذهب الفقهي على ضبط مذهبه. ويتضح ذلك من ملاحظتنا أن من كتب في الضوابط الفقهية فقد اعتنى بالضوابط المتعلقة بالمذهب الفقهي، كما فعله ابن نجيم الحنفي في الأشباه والنظائر، والسيوطي في أشباهه أيضاً، وابن رجب الحنبلي في قواعده. وهذا ما تأكد عليه ابن رجب الحنبلي وبيّن أن الضوابط الفقهية قواعد مهمة وفوائد جمة، لأنها تُضبط للفقهاء أصول المذهب

^{٦٣} القراني، شهاب الدين أحمد بن إدريس. ١٩٩٤. الذخيرة. تحقيق: محمد حجي. بيروت: دار العرب الإسلامي. ط. ١. ج. ١. ص ٣٦.

^{٦٤} القراني. ١٩٩٤. الذخيرة. ج. ١. ص ٥٥.

^{٦٥} ابن السبكي. ١٩٩١. الأشباه والنظائر. ج. ١. ص ١٠.

^{٦٦} الصواط. القواعد والضوابط الفقهية. ج. ١. ص ١٢٧.

^{٦٧} القراني. ٢٠٠٣. الفروع. ط. ١. ج. ١. ص ٣.

^{٦٨} المقرئ. د.ت. القواعد. ج. ١. ص ١١٣. والباحسين. ١٩٩٨. القواعد الفقهية. ص ١١٧.

وَتُطْلَعُهُ مِنْ مَأْخَذِ الْفَقْهِ عَلَى مَا كَانَ عَنْهُ قَدْ تَعَيَّبَ، وَتُنْظَمُ لَهُ مَنْثُورُ الْمَسَائِلِ فِي سَلْكِ وَاحِدٍ، وَتُقَيَّدُ لَهُ الشُّوَارِدُ، وَتُقَرَّبُ عَلَيْهِ كُلُّ مَتْبَاعِدٍ.^{٦٩}

دليلية القواعد والضوابط الفقهية

إن البحث في كون القواعد الفقهية التي تعتبر حجة أو دليلاً في استنباط الأحكام الفقهية بحثٌ هامٌ في هذه الدراسة. وكنا نجد أن العلماء والفقهاء في القديم والحديث كانوا لم يجدوا بأساً من مثل هذه الصياغة. وقد ألفت مؤلفات عدة، تفتن فيها العلماء والفقهاء القواعد في صياغتها، وخاصةً فيما لم يرد بشأنه نصٌّ أو لم يُوافق نصّاً من الكتاب والسنة. ولم يقل أحدٌ من الفقهاء بمنع ذلك، لأنها مما أُلْفَ فيه ولم يُنكر أحدٌ منهم ذلك. وللقواعد والضوابط الفقهية دورٌ هامٌ في الكشف عن الحكم الشرعي وإلحاق الفروع بالكليات. وفي هذا المبحث سيرتكر الباحث في بيان إمكانيات القواعد والضوابط الفقهية واعتبارها دليلاً شرعياً نستند إليه في استنباط الحكم الشرعي ونعتمد عليه في الترجيح. ومن ثم، هناك آراء مختلفة بين الفقهاء في النظر إلى هذه القضية، وتنقسم هذه الآراء المختلفة إلى ثلاثة أقسام:

الأول: يجوز الاستدلال بالقواعد والضوابط الفقهية.

هناك بعض العلماء الذين يجيزون الاستدلال بالقواعد والضوابط الفقهية ومنهم: الغزالي^{٧٠}، والقراي^{٧١}، والشاطبي^{٧٢}، والسيوطي^{٧٣}، والفتوح^{٧٤}، من الفقهاء القدامى. وأما من الفقهاء المعاصرين، فهم البورنو،

^{٦٩} ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي. ١٩٩٩. القواعد. مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز. ج ١. ص ٣. والأسموي، صالح بن محمد بن حسن. ٢٠٠٠. مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية. تحقيق: متعب بن مسعود الجعيد. الرياض: دار الصمعي للنشر والتوزيع. ط ١. ج ١. ص ٣٢.

^{٧٠} هو أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الطوسي، حجة الإسلام. كان فيلسوفاً ومتصوفاً، وله مائتي مصنف منها: إحياء علوم الدين، والاقتصاد في الاعتقاد، ومقاصد الفلاسفة، والمنقذ من الضلال، والمستصفي في علم الأصول وغيرها. ولد سنة ٤٥٠هـ، ووفاته سنة ٥٠٥هـ، في الطابان (قبة طوس، بخرسان). رحل إلى نيسابور ثم إلى بغداد، فالحجاز، فبلاد الشام، فمصر، وعاد إلى بلده، نسبه إلى صناعة الغزل. الزركلي. (٢٠٠٢). الأعلام. ج ٧. ص ٢٢.

^{٧١} هو شمس الدين محمد بن إسماعيل بن محمد بن أحمد الونائي بفتح الواو والنون نسبة إلى ونا قرية بصعيد مصر، القراي، الشافعي، ولد سنة ٧٨٨هـ، واشتغل بالعلم وأخذ عن الشيخ شمس الدين البرماوي، وطبقته واشتهر بالفضل وتزوج إلى الشيخ نور الدين التلواني وصحب جماعة من الأعيان ونزل في المدارس طالباً ثم تدرّساً وولى تدريس الشيخونية، ثم ولى قضاء الشام مرتين، ثم رجع بعد أن استعفى من القضاء فأعفي، وذلك سنة سبع وأربعين، فسعى في تدريس الصلاحية بجوار الشافعي، فباشرها سنةً ونيفاً، ثم ضعف نحو الشهرين إلى أن توفي في يوم الثلاثاء سابع عشر صفر سنة ٨٤٩هـ. انظر: ابن العماد. ١٩٩٣. شذرات الذهب. ج ٧. ص ٢٦٥.

^{٧٢} هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الغزناطي، أبو إسحاق، الشهير بالشاطبي. أصولي حافظٌ وأحد أئمة المالكية. ولم تُسلط كتب التراجم المُعتمَدة الأضواء على مكان ولادته، ولا عن تاريخها، ولا عن كيفية نشأته، إلا أن اللذي يبدؤ أن أصله كان من مدينة شاطبة، وأنه ولد في مدينة غرناطة، قبيل سنة ٧٢٠هـ. فقد نشأ الشاطبي على حب العلم، ومتابعة الدرس مُنذُ نعومة أظفاره. وله مؤلفات، منها الموافقات في أصول الفقه، والمجالس شرح به كتاب البيوع من صحيح البخاري، والإفادات والإنشادات، ورسالة في الأدب، والاعتصام في أصول الفقه، وتوحي رحمة الله في شعبان عام ٧٩٠هـ. انظر: الزركلي. ٢٠٠٢. الأعلام - قاموس تراجم. ج ١. ص ٧٥.

والباحسين، وأبو اليقظان الجبوري، وعبد الملك السعدي، ومحمد نعيم ياسين، وغيرهم. وكانوا يرون أن الأصل في هذه القضية جواز الاستدلال بالقواعد الفقهية الكلية ما دام الاستدلال بها لم يعارض أصلاً مقطوعاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع.^{٧٥}

وعلى سبيل المثال، رأى الغزالي أن كل معنىٍ مناسبٍ للحكم مطردٌ في أحكام الشرع لا يرده أصلٌ مقطوعٌ به مقدّمٌ عليه من كتاب أو سنة أو إجماع فهو معقول به، وإن لم يشهد له أصلٌ معينٌ.^{٧٦}

وجاء الشاطبي بجواز الاستدلال بها ويرى أن كل أصلٍ شرعيٍّ لم يشهد له نصٌّ معينٌ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته، فهو صحيح بيني عليه، ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به.^{٧٧}

وبالجملة نذكر بعض نكتٍ مهمةٍ توضح جواز الاستدلال بها فيما تلي:

١- إذا كانت القاعدة نصّاً من نصوص القرآن الكريم أو الحديث النبوي، فهذه أدلةٌ بذاتها لكونها نصوصاً تشريعيةً، إذ لا خلاف فيها. وعلى سبيل المثال، نذكر قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^{٧٨} ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾^{٧٩} ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ، فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^{٨٠} ونذكر أيضاً قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (إنما الأعمال بالنيات).^{٨١} وقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار).^{٨٢} وقوله صلى الله عليه وسلم: (العجماء جرحها جباراً).^{٨٣} وقوله صلى الله عليه وسلم:

^{٧٣} سبق ذكر ترجمته.

^{٧٤} سبق ذكر ترجمته.

^{٧٥} شبير. ٢٠٠٧. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية. ص ٨٥.

^{٧٦} الغزالي، أبو حامد بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد. ١٩٨٠. المنحول من تعليقات الأصول. تحقيق: محمد حسن هيتو. دمشق: دار الفكر. ط ٢. ص ٣٦٤.

^{٧٧} الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي. ١٩٩٧. الموافقات. تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. المملكة العربية السعودية: دار ابن عفان. ط ١. ج ١. ص ٣٢.

^{٧٨} القرآن. الحج ٢٢: ٧٨.

^{٧٩} القرآن. النحل ١٦: ١٠٦.

^{٨٠} القرآن. المائدة ٥: ٣.

^{٨١} رواه البخاري. رقم الحديث: (١) باب: كتاب بدء الوحي. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل. ٢٠٠٢م. صحيح البخاري. بيروت: دار ابن كثير. ط ١. ص ٧. ورواه البخاري ومسلم. العيد، ابن دقيق. د.ت. شرح الأربعين للنووي. مكة المكرمة: المكتبة الفيصلية. ص ٩.

^{٨٢} رواه البيهقي. رقم الحديث: (١١٠٦٧) باب: لا ضرر ولا ضرار. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر. ١٩٩٤. سنن البيهقي الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطا. مكة المكرمة: مكتبة دار الباز. ج ٦. ص ٦٩.

^{٨٣} رواه مالك. رقم الحديث: (٦٧٦). الأصبغي، مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبغي. ١٩٩١. موطأ الإمام مالك. تحقيق: تقي الدين الندوي. دمشق: دار القلم. ط ١. ج ٣. ص ٢٨.

(ليس لعرق ظالم حق).^{٨٤} فهذه النصوص وأمثالها تعدُّ أدلةً بذاتها مع كونها تعد أيضاً قواعد فقهية لا خلاف بين العلماء بأنها صالحة لاستنباط الأحكام وتقريرها.^{٨٥} وإذا كان بعض القواعد الفقهية نصوصاً من الكتاب والسنة، فهي أدلة شرعية يمكن الاستناد إليها في استنباط الأحكام، وإصدار الفتاوى، وإلزام القضاء. إذ يتضح أن النصَّ دليلٌ والقاعدةُ الفقهيةُ دليلٌ كذلك. وعلى ذلك، بيّن أصحاب المجلة أن حكام الشرع اجتهدوا واستنبطوا الحكم الفقهي على نقلٍ صريح. ولعل هي القواعد التي في الأصل نصوصٌ شرعية.^{٨٦}

٢- إن القاعدة الفقهية كليةٌ أي منطقيةٌ على جميع جزئياتها ولا يقدر في كليتها وجود استثناءات، وحجية القاعدة وصلاحتها للاستدلال استفيد من مجموع الأدلة الجزئية التي نهضت بمعنى تلك القاعدة، فإن كان كل دليل جزئي هو حجة بذاته يصح الاستدلال به، فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجية في القاعدة التي أرشدت إليها مجموع الأدلة وتكون دلالتها قطعية.^{٨٧}

٣- إن تتبع اجتهادات الأئمة الأعلام ليرشد إلى اعتبارهم لهذه القواعد واعتمادهم عليها للكشف عن الحكم الشرعي المناسب للوقائع والمستجدات التي لم يرد فيها نصٌّ. الأمر الذي يبين لنا أن هذه القواعد راسخةٌ في أذهان المجتهدين.^{٨٨} ونذكر مثلاً منه: صرح جمهور الفقهاء أن الجماعة إذا قتلوا واحداً يقتلون به، وكان مما احتجوا به بالإضافة إلى قول الصحابي والقياس القواعد الكلية، فقال ابن العربي: "فإن الله سبحانه وتعالى إنما قتل من قتل صيانة للأنفس عن القتل، فلو علم الأعداء أنهم بالاجتماع يسقط القصاص عنهم لقتلوا عدوهم في جماعتهم، فحكماً بإيجاب القصاص عليهم ردعاً للأعداء، وحسماً لهذا الداء".^{٨٩}

٤- كان بعض القواعد قد بُيئت على أدلة واضحة من الكتاب والسنة والإجماع، منها قاعدة: [اليقين لا يزال بالشك].^{٩٠} وأمثال القواعد فهي تشبه الأدلة وقوتها بقوة الأدلة، فلا يمنع من الاحتكام إليها.^{٩١} ويرى الفتوحى أن هذه القاعدة تشمل جملة من قواعد الفقه التي تشبه الأدلة وليست بأدلة، لكن ثبت مضمونها بالدليل، وصار يقضي بها في جزئياتها، كأنها دليلٌ على ذلك الجزئي، فلما كانت كذلك ناسب ذكرها في باب الاستدلال، إذا تقرر هذا فاعلم أن من أدلة الفقه أنه لا يرفع يقينٌ بشكاً.^{٩٢} فالفتوحى، كما نقله الباحثين، قد

^{٨٤} رواه البيهقي. رقم الحديث: (١١٠٣١٨)، باب: ليس لعرق ظالم حق. البيهقي. ١٩٩٤. سنن البيهقي الكبرى. ج ٦. ص ٩٩.

^{٨٥} الحريري. ١٩٩٨. المداخل إلى القواعد الكلية. ص ٦٣.

^{٨٦} الباحثين. ١٩٩٨. القواعد الفقهية. ص ٢٧٨.

^{٨٧} شبير. ٢٠٠٧. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية. ص ٨٥.

^{٨٨} الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم زيد. ٢٠٠٠. قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي. دمشق: دار الفكر. ط ١. ص ١٠٨. وشبير. ٢٠٠٧. القواعد الكلية والضوابط الفقهية. ص ٨٥-٨٦.

^{٨٩} الكيلاني. ٢٠٠٠. قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي. ١٠٩.

^{٩٠} السيوطي. ١٩٨٣. الأشباه والنظائر. ط ١. ص ٥٠.

^{٩١} البورنو. ١٩٩٧. موسوعة القواعد الفقهية. ج ١. ص ٤٨.

^{٩٢} الفتوحى. ١٩٩٣. شرح الكوكب المنير. ص ٤٣٩.

عدّ القاعدة الفقهية من أدلة الفقه تستنبط منها الأحكام الشرعية. فالقاعدة: [اليقين لا يزول بالشك] مبنية على أدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.^{٩٣} وبالبناء على دليل من السنة أو الحديث، نستطيع أن نذكره مثل الحديث الذي روي عن سعيد وعباد بن تميم عن عمه أنه شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال: "لا ينصرف حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً".^{٩٤}

وبين الإمام النووي أن هذا الحديث أصلٌ من أصول الإسلام، وقاعدةٌ عظيمةٌ من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم بقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها.^{٩٥} ونفهم من هذا الحديث أنه يحكم في مسألة جزئية حيث أن المصلي إذا تيقن من الوضوء، فلا يضر الشك الطارئ على هذا الوضوء حتى يتيقن أنه فقد وضوءه بسماع الصوت أو بالشك، فيستدل بهذا الحديث في هذه المسألة الجزئية الخاصة بموضوع الوضوء والصلاة. والقاعدة التي بنيت على الحديث، فهي أعم منه، وحكمها يعم كل مسألة ثبت فيها الأمر بيقين، فلا يزول هذا اليقين بمجرد الشك الطارئ، ولذلك فهي تنطبق على أبواب كثيرة من الفقه. وإذا كان الاستدلال بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلاة والوضوء، فإنه لا يتنافى مع المنطق السليم، ومعقولة النصوص الشرعية، الاستدلال بالقاعدة الفقهية التي بنيت عليه، وتضمنت معناه في أبواب الفقه المختلفة، لأنها أعم من النص الذي يتعلق بمسألة فرعية.^{٩٦}

أما إذا كانت القواعد الفقهية ليست نصوصاً شرعيةً وإنما هي صياغة الفقهاء وعباراتهم (وإن كانت مستخرجةً من جملة أدلة أو أحكام) فإن القول بصلاحيها لاستنباط الأحكام منها، وهو محل الخلاف بين العلماء. إذ يرى بعض العلماء أنها لا ترقى إلى مستوى الأدلة الشرعية من حيث قوة الاحتجاج بها، وإن كانت مما يُستأنس به عند المجتهدين. وهؤلاء في ضمن القسم الثاني حيث يرى عدم الجواز في الاستدلال.

الثاني: لا يجوز الاستدلال بالقواعد والضوابط الفقهية.

يرى الإمام الجويني^{٩٧}، وابن دقيق العيد^{٩٨}، وابن نجيم، وغيرهم، إلى عدم جواز الاحتجاج والاستدلال بالقواعد والضوابط الفقهية. ونذكر آراءهم كما تلي:

^{٩٣}الباحسين. ٢٠٠٠. قاعدة اليقين لا يزول بالشك. ص ٢١١-٢١٧.

^{٩٤}ابن دقيق، العيد تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري. ٢٠٠٥. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام. تحقيق: مصطفى شيخ مصطفى و مدثر سندس. م.د.: مؤسسة الرسالة. ط ١. ج ١. ص ٥٦.

^{٩٥}النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف. ١٩٩٤. شرح صحيح مسلم بشرح النووي. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. د.م. مؤسسة قرطبة. ط ٢. ج ٤. ص ٦٦-٦٧. وأبو الطيب، محمد شمس الحق العظيم آبادي. ١٤١٥هـ. عون المعبود شرح سنن أبي داود. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ٢. ج ١.

ص ٢٠٦. والباحسين. ٢٠٠٠. قاعدة اليقين لا يزول بالشك. ط ١. ص ٢١٤.

^{٩٦}الباحسين. ٢٠٠٠. قاعدة اليقين لا يزول بالشك. ص ٢١٥.

^{٩٧}هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، إمام الحرمين. كان من أعلم المتأخرين من أصحاب الشافعي. ولد في ١٨ من المحرم سنة ٤١٩هـ، وتوفي ليلة الأربعاء في ٢٥ من ربيع الأول سنة ٤٧٨هـ، وكانت حياته رحمه الله ٥٩ سنة. ومكان الولادة في نيسابور من

كان القرابي يرد فتاوى من لم يوقع الطلاق في مسائل الدور التي منها قول القائل لزوجته: "إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً." وقال: ينقض قضاء من حكم بقاء الزوجية وعدم إيقاع الطلاق. وعلل ذلك بمخالفة قاعدة الشرط الذي هو صحة اجتماعه مع المشروط، فقال: "ولو قضى باستمرار عصمة من لزمه الطلاق بناءً على المسألة السريجية (السريجية: تنسب إلى ابن سريج الشافعي) نقضناه، لكونه على خلاف قاعدة أن الشرط قاعدته صحة اجتماعه مع المشروط. وشرط السريجية لا يجتمع مع مشروطه أبداً، فإن تقدم الثلاث لا يجتمع مع لزوم الطلاق بعدها".^{٩٩} وقد نصَّ ابن نجيم الحنفي في الفوائد الزينية، كما نقله الحموي في غمز عيون البصائر: "أنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط، لأنها ليست كليةً، بل أغلبيةً خصوصاً وهي لم تثبت من الإمام بل استخراجها المشايخ من كلامه".^{١٠٠}

وبالتالي، يستعرض الباحث حجية هؤلاء المانعين في قضية الاستدلال بما كما تلي:

١. إن القواعد الفقهية أغلبيةً وليست كليةً، وإن المستثنيات فيها كثيرةً ومن المحتمل أن يكون الفرع المراد استنباطه من القاعدة داخلاً في المستثنيات.^{١٠١}
٢. وأن أغلب القواعد والضوابط الفقهية لا تستند إلى نصوصٍ شرعيةٍ، وإنما تستند إلى استقراءٍ ناقصٍ للفروع الفقهية فلا تفيد اليقين. والبعض الآخر منها يستند إلى الاجتهاد، وهو يحتمل الخطأ، فتعميم حكم القاعدة على جميع الفروع فيه نوعٌ من المجازفة.^{١٠٢}
٣. وأن القواعد الفقهية هي ثمرة للفروع المختلفة ورابطٌ لها، وليس من المعقول أن نجعل ما هو ثمرةٌ ورابطٌ دليلاً للاستنباط.^{١٠٣}

أشهر مدن إقليم خراسان، ذلك الإقليم الذي كان من مدنه: هراة، ومرو، وبلخ، وطالقان، ونسا، وأبيورد، وسرخس، وغيرها. ورحل إلى بغداد، فمكة حيث جاور أربع سنين. وذهب إلى المدينة فأفتى ودرس، جامعاً طرق المذاهب. ثم عاد إلى نيسابور، فبنى له الوزير نظام الملك المدرسة النظامية فيها. وكان يحضر دروسه أكابر العلماء. وللإمام مصنفات كثيرة، منها غياث الامم والتهذيب والعمدة النظامية في الأركان الإسلامية، والبرهان في أصول الفقه، ونهاية المطلب في دراية المذهب (في فقه الشافعية)، والشامل في أصول الدين (على مذهب الأشاعرة)، والإرشاد في أصول الدين، والورقات في أصول الفقه. إمام الحرمين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني. ٢٠٠٧. نهاية المطلب في دراسة المذهب. تحقيق: عبد العظيم محمود الديب. جدة: دار المنهاج. ط ١. ص ١٨٦.

^{٩٨} هو محمد بن علي بن وهب بن مطيع، أبو الفتح، تقي الدين القشيري، المعروف بابن دقيق العيد. وهو قاض، من أكابر العلماء بالأصول، ومجتهد. أصل أبيه من منفوط (بمصر) انتقل إلى قوص. نشأ بقوص، وتعلم بدمشق والإسكندرية ثم بالقاهرة. وولي قضاء الديار المصرية سنة ٦٩٥هـ، فاستمر إلى أن توفي سنة ٧٠٢هـ بالقاهرة. ومن تصانيفه: إحكام الأحكام في الحديث، والإمام بأحاديث الأحكام، والاقتراح في بيان الاصطلاح، وتحفة اللبيب في شرح التقريب، وشرح الأربعين حديثاً للنووي، وغيرها. الزركلي. ٢٠٠٢. الأعلام - قاموس تراجم. ج ٦. ص ٢٨٣.

^{٩٩} القرابي. ٢٠٠٣. الفروع. ط ١. ج ٤. ص ٧٩.

^{١٠٠} الحموي. ١٩٨٥. غمز عيون البصائر. ج ١. ص ١٣٢.

^{١٠١} الزرقا. ١٩٩٨. المدخل الفقهي. ج ٢. ص ٩٤٨.

^{١٠٢} الباحسين. ١٩٩٨. القواعد الفقهية. ص ٢٧٢.

^{١٠٣} البورنو. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه. ص ٣٩.

الثالث: لا يجوز الاستدلال بالقواعد الفقهية في استنباط الأحكام ما لم يوجد عليها نصٌ صريحٌ من الكتاب أو السنة.

إن هذا الرأي من قبيل لجنة إعداد مجلة الأحكام العدلية، بحيث ذهبوا إلى أن الأصل في القاعدة الفقهية عدم صحة الاستناد إليها في استنباط الأحكام ما لم يوجد عليها نصٌ صريحٌ من الكتاب أو السنة. ونص في تقريرهم: "المقالة الثانية من المجلة هي القواعد التي جمعها ابن نجيم الحنفي، ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى. فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقلٍ صريحٍ لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدةٍ من هذه القواعد إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل."^{١٠٤}

وكان بعض شراح المجلة يُعلّلون ذلك بأن هذه القواعد لها مدارك ومآخذ وقيود وشروط قد تغيب عن بال الكثيرين من المقلدين. كما أشار إليه الأتاسي بقوله: "يتنور بها المقلد، ولا يتخذها مداراً للفتوى والحكم، فلعل بعضاً من حوادث الفتوى خرجت من إطرادها بقيدٍ زائدٍ، أو لأحد الأسباب المتقدم ذكرها. وهذا يحتاج إلى نظرٍ دقيقٍ وتحرُّ عميقٍ يجري تلك القواعد في مشتملاتها الحقيقية، ويستثنى منها ما خرج عنها بقيدٍ أو سببٍ من الأسباب المازة".^{١٠٥} ومن هذا النص نستطيع أن نفهم أن القاضي المقلد لمذهب من المذاهب يستأنس بتلك القواعد ولا يستند إليها في استنباط الأحكام، بل يجوز للمجتهد العالم بالمدارك والمآخذ والقيود والشروط في بعض الأحيان أن يستند إليها في الاستنباط.

قبل الوصول إلى الرأي الراجح من بين الفقهاء المجيزين والمانعين، فيود الباحث أن يناقش أدلتهم في قضية الاستدلال بالقواعد القهية فيما يلي:

١. إن القول بأن القواعد الفقهية رابطٌ وجامعٌ للفروع الفقهية، فلا يصحّ أن يكون دليلاً عليها غير مسلم به، لأن الفروع التي توقفت عليها القواعد غير الفروع التي تفرعت عن القاعدة فافترقا.^{١٠٦}
٢. وأن قولهم بأن القواعد الفقهية كثيرة المستثنيات، وقد تكون المسألة المبحوث عن حكمها من الفروع المستثناة، فيرد عليه بأن كثيراً من تلك الجزئيات المستثناة لم تكن داخلية تحت القاعدة أصلاً، لفقدتها بعض الشروط، أو لعدم تحقق مناط القاعدة فيها، وأيضاً إن كثيراً من تلك القواعد كانت نتيجةً للاستقراء الناقص الذي يعني الانتقال من الأحكام الجزئية إلى الحكم الكلي العام بمجرد دراسة بعض الجزئيات أو كثيراً منها، وهو يفيد اليقين إذا كان مبنياً على التعليل، ويُسمى بالاستقراء الناقص اليقيني،

^{١٠٤} مجموعة من العلماء. ١٣٠٢هـ. مجلة الأحكام العدلية. بيروت: المطبعة الأدبية. ص ٢٠.

^{١٠٥} شبير. ٢٠٠٧. القواعد الكلية والضوابط الفقهية. ص ٨٦-٨٧.

^{١٠٦} الباحثين. ١٩٩٨. القواعد الفقهية. ص ٢٧٨.

والحكم فيه يُستند على عِلَّةٍ قائمةٍ في جميع جزئياته. واحتج به جمهور الفقهاء والأصوليين، وسموه إلحاق الفرد بالأعلم الأغلب، وقالوا: إنه مفيدٌ للظن، وهو كافٍ في إثبات الأحكام الشرعية.^{١٠٧}

٣. وأن وجود بعض الاستثناءات على القاعدة الفقهية يعتبر كإخراج بعض الجزئيات عن مقتضى الدليل بطريق الاستحسان، وذلك لا يؤثر في بقاء الدليل والعمل به.^{١٠٨}

وفي هذا الصدد، يرى مصطفى الزرقا أن القواعد الكلية تستند إلى أحكام جزئية يستند كل حكم منها إلى دليل، وكلما كانت القاعدة الفقهية الكلية تستند إلى مجموعةٍ من الأحكام الجزئية كلما قوي الاحتجاج بها لاستنادها إلى مجموعة من الأدلة التي تُقوّي القاعدة، ثم يقوي الاحتجاج بها.^{١٠٩}

وبالجانب، أن القواعد الفقهية ليست كلها بدرجةٍ واحدةٍ من القوة، فالقواعد الكلية الكبرى لا شك في الاستدلال بها، لا لذاتها وإنما لما تستند إليه من نصوص لا حصر لها في الشريعة. وعندما يقال في مسألةٍ حادثَةٍ مما يستوجب اندراجها تحت قواعد: [المشقة تجلب التيسير]، أو [رفع الحرج]، و[الضرورات تبيح المحظورات] مثلاً، فإن إعطاءها الحكم المناسب بوحدةٍ من هذه القواعد، ويعنى ذلك أن هناك أكثر من دليلٍ ونصٍّ شرعيٍّ يدل على هذا الحكم أو ذلك. وأما غير هذه القواعد الكلية الكبرى، من القواعد الكلية أو الملحق بها، فإن قوة الاستدلال بها أقل في الدلالة من سابقتها، ذلك أن الاستدلال بالقاعدة تابعٌ لقوتها ومكانتها وما تركز عليه من نصوص الشريعة ووكلياتها العامة.^{١١٠}

ورأى مصطفى الزرقا أن القواعد الفقهية هي عبارةٌ عن الضوابط والأصول الكلية التي تندرج تحتها جزئياتٌ وأحكامٌ فقهيةٌ، أي هي أصول فقهية كليةٌ في نصوص موجزةٍ دستوريةٍ تتضمن أحكاماً تشريعيةً عامةً في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها.^{١١١} فيتضح بذلك أن الأحكام التشريعية العامة، أو الأحكام والجزئيات الخاصة التي تندرج تحت قاعدةٍ ما، لم يصدق عليها الحكم إلا باستنادها إلى دليلٍ شرعيٍّ، من نصٍّ أو اجتهادٍ، ثم جاء الفقهاء ليجعلوا لهذه الأحكام الفقهية المتشابهة ضابطاً وقاعدةً فقهيةً يجتمع تحتها المتشابهة والمتناظر من هذه الأحكام، وعليه فإن القاعدة الفقهية تستند إلى أكثر من دليلٍ حسب ما يندرج تحتها من جزئياتٍ وأحكامٍ. وهكذا يقوى الاستدلال بالقاعدة كلما كانت الأحكام التي تتبعها أكثر وأقوى استناداً على الدليل.

^{١٠٧} الفتوحى. ١٩٩٣. شرح الكوكب المنير. ج ٢. ص ٤٢.

^{١٠٨} الباحسين. ١٩٩٨. القواعد الفقهية. ص ٢٧٩.

^{١٠٩} الزرقا. ١٩٩٨. المدخل الفقهي العام. ج ٢. ص ٩٤٧-٩٥٠.

^{١١٠} الحريري. ١٩٩٨. المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية. ص ٦٥.

^{١١١} الزرقا. ١٩٩٨. المدخل الفقه العام. ج ٢. ص ٩٤٧.

وبعد عرض ومناقشة أدلة المانعين والمميزين وحجياتهما، فيستنبط الباحث أن أدلة المانعين غير منتجة لدعوى عدم جواز الاستدلال بالقواعد الفقهية على الأحكام الشرعية، أي أن الأصل في هذه القضية جواز الاستدلال بها، لبعض الأسباب التالية:

أولاً: إن الآراء التي نقلت عن يرون عدم جواز الاستدلال بالقواعد الفقهية التي ليس لها أصل من كتاب أو سنة، يُفهم منها بمفهوم المخالفة أنهم يرون جواز الاستدلال بالقواعد الفقهية التي لها أصل من كتاب أو سنة. وهذا ما يفهم من كلامهم، فإن كُتِّب مجلة الأحكام العدلية قد ذكروا: "فحكم الشرع ما لم يقفوا على نقلٍ صريحٍ لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدةٍ من هذه القواعد."^{١١٢} ومفهوم ذلك أنهم إذا وقفوا على نقلٍ صريحٍ، فإنهم يستدلون بهذه القواعد. ويعني بالنقل الصريح هو نصوص الكتاب والسنة، سواءً أكانت القواعد نصوصاً شرعيةً، أو مبنيةً على نصوص الشرع عن طريق استنباط العلل الجامعة بين هذه النصوص، أو بين الأحكام الشرعية التي استنبطت من هذه النصوص الجزئية. وبعبارة أخرى نقول: إنهم يستدلون بالقواعد الفقهية إذا كانت تستند إلى نصوص الشرع، كما نفهمه من رأي المانعين الذي يُبدي أن أصحاب هذا الرأي يستدلون بالقواعد الفقهية التي كانت لها أصل من كتاب أو سنة، أو معبرةً عن دليلٍ أصوليٍّ.

وثانياً: وأما رأي ابن نجيم فيما ينقل عنه الحموي في غمز عيون البصائر فإنه يُشكُّ في نسبته إليه، لأنه لم يوجد في الفوائد الزينية، حيث راجع الباحث كتاب الفوائد الزينية، فلم يجد هذا الرأي.

وثالثاً: وأن الندوي قد ذكر أن القاعدة الفقهية تصلح أن تكون دليلاً شرعياً إذا كانت معبرةً عن دليلٍ أصوليٍّ.^{١١٣} وهذا يدل على أنه يرى جواز الاستدلال بالقاعدة الفقهية إذا كانت معبرةً عن دليلٍ أصوليٍّ، فإذا كانت القاعدة الفقهية بمعنى الاستصحاب المعبر عند الفقهاء، وتعبّر عن هذا الدليل الأصولي، فهي تصلح أن تكون دليلاً شرعياً، كالاستصحاب الذي تعبّر عنه القاعدة.

ورابعاً: وأن كثيراً من الفقهاء قد أخذوا بمصادر التشريع التبعية، على خلاف فيما بينهم في الأخذ بهذه المصادر، فالاستحسان القياسي مثلاً أساسه رفع الحرج. وهو من مقاصد التشريع، والعرف دليل، حيث لا يُوجد نصٌّ من كتاب أو سنة، وهو ما اعتاده الناس في معاملاتهم، ولا يناقض نصّاً شرعياً. والذرائع مصدر من مصادر التشريع، والأصل في اعتبارها النظر في مآلات الأفعال، فيأخذ الفعل حكماً يتفق مع ما يؤول إليه، ولها أدلة كثيرة من الكتاب والسنة وفعل الصحابة، والاستصحاب قام دليل على الأخذ به من الشرع، فقد ثبت بالاستقراء للأحكام الشرعية أنها تبقى على ما قام الدليل حتى يقوم دليل على التغيير.^{١١٤} والمصالح المرسله تستند إلى أصلٍ كليٍّ، أي

^{١١٢} حيدر. ٢٠٠٣. درر الحكم. ج ١. ص ١٠.

^{١١٣} الندوي. ١٩٩٤. القواعد الفقهية. ص ٣٣١.

^{١١٤} الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي. ١٩٩٧. الموافقات. تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. المملكة العربية السعودية: دار ابن عفان. ط ١. ج ١. ص ٣٧-٣٩. وأبو زهرة، محمد. ١٩٥٨. أصول الفقه. القاهرة: دار الفكر العربي. ص ٢٦٥.

معنى كليّ عامّ، وليس إلى دليلٍ جزئيّ. فقد بنيت على تتبع واستقراء فروعٍ فقهيةٍ كثيرةٍ جدًّا، فتكون حجةً، لأنّ الشرع شهد بجنسها، وهي أقوى من الحكم المبني على خبر الآحاد، أي الدليل الظني. فالأصل الكلي إذا كان قطعياً قد يساوي الأصل المعين، وقد يزيد عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه.^{١١٥}

أمثلة الضوابط الفقهية وتطبيقاتها في باب البيع

إن البيع والشراء من أهم مجالات التعامل التجاري. ومع أن الشريعة الإسلامية تؤكد على جوازها ضمن ضوابط وشروط محددة. ولهذا سيقوم الباحث بشرح معنى البيع ومشروعيته في منظور الفقه الإسلامي حتى يكون الموضوع واضحاً جلياً عند تناول التطبيق العملي لدى البائع والمشتري.

إن المراد بالبيع في اللغة مقابلة شيء بشيء، ومقابلة سلعة بسلعة تسمى بيعاً. وأما الشراء فإنه إدخال ذات في الملك بعوض أو تملك المال بالمال. وتطلق كلاً من البيع والشراء على معنى الآخر، فيقال لفعل البائع بيعٌ وشراءٌ، كما يقال ذلك لفعل المشتري، ومنه قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ﴾^{١١٦}، فإن معنى ﴿شَرَوْهُ﴾ في الآية: باعوه، وكذلك الاشتراء والابتياح فإنهما يطلقان على فعل البائع والمشتري لغة. إلا أن العرف قد خص المبيع بفعل البائع، وهو إخراج الذات من الملك، وخص الشراء والاشتراء والابتياح بفعل المشتري، وهو إدخال الذات في الملك.^{١١٧}

ومعنى البيع في الاصطلاح مبادلة المال بالمال بالتراضي، ويكون البيع لازماً بإيجاب وقبول وتعاطٍ، كما نقل ابن نجيم من كلام النسفي في كتابه البحر الرائق. والأصل في البيع مبادلة مالٍ بمالٍ، لقولهم بيعٌ رايحٌ وبيعٌ خاسرٌ وذلك حقيقةً في وصف الأعيان لكنه أُطلق على العقد مجازاً، لأنه سبب التمليك والتملك.^{١١٨} وقد أطلق ابن نجيم المال بما ملكته من شيءٍ والجمع منه أموالٌ. والمال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية إنما ثبت بتموّل الناس كافةً أو بتقوّم البعض. والتقوّم يثبت بها وإباحة الانتفاع له شرعاً. وما يكون مباح الانتفاع بدون تموّل الناس لا يكون مالاً، كحبة حنطة. وما يكون مالاً بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوّمًا كالخمر. والبيع لا بد أن يكون مبادلة شيءٍ مرغوبٍ فيه بشيءٍ مرغوبٍ فيه. وذلك قد يكون بالقول (الإيجاب والقبول) وقد يكون بالفعل (التعاطي). والبيع هو طريق المملك في جميع الأموال، لأن الأصل الإباحة فيها.^{١١٩}

^{١١٥} الشاطبي. ١٩٩٧. الموافقات. ط ١. ج ١. ص ٣٢-٣٣.

^{١١٦} القرآن. يوسف. ١٢: ٢٠.

^{١١٧} الجزيري، عبدالرحمن بن محمد عوض. ٢٠٠٢. الفقه على المذاهب الأربعة. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ٢. ج ٢. ص ١٣٤.

^{١١٨} ابن نجيم. ١٩٩٧. البحر الرائق. ص ٤٣٠.

^{١١٩} المرجع نفسه. ص ٤٣٠-٤٣٣.

وإن البيع مشروعٌ في الإسلام، وكانت مشروعيته ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع. ورد بعض الآيات يبين مشروعية البيع في القرآن الكريم منها قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾. ١٢٠ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾. ١٢١ وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾. ١٢٢ وهذه الآيات تدل على حلّ البيع، وإن كانت مسوقةً لأغراض أخرى غير إفادة الحل، لأن الآية الأولى مسوقةٌ لتحريم الربا، والثانية مسوقةٌ لنهي الناس عن أكل أموال بعضهم بعضاً بالباطل، والثالثة مسوقةٌ للفت الناس إلى ما يرفع الخصومة، ويحسم النزاع من الاستشهاد عند التبايع. ١٢٣

وفيما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قد باشر البيع، وشاهد الناس يتعاطون البيع والشراء، فأقرهم ولم ينههم عنه. ١٢٤ منها قوله صلى الله عليه وسلم: ((لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتي بجزمة حطب على ظهره، فيبيعها فيكف بها وجهه، خير له من أن يسأل الناس، أعطوه أو منعوه)). ١٢٥ وفي هذا الحديث إشارة إلى ما يجب على الإنسان من العمل في هذه الحياة، فلا يحل له أن يهمل طلب الرزق اعتماداً على سؤال الناس، كما لا يحل له أن يستنكف عن العمل، سواء كان جليلاً أو حقيراً، بل عليه أن يعمل بما هو ميسر له.

الضابط الأول: من ملك البيع ملك الإقالة، فصحت إقالة الوكيل بالبيع. ١٢٦

إن معنى الإقالة في اللغة الرفع والإزالة. وإذا قيل: "أقال الله عثرته، أي إذا رفعه من سقوطه." والإقالة في البيع تعني رفع العقد. ١٢٧ ويراد بالإقالة في الاصطلاح رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره برضا طرفيه. ١٢٨ ويعتبر بعض العلماء معنى الإقالة هو الفسخ، ويعني رفع جميع أحكام العقد وآثاره واعتباره كأن لم يكن بالنسبة للمستقبل. ١٢٩

١٢٠ القرآن. البقرة. ٢: ٢٧٥.

١٢١ القرآن. النساء. ٤: ٢٩.

١٢٢ القرآن. البقرة. ٢: ٢٨٢.

١٢٣ الجزيري. ٢٠٠٢. الفقه على المذاهب الأربعة. ص ٤٩٥.

١٢٤ حيدر. ٢٠٠٣. درر الحكم. ج ٣. ص ١٠١.

١٢٥ الحديث رواه البخاري، رقم الحديث: (١٣٧٨)، الباب: الاستغفار عن المسألة. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله. ٢٠٠٢. صحيح البخاري. بيروت: دار ابن كثير. ج ٥. ص ٣٢٠. وأحمد، رقم الحديث: (١٤٠٧)، الباب: مسند الزبير بن العوام رضي الله عنهم. ابن أحمد. ١٩٩٩. مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون. بيروت: مؤسسة الرسالة. ج ٣. ص ٢٦.

١٢٦ ابن نجيم. ١٩٩٤. الفوائد الزينية. ص ٦٦.

١٢٧ الفيومي. ١٩٨٧. المصباح المنير. ص ١٩٩. (مادة قيل).

١٢٨ الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي. ٢٠٠٣. بلدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ٢. ج ٥. ص ٣٠٨. والخطاب. ١٩٩٥. مواهب الجليل. ط ١. ج ٤. ص ٤٨٥. وابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد. ١٩٩٧. المغني. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو. الرياض: دار عالم الكتب. ط ٣. ج ٦. ص ٢٠١.

١٢٩ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ١٩٨٣. الموسوعة الفقهية الكويتية. الكويت: طباعة ذات السلاسل. ط ٢. ج ٥. ص ٣٢٤.

إن ابن نجيم بين أن البائع يملك البيع وفي نفس الوقت يستحق الإقالة. وعند ذلك، إذا وكل البائع أمره على أحدٍ فله حق الإقالة. ومن ثم، إقالة الوكيل بالبيع صحيحة، والوكيل ضامنٌ بالبيع حين أقال بعد قبض الثمن، أمّا قبله فيملكها. وهذا كما أشار إليه ابن عابدين في كتابه رد المختار في كتاب البيوع من باب الإقالة. ١٣٠ وجاء الحموي يوضح ذلك، ويرى أنه من باع أو اشترى لنفسه ملك الإقالة. ١٣١ ويزيد بيانه بأن إقالة الوكيل بالسلم جائزة، وإقالة الوكيل بالشراء لا تجوز إجماعاً. وفي تقديره أن المراد بإقالة الوكيل بالسلم هو الوكيل بشراء السلم بخلاف الوكيل بشراء العين. والوكيل بالبيع إنما يضمن إذا كان أقال بعد قبض الثمن، أما قبله فيملكها. والوكيل لو قبض الثمن لا يملك الإقالة إجماعاً. والوكيل بالبيع يملك الإقالة قبل القبض وبعده من عيبٍ أو غير عيبٍ. ١٣٢

المثال من التطبيق:

القضية: هل للوكيل في البيع حق الإقالة فيه؟

إن الوكيل لا يملك الإقالة إجماعاً إذا كان الوكيل أو الموكل يقبض الثمن، ولا يعود المبيع إلى ملكه، وتصح الإقالة عليه بالضمان. وهذا ما أشار إليه ابن عابدين في تعليق هذه القضية. ١٣٣ ومن هذا البيان يتضح للباحث أن من يبيع شيئاً يستحق الإقالة فيه حتى أن الوكيل بالبيع نفسه يملك حق الإقالة ببيعه بشرط أن لا يقبض الثمن. ويتخلص الباحث بأن الإقالة تتعلق بالبيع، وتكون الإقالة قبل قبض المبيع، والإقالة كما هو المعروف هي رفع العقد اللازم، سواء كان لازماً للعاقدين أو لأحدهما. والوكيل بالبيع يستحق الإقالة قبل قبض الثمن.

الضابط الثاني: للبائع حق حبس المبيع لأجل الثمن الحال. ١٣٤

إن لفظ الحبس في اللغة حبس، يحبس، حبس: واحتبسه وحبسه؛ أي أمسكه عن وجهه. ١٣٥ وذكر في تاج العروس معنى الحبس: المنع والإمساك. وهو ضدُّ التخليّة كالحبس أي كتمّعه، كقوله تعالى: ﴿إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ﴾ أي رُجوعُكم. ١٣٦ وجاء معنى الحبس في المعجم الوسيط على شكل فعلٍ ماضٍ: حبس (الشيء)، ويعني منعه وأمسكه وسجنه. وقيل: حبس فلان الشيء أي احتص نفسه به. تحبس (فلان) في الكلام أي توقف فيه. ١٣٧ وأما معنى

١٣٠ ابن عابدين. ٢٠٠٣. رد المختار على الدر المختار. ج ٧. ص ٢٣٥.

١٣١ الحموي. ١٩٨٥. غمز عيون البصائر. ج ٤. ص ١٤٠.

١٣٢ المرجع نفسه. ج ٤. ص ١٤٢.

١٣٣ ابن عابدين. ٢٠٠٣. رد المختار على الدر المختار. ج ٧. ص ٣٣٦.

١٣٤ ابن نجيم. ١٩٩٤. الفوائد الزينية. ص ١٣٧.

١٣٥ ابن منظور، أبو الفضل محمد بن مكرم جمال الدين الافريقي المصري. ١٤١٤هـ. لسان العرب. بيروت: دار الصادر. ط ٣. ج ٦. ص ٤٤٤. والرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر. ١٩٨٦. مختار الصحاح. بيروت: مكتبة لبنان. ص ٥١. (باب الحاء).

١٣٦ الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق، مرتضى، الحسيني. ١٩٦٥. تاج العروس من جواهر القاموس. تحقيق: عبد الستار أحمد فراج. الكويت: التراث العربي. ج ١٥. ص ٥٢٠. (فصل الحاء مع السين).

١٣٧ الشوقي. ٢٠٠٤. المعجم الوسيط. ص ١٥٢.

الثلث في اللغة: عوض ما يُباع به. كقولهم: بعث كذا، وأخذت ثمنه.^{١٣٨} وجاء معناه في لسان العرب: ما تستحق به الشيء، والثلث ثمن المبيع، وثلث كل شيء؛ قيمته. وشيءٌ ثمينٌ؛ أي مرتفع الثمن.^{١٣٩}

كان عقدُ البيعِ عقدَ معاوضةٍ، بحيث تكون المساواة في عقود المعاوضة مطلوبةً للمتعاوضين، وتحقق المساواة بجعل الثمن متعيناً كما يجعل المبيع متعيناً. فإذا كان المبيع قد تعيّن بمجرد العقد، فإن الثمن لا يتعين إلا بالقبض، فيجري المشتري على التسليم أولاً ليتعين الثمن كما تعين المبيع، وهذا هو مقتضى المساواة بين المتعاوضين.^{١٤٠} وقد أشار ابن نجيم إلى أن البائع يملك حبس المبيع لأجل الثمن الحال. وبعبارة أخرى نقول: إن من باع شيئاً فله حقٌّ في حبس المبيع، وذلك لأجل الثمن الحال. ولكن ليس للبائع ذلك الحق إذا اشترى العبد نفسه من مولاه، ولو أمر عبداً ليشتري نفسه من مولاه فاشترى للأمر، ولو باعه داراً هو ساكنها، ولو قبض المشتري المبيع بلا إذن البائع قبل نقد الثمن ثم تصرف، فللبائع نقضٌ تصرّفه.^{١٤١} وبالتالي، أكد ابن نجيم أن للبائع حقَّ حبس المبيع حتى يستوفي الثمن كلّه، ولو بقي منه درهمٌ إلا أن يكون مؤجلاً. وإذا كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فله حبس المبيع إلى استيفاء الحال.^{١٤٢}

المثال من التطبيق:

القضية: هل حق حبس المبيع يسقط بالحوالة؟

إن البائع لما قبل الحوالة^{١٤٣} فقد برئت ذمة المشتري من دين البائع، فالحوالة بمنزلة القبض، فكأن البائع قد قبض الثمن، لأن الحوالة بمنزلة القبض حكماً، فكان من حق المشتري استلام المبيع. وبين الكاساني في بدائع الصنائع أن أبا يوسف يريد بقاء الحبس على بقاء الدين في ذمة المشتري، وذمته برئت من دين المحال بالحوالة، فيبطل حق

^{١٣٨} ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكريا. ١٩٧٩. معجم مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام محمد هارون. بيروت: دار الفكر. ج ١. ص ٣٨٦. (باب الناء والميم وما يمثلهما).

^{١٣٩} ابن منظور. ١٤١٤هـ. لسان العرب. ط ٣. ج ١. ص ٣٧٧. وهناك فرقٌ بين الثمن والقيمة، كما أشار إليه ابن نجيم في كتابه البحر الرائق، بقوله: إن الثمن هو ما تراضى عليه المتعاقدان سواءً زاد على القيمة أو نقص. والقيمة هي ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادةٍ ولا نقصانٍ. ولزيد البيان والمناقشة، فليراجع: ابن نجيم. ١٩٩٧. البحر الرائق. ج ٦. ص ١٥.

^{١٤٠} ومن الجدير بالذكر أن هذا ليس محل اتفاق بين الفقهاء، وذلك لأن الثمن بإمكانه قد لا يتعين بالقبض. ويتعين التسليم بالقبض قد لا يلزم منه اشتراط التسليم، وإنما يلزمه إحضار ذلك. فإذا أحضر كل واحد منهما ما يجب عليه تسليمه فقد تحققت المساواة بينهما، فيتم التسليم معاً، أو بتنصيب عدل يستلم منهما، ويسلمهما، هذا هو الذي يحقق المساواة بينهما، وينزع الخوف منهما. انظر: الديان، ديبان بن محمد. ١٤٣٤هـ. المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة. الرياض: فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية. ط ٢. ج ٧. ص ٢٠٧-٢٠٨.

^{١٤١} ابن نجيم. ١٩٩٩. الأشباه والنظائر. ص ٢١٣.

^{١٤٢} ابن نجيم. ١٩٩٧. البحر الرائق. ج ١٥. ص ٢٥٨.

^{١٤٣} المراد بالحوالة (بفتح الحاء) في اللغة هي الانتقال، كما يظهر من قولهم: حال عن العهد أي إذا انتقل عنه وتغير. وأما في الاصطلاح فهي عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة، ويطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى. الشريفي، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب. ٢٠٠٠. معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت: دار الكتب العلمية. ج ٣. ص ١٨٩.

الحبس، ومحمد يعتبر بقاء حق المطالبة لبقاء حق الحبس، ومع أن حق المطالبة لم يبطل بحوالة المشتري.^{١٤٤} وأشار الزبيدي في الجوهرة النيرة إلى أن البائع إذا أحال رجلاً على المشتري بالثمن سقط الحبس إجماعاً، لأن مطالبته سقطت كما لو استوفى.^{١٤٥} وشرح عنه أيضاً ابن نجيم في البحر الرائق بأن حق الحبس يسقط بحوالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقاً.^{١٤٦}

الضابط الثالث: لا يجوز تفريق الصفقة على البائع إلا في الشفعة.^{١٤٧}

إن لفظ الشُّفَعَة في اللغة، بضمّ الشين وسكون الفاء، اسمٌ مصدرٍ بمعنى التملك، وهي من الشَّفَع الذي هو ضدُّ الوتر لما فيه من ضمّ عددٍ إلى عددٍ أو شيءٍ إلى شيءٍ. ويقال: شفع الرجل الرجل شفعاً إذا كان فرداً فصار له ثانياً، وشفع الشيء شفعاً ضم مثله إليه وجعله زوجاً.^{١٤٨} ومعنى الشفعة في الاصطلاح تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه، أو هي حقٌ تملك قهريٌّ يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض.^{١٤٩}

وأما لفظ الصفقة في اللغة فهو يأتي على شكل فعلٍ صَفَقَ وتعني ضَرَبَ. وقيل: ضربته بيدي، وشفقت له بالبيعة صفقاً، وضربت بيدي على يده. وكانت العرب إذا وجب البيع، ضرب أحدهما يده على يد صاحبه. ويُستخدم لفظ الصفقة في العقد، فقيل: بارك الله لك في صفقة يمينك.^{١٥٠} والصفقة في الاصطلاح جمع البيع في عقدٍ واحدٍ بين حرامٍ وحلالٍ، ويجري في أبوابٍ، وفيها غالباً قولان أو وجهان، أصحُّهما الصحة في الحلال، والثاني البطلان في الكل. ومن أمثلتها في البيع؛ أن يبيع خلاً وخمراً أو شاةً وخنزيراً أو عبداً وحرّاً أو عبداً وعبد غيره أو مشتركاً بغير إذن شريكه، أو مال الزكاة قبل إخراجها، أو الماء الجاري مع قراره أو غير الجاري. وهذا ما أشار إليه السيوطي واللحجي في التعريف عن الصفقة.^{١٥١}

قد بيّن الحموي أنه لا يجوز تفريق الصفقة على البائع إلا في الشفعة. ومن المثال: لو باع رجلٌ أرضين ولرجلٍ آخر أرضٌ ملازقةٌ ببعض الأراضي دون البعض، فعليه أن يأخذ التي تُلازقُ أرضه دون الأخرى بالشفعة.

^{١٤٤}الكاساني. ٢٠٠٣. بدائع الصنائع. ج ٥. ص ٢٥٠.

^{١٤٥}الزبيدي، أبو بكر بن علي بن محمد الحداد. ٢٠٠٦. الجوهرة النيرة شرح مختصر القلديوري في فروع الحنفية. تحقيق: إلياس قبلان. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ١. ج ١. ص ٦٦٧.

^{١٤٦}ابن نجيم. ١٩٩٧. البحر الرائق. ج ٥. ص ٣٣١.

^{١٤٧}ابن نجيم. ١٩٩٩. الأشباه والنظائر. ص ٢١٢.

^{١٤٨}اشوقي. ٢٠٠٤. المعجم الوسيط. ط ٤. ج ١. ص ٤٨٧. (مادة: شفع). والجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد. ١٩٨٧. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار. بيروت: دار العلم للملايين. ط ٤.

^{١٤٩}ابن عابدين. رد المختار على الدر المختار. ج ٥. ص ١٤٢. والرمل، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين (ت ١٠٠٤هـ). ٢٠٠٣. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ٣. ج ٥. ص ١٩٢.

^{١٥٠}الفيومي. ١٩٨٧. المصباح المنير. ص ١٣١.

^{١٥١}السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. ١٤٠٣هـ. الأشباه والنظائر. بيروت: دار الكتب العلمية. ص ١٠٨. واللحجي، عبد الله بن سعيد محمد عبّادي. ١٣٨٨هـ. إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية. مكة المكرمة: مطبعة المدني. ص ٤٧.

وإذا كان الشَّفِيعُ الآخرُ يطلبُ شُفْعَةً ما كان لزيقُ أرضِهِ وهو يطلبُ. ويُقال للطلّاب: إما أن تأخذ الكلَّ أو تدع إذا لم يرض المشتري بتفريق الصفقة ما لم يكن باختيار الشَّفِيعِ وفعله، بل للضرورة أنه لم يتمكّن من أخذ أحدهما، فصار كما لو اشترى عبداً وداراً صفقةً واحدةً كان للشَّفِيعِ أن يأخذ الدار بالشَّفِيعَةِ دون العبد. ١٥٢

وإذا كانت دار الشَّفِيعِ ملازقةً لبعض المبيع كان له الشَّفِيعَةُ فيما لازقه فقط. والشَّفِيعَةُ بيعةٌ في جميع الأحكام إلا في ضمان الغرر للجبر. وإذا أُستحق المبيع بعد البناء، فلا رجوع للمشتري على الشَّفِيعِ، كالموهوب له، والمالك القديم واستيلاء الأب بخلاف البائع. إذ رؤية المشتري رضاه بالعيب لا يظهُرُ في حق الشَّفِيعِ كالأجل ويردّها على البائع لا تسلم للمشتري. وهذا ما أشار إليه ابن نجيم. ١٥٣

المثال من التطبيق:

القضية: هل تسقط الشفعة بموت الشفيع؟

هناك آراء ثلاثة في هذه القضية، نذكرها كما تلي:

- إن الشفعة تسقط متى يموت الشفيع سواء يطالب (الميت) بها قبل موته أم لم يطالب. ١٥٤
 - تسقط الشفعة بموت الشفيع ولم يطالب بها. والعكس، لم يسقط حق الشفعة حق الشفعة بعد المطالبة. ١٥٥
 - لم تسقط الشفعة بموت الشفيع، مع أن حق الشفعة ينتقل للوارث. ١٥٦
- ويزيد الديبان في بيانه أن الشفعة من حقوق الملك وإذا انتقل الملك انتقل بحقوقه. وإذا كان المشتري ميتاً لم يظل حق الشفيع، وله أن يأخذ المبيع من وارثه، لأن حق الشفيع لم يكن مرتباً على قبول المشتري في حياته، فلم يكن هناك فرق في الحكم بعد وفاته. ١٥٧ ومن هنا نتخلص بأن حق الشفعة ثابتٌ للشفيع بعد مطالبته به، فإذا مات الشفيع ولم يطالب به لم يثبت له الحق ولم يورث عنه.

١٥٢ الحموي. ١٩٨٥. غمز عيون البصائر. ج ٤. ص ١٤٦.

١٥٣ ابن نجيم. ١٩٩٩. الأشباه والنظائر. ص ٢٨٠.

١٥٤ ابن نجيم. ١٩٩٧. البحر الرائق. ج ٨. ص ١٦٠. والكاساني. ٢٠٠٣. بدائع الصنائع. ج ٥. ص ٢٢. والزليعي، فخر الدين عثمان بن علي. ١٣١٤هـ. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. مصر: المطبعة الكبرى الأميرية. ج ٥. ص ٢٥٧.

١٥٥ ابن قدامة. ١٩٩٧. المغني. ج ٥. ص ٢١٦. وابن النجار. ١٩٩٩. منتهى الإرادات. ج ٢. ص ٣٤٧. والدهلوي. ١٤٠٤هـ. الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف. ج ٦. ص ٢٩٧.

١٥٦ الشيرازي، أبو إسحاق. ١٩٩٦. المهذب في فقه الإمام الشافعي. تحقيق: محمد الزحيلي. دمشق: دار القلم. ج ١. ص ٣٨٣. والزركشي. ١٩٨٥. المشور في القواعد. ط ٢. ج ٢. ص ٥٦.

١٥٧ الديبان. ١٤٣٤هـ. المعاملات المالية في الفقه الإسلامي. ج ١٠. ص ٤٤٧.

الخلاصة

هذه هي الضوابط الفقهية عند ابن نجيم الحنفي في المعاملات المالية التي استخرجها الباحث من كتبه، وشرحها ودلّل عليها، وأبرز أهميتها. وقد توصل الباحث من خلال هذه الدراسة إلى بعض النتائج منها: يتضح للباحث من خلال الدراسة أن ابن نجيم الحنفي قد أسهم إسهاماً قيّماً في علم القواعد والضوابط الفقهية، ويظهر ذلك جلياً من خلال ما استقرأه الباحث على كتبه، ككتاب الأشباه والنظائر، والفوائد الزينية، والبحر الرائق والرسائل الزينية وغيرها التي تتميز بالأصالة، ومما استخرج منها بعض الضوابط الفقهية وتطبيقاتها في القضايا المعاملات المالية التي تتسم بالدقة والشمولية واعتمادها على المصادر والمراجع من الكتاب والسنة ومن الكتب المعتمدة التي عنده. وفي تقدير ابن نجيم أن الضابط الفقهي هو حكم كلي فقهي ينطبق على فروع متعددة ويجمعها من باب واحد، وأما القاعدة فتجمع فروعاً من بابٍ شتى. ويظهر الفرق بينهما أن القاعدة تتضمن حكماً شرعياً ينطبق على فروع كثيرة من أبواب فقهية متعددة، مثل: باب الطهارة، وباب الصلاة، وباب البيع، وباب النكاح وغيرها. ومع أن الضابط يتضمن حكماً شرعياً ينطبق على فروع من بابٍ فقهيٍّ واحد، مثل: باب السلم في البيوع، باب قراءة الفاتحة في الصلاة، وباب غسل اليدين في الوضوء، وغيرها من الأحكام الفقهية. ويرى ابن نجيم جواز الاستدلال بالقواعد والضوابط الفقهية لأن لها أصلاً من كتابٍ أو سنةٍ (بالنقل الصريح)، سواءً أكانت القواعد نصوصاً شرعيةً، أو مبنيةً على نصوص الشرع عن طريق استنباط العلة الجامعة بين هذه النصوص، أو بين الأحكام الشرعية التي استنبطت من هذه النصوص الجزئية. وهي أيضاً تصلح أن تكون دليلاً شرعياً إذا كانت معبرةً عن دليلٍ أصوليٍّ.

المصادر والمراجع

ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، الحراني، أبو العباس تقي الدين. ١٤١٥ هـ. مجموع الفتاوى. تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وابنه محمد. المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

_____، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، الحراني، أبو العباس تقي الدين. ١٩٨٦. منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية. تحقيق: محمد رشاد سالم. المملكة العربية السعودية: جامعة الإمام بن سعود الإسلامية. ط ١.

ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي. ١٩٩١. الأشباه والنظائر. تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معروض. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ١.

الأسمری، صالح بن محمد بن حسن. ٢٠٠٠. مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية. تحقيق: متعب بن مسعود الجعيد. الرياض: دار الصمعي. ط ١.

ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل. ٢٠١٥. البداية والنهاية. تحقيق: رياض عبد الحميد مراد ومحمد حسان عبيد. دمشق: دار ابن كثير.

ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي المصري. د.ت. لسان العرب. بيروت: دار صادر. ابن العماد، شهاب الدين أبي الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري، الحنبلي، الدمشقي. ١٩٩٣. شذرات الذهب في أخبار من ذهب. تحقيق: محمود الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط. دمشق: دار ابن كثير. ط ١.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم. ١٩٩٤. الفوائد الزينية في مذهب الحنفية. تحقيق: آل سليمان، أبو عبيدة مشهور بن حسن. دار ابن الجوزي.

ابن فارس، أبو الحسين أحمد. ١٩٧٩. معجم مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام محمد هارون. دار الفكر. الأسموي، صالح بن محمد بن حسن. ٢٠٠٠. مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية. تحقيق: متعب بن مسعود الجعيد. الرياض: دار الصميعي للنشر والتوزيع. ط ١.

الأشقر، عمر سليمان. ٢٠٠٥. المدخل إلى الشريعة والفقهاء الإسلامي مع أسئلة وتمارين للمناقشة. الأردن: دار النفائس. ط ١.

الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب. ١٩٩٨. القواعد الفقهية. الرياض: مكتبة الرشد. ط ١. _____، يعقوب عبد الوهاب. ٢٠٠٠. قاعدة اليقين لا يزول بالشك - دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية. الرياض: مكتبة الرشد. ط ١.

البغدادي، إسماعيل باشا. ١٩٥١. هدية العارفين - أسماء المؤلفين وآثار المصنفين. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

البناني، عبد الرحمن بن جار الله المغربي. ١٩٨٢. حاشية البناني على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع. بيروت: دار الفكر.

البغدادي، إسماعيل باشا. ١٩٥٥. هدية العارفين - أسماء المؤلفين وآثار المصنفين. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

التهانوي، محمد علي. ١٩٩٦. موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم. تحقيق: علي دحروج. بيروت: مكتبة لبنان. ط ١.

الدهلوي، شاه ولي الله ابن عبد الرحيم. ١٩٨٦. الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. بيروت: دار النفائس. ط ٣.

الزركلي، خير الدين. ٢٠٠٢. الأعلام - قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين. بيروت: دار العلم للملايين. ط ١٥.

- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي. ١٩٩٢. البحر المحيط في أصول الفقه. تحرير: عبد القادر عبد الله العاني. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ط ٢.
- الغزي، نجم الدين محمد بن محمد. ١٩٩٧. الكوكب السائرة بأعيان المائة العاشرة. تحقيق: خليل المنصور. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ١.
- سراج، محمد أحمد، ومحمد، علي جمعة. ١٩٩٩. رسائل ابن نجيم الاقتصادية والمسماة الرسائل الزينية في مذهب الحنفية. القاهرة: دار السلام. ط ١.
- النقيب، أحمد بن محمد نصير الدين. ٢٠٠١. المذهب الحنفي - مراحل وطبقاته، ضوابطه ومصطلحاته، وخصائصه ومؤلفاته. الرياض: مكتبة الرشد. ط ١.
- الزرقا، مصطفى أحمد. ١٩٩٨. المدخل الفقهي العام. دمشق: دار القلم.
- الحاج، ابن أمير. ١٩٩٦. التقرير والتحرير في علم الأصول. بيروت: دار الفكر.
- الشيبياني، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد. ١٩٩٩. مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون. د.م.: مؤسسة الرسالة. ط ٢.
- النجدي، محمد بن عبد الله بن حميد. ١٩٩٦. السحب الوايلة على ضرائح الحنابلة. تحقيق: بكر بن عبد الله أبو زيد وعبد الرحمن بن سليمان العثيمين. بيروت: مؤسسة الرسالة. ط ١.
- الفتوحي، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي. ١٩٩٣. شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير. تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد. الرياض: مكتبة العبيكان.
- البيضاوي، عبد الله بن عمر. ٢٠٠٦. منهاج الوصول إلى علم الأصول. تحقيق: مصطفى شيخ مصطفى. بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون. ط ١.
- السبكي، علي بن عبد الكافي. والسبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي. ١٩٨١. الإبهاج في شرح المنهاج للبيضاوي (ت ٦٦٥هـ). تحقيق: شعبان محمد إسماعيل. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية. ط ١.
- الرازي، محمد أبي بكر بن عبد القادر. ١٩٨٦. مختار الصحاح. بيروت: مكتبة لبنان. ص. ١٥٨. وابن منظور. ١٤١٤هـ. لسان العرب. ط ٣.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ. ١٩٨٧. المصباح المنير: معجم عربي-عربي. بيروت: مكتبة لبنان.
- السنحاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن. د.ت. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع. بيروت: دار الجليل.
- التنبكتي، أحمد بابا. ١٩٨٩. نيل الإبتهاج بتطريز الديقاج. تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهرامة. طرابلس: دار الكاتب. ط ١.
- مخلوف، محمد بن محمد بن عمر بن قاسم. ٢٠٠٣. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية. تحقيق: عبد المجيد خيالي. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ١.

عابد الصمد، محمد بن عبد الله. ٢٠٠١. القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة. المملكة العربية السعودية: مكتبة دار البيان الحديثة. ط ١.

الهاشمي، محمد بن عبد الله بن الحاج التمبكتي. ٢٠٠٦. القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الإيمان والنذر. مكة المكرمة: المكتبة المكية. ط ١.

شوقي ضيف وآخرون. ٢٠٠٤. المعجم الوسيط. مصر: مكتبة الشروق الدولية. ط ٤.

الحموي، أحمد بن محمد الحنفي. ١٩٨٥. غمز عيون البصائر - شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ١.

الهاشمي، محمد بن عبد الله بن الحاج التمبكتي. ٢٠٠٦. القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الإيمان والنذر. مكة المكرمة: المكتبة المكية. ط ١.

الفتوح. ١٩٩٣. شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير. تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد. الرياض: مكتبة العبيكان.

المقري، أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد. د.ت. القواعد. تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد. مكة المكرمة: مركز إحياء التراث الإسلامي. ج ١.

القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين. ٢٠٠٣. الجامع لأحكام القرآن. تحقيق: هشام سمير البخاري. الرياض: دار عالم الكتب.

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. ١٩٩٤. الذخيرة. تحقيق: محمد حجي. بيروت: دار العرب الإسلامي. ط ١.

الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي. ٢٠٠٠. المنشور في القواعد. تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ١.

ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي. ١٩٩٩. القواعد. مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز.

الغزالي، أبو حامد بن محمد بن محمد بن محمد. ١٩٨٠. المنحول من تعليقات الأصول. تحقيق: محمد حسن هيتو. دمشق: دار الفكر. ط ٢.

الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي. ١٩٩٧. الموافقات. تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. المملكة العربية السعودية: دار ابن عفان. ط ١.

البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل. ٢٠٠٢م. صحيح البخاري. بيروت: دار ابن كثير. ط ١.

العيد، ابن دقيق. د.ت. شرح الأربعين للنووي. مكة المكرمة: المكتبة الفيصلية.

البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر. ١٩٩٤. سنن البيهقي الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطا. مكة المكرمة: مكتبة دار الباز.

- الأصبحي، مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي. ١٩٩١. موطأ الإمام مالك. تحقيق: تقي الدين الندوي. دمشق: دار القلم. ط ١.
- الكيلاي، عبد الرحمن إبراهيم زيد. ٢٠٠٠. قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي. دمشق: دار الفكر. ط ١.
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف. ١٩٩٤. شرح صحيح مسلم بشرح النووي. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. د.م. مؤسسة قرطبة. ط ٢.
- أبو الطيب، محمد شمس الحق العظيم آبادي. ١٤١٥هـ. عون المعبود شرح سنن أبي داود. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ٢.
- الجويني، أبو المعالي. ١٩٧٩. غياث الأمم في التياث الظلم. تحقيق: مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم. الإسكندرية: دار الدعوة. ط ١.
- مجموعة من العلماء. ١٣٠٢هـ. مجلة الأحكام العدلية. بيروت: المطبعة الأدبية.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي. ١٩٩٧. الموافقات. تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. المملكة العربية السعودية: دار ابن عفان. ط ١.
- أبو زهرة، محمد. ١٩٥٨. أصول الفقه. القاهرة: دار الفكر العربي.
- الجزيري، عبدالرحمن بن محمد عوض. ٢٠٠٢. الفقه على المذاهب الأربعة. بيروت: دار الكتب العلمية.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله. ٢٠٠٢. صحيح البخاري. بيروت: دار ابن كثير.
- حنبل، ابن أحمد. ١٩٩٩. مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي. ٢٠٠٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ٢.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ١٩٨٣. الموسوعة الفقهية الكويتية. الكويت: طباعة ذات السلاسل. ط ٢.
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر. ١٩٨٦. مختار الصحاح. بيروت: مكتبة لبنان.
- الزيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق، مرتضى، الحسيني. ١٩٦٥. تاج العروس من جواهر القاموس. تحقيق: عبد الستار أحمد فراج. الكويت: التراث العربي.
- الديان، ديان بن محمد. ١٤٣٤هـ. المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة. الرياض: فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية. ط ٢.
- الشريبي، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب. ٢٠٠٠. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الزيدي، أبو بكر بن علي بن محمد الحداد. ٢٠٠٦. الجوهرة النيرة شرح مختصر القادوري في فروع الحنفية. تحقيق: إلياس قبلان. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ١.

الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد. ١٩٨٧. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار. بيروت: دار العلم للملايين. ط ٤.

الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين (ت ١٠٠٤هـ). ٢٠٠٣. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت: دار الكتب العلمية. ط ٣.

السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. ١٤٠٣هـ. الأشباه والنظائر. بيروت: دار الكتب العلمية.

اللحجي، عبد الله بن سعيد محمد عبّادي. ١٣٨٨هـ. إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية. مكة المكرمة: مطبعة المدني.

الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي. ١٣١٤هـ. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. مصر: المطبعة الكبرى الأميرية.

الشيرازي، أبو إسحاق. ١٩٩٦. المهذب في فقه الإمام الشافعي. تحقيق: محمد الزحيلي. دمشق: دار القلم.

عادات مجتمع جاوا بإندونيسيا ومدى موافقتها للشرع: دراسة تطبيقية لدليل العرف

Mualimin Mochammad Sahid^{i*}, Amar Fettaneⁱⁱ & Mohd Faisal Mohamedⁱ

ⁱFakulti Syariah dan Undang-Undang, Universiti Sains Islam Malaysia

ⁱⁱDepartment of Science in Engineering, Kulliyah of Engineering, International Islamic University of Malaysia

* (Corresponding email): mualimin.sahid@usim.edu.my

ملخص البحث

إن جزيرة جاوا بإندونيسيا عادات وأعرافاً توارثها الناس جيلاً بعد جيلٍ يمارسون بها شؤونَ حياتهم الدينية والاجتماعية. وقد تأثرت هذه العادات والأعراف بالديانات والمعتقدات القديمة التي تركتها الحضارات السابقة في الجزيرة منذ قرون طويلة، مما أدى بالمجتمع الجاوي إلى القيام بممارسات دينية تتسم بالخلط والامتزاج بين الإسلام والديانات الأخرى. يستهدف هذا البحث دراسةً بعض العادات والأعراف في جاوا من المنظور الإسلامي. وباستخدام المنهج المقارنة والتحليلي، توصلت الدراسة إلى بعض النتائج منها أن الحضارة الجاوية القديمة تركت للمجتمع الجاوي المسلم آثاراً سببت في وجود كثير من العادات والأعراف المتعلقة بالحياة الدينية والاجتماعية. من هذه العادات الموروثة ما بقيت مسمياً وتغيّرت محتوياتها نتيجة الدعوة الإسلامية في الجزيرة والتي اتسمت بالحكمة والمرونة والتدرُّج في تعريف الناس بالإسلام. ومن الناس من لا يزالون يمارسون عاداتٍ وتقاليدٍ سابقةً في شؤون الحياة والمعاملات الدينية ما يُعرف باسم الديانة الامتزاجية. ودلت الدراسة أخيراً على أن كلَّ عادةٍ متمثلة في الطقوس الدينية التي يمارسها المجتمع الجاوي خاضعةٌ للحكم الشرعي المستنبط من دليل العرف الصحيح. فكل ما وافق هذا الدليل جائزٌ شرعاً، وأما ما خالف ما جاء به الإسلام فهو مرفوض ينبغي تركه أو تصحيحه.

الكلمات المفتاحية: دليل العرف، العادات، المرأة الجاوية، الإسلام

مقدمة

المجتمع الجاوي أو الشعب الجاوي هم الذين يستخدمون اللغة الجاوية - بلهجاتها المتنوعة - في معاملاتهم اليومية عبر الأجيال. والجاويون هم الذين يقطنون مناطق جاوا الوسطى والشرقية والآتون منهما. لم تختلف أصول الشعب الجاوي عن بقية الشعوب الإندونيسية الأخرى في شبه جزيرة Melaka (ملاكا)، وجزيرة Kalimantan (كلماتان)، وجزيرة Sumatra (سومطرة)، و Sunda (سوندا). إن الإنسان الجاوي الأول كان من جاوا الشرقية والوسطى بناءً على الأحافير التي عثروا عليها في مناطق جاوا الشرقية والوسطى حول نهر Solo (سولو). ومن هذا المنطلق رأى الباحثون أنّ هاتين المنطقتين (جاوا الشرقية والوسطى) هما المنطقتان اللتان لهما حظٌّ أكبر في وجود العادات والتقاليد الجاوية وسط المجتمع الجاوي. كان المجتمع الجاوي في فترة ما قبل دخول الديانتين الهندوسية والبوذية على عقيدة حيوية المادة أو "Animism"¹. وهي نوع من الاعتقاد بأن للجملادات والنباتات والحيوانات، وكذا الناس

¹ وهي الاعتقاد بوجود الأرواح وأن أي نظام حي أو كائن أو حتى المواد الجامدة أحياناً تمتلك نوعاً من الروح. (كتاب Buku Pinter Budaya Jawa، صفحة: ٧٧).

بأنفسهم أرواحاً حيّة. وهذه هي ديانة جاوا الأولى حيث اعتقد الناس بأن لكل ما يتحرّك روحاً وقوةً غيبية إما صالحة وإما شرّيرة. وإلى جانب هذه الأرواح الموحدة، اعتقدوا كذلك بأن هناك روحاً مسيطرة على كل الأرواح وأقوى من الإنسان نفسه. ولأجل الابتعاد عن شرور هذه الأرواح، قام الناس بعبادتها عن طريق القيام بأنواع من الطقوس التي قدّموا فيها بعض الهدايا إليها.²

من هنا كان الشعب الجاوي يقومون بطقوسهم الدينية طلباً لسلامتهم من الأرواح الشرّيرة. إضافة إلى ذلك طلبوا البركة منها والرجاء من عدم الوقوع في شرّها. ولأجل هذا، بنوا الأنصاب التذكارية من الأحجار الكبيرة وجعلوها مكاناً للعبادة ولتوقير آبائهم الأوّلين وكذا لدفع أضرار الأغوال.³

وأما فترة الديانة الهندوسية والبوذية فقد مارس فيها الجاويون التقاليد التي نبتت من تعاليم هاتين الديانتين. من أهمّ هذه التقاليد "الطقوس الدينية" التي قاموا بها لنيل البركة والسلامة من الآلهة. وفي عصر مملكة مجابھيت أعطى الناس اهتماماً كبيراً لهذه الطقوس، وبنوا من أجل ذلك معابد وهيكل قاموا برعايتها وعبدوا فيها آباءهم الأوّلين من الملوك. ومن أمثلة طقوسهم الدينية قيامهم باحتفال يوم الحصاد لحقل الأرز حيث قدّسوا إلهة "Sri" لأجل نيل بركتها. وقد قيل إن هذه الإلهة ماتت بسبب تقديمها للقربان فنبتت من أشلائها أنواع من النباتات الرئيسة منها الأرز. لذا، قام الناس في جاوا بهذه المراسيم توقيراً وتعظيماً لها ولأجل الحصول على الحصاد الجيد.⁴

ولقد ترسّخت عناصر هذه التقاليد الدينية وأمثالها التي كانت شائعة في العصور الغابرة بالمجتمع الجاوي القديم وقام الناس بالمحافظة عليها. لذا، بالرغم من قدّم هذه التقاليد أي منذ دخول الديانتين السابقتين قرابة ألفي عام، إلا أن الناس في جاوا لا يزالون يمارسون بعض المراسيم الدينية القديمة أمثال تقديم رؤوس الجاموس للقربان، وتقديس أرواح الأموات وغيرها، حتى بعد دخول الإسلام وانتشاره في الجزيرة.

ويسبب ترسّخ عناصر الديانة الجاوية القديمة في نفوس المجتمع الجاوي، ثم مجيء الديانتين الهندوسية والبوذية، كان انتشار الإسلام في جاوا متأثراً إلى حدّ كبير بالاعتقادات التي سبقته. فحصل الامتزاج بين هذه الاعتقادات ونتجت من ذلك ظاهرة الإسلام المخلوط بالديانة الجاوية القديمة وكذا الهندوسية والبوذية. ويسمى هذا في المصطلح الجاوي بـ (Islam kejawan) أو ما اشتهر باسم "الديانة الامتزاجية/التوفيقية" أو باللغة الإنجليزية syncretism. وسيأتي بيان ذلك بشيء من التفصيل في المبحث الآتي.

² Kuncoroningrat, *Sejarah Kebudayaan Indonesia*, (Jogjakarta: Jambatan, 1945), 103.

³ Priyohutomo, *Sejarah Kebudayaan Indonesia II*, (Jakarta, 1953), 10.

⁴ Hadiwijono, Harun, *Konsepsi tentang Manusia dalam kebatinan Jawa*, (Jakarta: Sinar Harapan, 1983), 21.

الديانة الامتزاجية أو التوفيقية (syncretism) ونشأتها في جاوا

هناك أمران ينبغي ملاحظتهما عند الحديث عن دخول الإسلام إلى جاوا، أولاً أن العالم الإسلامي وقتئذٍ شهد الانحطاط والتدهور سياسياً ودينياً. ففي المجال السياسي كان تزامن ذلك مع انهيار الخلافة العباسية عام ١٢٥٨ ميلادية وسقوط الدولة الإسلامية في الأندلس عام ١٤٩٢ ميلادية. أما في مجال الفكر الديني فقد وقع المسلمون في التراجع الديني حيث توقفت حركة العلم وقلَّ ظهور العلماء في مجالات العلم كما كان الوضع في القرون السابقة. ونشأ حينذاك رأيٌ بأن باب الاجتهاد مسدودٌ بحيث أصبح الناس مقلّدين لمن سبقوهم، وبدأت حركاتٌ دينية منحرفة تنتشر وسط المسلمين.

وثانياً أن المجتمع الجاوي قبل دخول الإسلام إلى جزيرة جاوا قد ترسّخت في نفوسهم أنواعٌ من الاعتقادات بتأثير الهندوسية والبوذية، وكذلك الاعتقادات الجاوية القديمة (الاعتقاد بالأرواح أو Animism) وغيرها. ولهذا، لما دخل الإسلام إلى جاوا وانتشر فيها حصل صراعٌ بين الإسلام والاعتقادات السابقة. ونتج من ذلك ظهورُ فئتين في قبول الإسلام. الفئة الأولى هي التي قبلت الإسلام مطلقاً وتركت الاعتقادات القديمة، والفئة الثانية هي التي قبلت الإسلام وفي نفس الوقت أبقت العقائد السابقة. هذه هي الفئة التي خلطت ومزجت الاعتقادات القديمة بتعاليم الإسلام. وعلى هذا، كثيراً ما يُرى في معاملات المجتمع الجاوي اليومية بعضُ الكتابات، والعادات، والاعتقادات التي اختلطت فيها العناصرُ الإسلامية والاعتقادات القديمة.

وبناءً على أحوال المجتمع الجاوي في قبول الإسلام، يمكن القول بأن انتشار هذا الدين في جزيرة جاوا (وكذلك في جزر إندونيسيا الأخرى) تميّز بقبول الإسلام وما استقرَّ بين الناس من عقائد قديمة دون رفض تلك الاعتقادات القديمة والمعاملات الدينية المحلية وإزاحتها من المجتمع.^٥

إن هذه الظاهرة (الاختلاط والامتزاج بين الاعتقادات) لا شك أنها تركت أثراً سيئاً نشأ بسببه دين يسمى بالدين الامتزاجي بين الإسلام والعقائد القديمة، الأمر الذي أدّى إلى الخلط والتشويه في تعاليم الدين. فلا يُعرف ما هو من تعاليم الإسلام وما هو دخيلٌ عليه من اعتقادات قديمة. هذا في جانب، وفي جانب آخر كان هذا سعيّاً قام به دعاة الإسلام (المبلّغون) لأجل جذب الناس إلى الدخول في الإسلام بطريقة حكيمة حيث قَبِلَ الناسُ الدينَ الجديد بسهولة وبدون منازعة.

مواقف الناس من ظاهرة الدين الامتزاجي (syncretism)

اختلفت مواقف المسلمين من ظاهرة الدين الامتزاجي بين الإسلام والاعتقادات الجاوية قبل مجيء الإسلام. وانقسموا في قبول هذه الظاهرة إلى ثلاث مجموعات، الأولى هي المجموعة التي تحاول تطبيق شريعة الإسلام وتعاليمه بشكل واضح وتُحدِّد من الوقوع في العقائد القديمة والعادات المحلية التي قد تحتوي على الأعمال الخرافية

⁵ Azra, Ayzumardi, *Jaringan Ulama Timur Tengah Dan Kepulauan Nusantara Abad XVII dan XVIII*, (Bandung: Mizan, 1983), 35.

والشركية. وترى هذه المجموعة أن الإسلام - من خلال القرآن والسنة - يُدبّر شؤونَ حياة الإنسان من كل جوانبها. وعليه، فإن كل ما ليس من الإسلام ولم يرد في القرآن ولا في السنة فلا يجوز فعله وينبغي تركه.

والمجموعة الثانية هي الوسطية، أي هم الذين يرون أن دعاة الإسلام ينبغي أن يسلكوا في دعوتهم للناس إلى الإسلام طريقةً حكيمةً أي بالحكمة الحسنة. لذا، حينما يواجهون المجتمع الجاوي الذي ترسّخت فيه العقائد والعادات القديمة لا بدّ لهم أن لا يستخدموا الشدة والغلظة في الدعوة لئلا يفِرّ الناس منهم. فالذين على هذا الرأي يُيقنون بعضَ الأعمال في المعاملات الدينية ويغيّرون المحتوى أو يُدخِلون عناصرَ الإسلام فيها ويتركون الاسم أو المظهر السابق.

أما المجموعة الثالثة فهي التي قبلت هذا النوع من الدين (الامتزاجي) مطلقاً. وانقسم الناس في هذه المجموعة إلى فريقين، الفريق الأول هم الذين على علمٍ بأنواع من الاعتقادات ومع ذلك يرون أن كل الأديان وجميع الاعتقادات لها هدفٌ واحد. فليس من الخطأ أن يأخذ الإنسانُ باعتقاد الآخرين لأجل التقرب إلى ربه. فيجوز للهندوسي مثلاً أن يقوم بالطقوس الدينية البوذية، أو أن يمارس النصراني تقاليدَ الديانة الطاوية، أو أن يقوم المسلم بعبادة ذات شكل من الاعتقادات القديمة. والفريق الثاني هم الذين ليس لهم علمٌ كافٍ بالإسلام، فلا يستطيعون التفريق بين ما هو من الإسلام وما جاء من العادات المحلية. فاختلطت وامتزجت عندهم الاعتقادات ويصعب تمييزها إلا بدراسةٍ معقّمة، ويظنون أن العادات المحلية جزءٌ لا يتجزء من الدين.

نماذج عامة لتقاليد المجتمع الجاوي

هناك أنواع مختلفة من العادات والتقاليد الدينية يقوم بها المجتمع الجاوي في معاملاتهم الدينية اليومية. وتشمل هذه العادات دائرة حياة الإنسان بدءاً من الولادة إلى الوفاة وكذلك الجوانب الاجتماعية التي نالت اهتماماً كبيراً من المجتمع. فلكل مرحلة وحادثة في الحياة طقوسها الدينية الخاصة التي يقوم بها المجتمع الجاوي على حدة، منها ما يلي:⁶

النموذج الأول: ما يتعلق بالولادة وتربية الأولاد

التبني أو ما يسمى في اللغة الجاوية بموبو (Mupu)، يفعله الجاويون رجاء حصول الحمل للمرأة التي تأخذ ولداً من أسرة أخرى خاصةً من الأقرباء حتى تُعرف سلالته وسيرته. ويُشترط للمرأة التي تؤدُّ أن تُزرق بولد - قبل أخذ ولد التبني - أن تأخذ حزمةً من الموز الملكي (Raja) بناءً على الاعتقاد الساري بأنها إذا أكلت الموز يكون ذلك سبباً للحمل حتى لا تُحتاج إلى التبني.

ومن اعتقادات الجاويين أن المرأة أثناء حملها إذا يُرى من وجهها أنه نظيف وواضح كما هو الحال قبل فترة الحمل يعتقدون أن المولود سيكون ابناً. وإذا كان العكس، فسوف يكون المولود بنتاً.

⁶ Purwadi, Dr. M.Hum, *Upacara Tradisional Jawa*, (Jogjakarta: Pustaka Pelajar, 2005), 130-135.

ومن الطقوس التي يقومون بها أثناء الحمل ما يسمى بـ "ميتوني" Mitoni و"تنكبان" Tingkeban. أما الأولى فهي حفلةٌ تحتفل بها أسرةُ المرأةِ بمناسبة مرور الحمل بسبعة أشهر. فتقوم الأسرة عادةً بإعداد حبة نارجيل مرسوم عليها صورة الملك والملكة من حكاية هندوسية قديمة، وذلك رجاء أن يولد الجنين حاملاً صفةً خلقية جميلة لهاتين الشخصيتين.

وأما الثانية (تنكبان) فهي عادةٌ تقوم بها الأمهات بغسل المرأة الحامل لسبعة أشهر وتتقدمهن الأكبر سناً من الأمهات باستخدام الماء المخلوط بأنواع مختلفة من الزهور. وأثناء الاغتسال تلبس الحامل الإزار وتغيره سبع مرات.

ومن عرف المجتمع الجاوي أيضاً أن الزوج يرجو أن يكون الولدُ الأوّل ذكراً لا أنثى اعتقاداً منه أن الولد الذكر هو الذي يستطيع أن يقوم برفع مكانة الأبوين عندما يكبر ويصبح ناجحاً في مجتمعه. ولأجل هذا، من عادة الزوج أن يكثر من الدعاء أثناء حمل زوجته سائلاً الرب أن يولد الجنين ذكراً.

يقوم الجاويون بأنواع من ولائم تسمى بـ "سلامتان" Selamatan احتفالاً وتعبيراً للشكر والسعادة من الأسرة التي رزقت بمولود جديد. ومن هذه الولايم أن الأسرة بعد أن يولد الجنين، تقوم بحفلة تسمى بـ "بروكوهان" (Brokohan) وهي حفلة تُعد فيها الأسرة مأدبةً تتكوّن من الأرز وأنواع مختلفة من الإدام. وإذا بلغ عمر المولود خمسة أيام، تقوم الأسرة بعادة "سفاسران" Sepasaran وهي عبارة عن حفلة تشبه "بروكوهان" إلا أن الفرق يكون في قصّ جزء يسير من شعر الصبي وتسميته.

وإذا بلغ عمر الصبي خمسة وثلاثين يوماً تعقد حفلةً أخرى تشبه الحفلتين السابقتين وتسمى بـ "سلافانن" Selapanan. ومن الطقوس التي تقام في هذه الحفلة إعداد مأدبة وقصّ جميع شعر الصبي لأجل أن ينبت الشعر بعد ذلك بكثافة. وتعقد الأسرة عادةً نفس الحفلة في كل خمسة وثلاثين يوماً بإقامة وليمة ومأدبة يُدعى إليها الأقارب والجيران.

وهناك حفلة أخرى أكبر من الحفلات السابقة، وهي عند بلوغ الصبي عمر ٢٤٥ يوماً حيث تقام حفلة "Tujuhlapanan" وفيها تطأ قدما الصبي الأرض لأول مرة وتعّد الأسرة حظيرةً مزينةً بأشكال معينة. وإذا كان الصبي ولداً، فتوضع في الحظيرة أنواع من الألعاب وآلات الكتابة. ويُعتقد أنه إذا أخذ الصبي آلات الكتابة فسوف يصبح في المستقبل كاتباً، وإذا أخذ الكتاب فسيكون محباً للقراءة، وإذا أخذ قلادة ذهبية فسيكون من الأغنياء، وهكذا. ثم يُحمل الصبي ويمرّ على الأدراج المصنوعة من شجرة قصب السكر بمساعدة والديه. وتلي هذه الحفلة حفلة ساووران دويت (Sawuran duwit)، وهي حفلة نشر العملات النقدية وسط الزوار والأولاد الصغار والحاضرين لأجل نيل البركة من الحفلة.

وعندما يبلغ الصبي سنّ المراهقة، يحين آنذاك وقتُ ختانه حيث يؤخذ به إلى الطبيب. ويقول الوالد عند دخوله إلى غرفة الختان "Laramu tak sandang kabeh" (الأمك أحمّلها جميعاً). وتسمى هذه العادة بديتياكي (ditetaki) أو سنة (Sunat).

النموذج الثاني: ما يتعلق بالخطبة والزواج

من عادة الجاويين المتعامل بها في الخطبة، أن والد العريس يرسل رسالةً إلى أسرة العروس طالباً منها تزويج البنت لولده. وإذا وافقت أسرة البنت على الطلب، ترسل رسالة الجواب تدعو فيها أسرة الولد أن تأتي وتزور أسرة البنت لأجل بيان الأمور التي تتعلق بالخطبة واستعدادات الزواج.

وتحمل أسرة الولد وقت مجيئها إلى أسرة البنت طقماً من الأشياء الثمينة الموضوعة على الطبق المغطى (غالباً تتكوّن من الجواهرات والملابس وكذا الخاتمين للعروسين فيما بعد) تسمى ببيننجست (Peningset) أي رباط علامةً على أن الخطبة تمت رسمياً.

ومن العادات في حفلة الزواج لزوم اختيار "الأيام الحسنة" (Hari baik) الذي يتم باستشارة الخبير في حسابات الأيام الحسنة بناءً على كتاب حسابات الأيام والتكهنات الجاوية المسماة ببريمبون جاوا (Primbon Jawa)^٧. وبعد أن يتم الاختيار وقبل حفلة الزواج بشهر تُجرى للعروس عمليّة الإعداد الجسمي حيث يتم تدليك جسمها وشرب بعض العقاقير العشبية لأجل تقوية جسمها وخصانتها وإصلاح رحمها رجاء حصول الولد بسهولة.

وقبل إقامة المخيم لحفلة الزفاف يقوم الناس بمأدبة يحضرها العددُ الوتري من الأشخاص (من ثلاثة إلى تسعة أشخاص)، ويرأسها سيد القوم طلباً لنجاح الحفلة وسلامتها. وفي نفس الوقت تُنشر الزهور على أماكن معينة مثل ساحة البيت، والحمام، والمطبخ، وخزانة الأرز، وفي مفترق الطرق والجسور القريبة من البيت. وكذا يوضع طبق من الأرز والدجاج المشوي فوق سطح البيت مع تزيين البيت بأشياء من أوراق شجرة النارجيل وقصب السكر وغيرها وتُعلّق على مصراعي الباب حبة النارجيل وحزمة من الموز الملكي شعاراً للوضع الملكي.

وهناك طقوس يقوم بها الجاويون قبل عقد النكاح، منها عادة غسل العروسين وتسمى بسرمان (Siraman) وعادة لقاء الأُسرتين في ليلة قبل حفلة الزفاف وتسمى بميدوداريني (Midodareni)، أما الأولى فهي عادة غسل العروسين بالماء المخلوط بأنواع من الزهور. وتقوم برش الماء على العروسين الأمهات قائلات: "عسى أن تكون حياتكما سليمة". وتعقب هذه الطقوس مأدبة يأكلها الحاضرون. وأما الثانية فهي عادة يلتقي أعضاء الأُسرتين في ليلة قبل حفلة الزفاف حيث يتكلمون فيما بينهم ويأكلون بعض الأطعمة حتى منتصف الليل.

وفي وقت عقد النكاح الذي يُعقد غالباً في الصباح، يؤتى بسيد القوم مع موظفيه لإجراء عملية العقد. ويتم من خلال العقد لبس الخاتمين للعروسين وبيان سيد القوم بأن العقد تامٌ وصحيح، وأصبح العروسان زوجين شرعيين. وبالرغم من أن هذه العملية هي أهم جزء من مراحل الزواج حيث يتم العقد شرعاً، إلا أن الناس

^٧ وهو كتاب يحتوي على التكهنات الجاوية المبينة على التقويم الجاوي القديم. ويوجد عددٌ من المؤلفات حول الكتاب والذي يتضمن معظمها على موضوعات في حسابات الأيام والأسماء، وتكهنات الزواج، والحظوظ، وطبائع الإنسان وغيرها من المعتقدات الجاوية القديمة. انظر: *Kamus Lengkap Jawa Indonesia* تأليف: Sutrisno Sastro Utomo، مطبعة Kanisius، عام ٢٠٠٧، ص: ٥٢٤.

يهتمون أكثر بقاء العروسين في طقوس تسمى بتيمو (Temu) أي (لقاء) وهي حفلة يلتقي فيها العروسان ويحضرها الحاضرون من جميع أعضاء الأسرة. ثم يجلس العروسان جنباً إلى جنب أمام الناس وعلى المنصة وتجري طقوس أخرى منها:

أن العريس يؤمر بوطء بيضة الدجاج الموضوعة على الأرض حتى تنكسر، ثم تأتي العروس بغسل رجل العريس وهي جالسة القرفصاء أمامه. ثم يجلس العروسان على كرسيين متجاورين وتأتي أم العروس بغطاء تضعه على كتف العروسين قائلة "الآن أصبح لي ولدان". أما والد العروس فيجلس على الأرض ويأتي العروسان إليه ليجلس كل واحد منهما على فخذه وتسأله الوالدة: "أيهما أكثر زناً؟" ويجيب الوالد: "كلاهما نفس الوزن". ويأتي ذلك جلوس العروسين على الكرسي - العريس على الجهة اليمنى والعروس على الجهة اليسرى - وتأتي سيده القوم بقماش فيه المجوهرات ومبلغ المهر لتفرغها على المنديل الذي تحمله العروس في يدها ويشاهد ذلك جميع الحاضرين. وفي آخر هذه الطقوس يذهب العروسان إلى والديهما ويسجدان أمامهما، وتسمى هذه العادة نجابكتن (Ngabekten).

النموذج الثالث: ما يتعلق بالوفاة

وفيما يتعلق بالوفاة، يعتقد الجاويون (خاصة هؤلاء الذين لهم اعتقاد قديم) أنه ينبغي أن يُلبس الميت لباساً كاملاً ويوضع معه "الخنجر الجاوي" (Keris). ويوضع الميت في النعش الخشبي -الذي سيُدفن في اللحد- ويُحمله على حامل خشبي يقال له بندوسا (Bendosa).

وقبل أن يُحمل الميت إلى المقبرة، يقوم الجاويون بطقوس بروبوسان (Brobosan) حيث يمرُّ أعضاء أسرة الميت تحت النعش بدءاً من الكبار إلى الصغار. ومما يُعتاد أيضاً عند المجتمع الجاوي بعد وفاة الميت بفترات معينة إقامة الولائم (المآدب) يُدعى إليها الأقارب والجيران حيث يقرأون فيها بعض الأدعية ويأكلون أنواعاً من الأطعمة الجَهَّزة. تقال هذه العادة بسلاماتن (Selamatan) وتقام حين وفاة الميت، وبعدها بفترات معينة مثل سبعة أيام، وأربعين يوماً، وسنة، وستين، وألف يوم. ويعتبر الاحتفال بمرور وفاة الميت ألف يوم آخر مآدبة حيث يُعتقد أن روح الميت لا يعود لزيارة أسرته إلا في كل سنة عند ليلة عيد الفطر. لذا، يقوم المجتمع الجاوي عادةً بتنظيف البيت وتزيينه قبل حلول عيد الفطر اعتقاداً منهم بأن أرواح الموتى ترتاح وتسعد حين ترى أن الأحياء يعيشون في سعادة ونظافة.

العادات والتقاليد الجاوية في مجال العبادات والعقائد

يقصد بالجاوي كما ذكره الخبراء في التاريخ الجاوي أمثال ماغنس سوسينو Magnis Suseno^٨ وكونتشارانجرات Koentjaraningrat^٩ - هو من لسانه لسان جاوي أي ناطق باللغة الجاوية كلغته الأصلية ومواطن أصلي في الجزئين الوسطي والشرقي من جزيرة جاوا.

^٨ انظر:

وقد قسّم علماء التاريخ الجاوي طبقات المجتمع الجاوي من الناحية الاجتماعية إلى ثلاث طبقات. الطبقة الأولى وهي الطبقة السفلى وتسمى بوونج تشيليك (wong cilik) أو القوم الصغار، ويراد بهم الفلاحون وهؤلاء الذين يتقاضون أجوراً قليلة. والثانية، وهي طبقة المتعلمين ويقال لهم Kaum priyayi وهم الموظفون والمتقنون. أما الطبقة الثالثة فتتمثل في الأسرة الملكية وتسمى بـ Ningrat.¹⁰

وهناك تقسيم آخر إلى جانب التقسيم من الناحية الاجتماعية، وهو تقسيم المجتمع الجاوي من الناحية الدينية. فقد قسّم كتاب التاريخ الجاوي المجتمع الجاوي من هذه الناحية إلى قسمين كبيرين، الأول المسلم ديناً والجاوي سلوكاً وعقيداً، ويسمى بجاوا كجاوين (Jawa Kejawen) أو إسلام أبانجن (Islam Abangan) صاحب الدين الجاوي (Agami Jawi). وأما الثاني فهو الجاوي المسلم ديناً وعقيداً، ويسمى بإسلام سان تري (Islam Santri).¹¹

ومن هذه الناحية، يتبين الفرق بين هاتين المجموعتين من خلال الاعتقاد الديني ومعاملاتهم في الحياة والطقوس الدينية التي يقومون بها. فالأول (أي: Islam Abangan) تكون حياة صاحبه الدينية يغلب عليها عنصرٌ من عناصر جاوية تقليدية قبل الإسلام، أمثال البوذية والهندوسية وغيرها من العناصر العقائدية القديمة. لذا نراه لا يزال يزاول الحياة الدينية بناءً على الطقوس الجاوية القديمة، أمثال إقامة الولائم والمآدب المعروفة باسم سلاماتن (selamatan)، وتقديم طاقم من أنواع الطعام سساجن (sesajen) إلى الآلهة والأرواح، وكذلك مزاولة أنواع مختلفة من أعمال الصيام التقليدية أي تيراكت (tirakat) وغيرها من طقوس دينية أخرى. ويسمى البعض هذا الدين بإسلام كجاوين (Islam Kejawen) أو ما اشتهر باسم "الديانة الامتزاجية" (Syncretism).

أما الثاني، أي إسلام سان تري (Islam Santri) فصاحبه هو الجاوي المسلم الذي يعتنق الإسلام ويفهم تعاليمه ويقوم بالواجبات الدينية بناءً على الفهم الصحيح البعيد من العناصر الشركية. فنراه يؤدي أنواعاً من العبادات التي جاء بها الإسلام أمثال الصلاة، والصوم، والحج وقراءة القرآن، وغيرها من العبادات الأخرى.

مفهوم الديانة الامتزاجية (Islam Kejawen) لدى المجتمع الجاوي وتاريخ نشأته

اتفق خبراء التاريخ الجاوي على أن المجتمع الجاوي منقسم إلى مجموعتين من الناحية الدينية وإلى ثلاث مجموعات من الناحية الاجتماعية. وقد مر بيان ذلك باختصار في المبحث السابق. ولكي نفهم تفاصيل التقسيم الديني للمجتمع الجاوي ونعرف مفهوم الديانة الامتزاجية (Islam Kejawen) لدى المجتمع الجاوي وتاريخ نشأتها، يحسن بنا ذكر بيان ذلك في هذا المبحث.

http://id.wikipedia.org/wiki/Franz_Magnis- <http://www.tokohindonesia.com/ensiklopedi/f/franz-magnis-suseno/index.shtml>
Suseno

⁹ انظر:

<http://id.wikipedia.org/wiki/Koentjaraningrat>, <http://www.tokohindonesia.com/ensiklopedi/k/koentjaraningrat/index.shtml>
Koentjaraningrat, Prof. *Kebudayaan Jawa*, (Jakarta: Balai Pustaka, 1984), 342.

¹⁰ المصدر السابق

¹¹ Geertz, Clifford, *Abangan, Santri, Priyayi Dalam Masyarakat Jawa* (Jakarta: PT Dunia Pustaka Jaya, 1983), 6

إن ظاهرة الديانة الامتزاجية تحدث في كل الديانات الموجودة في العالم، وذلك عندما يلتقي نوعان مختلفان من الديانة أو العقيدة ويصادم أحدهما الآخر. ومن أمثلة ذلك التقاء الديانتين (الهندوسية والإسلام) في الهند فتولّد نتيجة ذلك على يد أناس منحرفين عن الإسلام دينٌ جديد يسمى بـ (السيخ).^{١٢} وكما حدث الامتزاج في الإسلام، كذلك حدث في الديانات الكبرى في إندونيسيا أمثال الهندوسية، والبوذية، والنصرانية، والكاثوليكية. ففي تاريخ الهندوسية والبوذية في جاوا مثلاً التقت هاتان الديانتان فنشأت ديانةً جديدة معروفة بـ "شيفا - بوذية" (Syiwa-Budha). وهذا الذي حصل للدين الإسلامي عندما انتشر في إندونيسيا، خاصة في جزيرة جاوا واعتنقه سكانها. فقد حدث نوعٌ من الاختلاط والامتزاج بين الإسلام وبين ديانات أو عقائد أخرى جاءت قبله أمثال البوذية والهندوسية. ولأجل هذا نشأ في المجتمع الجاوي نوعان مختلفان من الإسلام كما ورد ذكره سابقاً.

ويقصد بالديانة الامتزاجية (Syncretism) عملية أو نتيجة التفاعل، أو التوحيد والضمّ مع التوفيق بين نظامين مختلفين أو أكثر مما يؤدي إلى نشوء نظام جديد يختلف عن سابقاته.^{١٣} وبهذه العملية، أصبح النظام الجديد محتويًا على كلٍّ من العناصر القديمة والجديدة معاً. وهذا ما يسميه خبراء تاريخ جاوا بالديانة الامتزاجية بين (الجاوية والإسلام) أو ما يقال بأكاما جاوي (Agami Jawi) - كما مر سابقاً -.

ومما يُرى من مواقف الناس الذين هم على هذه الديانة أنهم لا تهمُّهم صحة دين من الأديان ولا يرون أهمية أصلته أو عدمه، بل ويعتقدون أنّ كل دينٍ حسنٌ وصحيح. ومن أعمال أصحاب هذا الاعتقاد كذلك أنهم يميلون إلى خلط عناصر مختلفة من عدة ديانات، ثم يقومون بطقوسهم الدينية بناءً على هذا الخلط. وبسبب وجود عملية الامتزاج والتوفيق بين تلك الديانات والعقائد، لا يجد صاحب الدين الامتزاجي أية مشكلة أو عداوة فيما بينهم. وبالعكس، أنهم يشعرون بالأمان والطمأنينة بسبب وجود شيء أكثر توافقاً في هذا النظام الجديد، خاصة فيما يتعلّق بالمستوى الديني الذي ليس له ارتباطٌ بالديانة المعينة.

ومن بواعث نشوء هذا الدين الامتزاجي انتشار الإسلام الذي له طابعٌ صوفي^{١٤} أو باطني وسط المجتمع الجاوي. وهذا طبعاً بالإضافة إلى وجود الديانة الجاوية التي تضمّ الاعتقاد بعبادة الأرواح والجمادات المعروفة باسم animism و dynamism وسط العامة، وتقاليد الهندوسية والبوذية لدى الأسرة الملكية. وبالتقاء هذين النظامين - بهذين الطابعين - لم يجد النظام الجديد أية صعوبة في أن يتولد وينشأ بين المجتمع.

لقد انتشر الإسلام في جزيرة جاوا عن طريق التجار القادمين من بلاد الفرس، والعرب، والهند. وبدأت الدعوة الإسلامية بين سكان شواطئ البحر إذ كان هذا المكان أول منطقة وصل إليها التجار للقيام بالتجارة.

^{١٢} وهي ديانة السيخ الذين هم جماعة دينية هندية تدعو إلى دين جديد تزعم فيه شيئاً من الديانتين الإسلامية والهندوسية تحت شعار (لا هندوس ولا مسلمين). انظر الندوة العالمية للشباب الإسلامي، الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة، (الرياض)، ص ٧٣٤.

^{١٣} Putra, Heddy Shri Ahimsa, *Islam Jawa dan Jawa Islam*, (Jogjakarta: Balai Kajian Sejarah dan Nilai Tradisional, 1995), 2.

^{١٤} ويقصد بالصوفية هنا هي الصوفية التي تتمسك بعقيدة وحدة الوجود المعروفة لانحرافها عن العقيدة الإسلامية الصحيحة.

والحجاج القادمون من بلاد العرب في الفترة الثانية دعوا إلى الإسلام. ففي هذه الفترة قدموا حاملين الدين الإسلامي الذي تلقوه على أيدي علماء مكة والمدينة. جاؤوا بالإسلام الذي يتصف بالأصالة والبعد عن الشوائب الشركية وحاولوا محاربة الفساد العقائدي من البدع والخرافات في الدين.

إن الدين الجاوي يحتوي على التقاليد القديمة المأخوذة من اعتقادات سابقة (ديانة animism و dynamism) وأديان أخرى أمثال البوذية والهندوسية. والجدير بالذكر أن هذا النوع من الديانة الأصلية للمجتمع الجاوي أكثر ما نراها في عامة الناس، بينما المعاملات الدينية ذات طابع هندوسي أو بوذي كانت ظاهرةً وسط أسرة ملكية لمملكة "ماترام" الإسلامية نتيجة آثار مملكة "مجاھيت" القديمة.

وخلاصة القول أن الدين الجاوي (Agami Jawi) عبارة عن الدين الامتزاجي نتيجة عملية الالتقاء والامتزاج ثم التوفيق بين ثلاثة أنظمة مختلفة، وهي الباطنية^{١٥}، والديانة الجاوية الأصلية (ديانة animism و dynamism)، والهندوسية البوذية. أما المناطق الجاوية التي تواجد فيها أناسٌ أصحاب هذا الدين، فمنها جاوا الوسطى، إذ كانت فيها مملكة ماترام الإسلامية التي ورثت تقاليد هندوسية و بوذية بعد سقوط مملكة مجاھيت في جاوا الشرقية.^{١٦}

معاملات دينية للمجتمع الجاوي التقليدي

يعتقد الجاوي أن الإله هو مركز العالم ومصدر جميع نواحي الحياة إذ إن كل شيء في هذه الدنيا حدث بعد وجود الإله، فهو الأول في الوجود. ومعنى الإله هو المركز والمصدر، وواهب الحياة والتوازن، والقادر على منح الحياة، وهو كذلك الوسيلة التي تصل بين الحياة الدنيوية والحياة السماوية. ويسمى هذا الاعتقاد - لدى المجتمع الجاوي - بـ "أنا والرب" (kawula lan gusti). ويعني هذا أن من وظائف الإنسان الفوز بالاستقرار والاطمئنان ثم الانقياد التام - بوصفه عبداً - للإله الخالق.

ويرى الإنسان الجاوي أن الفلسفة الجاوية تشمل كل جوانب الحياة التي تتمتع بالشعور الديني القوي. فالإنسان - من وجهة النظر الجاوية - لا تنفك حياته عن القوة الإلهية التي ترى أن من أراد أن يعيش حياة سعيدة فعليه أن لا يفرق بين أهمية التعلق بالإله والقيم الأخلاقية المتمثلة في حسن التعامل مع الآخرين، والتعاون فيما بينهم من خلال القيام بأنواع مختلفة من المأدبة - والتي تعرف باسم "selamatan" يقومون بها بعد حدوث أي عمل من أعمال الحياة.^{١٧}

^{١٥} الباطنية اصطلاح عام يطلق على جمع من الطوائف والفرق المتعددة المتشعبة، وبينها قاسم مشترك هو الاعتقاد بالظاهر والباطن، وتأويل نصوص الشريعة تأويلاً باطنياً يتوافق مع معتقدات زعموا أنهم احتضنوا بها وبمعرفة دون سواهم وبهذا يعلم أن الباطنية ليست فرقة واحدة، وإنما فرق متعددة، (انظر تفصيل حركات الباطنية في الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة، ص ٣٤٧ وما بعدها).

^{١٦} انظر "عادات جاوا" (Kebudayaan Jawa)، لـ Koentjaraningrat، المصدر السابق، ص ٣١٦.

^{١٧} انظر "موسوعة عادات وتقاليد جاوا" (Ensiklopedi Adat Istiadat Budaya Jawa)، لـ Dr.Purwadi، المصدر السابق ص ٤٦٠.

وكما مر سابقاً أن الغاية الأخيرة من القيام بالأعمال الغيبية الجاوية هو الوصول إلى الوحدة الإلهية أي اتحاد العبد بربه، وبالتالي الحصول على الاستشعار بالراحة والطمأنينة الروحية وذهاب التوتر الداخلي. وهذا هو المفهوم الجاوي في معنى السعادة في الحياة.

يسمى الدين الجاوي بمصطلح Javanism في المصطلحات الإنجليزية، ويراد به طابعا ووصفا لعناصر التقاليد الجاوية التي تعتبر حقيقةً جاويةً. وهي كذلك ديانةً ومنهج حياة الجاوي الذي يهتم باطمئنان القلب، والتوازن والتآلف، بالإضافة إلى الخضوع والانقياد لكل ما حدث مع اعتبار أن المرء يندرج تحت المجتمع ووضع المجتمع في دائرة الكون. وقد تأثرت الديانة الجاوية بالعناصر التي سبقتها أمثال الهندوسية وكذلك الاعتقادات الجاوية القديمة (الاعتقاد بالأرواح أو Animism) وغيرها.

ومن المعاملات الدينية التي يقوم بها الجاويون - أصحاب الديانة الجاوية - ويعتقدون بها أنهم لا يؤدّون الواجبات الدينية الإسلامية بشكل كامل. فهم لا يصلون الصلوات الخمس المفروضة، ولا يأتون إلى المسجد، ومنهم من لا يصومون في رمضان. إنما مبدأ اعتقادهم أنهم يرون أن كل شيء متعلق بنظم الحياة والمجتمع تم تعيينه وتقديره مسبقاً. فاعتقادهم في هذا الأمر أن حياتهم وأحوالهم الشخصية مقدرة من قبل الإله، وليس لهم إلا تحمّل الصعوبات في الحياة بصبر واجتهاد.

إن هذا الاعتقاد ينبثق من اعتقادات سابقة ويتعلق علاقةً وثيقةً باعتقادهم أنهم يتلقون الإرشاد والعون من أرواح أسلافهم الذين يمثلون إلهاً لهم. وهذا الذي أدى بهم إلى الشعور الديني والأمني. وبما أنهم يعتقدون أنه هناك أنواعاً عديدة للآلهة المعبودة (الأرواح) التي تضر وتنفع، فإنهم - لأجل الابتعاد عن الأذى والشر والضرر - يقومون بتقديم أنواعٍ من الطعام (sesajen) إلى الأرواح. ومن عاداتهم في تجهيز هذا الطعام أنهم يضعون فيه أنواعاً أخرى من المأكولات، والزهور، والبخور (kemenyan).

وهناك أمثلة أخرى للمعاملات الدينية الجاوية لدى المجتمع الجاوي، منها الصوم أو الإمساك عن تناول الطعام. ويسمى هذا الصوم في المصطلح الجاوي "tirakat" (تركات). والظاهر من اختيار الأيام والمصطلحات التي يستخدمها المجتمع الجاوي أن هناك تأثراً بالدين الإسلامي حيث إن هذه الكلمة (tirakat) مأخوذة من كلمة (ترك) في اللغة العربية التي يقصد بها الابتعاد أو الإمساك عن شيء. وبما يُعتقد في القيام بهذه الصيام أن الجاوي يصبح قويا روحياً ويجلب المنافع الكثيرة.

وللصوم في الاعتقاد الجاوي أنواعٌ عديدة، منها: صوم موتيه (mutih)، وصوم (ngebleng)، وصوم فاتي غيني (pati geni)، وصوم يوم الاثنين والخميس (أخذاً من تعاليم الإسلام)، وصوم (wungon)، وصوم (ngeluwang).

أما موتيه (mutih)، فهو ترك جميع الأطعمة إلا الأرز الأبيض والماء. فيصوم الجاوي بحيث يتناول هذا النوع من الأرز الذي يطبخ بدون وضع أي شيء آخر مثل ملح أو سكر أو غيرها ولا يشرب إلا الماء فقط. ويسمى هذا الصوم في المصطلح الجاوي بـ "mutih" أي تناول الأبيض فقط إذ يوصف الأرز والماء بالبيض.

وفي صوم غيبليغ (ngebleng)، يترك الجاوي جميع أنشطته اليومية بحيث لا يتناول الطعام ولا الشراب، ولا يخرج من البيت أو الغرفة، ولا يأتي أهله ويظنئ الضوء. وعليه أن ينقص من وقت نومه، ويفعل كل هذا مدة يوم وليلة. وأصل كلمة (ngebleng) بمعنى الكمال أو الدائرة، أي أن يعمل عملاً بشكل كامل ومستمر. ويشبه هذا النوع من الصوم صوم فاتي غيني (pati geni) إلا أن القائم بالأخير لا يجوز له الخروج البتة من الغرفة التي يمكث فيها الصائم. ويستمر هذا الصوم مدة يوم وليلة أو أكثر.

وصوم (wungon)، هو أن يترك الطعام والشراب والنوم مدة يوم وليلة. وأما صوم (ngeluwang) فهو أشد أنواع الصوم من حيث القيام به ولا يقدر عليه إلا قليل من الناس. وهو أن يقوم بالصوم والمكوث (meditation) تحت الحفرة التي يُدفن فيها الصائم في مكان بعيد من العمران أو في المقبرة. ويُعتقد أن القائم بهذا النوع من الصوم بعد خروجه من هذا الدفن يقدر على رؤية عالم الغيب من الأرواح والجن وغيره. ولكل نوع من أنواع الصيام نيته الخاصة يتلفظ بما الصائم (القائم بهذه العبادة) قبل أن يبدأ الصوم، وكذا الطقوس المعينة والشروط اللازمة مثل القيام بغسل جميع البدن والشعر، والحفاظ على الشهوة، وقراءة التعويذة الخاصة باللغة الجاوية.

ومن المعاملات الدينية كذلك المكوث للتأمل والتفكير في مكان معين لمدة طويلة دون أكل أو شرب. ويسمى هذا بـ "برتافا" (bertapa) أو "سمادي" (semedi) أو يسمى في الإنجليزية بـ (meditation). من العادة أن الجاوي يقوم بذلك في أماكن خاصة يُعتقد فيها بأنها مُقدَّسة وذات كرامات، مثل الجبال ومقابر الشخصيات المقدَّسة. كل ما يراد به في هذه المعاملات الدينية هو التقرب إلى الإله والاتحاد به.^{١٨} وسيأتي بيان ودراسة هذه العادات الدينية عند المجتمع الجاوي - صاحب الديانة القديمة (أي الإسلام الجاوي) - من المنظور الإسلامي في المباحث القادمة إن شاء الله تعالى.

موقف الإسلام من العادات والتقاليد

إن من مزايا دين الإسلام أن يُبقي ويقرّر ما هو موافق للشريعة ولا يعارضها. فهناك كثير من العادات والتقاليد العربية الجاهلية التي أبقاها الإسلام وقرّرها وهذبها وأصبحت من تعاليمه. فالجتمعات الجاهلية التي قامت معالمها وتشريعاتها على أعراف وعادات وتقاليد وأديان مختلفة ومتباينة لا يحكمها حاكم ولا يضبطها ضابط. فجاء الإسلام وهذب كل تلك المعاملات، فبدأ بتوحيد العبادة لله ثم أقر العادات والتقاليد الحسنة وشرع المعاملات وضبطها.

ومن العادات الجاهلية التي أثبتتها الإسلام وأقر بها غض الطرف، ونصرة المظلوم، والكرم، والوفاء بالعهد، والشجاعة وغيرها من الأخلاق الحسنة. وما فعله الإسلام هو تثبيت العادات الحسنة المتفكرة مع الفطرة ومع

^{١٨} انظر "عادات جاوا" (Kebudayaan Jawa)، لـ Koentjaraningrat، المصدر السابق، ص ٤٣٢.

الشريعة الإسلامية وترك الأمور الجاهلية التي تخالف الفطرة والخلق الكريم. وقد قال رسول الله: "إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق"^{١٩}. فما كان منها حسنا أبقاه وقرره وجعله من شرعه، وما كان منها سيئا رفضه وأبطله.

ولا ينحصر الأمر في الأخلاق وحدها بل أبقى الإسلام كذلك الأمور الجاهلية المتعلقة بالمعاملات والتي فيها خيرٌ ونفع واحتاج إليها للناس. ومن تلك المعاملات بيع المضاربة وهو أن يكون رجل عنده مال وآخر ليس عنده مال، ولكن عنده قدرة على العمل، فيشتركان، هذا برأس المال وهذا بالعمل. وسميت مضاربة لأنها تحتاج إلى الضرب في الأرض بالسفار والانتقال لتنمية المال.^{٢٠} وكذا اعتبار الولي في النكاح، فقد كان الرجل في الجاهلية يأتي إلى الرجل ويطلب منه موليته فيزوجها إياه. فجاء الإسلام واعتبر الولي في النكاح. فهذا بعض الأمثلة من المعاملات التي كانت في الجاهلية وأقرها الإسلام.

وأما العادات والتقاليد والمعاملات والعقائد التي أبطلها الإسلام وحرّمها، فمنها عبادة الأصنام وتقديم الأضاحي لها، ووآد البنات، وشرب الخمر، والربا، والأزلام، والزنا، وعدم توريث النساء، ووراثة الولد زوجة أبيه^{٢١}، وطلاق المرأة ما شاء زوجها^{٢٢}، وأنواع من بيع الغرر مثل الملامسة والمنازمة^{٢٣}، والمضامين^{٢٤}، والملاقيح^{٢٥}، وبيع جبل الحبلية^{٢٦}، وبيع الحصاة، وعسيب الفحل^{٢٧}. كل هذه الأمور كانت شائعة ومشهورة تعامل بها العرب في الجاهلية فحرّمها الإسلام ونها عنها.

فقد جاء القرآن ناهيا عن الشرك وعبادة الأصنام في قوله تعالى: **وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا [النساء: ٣٦]**، وحرّم النبي صلى الله عليه وسلم وآد البنات بقوله في حديث صحيح: **"إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووآد البنات، وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال"**.^{٢٨} وذكر القرآن عن تحريم هذه العادة الجاهلية

^{١٩} رواه البخاري في الأدب المفرد، ج ١، ص ٤١٧، وأحمد في مسنده، ج ١٨، ص ١٣٨. وفي رواية أخرى "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق".

^{٢٠} الشوكاني، نيل الأوطار، كتاب الشركة والمضاربة، ج ٨، ص ٤٩٩.

^{٢١} ذكره عبد الرزاق في مصنفه (١٠٨٠٦)، ج ٦، ص ٢٧١.

^{٢٢} المصدر السابق (١١٠٨٢)، ج ٦، ص ٣٣٨.

^{٢٣} الحديث: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الملامسة والمنازمة في البيع" (رواه النسائي في سننه، باب بيع المنازمة (٤٤٣٥)، ج ١٤، ص ٤٨). وبيع الملامسة هو بيع ما يلمسه المشتري دون أن يتحقق من أنه خال من العيوب. أما المنازمة فهو أن يند كل واحد منهما إلى الآخر ولم ينظر واحد منهما إلى ثوب صاحبه الآخر أو أن يقول أي ثوب نبذته فهو لك بكذا.

^{٢٤} بيع المضامين هو بيع ما في أصلاب الفحول، أو ما في ظهور الفحول، بأن يقول: بعثك ما سنينتج من ضراب هذا الجمل أو كما فسره بعضهم: بعض نفس الضراب، كما جاء في حديث آخر: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل" والمقصود: ضرابها.

^{٢٥} بيع الملاقيح هو بيع ما في البطون من الأجنة.

^{٢٦} رواه المسلم في صحيحه، ج ٣، ص ١١٥٣، ج ٥، ص ١٥١٤، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنه نهى عن بيع جبل الحبلية".

^{٢٧} حلاق، أبو مصعب محمد صبحي بن حسن، الأدلة الرضية لمتن الدرر البهية في المسائل الفقهية، (بيروت: مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع)، ص ١٣٩.

^{٢٨} رواه البخاري في الاستقراض، باب: ما ينهى من إضاعة المال حديث رقم: ٢٤٠٨، مسلم في الأفضية، حديث رقم: ١٧١٥.

حيث قال الله تعالى: وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ * بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ [التكوير: ٨-٩]، وقال تعالى في تحريم الزنا: وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَةَ ۗ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا [الإسراء: ٣٢]. وفي شرب الخمر والميسر، والأنصاب، الأزلام في آيات قرآنية، منها: إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ [المائدة: ٩٠]، وحرم الربا بقوله تعالى: وأحل الله البيع وحرم الربا [البقرة: ٢٧٥].

من أجل هذه الميزات والخصائص تميّز الدين الإسلامي وفاق على سائر الأديان الأخرى. فهو دين واسع، كامل ومتكامل، وصالح لكل زمان ومكان. فلم يكن هناك أي أمر صغير أم كبير في شؤون الحياة اليومية إلا وقد جاء الإسلام بالحكم الشرعي له. فهو منهج الحياة ونظامها الذي نظّم حياة الإنسان لمصلحه الدنيوية والأخروية.

وقد أعطتنا الشريعة الإسلامية تعاليم وأحكاما ترشدنا وتدلنا على ما هو موافق للدين وما هو مخالف له. فليس هناك أي صعوبات في التمييز بين العادات والتقاليد في مجتمع ما إذ إن كل شيء لا بد من احتكامه إلى القرآن والسنة. فما كان منه مناقضاً لأسسهما وتعاليمهما فهو مرفوض ومنهي عنه، وما كان منه موافقاً لهما فهو مقبول ومباح. فالكتابُ والسنةُ هما الميزانُ الذي يُعرَفُ به الحق ويُتوصَلُ به إلى العدل، وكلُّ ما خالف الشريعة الإسلامية من أعراف القبائل، أو عادات التجار، أو عمل أهل العصر، كلُّ ذلك باطلٌ لا يجوز أن يكون له اعتبار، أو أن تُعارض به أحكامُ الإسلام.

العادات والتقاليد الجاوية المتعلقة بالعقائد والعبادات في المنظور الإسلامي

مما سبق ذكره عرفنا أن كل اعتقاد أو عمل خالف تعاليم الإسلام ومبادئه الأساسية (العقائد) فهو منهي عنه شرعاً. وكل ما ورد في ذكر أنواع العادات والتقاليد التي تعامل بها الجاويون (أصحاب الديانة الجاوية) واعتقدوها فهو مخالف للدين. وبيان الموقف الشرعي لهذه العادات المخالفة كما يلي:

في المجال العقائدي، اعتقد الجاويون بوجود الآلهة المختلفة، أو ما يسمى بمصطلح (Animism and Dynamism) وقاموا بتمجيد أرواح الأجداد والقدامى وتقديسهم، الأمر الذي أدى بهم إلى عبادة أرواح الموتى اعتقاداً منهم أن هذه الأرواح قادرة على حفظ حياة الأحياء. وقد جاء الإسلام بتعاليم واضحة في بيان هذه القضية حيث حرم أي نوع من أنواع الشرك بالله. وكان أول ما دعا إليه النبي غ قول لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله. وهي كلمة التوحيد التي من أجلها أريق الدماء من خلال الحروب بين المسلمين والكفار في عصر النبوة والعصور التي بعدها. فالاعتقاد في الديانة الجاوية ليس إلا عبادةً لغير الله من أصنام وأرواح وغيرها مما يُعتقد بأن لها قوة تنفع وتضر. وقد جاء بيان تحريم الشرك بالله والتحذير منه في قوله الله تعالى: ومن يشرك بالله فقد افترى إثماً عظيماً [النساء: ٤٨]، وقال أيضاً: واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً [النساء: ٣٦].

ولا يُعَدُّ عن ذلك اعتقادُ الجاوي بما يسمى بـ "أنا والرب" (kawula lan gusti) أو في مصطلح اعتقادي جاوي آخر يسمى بمانوغالنج كاوولاغوستي (Manunggaling Kawula Gusti) والذي يتطلب من الجاوي إذا أراد أن ينال السعادة والاستقرار والاطمئنان، فعليه أن يتقاد انقيادا تاما للإله الخالق. ويتطلب هذا الانقياد الوصول

إلى الاتحاد الإلهي أي اتحاد العبد بالرب. وهذا يسمى في المصطلح العقائدي الإسلامي بعقيدة وحدة الوجود التي تجعل من كل مخلوق جزءاً من الله تعالى. وقد اتضح الحكم في تحريم عقيدة وحدة الوجود لأجل انحرافها عن العقيدة الإسلامية الصحيحة. فهناك آيات عديدة وردت في بيان أن المخلوق غير الخالق، منها قوله تعالى: قُلْ إِنِّي نُهِيتُ أَنْ أَعْبُدَ الَّذِينَ تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ ۗ قُلْ لَا أَتَّبِعُ أَهْوَاءَكُمْ ۗ قَدْ ضَلَلْتُ إِذًا وَمَا أَنَا مِنَ الْمُهْتَدِينَ [الأنعام: ٥٦]. هذه الآية وغيرها بعضٌ من آيات كثيرة تقرر أن المخلوق هو من دون الله. ويكفي هذا في الرد على كل من اعتقد وآمن بوحدة الوجود.

وإضافة إلى ذلك، أن اعتقاد أصحاب الديانة الجاوية في الرب أو الإله غير الاعتقاد الذي جاء به الإسلام. فبالرغم من أن المراد بالرب أو الإله لدى الجاوي صاحب الديانة الجاوية هو الإله الخالق، واهب الحياة والأول في الوجود، إلا أن هناك عناصر تخالف العقيدة الإسلامية حيث اعتقدوا أن غيره من الآلهة الأخرى والأرواح والجمادات قوة وقدرة تضر وتنفع. وإذا تقرر هذا، فإن كل معتقد لأصحاب الديانة الجاوية بما فيه من عادات وتقاليد خاصة، والذي يتعلق بالعقيدة مخالف لما جاء به الإسلام وهو من الأمور المنهي عنها إذ إنها تحتوي على عناصر شركية محرمة.

وأما في مجال العبادات فالأمر يتضح كذلك من خلال المبادئ التي تنبني عليها عادات وتقاليد جاوية. وقد سبق أن عرفنا أن مبدأ العقيدة عندهم مخالف لما هو في الإسلام، فعليه يكون الأمر في العبادات. لأصحاب الديانة الجاوية أنواع من العبادات التي هي ضمن تقاليدهم وعاداتهم في الحياة اليومية كما ورد ذكره في المباحث السابقة. ففي إقامة المأدبة التي تسمى بسلاماتن (slametan) مثلاً، فإنها تشوبها شائبة خرافية وذلك من اختيار أنواع خاصة من الأطعمة^{٢٩} وأيام معينة من الأسبوع وكذا التعاويذ وأذكار خاصة لم ترد في الكتاب ولا في السنة. وكذلك في تقديم أنواع خاصة من الطعام يقال له سساجن (sesajen) تُقدّم للأرواح (أو الآلهة المعبودة) حيث يضعون فيه أنواعاً من الزهور والبخور تسمى بكمينيان (kemenyan). وقد اعتقدوا أن هذا يجلب النفع ويدفع الأذى والشر ويعددهم عن الضرر ويأتي بالأمن والاطمئنان.

وإذا كان هذا الحكم من ناحية القيم العقائدية، فإنه من ناحية أخلاقية واجتماعية هناك أسس ومبادئ يمكن إبرازها في هذا الموضوع لأجل معرفة ما هو موافق للإسلام. فإننا إذا نظرنا من هذه الناحية، وجدنا أن هناك عناصر حسنة تتفق مع تعاليم الإسلام. وذلك أن من أهداف إقامة المأدبة التعبير بالشكر بعد الحصول على النعمة أو الرجاء من نيل السعادة. وكذا إشراك الغير بهذه السعادة بدعوتهم للمشاركة في المأدبة والتعاون فيما بينهم في إقامتها.

^{٢٩} يقال هذا في المصطلح الجاوي بـ "ubarampe" هو عبارة عن طاقم أو مجموعة لأنواع مختلفة من المواد والأطعمة في المأدبة والتي لا بد من توفرها كشرط لازمة فيها. انظر: "موسوعة عادات وتقاليد جاوا" (Ensiklopedi Adat Istiadat Budaya Jawa)، المصدر السابق، ص ٥٧٦-٥٧٧.

إلا أن وجود هذه القيم الحسنة في إقامة هذه المأدبة لا تدل على جواز القيام بها إذ إن النية شائبة خرافية و - في بعض الأحيان - شركية، إذ إنها تتعلق بعقيدة مخالفة لعقيدة الإسلام الصحيحة. وقد ورد في الحديث النبوي الشريف "إنما الأعمال بالنيات"^{٣٠}، هذا فضلا عن أن شروط قبول العبادة أن تكون مبنية على إيمان صادق، وأن تكون خالصة لوجه الله تعالى وأن توافق ما جاء به النبي صلى الله عليه وسلم. قال الله تعالى: قُلِ اللَّهُ أَعْبُدُ مُخْلِصًا لَهُ دِينِي [الزمر: ١٤]، وقال عز وجل قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ [آل عمران: ٣١] فلا بد من توفر الشروط الثلاثة لقبول العبادة، ألا وهي: الإيمان الصادق، والإخلاص لله وحده، والمتابعة للنبي صلى الله عليه وسلم.

الخاتمة

وفي الختام، يمكن تلخيص النقاط المهمة الواردة في هذه الورقة كما يلي:

أن جزيرة جاوا مزيا وخصائص لا توجد في غيرها من الجزر في إندونيسيا حيث إن الممالك الهندوسية والبوذية كانت تتمركز فيها وتركت بها آثارا حضارية ودينية الأمر الذي أدى إلى وجود كثرة العادات والأعراف وتنوعها في المجتمع الجاوي. وأن من أسباب قبول المجتمع الجاوي للإسلام وسرعة انتشاره في جزيرة جاوا حسن معاملة الدعاة المسلمين في ذلك الوقت حيث تعايشوا مع الناس من خلال التجارة والزواج من بعضهم، بالإضافة إلى استخدام طريقة الدعوة التي اتسمت بالحكمة والمرونة والتدرج في تعريف الناس بالإسلام. ومن ذلك تغيير محتوى العادات والمعتقدات وتبديلها بالإسلام مع إبقاء المسميات، كما فعله دعاة الإسلام في جاوا والمعروفون باسم الأولياء التسعة.

وأن للديانات السابقة أثراً ملموساً في الحياة الدينية لدى المجتمع الجاوي، وذلك أن المسلمين بالرغم من اعتقادهم بالإسلام وقيامهم بالواجبات الدينية إلا أن بعضهم لا يزالون يمارسون عاداتٍ وتقاليد سابقة مثل الهندوسية والديانة الجاوية القديمة في شؤون الحياة والمعاملات الدينية. ويعرف هذا التدين باسم الديانة الامتزاجية، أي خلط وامتزاج بين الإسلام والمعتقدات الأخرى، والمعروف بمصطلح إسلام كجاوين (Islam Kejawen) أو Syncretism.

ومعظم العادات والأعراف الجاوية المتمثلة في الطقوس الدينية من آثار الديانات والمعتقدات السابقة والتي تشمل جوانب حياة الإنسان منذ الولادة إلى الوفاة. وهذا ما أدى إلى وجود عناصر كثيرة غير إسلامية في الطقوس التي يمارسها الناس، منها ما يعد عملاً من الأعمال الشركية. ومن الأمثلة للتقاليد الدينية في المجتمع الجاوي الطقوس التي تُعقد بمناسبة مرور الحمل بأشهر معينة، مثل حفلة ميتوني وتنكبان، واعتقاد اليوم الحسن باسم "هاري بايك" لغرض اختياره لإقامة حفلة من الحفلات، وحفلة اغتسال العروسين بالماء المخلوط بأنواع معينة من

^{٣٠} رواه البخاري في صحيحه، باب بدء الوحي، (١)، ج ١/ص ٣.

الزهور وتسمى بـ "حفلة سيرامان"، والحفلات بمناسبة مرور مدة معينة من الوفاة وتسمى بـ "سلاماتن"، بالإضافة إلى بعض أعمال الصوم التي لا علاقة لها بالصوم الشرعي (الإسلامي).

أن كل عادة أو عرف متمثل في الطقوس الدينية التي يمارسها المجتمع الجاوي يخالف ما جاء به الإسلام فهو مرفوض شرعاً ومنهني عنه. وإذا كانت له علاقة بالعبادات فهو من باب البدعة المنكرة، وإذا تعلق بأمور العقيدة وفيه انحراف عنها فهو واقع في دائرة الشرك المحرم.

قائمة المصادر والمراجع

المراجع العربية:

- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني. (د.ت). سنن أبي داود. بيروت: طبعة دار الفكر، د.ط.
- الترمذي، محمد بن عيسى السلمي. (د.ت). سنن الترمذي. بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط.
- حلاق، أبو مصعب محمد صبحي بن حسن. (د.ت). الأدلة الرضية لمتن الدرر البهية في المسائل الفقهية. بيروت: مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- الشوكاني، محمد بن علي. (١٤١٨هـ). نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. بيروت: دار الخبير، بيروت، ط ٢.
- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر. فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار المعرفة، ١٣٧٩هـ.
- مسلم، ابن الحجاج القشيري النيسابوري. (د.ت). صحيح مسلم. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء لتراث العربي، د.ط.
- الندوة العالمية للشباب الإسلامي. (١٤٢٠هـ). الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة. الرياض: مكتب الندوة، ط ٤.
- النووي، يحيى بن شرف بن مري. (١٣٩٢م). شرح صحيح المسلم. بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ٢.

المراجع الأخرى

- Al-Khaluq, Latif. (2002). *Strategi Belanda Melumpuhkan Islam: Biografi C.Snouck Hurgronje*. Jogjakarta: Pustaka Pelajar.
- Anantatoer, Pramoedya. (1999). *Cerpen: Arok Dedes*. Jakarta: Hasta Mitra.
- Anantatoer, Pramoedya. (2001). *Arus Balik*. Jakarta: Hasta Mitra.
- Bakker, J.W.M. (1976). *Agama Asli Indonesia*. Jogjakarta: Pradnyawidya.
- Biro Pusat Statistik, BPS. (2009). *Statistik Indonesia: Statistical Yearbook of Indonesia*. Jakarta: Badan Pusat Statistik
- Dimeglio, R.R, (1970). *Arab Trade with Indonesian and Malay Peninsula the 16th to 18th Century*. Oxford: University Press.

- Endraswara, Suwardi. (2005). *Buku Pinter Budaya Jawa, Mutiara Adiluhung Orang Jawa*. Jogjakarta: Gelombang Pasang.
- Geertz, Clifford, (1983). *Abangan, Santri, Priyayi Dalam Masyarakat Jawa*. Jakarta: PT Dunia Pustaka Jaya.
- Geertz, Clifford. (1976). *The Religion of Java*. University of Chicago Press.
- Geertz, Hildred. (1961). *The Javanese Family*. New York: Free Press of Glencoe.
- Koentjaraningrat, Prof. (1994). *Kebudayaan Jawa*. Jakarta: Balai Pustaka.
- Nicholson, Clara Kibby. (1957). *The Introduction of Islam into Sumatra and Java - A Study in Cultural Change*. Massachusetts: University of Massachusetts, Amherst.
- Poesponegoro, Marwati Djoened and et al. (1993). *Sejarah Nasional III*. Jakarta: Balai Pustaka.
- Purwadi, Dr, M.Hum. (2005). *Upacara Tradisional Jawa*. Jogjakarta: Pustaka Pelajar.
- Purwadi, Dr, M.Hum. (2008). *Ensiklopedi Adat Istiadat Budaya Jawa*. Jogjakarta: Panji Pustaka.
- Putra, Hedy Shri Ahimsa. (1995). *Islam Jawa dan Jawa Islam*. Jogjakarta: Balai Kajian Sejarah dan Nilai Tradisional.
- Simuh, Professor. (1995). *Sufisme Jawa, transformasi tasawuf Islam ke mistik Jawa*., Jogjakarta: Yayasan Bentang Budaya.