

# **Isu-isu Semasa Bidangkuasa Mahkamah Syariah: Satu Sorotan Dalam Kes Jenayah Syariah (Liwat)**

**Narizan Abdul Rahman**

## **Abstract**

*The issue regarding jurisdiction of shari'ah courts in Malaysia is never ending. There have been cases in the past, whereby civil courts interfered with the jurisdiction of shari'ah courts, not to mention those decided after the amendment of Article 121(1) of the Federal Constitution. The amendment took place with the purpose of taking away the civil courts' jurisdiction over matters within the former's jurisdiction. Recent development whereby civil courts claiming its' jurisdiction over shari'ah courts in "liwāt" case, is totally unbecoming. In truth, there are specific provisions for "liwāt" under every states Enactments and yet the civil courts retained their jurisdiction. This article highlights the "liwāt" offence and the issues surrounding the cases decided recently. Whether these cases hampered the amendment to Article 121 (1) of The Federal Constitution or not is yet to be seen.*

## **Pendahuluan**

Pertikaian dan konflik bidangkuasa mahkamah sivil dan mahkamah syariah di Malaysia telah berlaku sekian lama. Konflik ini berlaku apabila mahkamah sivil memutuskan kes-kes yang berada dalam bidangkuasa mahkamah syariah samada terdapat peruntukan yang jelas ataupun yang tidak terdapat peruntukan yang jelas, tetapi merupakan persoalan yang melibatkan hukum-hakam Islam.

Walau bagaimanapun, tiada penyelesaian yang menyeluruh kepada persoalan ini. Tambahan lagi perkembangan mutakhir menunjukkan seolah-olah berlaku kecenderungan untuk meletakkan mahkamah syariah di kedudukannya seperti masa lampau. Sedangkan usaha-usaha oleh pejuang undang-undang Islam untuk memartabatkan kedudukan mahkamah syariah ke tempatnya kini masih lagi segar dalam ingatan. Persoalan ini tidak dapat dipisahkan dari kesan penjajahan ke atas perkembangan mahkamah syariah di Malaysia, yang mana telah meletakkan mahkamah syariah di tempat yang paling rendah. Realitinya, sebelum kedatangan penjajah, Undang-undang Islam dan pentadbirannya mendapat kedudukan yang tinggi dalam masyarakat<sup>1</sup> dan ia diakui sebagai undang-undang utama di Malaysia (Tanah Melayu). Oleh itu, perjuangan untuk memartabatkan undang-undang Islam dan pemantapan pentadbirannya adalah satu usaha untuk mendapatkan semula apa-apa yang telah menjadi haknya pada masa dahulu. Pindaan perkara 121(1) Perlembagaan Persekutuan adalah antara kejayaan yang telah dicapai yang mana masyarakat undang-undang, secara keseluruhannya meletakkan harapan yang tinggi, bahawa ianya menyingkirkan bidangkuasa mahkamah awam dalam perkara-perkara yang menjadi bidangkuasa mahkamah syariah.<sup>2</sup> Namun, dari segi realitinya, terdapat kes-kes yang diputuskan, masih lagi tidak menyebelahi bidangkuasa mahkamah syariah. Ianya masih berlanjutan hingga kini.

### **Makna Konflik**

Konflik didefinisikan sebagai percanggahan atau pertentangan,<sup>3</sup> manakala *Kamus Istilah Undang-Undang* mendefinisikan *conflict of laws* sebagai percanggahan undang-undang.<sup>4</sup>

Bidangkuasa Mahkamah atau *court's jurisdiction* pula bermaksud kuasa mahkamah untuk mendengar dan memutuskan kes atau membuat sesuatu arahan. Ianya juga bermaksud, had wilayah dalam mana bidangkuasa mahkamah dijalankan.<sup>5</sup> Artikel ini merupakan satu sorotan terhadap kes-kes yang telah diputuskan yang mengundang pertikaian bidangkuasa antara kedua-dua mahkamah serta beberapa kes jenayah syariah di Malaysia yang dilaporkan dalam laporan undang-undang. Walaupun kesalahan-kesalahan jenayah syariah adalah pelbagai, tetapi ianya tidak menimbulkan pertikaian atau konflik bidangkuasa antara mahkamah sivil dan mahkamah syariah, seperti kes khalwat, persetubuhan haram, meminum minuman keras dan sebagainya.<sup>6</sup> Artikel ini hanya menumpukan kepada kes-kes liwat, yang mana terdapat peruntukan yang jelas dalam Enakmen Negeri-negeri dan menjadi pertikaian antara mahkamah sivil dan mahkamah syariah.

## **Pindaan Perkara 121(1) Perlembagaan Persekutuan**

Sepertimana yang telah dipinda oleh Akta Perlembagaan (Pindaan) 1988 (Akta A704) yang berkuatkuasa pada 10 Jun 1988, perkara 121(1) Perlembagaan kini memperuntukkan seperti berikut:

- (1) Maka hendaklah ada dua Mahkamah Tinggi yang selaras bidangkuasa dan tarafnya, iaitu-
  - (a) satu di Negeri-negeri Tanah Melayu, yang dinamakan Mahkamah Tinggi di Malaya dan yang mempunyai ibu pejabat pendaftarannya di Kuala Lumpur; dan
  - (b) satu di Negeri-negeri Sabah dan Sarawak, yang dinamakan Mahkamah Tinggi di Sabah dan Sarawak dan yang mempunyai ibu pejabat pendaftarannya di mana-mana tempat di Negeri-negeri Sabah dan Sarawak, sebagaimana yang ditetapkan oleh Yang Di Pertuan Agong;

dan mana-mana mahkamah bawahan sebagaimana yang diperuntukkan oleh undang-undang Persekutuan; dan Mahkamah-Mahkamah Tinggi dan mahkamah-mahkamah bawahan hendaklah mempunyai apa-apa bidangkuasa dan kuasa sebagaimana yang diberikan oleh atau di bawah undang-undang Persekutuan.

(1A) Mahkamah-mahkamah yang disebutkan dalam Fasal (1) tidaklah boleh mempunyai bidangkuasa berkenaan dengan apa-apa perkara dalam bidangkuasa mahkamah Syariah.

## **Implikasi Pindaan**

Pindaan ini amat penting kerana kesannya ialah mengelakkan apa-apa konflik di masa hadapan di antara kes-kes yang diputuskan di mahkamah-mahkamah awam dan mahkamah- mahkamah syariah yang telah berlaku sebelumnya. Sebelum pindaan tersebut, mahkamah-mahkamah sivil telah menguatkuasakan bidangkuasanya dalam perkara-perkara undang-undang diri (*personal law*) orang-orang Islam. Sedangkan mahkamah syariah mempunyai bidangkuasa dalam hal ini mengikut Enakmen Pentadbiran Undang-Undang Islam di negeri-negeri.

Pindaan ini juga telah meningkatkan kedudukan mahkamah-mahkamah syariah,<sup>7</sup> di mana mereka tidak lagi dianggap lebih rendah dari mahkamah sivil. Mahkamah-mahkamah syariah juga telah dibebaskan dari campurtangan atau gangguan dari mahkamah-mahkamah awam serta kawalan dari Majlis Agama Islam di negeri-negeri. Mahkamah-mahkamah syariah telah berdiri sebagai satu institusi yang tersendiri.

Mahkamah-mahkamah syariah juga telah mempunyai sistem pentadbirannya

yang mantap, di mana terdapat suatu struktur mahkamah yang lebih teratur iaitu Mahkamah Rendah Syariah, Mahkamah Tinggi Syariah dan Mahkamah Rayuan. Usaha-usaha masih lagi digembelangkan untuk meningkatkan kedudukan serta memantapkan pentadbirannya ke tahap maksimum.

### **Kes-kes Pertikaian Bidangkuasa**

Sebelum pindaan ini berlaku, beberapa kes-kes yang telah diputuskan di mahkamah awam yang mana sepatutnya menjadi bidangkuasa mahkamah syariah. Sebagai contohnya, kes-kes berikut menjadi pertikaian bidangkuasa.

*Ainan bt Mahamud v Syed Abu Bakar*<sup>8</sup>

Kes ini berkenaan dengan kesahatarafan anak, di mana Mahkamah Tinggi memutuskan seseorang anak orang Islam yang dilahirkan empat bulan selepas perkahwinan adalah anak yang sah taraf. Mahkamah telah memakai peruntukan dalam seksyen 112, Enakmen Keterangan 1950. Keputusan ini telah membelakangkan undang-undang Islam berhubung kesahatarafan. Seseorang anak hanya sah tarafnya apabila dilahirkan tidak kurang dari enam bulan *qamariyyah*.

*Roberts alias Kamarulzaman v Umami Kalthum*<sup>9</sup>

Mahkamah berpendapat bahawa prinsip harta sepencarian adalah berasaskan undang-undang adat dan bukannya undang-undang Islam.

*Commissioner for Religious Affairs, Trengganu & Ors v Tengku Mariam*<sup>10</sup>

Persoalan kesahan wakaf dikemukakan kepada Mahkamah Tinggi untuk diputuskan. Sebelum itu telah ada fatwa dari Mufti yang menyatakan bahawa wakaf yang dibuat adalah sah. Apabila kes ini dirayu ke Mahkamah Tinggi, Mahkamah Tinggi telah membelakangkan fatwa yang dibuat. Hakim telah menyatakan seperti berikut:

“I have given this matter considerable thought and I am of the view that even if it had been this court which had sought the Fetua, the court yet retains unfettered discretion as to how much of such fetua it should accept, and may decline to be bound by it. I can find nothing in the Enactment which has affected the power of the court to propound Islamic Law, which power I now propose to exercise.”

*Myriam v Ariff*<sup>11</sup>

Dalam kes ini, Qāḍī telah membuat perintah persetujuan bersama memberi hak *hadānāh* kepada bapa selepas perceraian berdasarkan peruntukan dalam seksyen 46(1)(b) Enakmen Pentadbiran Undang-undang Islam Selangor 1952. Namun apabila si ibu membuat rayuan ke Mahkamah Tinggi, untuk mendapat hak *hadānāh*

anak, mahkamah kemudiannya membuat satu perintah supaya hak *hadānah* anak lelaki diberi kepada bapa dan anak perempuan diberi kepada ibu. Perintah ini jelas mengeneipkan peruntukan dalam Enakmen tersebut yang menyatakan keputusan Kadi yang dibuat berdasarkan persetujuan bersama tidak boleh dirayu.

*Nafsiah v Abdul Majid*<sup>12</sup>

Plaintif membawa satu tindakan ke atas defendan kerana kemungkiran perkahwinan. Mahkamah Tinggi telah membenarkan pampasan sebanyak \$1,200 kepada Plaintif. Keputusan ini telah mengeneipkan peruntukan dalam seksyen 119 Enakmen Pentadbiran Undang-undang Islam Melaka 1959 yang memperuntukkan tentang kemungkiran pertunangan dan pampasan kemungkiran.

Namun begitu, selepas pindaan tersebut masih lagi terdapat kes-kes yang diputuskan, menunjukkan mahkamah sivil telah campurtangan dalam bidangkuasa mahkamah syariah. Beberapa contoh kes mengesahkannya, seperti berikut:

*Shahamin Faizul Kung bin Abdullah v Asma Bin Haji Junus*<sup>13</sup>

Mahkamah Tinggi memutuskan, ia ada bidangkuasa untuk mendengar permohonan bapa yang beragama Islam untuk mendapatkan hak *hadānah* anaknya daripada jagaan neneknya. Mahkamah Tinggi menyatakan disebabkan tidak terdapat peruntukan khusus dalam seksyen 40(3) Enakmen Pentadbiran Undang-undang Islam Pulau Pinang 1959 yang memberi bidangkuasa eksklusif kepada Mahkamah Kadi Besar dalam perkara berkenaan penjagaan kanak-kanak di mana pihak-pihak adalah beragama Islam, Mahkamah Tinggi masih lagi mempunyai bidangkuasa dalam perkara ini.

*Ng Wan Chan v Majlis Agama Islam Wilayah Persekutuan & Anor*<sup>14</sup>

Plaintif, balu simati, Lee Siew Kee memohon satu deklarasi di Mahkamah Tinggi bahawa simati adalah seorang penganut Buddha sepanjang hayatnya dan semasa kematiannya. Peguam Defendan pertama telah menyatakan bantahan awal dan mencabar bidangkuasa Mahkamah Tinggi untuk mendengar permohonan Plaintif, seterusnya menyatakan ianya termasuk dalam bidangkuasa Mahkamah Syariah Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur.

Mahkamah menyatakan isu utama dalam kes ini ialah penentuan samada si mati adalah seorang Islam atau bukan Islam pada masa kematiannya. Mahkamah memutuskan, Seksyen 45(2) dan (3) dalam Enakmen Pentadbiran Undang-Undang Islam Selangor 1952 memberi bidangkuasa kepada mahkamah syariah di atas perkara-perkara yang dinyatakan di situ dan tidak termasuk bidangkuasa untuk memutuskan samada seseorang adalah Islam atau tidak. Oleh itu Mahkamah Tinggi tidak terhalang dari bidangkuasa dalam perkara ini.

Bagaimanapun kes-kes pertikaian bidangkuasa ini masih lagi berlaku dan tafsiran berbeza-beza yang diberi oleh mahkamah-mahkamah dalam beberapa kes lain.<sup>15</sup>

### **Kategori Kesalahan-kesalahan Jenayah Syariah**

Kecuali beberapa perbezaan, pada umumnya kesalahan-kesalahan jenayah syariah adalah tidak berbeza di negeri-negeri. Sebagai contoh, kesalahan-kesalahan berikut diperuntukkan sebagai kesalahan-kesalahan jenayah syariah:<sup>16</sup>

- (i) Kesalahan yang berhubungan dengan akidah, seperti pemujaan salah dan dakwaan palsu.
- (ii) Kesalahan yang berhubungan dengan kesucian agama Islam dan institusinya, seperti mempersendakan ayat Al-Quran atau Ḥadīth.
- (iii) Kesalahan yang berhubung dengan kesusilaan seperti persetubuhan luar nikah, liwat, khalwat dan sebagainya.
- (iv) Kesalahan-kesalahan lain seperti *takfīr*, memungut zakat dan fitrah tanpa kuasa, memujuk lari orang perempuan, mengalakkan maksiat.
- (v) Kesalahan penyubahatan dan percubaan.

Manakala, kesalahan yang berhubung dengan kesusilaan, terdiri dari yang berikut<sup>17</sup>

- (i) Perbuatan sumbang mahram, seksyen 20.
- (ii) Pelacuran, seksyen 21.
- (iii) Muncikari, seksyen 22.
- (iv) Persetubuhan luar nikah, seksyen 23.
- (v) Perbuatan sebagai persediaan untuk melakukan persetubuhan luar nikah, seksyen 24.
- (vi) Liwat, seksyen 25.
- (vii) *Musāḥaqah*, seksyen 26.
- (viii) Khalwat, seksyen 27.
- (viiii) Orang lelaki berlagak seperti perempuan, seksyen 28.
- (x) Perbuatan tidak sopan di tempat awam, seksyen 29.

### **Liwat Menurut Undang-undang Jenayah Islam**

Definisi liwat ialah memasukkan zakar ke dalam dubur lelaki.<sup>18</sup> Namun memasukkan zakar ke dalam dubur wanita juga adalah dikategorikan sebagai liwat.

Sesetengah ulama melabelkannya sebagai *al-liwāṭ al-kubrā*. Hukumnya haram dan pensabitan haram ini berdasarkan beberapa ayat al-Quran dan al-Ḥadīth.

Surah al-A'rāf ayat 80, Allah berfirman (bermaksud):

*“Dan Nabi Lūṭ juga Kami utuskan: Baginda berkata kepada kaumnya: Patutkah kamu melakukan perbuatan keji, yang tidak pernah dilakukan oleh seorangpun dari penduduk alam ini sebelum kamu?”<sup>19</sup>*

*“Sesungguhnya kamu mendatangi lelaki untuk memuaskan nafsu syahwat kamu dengan meninggalkan perempuan; bahkan kamu ini sesungguhnya kaum yang melampaui batas”<sup>20</sup>*

Manakala dalam Surah Al-Anbiyā', ayat 74 Allah juga berfirman yang bermaksud:

*“Dan kepada Nabi Lūṭ juga Kami kurniakan hikmah kebijaksanaan, dan Kami selamatkan baginda dari kota yang penduduknya selalu melakukan perkara-perkara keji; sesungguhnya mereka itu adalah kaum yang jahat, fasiq serta derhaka”<sup>21</sup>*

Beberapa ḥadīth juga menerangkan kesalahan liwat. Pertama, *Ashāb al-Sunan* meriwayatkan dari Ibn 'Abbās r.a. bahawa Nabi s.a.w. ada bersabda, “Barangsiapa yang didapati mengerjakan amalan kaum Lūṭ, maka bunuhlah pelaku dan maf'ūlnya.”<sup>22</sup>

Kedua, ḥadīth yang diriwayatkan oleh Ibn Mājah dan Tirmidhī, Allah tidak akan melihat kepada lelaki yang mendatangi lelaki atau perempuan di duburnya.

### **Kesalahan Liwat Dalam Enakmen Jenayah Syariah Negeri**

Di Malaysia, beberapa negeri telah memperuntukkan liwat sebagai satu kesalahan jenayah syariah. Wilayah Persekutuan memperuntukkan kesalahan liwat seperti berikut:<sup>23</sup>

“mana-mana orang lelaki yang melakukan liwat adalah melakukan suatu kesalahan dan apabila disabitkan boleh didenda tidak melebihi lima ribu ringgit atau dipenjarakan selama tempoh tidak melebihi tiga tahun atau disebat tidak melebihi enam sebatan atau dihukum dengan mana-mana kombinasi hukuman itu.”.

Seksyen 2 (1), Akta yang sama mentakrifkan liwat sebagai “perhubungan seks sesama lelaki”.

Negeri Melaka pula memperuntukkan seperti berikut:<sup>24</sup>

“Mana-mana orang dengan sengaja melakukan liwat adalah bersalah atas suatu kesalahan dan apabila disabitkan kesalahan boleh dikenakan hukuman denda tidak melebihi daripada lima ribu ringgit atau dipenjarakan selama tempoh tidak melebihi tiga puluh enam bulan atau kedua-duanya sekali.”

Seksyen 57 Enakmen yang sama menambahkan kesalahan percubaan liwat, seperti berikut:

“Mana-mana orang dengan sengaja cuba melakukan liwat adalah merupakan satu kesalahan dan apabila disabitkan kesalahan boleh dikenakan hukuman denda tidak melebihi lima ribu ringgit atau dipenjarakan selama tempoh tidak melebihi tiga puluh enam bulan atau kedua-duanya sekali.”

Seksyen 2(1) menafsirkan liwat sebagai perhubungan jenis (homoseksual) antara lelaki dan lelaki dan percubaan liwat sebagai perbuatan-perbuatan di antara lelaki dengan lelaki yang mendorong kepada hubungan jenis (homoseksual).

Manakala, negeri Sarawak pula memperuntukkan liwat seperti berikut<sup>25</sup>

“Seseorang lelaki yang dengan sengaja melakukan “liwat” dengan lelaki lain adalah bersalah atas suatu kesalahan dan hendaklah, apabila disabitkan, dikenakan hukuman denda tidak melebihi lima ribu ringgit atau penjara selama tempoh tidak melebihi tiga tahun atau kedua-duanya sekali.”

Seksyen 2 Ordinan yang sama juga menafsirkan liwat sebagai perhubungan jenis di antara lelaki dengan lelaki lain.

Negeri-negeri lain juga memperuntukkan kesalahan liwat dalam Enakmen-enakmen kesalahan jenayah syariah, yang tidak begitu berbeza antara sebuah negeri dan negeri yang lain.<sup>26</sup>

### **Kes-kes Pertikaian Bidangkuasa Dalam Kesalahan Liwat**

Kes pertama, *Sukma Darmawan Sasmitaat Madja v Ketua Pengarah Penjara Malaysia & Anor*<sup>27</sup> [1998] 4 *MLJ* 742, Pemohon telah mengaku salah kepada satu pertuduhan di bawah seksyen 377D Kanun Keseksaan (NMB Bab 45). Beliau telah disabitkan dan dihukum penjara selama enam bulan atas kesalahan tersebut, oleh Mahkamah Sesyen Kuala Lumpur pada 19 September 1998.

Beliau telah merayu terhadap hukuman kepada Mahkamah Tinggi dan memfailkan satu permohonan *habeas corpus*. Isu yang ditimbulkan oleh pemohon



*Isu-isu Semasa Mengenai Bidangkuasa Mahkamah Syariah: Sorotan Kes Jenayah Syariah (Liwat)* dalam kes ini ialah disebabkan oleh pihak-pihak yang terlibat adalah beragama Islam, Mahkamah Sesyen tiada bidangkuasa untuk mendengar kes tersebut. Oleh itu tahanan penjara selama enam bulan adalah tidak sah dan batal.

Pemohon mengemukakan dua peruntukan penting untuk menyokong permohonan beliau. Pertama, Mahkamah Sesyen tiada bidangkuasa untuk mendengar, menyabit dan menghukum pemohon, berdasarkan peruntukan perkara 121(1A) dan kedua, peruntukan di bawah seksyen 25 Akta Kesalahan Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 yang menyingkirkan bidangkuasa Mahkamah Sesyen.

Fakta pertuduhan dalam kes ini adalah seperti berikut:

“Bahawa kamu, pada bulan April 1998, pada sebelah malam di Kediaman Rasmi Timbalan Perdana Menteri di No 47, Jalan Damansara, dalam Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur, telah melakukan perbuatan kelucahan melampau dengan Dato’ Seri Anwar Ibrahim dengan membenarkan Dato’ Seri Anwar Ibrahim memasukkan zakarnya ke dalam dubur kamu dan oleh yang demikian kamu telah melakukan satu kesalahan yang boleh dihukum di bawah seksyen 377D Kanun Keseksaan”

Persoalan yang perlu diputuskan oleh mahkamah adalah samada perkara 121(1A) dibaca bersama seksyen 25 Akta tersebut telah menyingkirkan bidangkuasa mahkamah sesyen ke atas pemohon berhubung dengan perbuatan liwat yang diakuinya.

Mahkamah Tinggi memutuskan bahawa, Perkara 121(1A) bersama-sama dengan butiran 1 menganugerahkan kepada Mahkamah Syariah bidangkuasa di atas satu kesalahan dan bukannya satu perbuatan. Perkara 121(1A) menganugerahkan kepada mahkamah syariah bidangkuasa eksklusif di atas kesalahan liwat, bukannya perbuatan meliwat *per se*.

Kedua, perkara 121(1A) tidak membatalkan bidangkuasa Mahkamah Sesyen ke atas seorang Islam untuk mana-mana kesalahan ke atas seseorang Islam yang mana bidangkuasa telah tidak secara khusus dianugerahkan ke atas mahkamah syariah. Mahkamah selanjutnya memutuskan, oleh kerana, bidangkuasa ke atas kesalahan-kesalahan yang diwujudkan oleh seksyen 377A atau seksyen 377D Kanun Keseksaan, tidak dianugerahkan ke atas mahkamah syariah oleh undang-undang persekutuan, Mahkamah Sesyen mengekalkan bidangkuasa ke atas kesalahan-kesalahan tersebut.

Oleh itu dalam kes ini, Mahkamah Sesyen merupakan mahkamah yang mempunyai bidangkuasa kompeten dan pemohon telah dihukum penjara secara sah

di sisi undang-undang dan selanjutnya permohonan *habeas corpus* ditolak .

Mahkamah juga memutuskan satu persoalan lain iaitu berkenaan kuasa-kuasa Pendakwa Raya. Pendakwa Raya tidak mempunyai kuasa untuk membawa, menjalankan atau memberhentikan apa-apa perbicaraan bagi sesuatu kesalahan di mahkamah syariah, mahkamah bumiputra atau mahkamah tentera.

Mahkamah juga menyatakan tugas mahkamah ialah menentukan samada kesemua unsur pertuduhan terbukti melampaui keraguan munasabah. Adalah tidak wajar bagi sesebuah mahkamah meminda sesuatu pertuduhan kepada pertuduhan yang lebih serius semata-mata kerana fakta-faktanya menyorankan kesalahan yang lebih serius. Ia akan membawa kepada gangguan budi bicara tunggal Peguam Negara di bawah perkara 145(3) dan seksyen 376(1) Kanun Acara Jenayah. Mahkamah menyatakan,

“The power of the Public Prosecutor in respect of proceeding in an offence is provided by art. 145(3) read with s 376 of the CPC. What is absolutely clear is that he has no power to institute, conduct or discontinue any proceedings for an offence in a shari‘ah court, a native court or a court-martial. Given this limitation to the civil courts, the Public Prosecutor, constrained to consider the options available to him, has elected to charge the applicant under s 377D. But where the Public Prosecutor has made a decision, it is not for the court to question that decision. His discretion is unfettered.”

Seksyen 145(3) perlembagaan Perlembagaan Persekutuan menyebut:

Peguam Negara adalah mempunyai kuasa, dan kuasa itu hendaklah dijalankan menurut budibicaranya, bagi membawa, menjalankan, atau memberhentikan apa-apa perbicaraan mengenai sesuatu kesalahan, lain dari perbicaraan di hadapan mahkamah Syariah, mahkamah bumiputra atau mahkamah-mahkamah tentera.

Manakala seksyen 376, Kanun Prosedur Jenayah, menyatakan:

- (i) Peguam Negara adalah menjadi sebagai Pendakwa Raya dan hendaklah mempunyai kawalan dan arahan dalam semua pendakwaan jenayah dan prosiding di bawah Kanun ini.
- (ii) Peguamcara Negara mempunyai semua kuasa Timbalan Pendakwa Raya dan hendaklah bertindak sebagai Pendakwa Raya semasa ketiadaan Peguam Negara atau waktu ia tidak berupaya bertindak sebagainya.
- (iii) Pendakwa Raya boleh melantik orang yang layak menjadi Timbalan Pendakwa Raya yang akan tertakluk di bawah kawalan dan arahan am Pendakwa Raya dan boleh menjalankan semua atau mana-mana hak dan

kuasa yang ada atau yang boleh dijalankan oleh Pendakwa Raya dengan atau di bawah Kanun ini atau mana-mana undang-undang bertulis kecuali apa-apa hak atau kuasa yang dinyatakan wajar dilakukan oleh Pendakwa Raya sendiri.

### **Rujukan Mahkamah**

Mahkamah telah mengikuti keputusan kes *Mohamed Habibullah Bin Mahmood V Faridah Bt Dato' Talib*<sup>28</sup> bahawa untuk menyingkirkan bidangkuasa mahkamah awam, persoalan yang perlu diselesaikan samada bilakah bidangkuasa itu dikurniakan dan setakat mana ianya dikurniakan. Hakim telah memetik keputusan Hakim mahkamah Agong, seperti berikut:

“It is obvious that the intention of Parliament by art 121(1A) is to take away the jurisdiction of the High Courts in respect of any matter within the jurisdiction of the shari‘ah court ..... I am therefore of the opinion that when there is a challenge to jurisdiction, as here, the correct approach is to first see whether the shari‘ah court has jurisdiction and not whether the state legislature has power to enact the law conferring jurisdiction on the shari‘ah court.....”

Hakim juga merujuk kepada keputusan kes *Lim Chan Seng v Pengarah Jabatan Agama Pulau Pinang & Satu Kes yang Lain*<sup>29</sup>, seperti berikut:

“.....by itself inter alia, art 121(1A) does not automatically confer jurisdiction to the shari‘ah court, even in respect of matters that fall under the state list of The Ninth Schedule. To confer the jurisdiction, the state must first act upon the power given to it by arts 74 and 77 of the State List, and accordingly enact laws conferring the jurisdiction. Only then will the matter come under the jurisdiction of the shari‘ah court to the exclusion of the civil court....”

### **Rayuan Kedua**

Perayu kemudiannya telah membuat rayuan sekali lagi ke Mahkamah Rayuan Kuala Lumpur dalam *Sukma Darmawan Sasmitaat Madja V Ketua Pengarah Penjara Malaysia & Anor* [1999] 1 *MLJ* 266.<sup>30</sup> Intipati kes perayu juga adalah Mahkamah Sesyen tidak mempunyai bidangkuasa ke atas beliau dan penahanan beliau adalah menurut satu perintah yang batal dan tidak berkesan. Perayu berhujah bahawa Mahkamah Syariah mempunyai bidangkuasa ke atas kes tersebut.

Terdapat dua isu dalam rayuan kali ini. Pertama, sama ada *habeas corpus* akan menidakkan seperti kes semasa di mana seseorang pemohon berusaha untuk

mendapatkan pelepasan daripada jagaan di bawah pelaksanaan suatu hukuman yang dikenakan oleh mahkamah. Kedua, jika terdapatnya remedi, sama ada perayu seharusnya diberikan remedi itu.

### **Keputusan Mahkamah Rayuan**

Kes ini telah didengar di hadapan tiga orang hakim Mahkamah Rayuan iaitu, HHMR Gopal Sri Ram, Abu Mansor dan Ahmad Fairuz. Pihak mahkamah semasa memutuskan untuk menolak rayuan Perayu memberikan sebab-sebab berikut:

Pertama, ungkapan-ungkapan ‘ditahan dengan menyalahi undang-undang’ dan ‘tahanan’ dalam perkara 5(2) Perlembagaan Persekutuan tidak terpakai kepada kes di mana seseorang ditahan dalam penjara dalam melaksanakan sesuatu hukuman yang dijatuhkan oleh sesebuah mahkamah bidangkuasa kompeten. Satu-satunya remedi yang terdapat adalah rayuan di bawah seksyen 307 atau 358 Kanun Acara Jenayah atau satu permohonan untuk mahkamah melaksanakan kuasa-kuasa semakannya di bawah seksyen 323 Kanun Acara Jenayah atau Seksyen 35 Akta Mahkamah Kehakiman 1964.

Satu-satunya cara supaya *habeas corpus* boleh menidakkan kes ialah di mana, mahkamah yang menjatuhkan hukuman tidak mempunyai bidangkuasa untuk bertindak sedemikian. Hakim Rayuan menyatakan bahawa Hakim Mahkamah Tinggi telah tersilap menafsirkan peruntukan perkara 5(2) itu.

Mahkamah Rayuan juga mengesahkan keputusan Mahkamah Tinggi bahawa Mahkamah Sesyen mempunyai bidangkuasa untuk membicarakan perayu kerana pertuduhan dibuat di bawah seksyen 377D Kanun Keseksaan. Mahkamah itu juga mempunyai bidangkuasa untuk menjatuhkan hukuman penjara selama enam bulan. Oleh itu penolakan permohonan *habeas corpus* perayu telah disahkan oleh Mahkamah Rayuan.

### **Tafsiran Bidangkuasa Mahkamah Syariah**

Berhubung dengan bidangkuasa, Mahkamah Rayuan menafsirkan ‘bidangkuasa mahkamah Syariah’ menurut peruntukan perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan, sebagai bidangkuasa eksklusif. Penghakiman adalah seperti berikut:

“Ungkapan ‘bidang kuasa mahkamah syariah’ dalam perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan merujuk kepada bidangkuasa eksklusif mereka. Jika seseorang yang menganut agama Islam melakukan sesuatu perbuatan yang diharamkan yang mana adalah satu kesalahan di bawah kedua-dua Kanun Keseksaan (NMB Bab 45) dan Akta Kesalahan-

kesalahan Jenayah Syariah (Wilayah Persekutuan) 1997 (Akta tersebut), maka mahkamah-mahkamah yang dirujuk dalam perkara 121(1) mempunyai bidangkuasa untuk membicarakan kesalahan-kesalahan yang sedemikian. Ini adalah hanya berkaitan dengan kesalahan-kesalahan di bawah Akta tersebut bahawa mahkamah syariah mempunyai bidangkuasa eksklusif. Dalam kes semasa, mahkamah sesyen tidak mempunyai urusan dengan kesalahan 'liwat' di bawah Akta tersebut tetapi dengan kesalahan kelucahan melampau di bawah s 377D Kanun Keseksaan (NMB Bab 45).<sup>31</sup>

Mahkamah Rayuan juga mengekalkan keputusan Mahkamah Tinggi bahawa Mahkamah Sesyen mempunyai bidangkuasa berdasarkan kepada peruntukan dalam Perkara 145 (3) yang dibaca bersama dengan seksyen 376 Kanun Acara Jenayah. Kesannya, mengurniakan budibicara kepada Peguam Negara untuk memulakan atau menjalankan atau memberhentikan sesuatu pendakwaan jenayah di dalam Mahkamah sivil.<sup>32</sup>

Implikasi daripada penghakiman ini, mahkamah menyatakan bahawa kesalahan liwat memang berada dalam bidangkuasa mahkamah syariah, akan tetapi oleh kerana kes ini dibicarakan di bawah peruntukan Kanun Keseksaan, maka Mahkamah Sesyen mempunyai bidangkuasa.

Menarik juga untuk diteliti, apabila mahkamah menyatakan bahawa kesalahan di bawah Kanun tersebut adalah lebih luas dari kesalahan meliwat di dalam Akta, walaupun perkataan liwat digunakan untuk menerangkan perlakuan perayu dan ungkapan tersebut digunakan sepanjang perbicaraan. Namun ianya tidak menafikan bidangkuasa Mahkamah Sesyen, kerana mahkamah tidak membicarakan kesalahan liwat di bawah Akta, tetapi kesalahan kelucahan melampau di bawah Kanun Keseksaan.<sup>33</sup>

Mengenai persoalan lain, bahawa kemungkinan perayu akan didakwa juga di bawah Akta tersebut, walaupun beliau telah didakwa di bawah Kanun Keseksaan, Hakim menolak kemungkinan itu, kerana peruntukan Perlembagaan menyatakan<sup>34</sup>

“Seseorang yang telah dibebaskan daripada sesuatu kesalahan atau disabitkan sesuatu kesalahan tidak boleh dibicarakan semula kerana kesalahan itu juga kecuali jika sabitan atau pembebasan telah dibatalkan dan pembicaraan semula diperintah oleh suatu mahkamah yang lebih tinggi daripada mahkamah yang telah membebas atau mensabitkannya itu”

### **Rayuan Ketiga**

Perayu kemudiannya membuat rayuan terakhir ke Mahkamah Persekutuan dalam

*Sukma Darmawan Sasmitaat Madja v Ketua Pengarah Penjara, Malaysia & Anor* [1999] 2 *MLJ* 241.<sup>35</sup> Isu utama rayuan tertumpu kepada perkara 121(1) dan (1A) Perlembagaan Persekutuan. Perayu, melalui peguamnya telah berhujah, oleh kerana kesalahan yang Perayu telah disabitkan juga merupakan suatu kesalahan yang boleh dibicarakan oleh mahkamah syariah dan pihak-pihak berkenaan adalah orang Islam, perayu sepatutnya dituduh dan dibicarakan di mahkamah syariah.

### **Penghakiman Mahkamah Persekutuan**

Rayuan ini didengar di hadapan Ketua Hakim, Mohd Eusoff Chin dan HHMP Lamin Mohd Yunus dan Zakaria Yatim. Mahkamah memutuskan untuk menolak rayuan perayu dan mengesahkan keputusan Mahkamah Rayuan sebelumnya. Penghakiman mahkamah antara lain ialah Akta Jenayah Syariah cuma terpakai di Wilayah-wilayah Persekutuan Kuala Lumpur dan Labuan sahaja, serta terpakai kepada tertuduh yang beragama Islam dan saksi-saksi Islam sahaja. Manakala Kanun Keseksaan adalah terpakai kepada semua orang tanpa mengira pegangan agama atau bangsa.

Mahkamah juga memutuskan, jika seseorang pesalah melakukan sesuatu kesalahan yang boleh dibicarakan samada mahkamah sivil atau mahkamah syariah, dia boleh didakwa dalam salah satu mahkamah (*either one*).<sup>36</sup> Terserahlah kepada pihak-pihak berkenaan untuk memilih mana-mana mahkamah untuk membicarakan tertuduh.

Mahkamah seterusnya memutuskan, skop kesalahan kelucahan melampau di bawah Seksyen 377D Kanun Keseksaan adalah lebih luas berbanding kesalahan liwat di bawah seksyen 25 Akta Kesalahan Jenayah Syariah. Walaupun ungkapan liwat telah digunakan sepanjang perbicaraan dan asas kepada pertuduhan, tetapi, tidak menjadikan kes itu terkeluar dari bidangkuasa Mahkamah Sesyen.<sup>37</sup>

Berhubung dengan pentafsiran fasal (1A) perkara 121, Mahkamah menyatakan adalah tidak sesuai untuk menafsirkannya secara *harfiah* (*literally*), kerana tafsiran *harfiah* akan menimbulkan akibat yang tidak diniatkan oleh badan perundangan. Fasal-fasal (1) dan (1A) sepatutnya ditafsirkan bersama serta mengelakkan kaedah pentafsiran yang mendatangkan ketidaktentuan dan kalam-kabut.

Mahkamah seterusnya mengesahkan bahawa pindaan tersebut dimaksudkan untuk menghalang pihak-pihak yang tidak berpuashati dengan keputusan mahkamah syariah daripada menyemak semula keputusan (*judicial review*) tersebut ke mahkamah sivil) yang mana telah berlaku dalam banyak kes sebelum dari pindaan tersebut.

## **Implikasi Kes dan Isu-isu Berbangkit**

Meneliti kes ini terdapat beberapa persoalan yang berbangkit seperti berikut:

Pertama, apakah tafsiran kelucahan melampau (*gross indecency*)? Apakah terdapat apa-apa perkaitan dengan *sodomy* atau liwat?

Mahkamah-mahkamah sivil tidak menerangkan tafsiran kelucahan melampau secara jelas. Mahkamah Tinggi hanya menyatakan faktor-faktor tertentu yang boleh menyumbang kepada tafsiran perkataan kelucahan, samada melampau atau tidak. Ini telahpun disahkan oleh Mahkamah Persekutuan dalam perenggan berikut:

“Every person may have different view of what is indecent. Our individual perception of what is indecent depends upon our upbringing, which includes religious, cultural and family values. Considering the racial, cultural and religious diversity in Malaysia, Parliament has seen fit to legislate, not against all acts a particular individual perceives as indecent, but against those generally accepted as grossly indecent,”<sup>38</sup>

Penafsiran perkataan kelucahan melampau juga tidak terdapat dalam Kanun Keseksaan. Biasanya, jika tidak terdapat sesuatu makna di sisi undang-undang, maka pemahaman yang biasa, adalah pendekatan yang patut diambil. Di England, kelucahan melampau seperti yang diterangkan oleh Susan S. M. Edwards ialah:<sup>39</sup>

“In regulating male homosexuality, the criminal law has focused on three concerns, sodomy, gross indecency (any form of sexual contact which is not anal intercourse) and solicitation for an immoral purpose.”

Beliau seterusnya menyatakan peruntukan dalam seksyen 13 Akta Kesalahan-Kesalahan Seksual (UK) 1956 yang memperuntukkan kesalahan kelucahan melampau tidak termasuk persetubuhan melalui dubur (*anal intercourse*):

“Gross indecency embraces any form of homosexual intimacy, kissing, cuddling and fondling (in public) including indecent exhibitions one to another in a garden shed with the door locked and police looking through a window.”<sup>40</sup>

Kedua, pihak pendakwaan melakukan pendakwaan di bawah peruntukan kesalahan yang umum iaitu seksyen 377D Kanun Keseksaan, sedangkan fakta pertuduhan adalah lebih khusus.<sup>41</sup>

Seksyen tersebut memperuntukkan kesalahan kelucahan melampau seperti berikut:<sup>42</sup>

“Mana-mana orang lelaki yang melakukan, atau bersubahat melakukan, atau mendapat atau mencuba mendapat supaya dilakukan oleh mana-mana lelaki, apa-apa perbuatan kelucahan melampau dengan seorang lelaki lain di tempat awam atau di tempat persendirian, hendaklah diseksa dengan penjara selama tempoh yang boleh sampai dua tahun.”

Manakala seksyen 25 Akta Kesalahan Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 (Akta 559) memperuntukkan perlakuan kesalahan liwat seperti berikut:

“Mana-mana orang lelaki yang melakukan liwat adalah melakukan suatu kesalahan dan apabila disabitkan boleh didenda tidak melebihi lima ribu ringgit atau dipenjarakan selama tempoh tidak melebihi tiga tahun atau disebat tidak melebihi enam sebatan atau dihukum dengan mana-mana kombinasi hukuman itu.”

Manakala, seksyen 2 (1), Akta yang sama menafsirkan liwat sebagai “perhubungan seks sesama lelaki”.

Sebagai perbandingan, beberapa peruntukan lain dalam Kanun Keseksaan boleh digunakan untuk mendakwa tertuduh. Contohnya seksyen 337A memperuntukkan kesalahan yang lebih khusus, iaitu persetubuhan yang bertentangan dengan aturan tabii. Ianya dinyatakan seperti berikut:

“Mana-mana orang yang melakukan hubungan seks dengan seseorang lain, dengan memasukkan zakarnya ke dalam dubur atau mulut seseorang lain itu dikata melakukan persetubuhan yang bertentangan dengan aturan tabii”.<sup>43</sup>

Kemasukan adalah memadai bagi perhubungan seks yang perlu bagi suatu kesalahan di bawah seksyen ini. Seksyen 377B memperuntukkan hukuman penjara maksima 20 tahun dan boleh dikenakan sebat untuk kesalahan ini.

Sebagai rujukan kes *Mohamad Habibullah Bin Mahmud v Faridah bt Dato' Talib*, antara isu yang dibangkitkan ialah seseorang isteri dihalang daripada mengambil tindakan ke atas suaminya atas dasar kesalahan sivil (tort). Prof. Ahmad Ibrahim dalam komentarnya<sup>44</sup> menyatakan, kedudukan pasangan suami-isteri adalah berbeza antara Common Law dan undang-undang Malaysia. Ini adalah kerana, Common Law meleburkan personaliti mereka sebagai satu personaliti (entiti). Pandangan beliau ini dirujuk kepada pandangan Blackstone dalam *Commentaries* seperti berikut :

“By marriage, the husband and wife are one person in law, that is, the very being or legal assistance of the wife is suspended during the marriage or at least is incorporated and consolidated into that of a husband.”



Beliau juga menambah bahawa ianya masih lagi suatu yang boleh dipertikaikan, yang mana seksyen 9(2) Akta Perempuan Berkahwin 1957 tidak terpakai kepada perempuan Islam yang berkahwin kerana mereka tidak menanggung kekurangan-kekurangan atau ketidakupayaan seperti kedudukan isteri-isteri dalam Common Law. Adalah jelas bahawa seksyen 3 Akta tersebut sendiri memperuntukkan bahawa Akta tersebut tertakluk kepada peruntukan undang-undang Islam dan adat Melayu yang berhubung dengan peraturan suami-isteri.

Oleh kerana telah ada peruntukan dalam Akta Undang-Undang Keluarga Islam 1984 yang menyebut secara jelas bahawa mahkamah syariah berkuasa untuk memberi satu perintah kepada isteri yang dicabul (*molestation*). Peruntukan dalam seksyen 127 dan 107 ini, mestilah dipakai.

Beliau juga telah menyatakan, seseorang perempuan Islam mungkin boleh mengambil tindakan ke atas suaminya kerana kesalahan tort. Namun, jika sebaliknya, pada akhirnya, pihak-pihak tidak boleh melangkau peruntukan khusus yang sedia ada dalam Akta tersebut. Beliau telah membandingkan keputusan dalam *Richards v Richards* (1984) AC 174, satu keputusan mahkamah tertinggi England, *House of Lords* dan beliau telah menyimpulkan kes semasa seperti berikut:

“Since the Selangor Family Law Enactments is a special legislation providing remedy to the disgruntled spouses, “it is not open to litigants to bypass the special Act nor the Courts to disregard its provision by resorting to the provisions of the general act.”

Oleh itu, kedudukannya adalah jelas. Oleh kerana telah ada peruntukan yang khusus di dalam Akta Kesalahan Jenayah Syariah yang menyentuh pertuduhan ke atas pemohon (perayu), sepatutnya perayu didakwa dibawah Akta tersebut dan tidak melangkau atau mengambil jalan pintas ke atas peruntukan khusus tersebut.

Ketiga, kedua-dua pihak yang dikatakan terlibat adalah beragama Islam dan bagaimanakah mahkamah syariah tiada mempunyai bidangkuasa ke atas mereka?

Berkenaan dengan persoalan ini, adalah jelas bahawa kedua-dua pihak yang dikatakan terlibat adalah beragama Islam dan mereka tertakluk kepada peruntukan di bawah Akta, yang khusus hanya untuk kesalahan-kesalahan yang dilakukan oleh orang Islam sahaja. Seksyen 1(2) (b) memperuntukkan Akta tersebut hanyalah terpakai kepada orang Islam sahaja. Ini dibandingkan dengan pertuduhan di bawah Kanun Keseksaan, yang mana pemakaiannya adalah umum (*general application*) untuk semua orang, Islam dan bukan Islam.<sup>45</sup>

Persoalan yang berbangkit ialah, samada pertuduhan di bawah Kanun Keseksaan telah mengecewakan kehendak Pindaan perkara 121(1) atau tidak. Merujuk kepada keputusan dalam kes *Mohamed Habibullah*, adalah nyata bahawa

Pindaan tersebut telah menyingkirkan bidang kuasa mahkamah awam ke atas mahkamah syariah apabila pihak yang terlibat adalah beragama Islam. Mahkamah menyatakan:

“pihak-pihak dalam kes ini beragama Islam dan mereka adalah suami isteri. Tuduhan serangan dan serang sentuh oleh Plaintiff jatuh di bawah seksyen 127 Akta Undang-Undang Keluarga Islam 1984 dan mahkamah Syariah mempunyai bidangkuasa memberi injunksi di bawah seksyen 107 Akta itu. Sudah pasti bahawa Mahkamah Syariah telah diberi bidangkuasa mengenai perkara di hadapan Mahkamah Tinggi di dalam kes ini.”

Namun jika dilihat kepada pendekatan Mahkamah Rayuan, persoalan ini dihuraikan seperti berikut:

“Does clause 1A to art 121 mean that the ordinary courts are to have no jurisdiction over all matters, including offences under the Penal Code (FMS Cap 45) committed by persons professing the religion of Islam, which are also within the jurisdiction of the shari‘ah court? or does it mean that the former is not to have jurisdiction over only those matters which are within the jurisdiction of the latter? However, before we resolve the controversy that has thus arisen, we think it useful to examine the legislative history of art 121(1A) which was introduced by amendment on 10 June 1988 by Act A704/88. ..”<sup>46</sup>

Mahkamah selanjutnya menyatakan tujuan Pindaan perkara 121(1) hanyalah untuk menghalang mahkamah tinggi dari menggunakan kuasanya menyemak semula keputusan mahkamah syariah. Tujuan ini akan mendamaikan konflik perkara 121(1) dengan peruntukan-peruntukan lain dalam Perlembagaan Persekutuan. Mahkamah menyatakan :

“Prior to the introduction of Art 121(1A), the ordinary courts had the power to review, and quite regularly reviewed, the decisions of shari‘ah courts by certiorari. That this caused some concern among those entrusted with the task of administering Muslim Law is reflected in the speech delivered in the Dewan Rakyat when introducing the bill that eventually became Act A704/88..... Having examined the Hansard of the Dewan Rakyat, we find support for the conclusion that the limited purpose of Act A704/88 was to prevent the High Court from exercising its powers of judicial review over decisions of a shari‘ah court .”<sup>47</sup>

In our view, art 121 (1A) should receive that meaning which advances the purpose for which it was introduced into the Federal Constitution. If it becomes necessary to make an implication, as we think the present

case does, then we shall make it. We are satisfied that such an approach would harmonize the article in question with the rest of the Constitution. It would as contended by the respondents, certainly remove the spectre of a conflict between that article and other provisions of the Constitution, in particular the Ninth Schedule, with regard to any question of legislative competence upon the subject of criminal law. Equally, it will ensure that well established provisions of the Penal Code (FMS Cap 45) are not rendered nugatory. In deciding upon this course, we are really following a well trodden path of constitutional interpretation.”

Mahkamah Persekutuan juga mengesahkan tujuan Pindaan perkara 121(1) Perlembagaan ini.<sup>48</sup>

Meneliti tujuan yang ditafsirkan oleh mahkamah berkenaan dengan pindaan perlembagaan ini, nampaknya agak bertentangan dengan pendapat yang diberi oleh mahkamah dalam kes *Mohamed Habibullah* yang berhubung pertikaian bidangkuasa antara mahkamah sivil dan mahkamah syariah, di mana Mahkamah Agong membuat pendekatan bahawa kehendak Parlimen dalam pindaan tersebut ialah menyingkirkan bidangkuasa Mahkamah Tinggi dalam apa-apa perkara yang menjadi bidangkuasa Mahkamah Syariah. Oleh itu pendekatan yang perlu diambil, jika terdapat pertikaian, ialah meneliti samada Mahkamah Syariah mempunyai bidangkuasa atau tidak dan bukannya samada Badan Perundangan Negeri mempunyai kuasa untuk membuat undang-undang memberi bidangkuasa kepada Mahkamah Syariah.

Gunn Chit Tuan HMA menyatakan (*per curiam*):

“Dalam memutuskan samada seseorang yang beragama Islam telah menolak agama Islam, forum yang layak menjawab soalan itu adalah mahkamah syariah.”

Mahkamah seterusnya memutuskan bahawa adalah tidak ragu-ragu yang mahkamah syariah mempunyai bidangkuasa dalam kes ini.

Pendekatan yang sama juga diambil oleh mahkamah dalam kes *Dalip Kaur*.<sup>49</sup> Mahkamah Agong dikehendaki memutuskan persoalan utama, iaitu samada simati masih lagi beragama Islam atau telah murtad semasa kematiannya. Mahkamah memutuskan tempat yang selayaknya adalah mahkamah syariah.

Keempat, kuasa budi-bicara Peguam Negara untuk memilih membuat pendakwaan seseorang di bawah mana-mana peruntukan Kanun Keseksaan yang dirasakan sesuai.

Mahkamah Rayuan keberatan atau tidak mahu campurtangan dalam kuasa budi bicara Peguam Negara untuk mendakwa atau tidak mendakwa seseorang

dalam suatu kesalahan jenayah. Ini kerana telah jelas diperuntukkan dalam perkara 145 (3) Perlembagaan, dibaca bersama dengan seksyen 376 Kanun Acara Jenayah.

Berhubung dengan persoalan ini, Mahkamah Rayuan menyatakan:

“Oleh kerana peguam negara tidak ada kuasa untuk membawa, menjalankan atau memberhentikan apa-apa percicaraan jenayah di mahkamah syariah, maka Pendakwa Raya telah memilih untuk mendakwa di bawah Kanun Keseksaan. Dan apabila Pendakwa Raya telah mengambil sesuatu keputusan, mahkamah tidak ada kuasa untuk menyoalnya, budi-bicaranya adalah tidak tersekat.”

Meneliti kepada keputusan tersebut, adalah dicadangkan bahawa kuasa budi bicara yang terlalu luas ini tidak diberikan kepada Peguam Negara atau wakilnya, tetapi mahkamah yang akan menentukan samada tertuduh telah didakwa di bawah peruntukan kesalahan yang sesuai dan tepat. Seperti yang diutarakan oleh seorang peguam terkenal, dalam suatu persidangan undang-undang,<sup>50</sup>

“Outside this system entirely, perhaps we should take into consideration the possibility of taking in features of the European inquisitorial system. In other words, it is a magistrate or judge who decides whether a crime has been committed and what are the next steps to be taken after that, rather than to leave this to an Attorney General or a Public Prosecutor who may take various factors into consideration. Leave it to a judge who goes solely on legal factors, judicial factors, when exercising the decision whether a prosecution should start.”<sup>51</sup>

Kelima, kuasa Ketua Pendakwa Syarie dan Pendakwa Syarie untuk membuat pendakwaan.

Sebagai perbandingan dengan kuasa-kuasa Pendakwa Raya, apakah kuasa-kuasa seorang Ketua Pendakwa Syarie dalam pendakwaan jenayah syariah? Wilayah Persekutuan contohnya memperuntukkan seperti berikut:

“Yang Di-Pertuan Agong boleh atas nasihat Menteri, melantik seorang yang berkelayakan menjadi Hakim Mahkamah Tinggi Syariah, menjadi Ketua Pendakwa Syarie.”<sup>52</sup>

Manakala kuasa seorang Ketua Pendakwa Syarie dinyatakan seperti berikut:

Ketua Pendakwa Syarie hendaklah mempunyai kuasa yang boleh dijalankan menurut budibicaranya bagi memulakan dan menjalankan apa-apa prosiding bagi sesuatu kesalahan di hadapan Mahkamah Syariah.<sup>53</sup>

Biasanya dalam suatu kes jenayah, Pegawai Penguatkuasa Agama Islam akan mengambil tindakan untuk menyiasat sesuatu aduan yang dilaporkan oleh orang

*Isu-isu Semasa Mengenai Bidangkuasa Mahkamah Syariah: Sorotan Kes Jenayah Syariah (Liwat)* ramai. Sebagai contoh ianya boleh dirujuk kepada peruntukan dalam seksyen 9 Akta Prosedur Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 yang berbunyi :

“tiap-tiap orang yang mengetahui perlakuan atau niat mana-mana orang lain untuk melakukan apa-apa kesalahan hendaklah dengan serta merta memberikan maklumat kepada Pegawai Penguatkuasa Agama atau pegawai polis yang terdekat tentang perkara atau niat itu.”

Apabila maklumat itu diterima, ianya difailkan dan dirujuk kepada Ketua Pendakwa Syarie jika kesalahan tersebut adalah kesalahan yang boleh dihukum dengan penjara setahun atau lebih. Biasanya jika pada penampilan awal, kes itu boleh dibicarakan (*prima facie case*) dalam penyiasatan tersebut, pendakwaan akan diteruskan. Jika sebaliknya, pendakwaan tidak diteruskan dan failnya ditutup.

Persoalannya, apakah menjadi suatu yang tidak wajar atau kesalahan sekiranya Pendakwa Syarie tidak mengambil tindakan ke atas orang yang melakukan kesalahan, yang boleh dihukum di bawah peruntukan kesalahan jenayah syariah atau tidak atau ianya masih dalam kuasa budi-bicaranya?.

Persoalan lain yang timbul juga, sekiranya tiada aduan dibuat tetapi terdapat pengakuan-pengakuan yang dibuat oleh orang-orang Islam, yang mereka telah melakukan kesalahan jenayah syarie, yang boleh dihukum di bawah peruntukan-peruntukan tertentu. Apakah pengakuan ini boleh diambil kira untuk pendakwaan?<sup>54</sup>

Sehubungan dengan ini enakmen Kanun Prosedur Jenayah Syariah (Selangor) 1991 memperuntukkan :

“Jika daripada maklumat yang diterima atau dengan jalan lain seorang Pegawai Penguatkuasa Agama ada sebab mengesyaki perbuatan sesuatu kesalahan, maka dia hendaklah, melainkan jika kesalahan itu adalah dari jenis yang diarahkan oleh Ketua Pendakwa Syarie supaya tidak perlu dilaporkan kepadanya, segera menghantarnya satu laporan mengenainya kepada Pendakwa Syarie, dan hendaklah menyiasat, dan jika hal keadaan kes memerlukan pergi sendiri atau hendaklah mewakilkan seorang Pegawai Penguatkuasa Agama untuk menyiasat atau pergi ke tempat dimana kesalahan yang dikatakan itu berlaku untuk menyiasat fakta-fakta dan hal keadaan kes itu dan untuk mengambil tindakan yang perlu bagi mendapatkan pesalah itu.”

Peruntukan ini menjelaskan bahawa sesuatu kesalahan boleh disiasat berdasarkan maklumat dan bukan maklumat (jalan lain). Isunya ialah apakah jalan lain ini boleh ditafsirkan sebagai laporan pengakuan yang dibuat, samada dalam media massa atau melalui orang perseorangan. Satu isu yang amat perlu dipertimbangkan memandangkan terdapat orang-orang Islam yang tidak khuatir

membuat pengakuan bahawa mereka telah melakukan suatu kesalahan jenayah syariah.

Persoalan terakhir, berhubung dengan bidangkuasa bersama, iaitu kesalahan-kesalahan yang boleh dibicarakan di mahkamah syariah dan mahkamah sivil. Mengikut keputusan Mahkamah Persekutuan, seseorang tertuduh itu boleh dibicarakan dalam mana-mana satu daripada mahkamah tersebut. Isunya ialah, apakah alasan-alasan yang membolehkan sesuatu mahkamah menuntut bidangkuasanya dalam sesuatu kesalahan dan samada terdapat *preference* diberi kepada sebuah mahkamah berbanding mahkamah yang lain. Ini memerlukan penelitian yang agak mendalam.

### **Kesimpulan**

Keputusan yang telah dibuat dalam kes ini menunjukkan bahawa satu perlakuan liwāt boleh dikategorikan dalam kesalahan kelucahan melampau. Jika pendekatan ini berlanjutan, ianya mengenenpikan peruntukan-peruntukan lain dalam Kanun Keseksaan, khususnya seksyen 377A dan 377C yang berhubung dengan kesalahan persetubuhan luar tabii. Satu persoalan berbangkit, jika pendekatan ini diambil, maka peruntukan-peruntukan tersebut adalah bertindan (*redundant*). Tambahan lagi mahkamah tidak menafsirkan perkataan kelucahan melampau. Sebagai panduan, peruntukan kesalahan kelucahan melampau dalam undang-undang jenayah Inggeris tidak termasuk persetubuhan melalui dubur.<sup>55</sup> Peruntukan liwat yang khusus telah terdapat dalam Akta Kesalahan Jenayah Syariah dan pihak-pihak yang terlibat adalah beragama Islam. Adalah jelas, Mahkamah Syariah mempunyai bidangkuasa ke atas mereka.

Sebagai kesimpulannya jika kita melihat kepada semangat undang-undang (*spirit of law*), pindaan Perkara 121(1), jelas bertujuan untuk menyingkirkan bidangkuasa mahkamah sivil ke atas mahkamah syariah. Jika apa-apa perkara yang menjadi bidangkuasa mahkamah syariah, maka mahkamah sivil tiada sebarang kuasa untuk mendengarnya. Apakah perlu wujudnya satu lagi pindaan perlembagaan, untuk menyelesaikan perkara ini. Hanya masa yang akan menentukan. Namun, adalah dikira wajar jika mahkamah sivil mengambil pendekatan untuk tidak mencampuri bidangkuasa mahkamah syariah di masa-masa hadapan, untuk mengelakkan sebarang konflik penghakiman.

## Nota Hujung

1. Lihat *Ramah Bt Ta'at v Laton Bt Malim Sutan* [1927] 6 FMSLR 128. Pengiktirafan yang diberikan oleh mahkamah bahawa undang-undang Islam bukanlah undang-undang asing tetapi adalah undang-undang Tanah Melayu dan undang-undang itu mestilah diberi pengiktirafan oleh mahkamah.
2. Pindaan Perlembagaan tahun 1988, Akta A704, yang berkuatkuasa pada 10 Jun 1988.
3. *Kamus Inggeris-Melayu Dewan*, Dewan Bahasa dan Pustaka, Kuala Lumpur, 1992, ms 289.
4. *Kamus Istilah Undang-undang*, Edisi Semakan, Dewan Bahasa dan Pustaka, KL (1986), ms 26.
5. *Kamus Undang-undang*, Penerbit Fajar Bakti Sdn Bhd (1995) ms 302.
6. Kesalahan murtad juga tidak dimasukkan dalam artikel ini kerana tidak ada peruntukan yang jelas dalam kesalahan jenayah syariah, walaupun kes ini menjadi pertikaian bidangkuasa mahkamah awam dan mamkamah syariah. Hanya Kelantan, Negeri Sembilan dan Melaka telah menggubal peruntukan murtad tetapi, sudut penguatkuasaannya, masih lagi longgar.
7. Ahmad Ibrahim, "The Amendment to Article 121 of The Federal Constitution" [1989] 2 MLJ xvii.
8. [1939] MLJ 209.
9. [1966]1 MLJ 163. Lihat keputusan mahkamah "Harta sepencarian is a matter of Malay adat and is applicable only to a case of a divorce spouse who claim against the other spouse during his or her lifetime; this rule of law is local law which the court must take judicial notice and it is the duty of the court to pro-pound it".
10. [1969] 1 MLJ 110.
11. [1971] 1 MLJ 265.
12. [1969] 2 MLJ 174.
13. [1991] 3 MLJ 327. Namun kes ini telah diputuskan sebaliknya oleh Mahkamah Agong apabila rayuan dibuat.
14. [1991] 3 MLJ 487.
15. Rujuk beberapa kes lain seperti kes *Dalip Kaur v Pegawai Polis Daerah, Balai Polis Daerah Bukit Mertajam dan Majlis Agama Islam Kedah* [1992] 1 MLJ 1, *Majlis Agama Islam Pulau Pinang v Isa Abdul Rahman & Satu Yang Lain*

- [1992] 2 MLJ 244 ; [1993] 5 Kanun (1) 72 , *Mohamed Habibullah Bin Mahmood v Faridah Dato' Talib* [1992] 2 MLJ 793 ; [1993] 1 CLJ 264 ; [1993] 1 AMR 4 129 , *Jumaaton @ Zaiton Bt Haji Awang & SL lwn Raja Hizaruddin Bin Raja Nong Chik* [1997] 9 Kanun 3 221, *Md Hakim Lee v Majlis Agama Islam Wilayah Persekutuan, Kuala Lumpur* [1998] 1 MLJ 681.
16. Rujuk Akta Kesalahan Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 (Akta 559), berkuatkuasa pada 1 April 1997.
  17. *Ibid*, ss 20 - 29.
  18. 'Abd al-Mālik 'Abd al-Rahmān al-Sa'adī. *Al-'Alāqat al-Jinsiyyah Ghayr al Shar'iyyah wa 'Uqūbatuhā fī al-Sharī'ah wa al-Qānūn*, Jilid 1, Baghdād, Dār al-'Anbar ms 169 (1989). Lihat juga dalam Wahbah al-Zuhaylī, *Al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuh*, Jilid 6, Damsyik Dār al-Fikr ms 66 (1983).
  19. 'Abdullah Yusuf Ali, *Al-Qur'an Al-Karim, Terjemahan Dan Huraian Maksud*, Jilid 3, DBP Kuala Lumpur (1993) ms 685.
  20. *Ibid*, ms 686.
  21. *Ibid*, ms 1582.
  22. Abū Dāwūd, *Sunan Abī Dāwūd*, Jilid 3 ms 468, Ibn Mājah, *Sunan Ibn Mājah*, Jilid 2, ms 46-50.
  23. Akta Kesalahan Jenayah Syariah, *op.cit.*, seksyen 25.
  24. Enakmen Kesalahan Jenayah Syariah (Negeri Melaka) (No 6/1991), seksyen 56.
  25. Ordinan Kesalahan Jenayah Syariah Sarawak (No 6/1991), seksyen 13.
  26. *Negeri Sabah*, Enakmen Kesalahan Jenayah Syariah Sabah 1995 ( No 3 /1995), seksyen 82.

Mana-mana orang lelaki dengan sengaja melakukan liwat adalah bersalah atas suatu kesalahan dan boleh, apabila disabitkan, dikenakan hukuman denda tidak melebihi lima ribu ringgit atau penjara selama tempoh tidak melebihi tiga tahun atau kedua-duanya sekali. Seksyen 2(1) menafsirkan liwat sebagai perhubungan jenis di antara lelaki dengan lelaki.

*Negeri Kedah*, Shari'ah Criminal Code Enactment of Kedah 1988 ( No 1/1988), section 14 states:

Any person who wilfully commits an act of liwāt shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to both. Section 2(1) defines liwāt means an unusual sexual intercourse between a man and a man or between a man and a woman.

*Negeri Kelantan*, Enakmen Kanun Jenayah Syariah 1985, seksyen 14 memperuntukkan:

Sesiapa yang dengan sengaja melakukan perbuatan liwat yang tidak boleh



dikenakan hukuman had menurut hukum Syarak adalah bersalah atas suatu kesalahan dan boleh apabila disabitkan, dikenakan hukuman denda tidak melebihi lima ribu ringgit atau penjara selama tempoh tidak melebihi tiga tahun atau kedua-duanya dan disebut enam kali. Namun, Enakmen tersebut tidak menafsirkan perkataan liwat. Peruntukan seksyen 2(2) menyatakan, “semua perkataan, perbahasan takrifan dan rangkaikata yang digunakan dalam Kanun ini tetapi tidak ditakrifkan dengan tertentu di dalamnya, maka hendaklah disifatkan mempunyai arti yang diberi kepadanya dalam Akta Tafsiran 1967. Seksyen 2(3) menambah, jika timbul sebarang persoalan atau pertikaian dalam menafsir sesuatu perkataan, perbahasan..... mengenai hukum syarak, maka adalah dalam bidangkuasa mahkamah yang membicarakan kes itu, untuk memberi takrifan kepada perkataan, perbahasan atau rangkai kata sedemikian.

Namun tiada peruntukan berkenaan liwat di negeri Johor, Terengganu, Negeri Sembilan, Perlis, Perak, Pulau Pinang dan Pahang. Manakala Selangor memasukkan dalam Akta Kesalahan Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997.

27. Kes rayuan ke Mahkamah Tinggi Kuala Lumpur di hadapan Hakim Abdul Wahab Patail. Lihat juga dalam [1998] 4 CLJ 538.
28. [1992] 2 MLJ 793. Lihat juga perbincangan yang mendalam berkenaan kes ini oleh Haji Salleh Buang “Historic Judgement on Article 121 of the Federal Constitution,” *Malaysian Law News* February 1993.
29. [ 1996] 3 CLJ 231.
30. Lihat juga [1999] 1 CLJ 481.
31. *Op.cit* ms 280. Lihat contoh kesalahan yang merupakan satu kesalahan bidangkuasa eksklusif mahkamah syariah, Mahkamah Rayuan menyatakan “For example, the offence of adultery which is prescribed as an offence under the Act has no equivalent in the Penal Code (FMS Cap 45) or other federal criminal statutes. So if a person professing the religion of Islam commits adultery, the he or she may be tried only in a Shari‘ah Court.”
32. *Ibid*, ms 281.
33. *Ibid*, ms 280.
34. Perkara 7 (2) Perlembagaan Persekutuan.
35. Lihat juga dalam [1999] 2 CLJ 738.
36. Lihat peruntukan dalam Akta Tafsiran 1967, seksyen 59.
37. Lihat artikel “Pendekatan Yang Diduga” oleh Salleh Buang dalam *Utusan Malaysia*, 4 Mei 1999.
38. *Supra* nota 26 ms 552.

39. Susan S. M. Edwards, *Sex and Gender in the Legal Process*, Blackstone Press Ltd (1996) ms 61. Lihat peruntukan seksyen 13..... It is an offence, which is triable either way, for a man :
- a. to commit an act for gross indecency with another man whether in public or private; or
  - b. to be a party to the commission of an act of gross indecency with another man; or
  - c. to procure the commission by a man of an act of gross indecency with another man (who may be the procurer).

Namun peruntukan dalam Akta Kesalahan-kesalahan Seksual (UK) 1967 kini mengecualikan perbuatan kelucahan melampau yang dilakukan ditempat persendirian dan pihak-pihak terlibat telah berumur 18 tahun.

Penulis buku undang-undang jenayah juga telah menafsirkan kesalahan kelucahan melampau. Contohnya seperti berikut:

“Gross indecency must be distinguished from the mere indecency required for indecent assault, and it is probably limited to activities involving indecent contact with genitalia, including contact through clothing... an example is where a man gets a child to masturbate him, or where he passively permits a child to touch his genital...” (Lihat Card, Cross and Jones, *Criminal law*, 13 th Edition Butterworths, London (1995) ms 246.

Lihat juga komentar seterusnya ..... Gross indecency bears the same meaning as that already outlined in relation to the offence of gross indecency with children, ie there must be some activity involving contact with genitalia, as in the cases of mutual masturbation, masturbation of one by the other or oral sex” (*Ibid* ms 250).

40. *Ibid* ms 63.

Rujuk juga kes *R v Hunt and Another* [1950] 2 All ER 291; 34 Cr App R 135. Isu utama dalam kes ini ialah samada kelucahan melampau memerlukan sentuhan secara fizikal. Mahkamah Rayuan memutuskan “It is quite clear that physical contact is not necessary to constitute the offence. If two men put themselves in such a position that it can be said that there is a grossly indecent exhibition going on, they can be found guilty of committing an act of gross indecency. Keputusan kes ini telah dipakai dalam kes selepasnya, *R v Preece* [1977] QB 370 ; [1976] 2 All ER 690.

41. “...membenarkan Dato’ Sri Anwar Ibrahim memasukkan zakarnya ke dalam dubur kamu”
42. Lihat pernyataan Hakim “...Of the grossly indecent acts Parliament saw fit to legislate, against, gross indecency in s 377D is the widest in meaning and the least serious offence, attracting imprisonment only of up to two years.”

43. Rujuk juga seksyen 377C Kanun Keseksaan yang memperuntukkan kesalahan melakukan persetubuhan yang bertentangan dengan aturan tabii tanpa kerelaan dsbnya.
44. Ahmad Ibrahim, "Actions In Tort Between Spouses" [1990] 1 MLJ xxxiii
45. Lihat *Pendakwa Raya v White @ Abdul Rahman* [ 1940 ] MLJ Rep 170. Mahkamah menyatakan "*But the Penal Law of the Federation applies to all and it makes no different whether the marriage is valid under Mohamedan Law or not*".
46. *Op.cit* ms 279.
47. *Ibid*.
48. Lihat keputusan mahkamah "We agree with the view expressed by the Court of Appeal on the necessity of cl (1A) being introduced into art 121 of the Federal Constitution. It was to stop the practice of aggrieved parties coming to the High Court to get the High Court to review decisions made by shari'ah courts. Decisions of syariah court should rightly be reviewed by their own appellate courts."
49. *Supra* nota 14.
50. Haji Sulaiman Abdullah "Advising, Politicking and Participating: Constitutional Role And Powers Of The Attorney General", dalam *Conference on Malaysian Constitution After 30 Years*, 22nd - 23rd August 1987.
51. Rujuk kes *Johnson Tan Hang Seng v Public Prosecutor* [1977] 2 MLJ 66, mahkamah memutuskan, "The Attorney General has power to discriminate between persons alleged to be in possession of firearms or ammunition and to charge them differently ". Lihat juga beberapa kes lain, seperti *Long bin Samad & Ors v Public Prosecutor* [1974] 2 MLJ 152; *Mohamed Nordin Johan v Attorney General* [1983] 1 MLJ 68; *Karpal Singh & Anor v PP* [1991] 2 MLJ 544; *PP v Lee Tin Bau* [1985] 1 MLJ 388 dan *PP v Datuk Harun bin Haji Idris* [1976] 2 MLJ 116.
52. Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1993, seksyen 58(1).
53. *Ibid*, sekyen 58(2).
54. Rujuk kenyataan Menteri di Jabatan Perdana Menteri, Datuk Paduka Dr. Abdul Hamid Othman semasa diminta mengulas pengakuan ahli perniagaan Datuk Abdullah Hishan Mohd Hashim di Mahkamah Tinggi Kuala Lumpur mengenai hubungan sulitnya dengan seorang wanita Sharma Kumari Shukla. Beliau dilaporkan sebagai berkata: "jika pengakuan itu dibuat di mahkamah sivil di Wilayah Persekutuan, aduan itu perlu dibuat di Mahkamah Syariah Wilayah Persekutuan".

Beliau selanjutnya menyatakan “Mahkamah Syariah boleh membuat siasatan berdasarkan aduan itu, bukan pengakuan seseorang itu dalam mahkamah (sivil) itu” Lihat Utusan Malaysia, 9 Ogos 1999 dan pengakuan Dato’ Abdullah Hishan dalam laporan Berita Harian, 14 Ogos 1999. Kes beliau dirujuk *Dato’ Abdullah Hishan bin Haji Mohd Hashim v Sharma Kumari Shukla* [1999] 2 MLJ 567 ; [1999] 2 CLJ 738.

55. *Supra* nota 39.