



*Bab Tiga*

## BAB KETIGA

### KAEDAH PENCAPAIAN SULH

#### 3.1.Pengenalan

Pada umumnya sulu dapat disempurnakan oleh kedua-dua pihak yang terlibat sahaja iaitu melalui perundingan atau *musyāwarah* di antara keduanya. Dalam konteks ini Islam menawarkan suatu prinsip yang bertujuan membentuk suatu keputusan setelah pihak-pihak yang bertikai itu bertukar fikiran secara baik dan dengan penuh kesabaran. Allah s.w.t melalui firmanNya dalam surah *al-Syūrā* (42)<sup>1</sup> ayat 38 dan surah *Āli 'Imrān* (3) ayat 159<sup>2</sup> memerintahkan manusia supaya menyelesaikan semua masalah kemasyarakatan dan keduniaan secara *musyāwarah*.

Namun demikian jika usaha *musyāwarah* antara pihak-pihak tidak menghasilkan sebarang penyelesaian atau mereka atas inisiatif sendiri merujuknya kepada pihak ketiga maka pihak ketiga boleh mengambil tindakan bagi mendamaikan mereka. Bentuk campurtangan pihak ketiga boleh diklasifikasikan kepada beberapa tindakan, antaranya sebagai pengantara (*wāsiṭ*) atau penimbangtara (*bākam*), peguam (*al-wakīl bi al-khusūmah*) dan hakim dan ia dilakukan melalui proses-proses pengantaraan (*wasāṭah/mediation*), timbangtara (*taḥkīm/arbitration*) dan perbicaraan atau penghakiman (*al-Qadā'*)

<sup>1</sup>Ayat ini bermaksud: "dan putuskanlah urusan kemasyarakatan dengan ber *musyāwarah* antara mereka

<sup>2</sup>Yang maksudnya: "dan bermusyāwarahlah engkau wahai Muḥammad dengan mereka dalam setiap urusan"

### 3.2. Pencapaian Suhu Menerusi Kaedah *Tahkim*

*Tahkim* secara literalnya bermaksud menjadikan seseorang sebagai orang tengah atau pengantara bagi suatu pertikaian. Pengertian ini selari dengan maksud *tahkim* dari segi istilah iaitu perlantikan secara sukarela dari dua orang yang bertikai akan seseorang yang mereka percaya untuk menyelesaikan pertikaian antara mereka<sup>3</sup>. Peruntukan mengenai *hakam* dijelaskan melalui firman Allah s.w.t dalam surah *al-Nisā'* (4) ayat 35:

وَإِنْ حَقُّكُمْ شَقَاقٌ يَتَّهِمَا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمَّا مِنْ أَهْلِهِ إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا  
يُوَفِّقِ اللَّهُ يَتَّهِمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْهِ خَيْرًا

Yang bermaksud:

“Dan jika kamu bimbangkan ada pertikaian antara keduanya (suami dan isteri) maka kirimkanlah seorang *hakam* dari keluarga pihak laki-laki dan seorang *hakam* dari keluarga pihak perempuan. Jika kedua-dua orang *hakam* itu bermaksud mengadakan perdamaian nescaya Allah akan memberi taufiq kepada suami isteri itu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal”

Ayat ini difahami sebagai pemberian peluang oleh Allah s.w.t untuk menyelesaikan pertikaian yang berlaku antara suami isteri secara kekeluargaan tanpa perlu diadili melalui sistem pengadilan yang formal. Dengan lain perkataan, masalah ini seandainya boleh diselesaikan secara kekeluargaan adalah lebih baik daripada dirujuk penyelesaiannya kepada mahkamah. Hadith Rasulullah s.a.w juga menjelaskan tentang keperluan menyelesaikan pertikaian tanpa melalui sistem

<sup>3</sup> Abd al-Karim Zaydan (2000) *Nizām al-Qaḍā' fi al-Syarī'ah al-Islāmiyah*, cet. 3, Beirut: Muassasah al-Risālah h. 247

pengadilan mahkamah. Al-Nasā'i meriwayatkan bahawa Rasulullah s.a.w telah berkata kepada Abū Syurayh yang selalu dipanggil dengan Abū al-Hakam:

عَنْ شُرِيعَةِ بْنِ هَانِيٍّ عَنْ أَبِيهِ هَانِيٍّ أَنَّهُ لَمَّا وَفَدَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ (ص) سَمِعَهُ وَهُمْ يَكْتُنُونَ  
هَانِي أَبَا الْحَكَمَ فَدَعَاهُ رَسُولُ اللَّهِ(ص) فَقَالَ لَهُ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَكَمُ وَأَلَيْهِ الْحَكْمُ فَلَمْ  
يَكُنْ أَبَا الْحَكَمَ فَقَالَ إِنَّ قَوْمِيْ إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتُوْنِيْ فَحَكَمْتُ بِيَنْهُمْ فَرَضَيْ كِلاً  
الْفَرِيقَيْنَ فَقَالَ مَا أَحْسَنَ مِنْ هَذَا فَمَا لَكَ مِنَ الْوَلَدِ قَالَ لِي شُرِيعَةٌ وَعَبْدُ اللَّهِ وَمُسْلِمٌ قَالَ  
فَعَنْ أَكْبَرِهِمْ قَالَ شُرِيعَةٌ قَالَ فَأَتَتْ أَبُو شُرِيعَةَ فَدَعَاهُ لَهُ وَلَوْلَاهِ<sup>4</sup>

Dari Syurayh bin Hāni' dari bapanya Hāni', bahawasanya ketika dia bersama kaumnya datang menemui Rasulullah s.a.w, Baginda telah mendengar mereka memanggilnya (Hāni') dengan panggilan *Abā al-Hakam*. Lalu Rasulullah s.a.w memanggil Hāni' dan berkata kepadanya: "Sesungguhnya *hakam* adalah Allah dan kepadaNyalah diminta segala keputusan hukum, maka kerana apa kamu digelar dengan *Abā al-Hakam*?" Lalu Abu Syurayh menjawab: Sesungguhnya kaumku apabila bertikai dalam sesuatu perkara, mereka datang kepadaku bagi mendapatkan penyelesaian, maka aku menghukum di antara mereka dan kedua-dua pihak itu menerima keputusan dengan rela hati. Baginda berkata: "Alangkah baiknya cara ini, apakah kamu mempunyai anak?", Jawab Abū Syurayh: Saya ada anak bernama Syurayh, 'Abd Allah dan Muslim. Kemudian Baginda bertanya lagi: "Siapakah yang tertua sekali di antara mereka?" Jawab beliau: Syurayh. Baginda terus berkata: "Kalau begitu kamu adalah Abū Syurayh".

Hadith ini secara eksplisitnya menunjukkan tentang keperluan melantik *hakam* secara sukarela bagi menyelesaikan pertikaian di antara dua pihak sehingga Rasulullah s.a.w memuji pendekatan tersebut.

Landasan hukum samada dari al-Qur'an dan hadith yang mengharuskan *taḥkim* turut menggalakkan penyelesaian pertikaian dibuat secara damai (*iṣlāḥ/sulh*). Dalam konteks ini keputusan yang dibuat melalui *taḥkim* adalah menepati konsep sulh

<sup>4</sup>al-Suyū'i (1991), *Sunan al-Nasā'i*, Kitāb Ādab al-Quḍāh, no. hadith. 5402.

kerana kedua-dua pihak perlu bersetuju dan reda dengannya.<sup>5</sup> Begitu juga dengan pelaksanaan keputusan *ḥakam* adalah berdasarkan keredaan kedua-dua pihak yang bertikai dan bersetuju agar ianya diselesaikan oleh *ḥakam*. Atas alasan inilah maka keputusan *ḥakam* hendaklah dilaksanakan oleh mereka yang dijatuhkan hukuman ke atasnya secara sukarela. Menurut ‘Abd al-Karīm Zaydān<sup>6</sup> jika pihak-pihak tidak bersedia untuk mematuhi keputusan yang dibuat oleh *ḥakam* maka terserahlah kepada pihak mahkamah untuk menguatkuasakannya.<sup>7</sup>

### 3.2.1. Perkara-perkara Yang Boleh Diselesaikan Melalui *Taḥkīm*

Menurut fuqaha’ mazhab Ḥanafī perkara-perkara yang boleh diselesaikan melalui *taḥkīm* ialah perkara-perkara yang berkaitan dengan hak manusia (*huqūq al-‘ibād*) atau hak manusia lebih mendominasi hak Allah s.w.t. Oleh kerana *taḥkīm* menepati suluh maka perkara-perkara yang tidak dibenarkan oleh Syarak diselesaikan melalui suluhan maka tidak boleh diselesaikan melalui *taḥkīm*. Mereka berpendapat *taḥkīm* tidak harus dilakukan dalam kes-kes *hudūd*, *qisāṣ* dan *diyāt* kerana kes-kes ini tidak boleh diselesaikan melalui suluhan. Oleh yang demikian perkara-perkara yang

<sup>5</sup>Muhammad Amin Ibn’ Ābidīn (1979), *Hasyiyah Rad al-Muhtār ‘alā al-Dur al-Mukhtār* j. 5, (t.t.p): Dār al-Fikr, h. 429

<sup>6</sup>‘Abd al-Karīm Zaydān (2000), *op.cit.*, h.251

<sup>7</sup>Imam Mālik, Syāfi’i dan Alhmad dalam salah satu pandangan mereka berpendapat oleh kerana kedua-dua pihak telah bersetuju melantik *ḥakam* segala keputusan yang dibuat akan mengikat mereka, Syams al-Din Abū ‘Abd Allāh Muhammād bin Abū Bakr al-Zar’ie al-ma’ruf bi Ibn Qayyim al-Jawziyyah (1986) *op.cit.*, h. 190, Abd al-Karīm Zaydān (2000), *op.cit.*, h. 250

boleh diputuskan secara *taḥkim* ialah perkara-perkara yang berkaitan dengan hak-hak manusia seperti, talaq, nikah, *kafālah*, *syuf'ah*, nafkah, hutang, jaminan dan jual beli.<sup>8</sup>

Kalangan fuqaha' Mālikī pula berpendapat *taḥkim* boleh dilakukan dalam keskes yang berkaitan dengan harta atau perkara yang tergolong dalam pengertian harta dan ia tidak boleh meliputi kes-kes *ḥadd*, *li'ān*, *qiṣāṣ*, *qazaf*, talak, nasab, pembebasan hamba dan *walā'*.<sup>9</sup>

Fuqaha' Syafī'i dalam salah satu pandangan mereka berpendapat *taḥkim* diharuskan dalam pertikaian yang berhubung dengan harta dan gantian. Mereka tidak mengharuskan *taḥkim* dalam kes-kes *ḥudūd*, *qiṣāṣ*, nikah dan *li'ān*. Dalam pendapat yang lain dan ini merupakan pendapat fuqaha' Syafī'i yang sahih, mereka berpendapat *taḥkim* diharuskan dalam semua perkara, dengan ertikata lain bidangkuasa *taḥkim* tidak dikhurasukan, kerana sesiapa yang hukumannya sah dalam kes-kes yang berhubung dengan harta maka sudah tentulah sah hukumannya dalam kes-kes yang lain.<sup>10</sup>

Manakala fuqaha' Hanbali berpendapat *taḥkim* diharuskan dalam semua kes kecuali kes-kes yang berhubung dengan nikah, *li'ān*, *ḥudud* dan *qiṣāṣ*. Ini kerana hukuman-hukuman dalam kes berkenaan hanya berhak diputuskan oleh pemerintah atau wakilnya sahaja.<sup>11</sup>

<sup>8</sup>Ibn' Ābidīn (1979), *op.cit.*, j. 5, h. 429-30, Muḥammad Salām Madkūr (1964), *al-Qadā' fī al-Islām*, al-Qāhirah, Miṣr: Dār al-Nahḍah al-'Arabiyyah, h. 132, 'Abd al-Karīm Zaydān (1994), *op.cit.*, 248-49

<sup>9</sup>Allāmah Syams al-Dīn al-Syeikh Muḥammad 'Irfah al-Dusūqi (t.t), *op.cit.*, j. 4, h. 136

<sup>10</sup>Muhammad al-Khatib al-Syarbini, (t.t), *op.cit.*, j. 4, h. 379

<sup>11</sup>Muhammad 'Abd Allāh Bin Aḥmad Ibn Qudāmah (1984), *op.cit.*, j. 11, Dār al-Fikr, h. 485

Secara kesimpulannya, kesemua fuqaha' berpendapat *taḥkīm* tidak diharuskan dalam kes-kes *ḥudūd* dan *qiṣāṣ*. Oleh kerana matlamat utama *taḥkīm* adalah untuk menyelesaikan pertikaian secara sulh, maka pelaksanaan *taḥkīm* haruslah menepati konsep sulh. Oleh yang demikian apa yang harus diselesaikan melalui sulh, harus juga diselesaikan melalui *taḥkīm*. Sehubungan itu *taḥkīm* harus dilakukan dalam kes-kes yang berhubung dengan hak manusia dan dalam semua masalah yang berbentuk *ijtihādiyyah* seperti nikah , talak, jaminan harta dan diri, jual beli dan lain-lain lagi, atau dengan lain perkataan *taḥkīm* diharuskan dalam hal-hal yang berhubung dengan harta dan kekeluargaan.

### **3.2.2. *Taḥkīm* Dalam Kes-Kes Kekeluargaan**

Pada asasnya *taḥkīm* dalam kes-kes kekeluargaan hanya boleh dilakukan demi untuk kepentingan pihak-pihak yang bertikai tanpa melibatkan kepentingan pihak ketiga. Oleh kerana itu para fuqaha' Ḥanafi tidak mengharuskan *taḥkīm* dalam kes-kes yang boleh memudarangkan kanak-kanak<sup>12</sup> seperti suami bersetuju untuk menceraikan isteri dengan syarat isteri menggugurkan pensabitan nasab anak atau suami bersetuju menceraikan isteri dengan syarat dia tidak dipertanggungjawabkan atas nafkah anak.

Seperti yang dijelaskan sebelum ini secara asalnya *taḥkīm* disyariatkan apabila ada *syiqāq* di antara suami isteri. Namun demikian berdasarkan metod analogi para ulama telah menyimpulkan bahawa jika al-Qur'an memberikan peluang untuk melakukan *taḥkīm* dalam pertikaian suami isteri maka sudah tentu ia diharuskan juga

<sup>12</sup>Ibn' Ābidīn (1979) *op.cit.* j. 5, h. 430

dalam masalah-masalah lain yang berhubung dengan hak individu seperti pertikaian tentang harta.

Ibn Manzūr mentakrifkan *syiqāq* sebagai permusuhan atau pertikaian di antara dua pihak<sup>13</sup> Istilah *syiqāq* secara literal bermaksud perselisihan (*al-khilāf*) atau permusuhan (*al-'adāwah*). *Syiqāq* berasal dari perkataan *al-syaqq* yang bererti belah atau pecah. Ia bermaksud demikian kerana melibatkan dua belah pihak yang masing-masing berpecah dan menjadikan pihak yang satu lagi sebagai lawan.<sup>14</sup>

Menurut Kamus Dewan, “perselisihan” bermaksud perbezaan pendapat, perbalahan, persengketaan dan pertikaian.<sup>15</sup> Para fuqaha’ silam tidak memberikan apa-apa takrif *syiqāq* menurut istilah, tetapi mereka menggabungkan makna *syiqāq* dari sudut istilah dengan maknanya dari sudut bahasa. Dengan lain perkataan, maksud *syiqāq* dari sudut istilah adalah selari dengan maknanya dari segi bahasa. <sup>16</sup>Namun begitu al-Zuhailī seorang fuqaha’ kontemporari telah mendefinisikan *syiqāq* sebagai pertelingkahan besar yang berlaku disebabkan masing-masing memburukkan maruah di antara satu sama lain.<sup>17</sup>

<sup>13</sup>Ibn Manzūr, Jamāl al-Dīn Muḥammad bin Mukram Ibn Manzūr (1990), *Lisān al-'Arab*, j.10, Beirut: Dār Ṣādir, h. 183,

<sup>14</sup>Muhammad bin Abī Bakr bin 'Abd al-Qādir al-Razi (1985) *Mukhl̄ār al-Sīhhah*, Beirut: Maktabah Lubnān, h. 144, lihat juga al-Rāghib al-Asfihānī, *op.cit.*, h. 271

<sup>15</sup>Kamus Dewan (Edisi Ketiga) DBP, h. 122

<sup>16</sup>Abd al-Karīm Zaydān (1994) *op.cit.*, j. 8, h. 408

<sup>17</sup>Wahbah al-Zuhaylī, (1991) *Al-Taṣarrūf al-Munīr fi al-'Aqāldah wa al-Syar'iāh wa al-Manhaj*, j. 7, Beirut: Dār al-Fikr, h. 528

Meskipun begitu *mufassir* telah memberikan beberapa takrif *syiqāq*, al-Rāzī<sup>18</sup> menyatakan *syiqāq* bermaksud satu pihak melakukan sesuatu yang menyusahkan pihak yang satu lagi, atau setiap pihak berada dalam keadaan yang bertentangan dengan sebab permusuhan dan persengketaan.

al-Qurtubi pula menjelaskan *syiqāq* berasal dari perkataan *al-syaqq* yang bererti belah atau pecah. Ia bermaksud demikian kerana melibatkan dua belah pihak yang telah berpecah dan menjadikan pihak yang satu lagi sebagai lawan serta akhirnya membawa kepada permusuhan dan pertikaian.<sup>19</sup>

al-Tabarī pula menjelaskan *syiqāq* ialah kata terbitan dari *syaqq*, yang bermaksud salah satu pihak melakukan sesuatu tindakan yang menyusahkan kepada pihak yang satu lagi yang akhirnya akan menimbulkan kesusahan dan kepayahan. Keadaan-keadaan ini seterusnya akan mencetuskan permusuhan dan pertikaian di antara keduanya.<sup>20</sup>

al-Sayyid Rasyid Ređā<sup>21</sup> pula mendefinisikan *syiqāq* sebagai pertikaian yang menyebabkan tiap-tiap pihak yang bertikai berada dalam keadaan yang bertentangan atau bermusuhan.

<sup>18</sup> Muhammad al-Rāzī Fakhr al-Dīn Ibn al-'Allāmah Diyā' al-Dīn 'Umar (t.t), *Tafsīr al-Fakhr al-Rāzī al-musytahir bi al-Tafsīr al-Kabīr wa Ma fā'ilh al-Ghayb*, j. 5, (t.t.p): Dār al-Fikr, h. 95

<sup>19</sup> ibid, lihat juga Abu 'Abd Allah Muhammad bin 'Ahmad al-Anṣārī al-Qurtubi (t.t) *al-Jāmi' li Aḥkām al-Qur'an*, j. 3, al-Qāhirah: Dār al-Bayān li al-Turāth, , h. 1744.

<sup>20</sup> Abu Ja'far Muhammad bin Jarīr al-Tabarī (1988), *Jāmi'e al-Bayān 'an Ta'wīl Āyi'l al-Qur'an*, j. 5, Beirut: Dār al-Fikr , h. 70

<sup>21</sup> Muhammad Rasyid Ređā (1973) ·*Tafsīr al-Qur'an al-Hakīm al-syāhīr bi Tafsīr al-Manār* cet.2, J. 5, Beirut: Dār al-Ma'rīfah , h. 77

Jelasnya *syiqāq* boleh ditakrifkan sebagai satu keadaan di mana terdapat pergeseran yang meruncing di antara lebih daripada satu pihak (biasanya dua pihak) tentang sesuatu isu atau perkara. *Syiqāq* dalam rumahtangga berlaku apabila lahir ketidakstabilan dalam komunikasi antara suami dan isteri sehingga menyebabkan mereka tidak dapat menunaikan hak-hak yang ditentukan oleh Allah s.w.t dalam sebuah rumahtangga seperti mewujudkan pergaulan secara yang *ma'rūf*. Ia berpunca dari tingkahlaku dan sikap suami atau isteri atau kedua-duanya yang gagal menghayati sifat unggul sejagat sebagaimana yang dituntut oleh Islam.

### 3.2.3. Kualifikasi *Hakam* Dalam Pertikaian Keluarga

Para juris Syāfi'i mensyaratkan *hakam* yang dilantik bagi menyelesaikan pertikaian keluarga hendaklah terdiri dari mereka yang *mukallaf*, Islam, merdeka, adil dan berkemampuan untuk melaksanakan tugas yang dipertanggungjawabkan (*ihtidā*) untuk mengadakan perdamaian. *Hakam* bagi pihak suami dan isteri hendaklah dari kalangan keluarga mereka sendiri dan mestilah seorang lelaki.<sup>22</sup>

Begitu pun al-Ghamrawī dan al-Syarbīnī<sup>23</sup> tidak mensyaratkan lelaki sebagai *hakam*. Perbezaan pandangan ini berlaku kerana mereka berselisih pendapat tentang posisi *hakam* samada dianggap hakim atau wakil. Para fuqaha' yang mengiktiraf *hakam* sebagai wakil sahaja tidak mensyaratkan lelaki dan mereka yang menganggap

<sup>22</sup> al-Syarbīnī (t.t) *op.cit.* J. 3, h. 26, Syams al-Dīn Muḥammad bin Abī al-‘Abbās Aḥmad Bin Ḥamzah Ibn Syihāb al-Dīn al-Ramlī, (t.t), *Nihāyah al-Muḥtaṭī li Syarḥ al-Minhāj*, j. 6, (t.t.p): Dār al-Fikr, h. 392, Abū Zakariyya Muḥyī al-Dīn bin Syaraf al-Nawāwī (t.t), *op.cit.*, j. 16, h. 454, Abū ‘Abd Allāh bin Muḥammad Idrīs al-Syāfi'i (1993), *op.cit.*, j. 5, h. 286

<sup>23</sup> al-Syarbīnī, *ibid*, al-Syeikh Muḥammad al-Zuhri al-Ghamrāwī (t.t), *Syarḥ al-Sirāj al-Wahhāj 'alā Matn al-Minhāj li Syaraf al-Dīn Yahyā al-Nawāwī* Beirût, Lubnān: Dār al-Jayl, h. 401

*hakam* sebagai hakim mensyaratkannya dari kalangan lelaki kerana wanita tidak boleh dilantik menjadi hakim. Oleh yang demikian *hakam* yang dianggap sebagai hakim mestilah seorang lelaki dan mereka yang menganggapnya sebagai wakil tidak menjadikan lelaki sebagai satu keperluan.

Pandangan ini juga disokong oleh para juris mazhab al-Ḥanbali. Selain dari itu mereka juga berpendapat *hakam* haruslah kompeten dalam perkara-perkara yang berhubung dengan pertikaian keluarga serta seorang yang *faqīh*. Meskipun para fuqaha' al-Ḥanbali tidak mensyaratkan *hakam* dari kalangan ahli keluarga tetapi adalah lebih utama jika dilantik dari kalangan keluarga suami atau isteri kerana mereka lebih mengetahui kedudukan sebenar pasangan yang sedang bertikai dan lebih ikhlas untuk mendamaikan pasangan tersebut.<sup>24</sup>

Manakala fuqaha' al-Hanafi mensyaratkan *hakam* mestilah terdiri dari kalangan ahli keluarga sahaja. Syarat-syarat lain ialah seorang yang dapat dipercayai, berpengaruh, boleh meyakinkan pihak-pihak bertikai melalui pandangan dan nasihatnya, adil dan bertujuan mengadakan perdamaian di antara pasangan tersebut.<sup>25</sup>

Fuqaha mazhab Mālikī pula berpendapat *hakam* mestilah memenuhi kualifikasi berikut iaitu Islam, lelaki, merdeka dan baligh. *Taḥkīm* yang dilakukan oleh wanita, mereka yang belum baligh, hamba atau bukan Islam dianggap batal. Mereka juga

<sup>24</sup>Ibn Qudāmah (1984), *op.cit.*, j. 8, h. 169-171, al-Buhūtī (1982), *op.cit.*, h. 211

<sup>25</sup>Mahmūd bin 'Umar al-Zamakhsyārī (1977), *al-Kassiyāf*, cet. 1, (t.t.p): *Dār al-Fikr*, j. 1, h. 525

mestilah seorang yang *faqīḥ* (untuk membuat keputusan yang betul) dan bersifat adil.<sup>26</sup>

### 3.2.3.1. *Hakam* Dari Kalangan Keluarga

Seperti yang dijelaskan di atas bahawa terdapat perselisihan di kalangan fuqaha' tentang perlantikan *hakam* dari kalangan ahli keluarga. Meskipun ayat 35 surah *al-Nisā'* secara eksplisit menjelaskan bahawa *hakam* hendaklah terdiri dari kalangan ahli keluarga tetapi sebahagian fuqaha' berpendapat ia hanyalah bersifat keutamaan (على وجه الاستحباب) dan bukannya suatu kewajiban atau syarat mutlak perlantikan *hakam*. Ini bermakna hakim juga boleh melantik mereka yang bukan dari ahli keluarga untuk menjadi *hakam* bagi menyelesaikan pertikaian<sup>27</sup> Al-Alusi "وَخُصُّ الْأَهْلُ لِأَنَّهُمْ أَطْلَبُ لِلصَّالِحِ، وَأَعْرَفُ بِبَاطِنِ الْحَالِ، وَهَذَا عَلَى وَجْهِ الْإِسْتِحْبَابِ وَان":<sup>28</sup>

نصباً من الأجرات جاز"

Dalam hal ini Ibn al-'Arabī dan al-Zamakhshyārī menjelaskan hikmah melantik *hakam* dari kalangan ahli keluarga adalah kerana mereka lebih mengetahui kedudukan sebenar pasangan tersebut. Oleh kerana mereka mempunyai pertalian kekeluargaan, maka pada kebiasaan mereka juga mengharapkan pasangan tersebut kembali bahagia. Selain dari itu pasangan tersebut akan merasa senang hati untuk

<sup>26</sup> Ibn Farhūn (t.t), *Tabṣirah al-Hukkām*, j. 1, Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyah, h.44.

<sup>27</sup> al-Buhūti (1982) *op.cit.* j. 5, h. 211, al-Fakhr al-Rāzī, (t.t), *op.cit.*, j. 5, h. 96, Wahbah al-Zuhaylī (1991), *Al-Tafsīr al-Munīr fi al-'Aqdah wa al-Syarī'ah wa al-Manhaj*, j. 5, Beirut: Dār al-Fikr, h. 58-60

<sup>28</sup> Syihāb al-Dīn al-Sayyid Mahmūd al-Alūsī (t.t), *Rūb al-Ma'āni Fi Tafsīr al-Qur'ān al-'Aẓīm wa al-Sab'ie al-Mathānī*, j. 5, (t.t.p): Dār al-Fikr, h. 26

meluahkan perasaan tanpa ada rasa segan atau malu kerana *ḥakam* terdiri dari kalangan keluarga terdekat mereka.<sup>29</sup>

al-Jaṣṣāṣ<sup>30</sup> pula menambah sekiranya *ḥakam* dilantik dari kalangan ahli keluarga, maka perasaan buruk sangka tidak akan timbul kerana mereka yakin akan keikhlasan *ḥakam* untuk membantu mereka.

Menurut al-Qurtubī dan Ibn al-‘Arabī<sup>31</sup> meskipun wajib melantik *ḥakam* dari kalangan ahli keluarga namun ia terikat dengan kemampuan mereka untuk melaksanakan tanggungjawab tersebut. Jika tiada ahli keluarga yang mampu memikul tanggungjawab tersebut haruslah dilantik *ḥakam* yang bukan dari kalangan ahli keluarga. Begitupun Ibn al-‘Arabī menyatakan sekiranya *ḥakam* dilantik dari kalangan *ajnabi*,<sup>32</sup> mereka hendaklah terdiri dari dua orang Islam yang adil dan jiran adalah lebih diutamakan kerana mereka lah yang paling dekat dengan pasangan tersebut dan lebih mengetahui keadaan yang berlaku.

Mengadakan perdamaian adalah matlamat utama dalam proses *taḥkim* dan ia boleh dicapai oleh *ḥakam* yang *ajnabi* atau yang terdiri dari kalangan ahli keluarga,<sup>33</sup> wanita atau lelaki. Oleh yang demikian siapa sahaja yang layak dan diyakini dapat menjalankan tanggungjawab tersebut bolehlah dilantik sebagai *ḥakam*.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Abū Bakr Muḥammad bin ‘Abdullah al-ma’rūf bi Ibn al-‘Arabī (1988), *Aḥkām al-Qur’ān*, j. 1, Beirût: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah h. 542, Mahmūd Ibn ‘Amr al-Zamakhsyārī (t.t) *op.cit.*, j. 1, h. 525

<sup>30</sup> Abū Bakr Aḥmad al-Rāzī al-Jaṣṣāṣ (1994), *Aḥkām al-Qur’ān*, J. 2, Beirût: Dār al-Fikr, h. 271

<sup>31</sup> Ibn al-‘Arabī, (1988), *op.cit.*, j. 1, h. 542

<sup>32</sup> Muḥammad ‘Alī al-Šabūnī (t.t), j. 1, *op.cit.*, h. 471

<sup>33</sup> Abd al-Karim Zaydān (1993), *op.cit.*, j. 8, h. 421

Berdasarkan perbincangan di atas, secara jelas kesemua fuqaha' berpendapat *hakam* mestilah mempunyai kemampuan untuk mengadakan perdamaian dan ahli keluarga bukanlah syarat untuk menentukan kesahan perlantikan tersebut. Kalangan fuqaha' Syafi'i juga berpendapat bahawa wanita boleh dilantik sebagai *hakam*.

Oleh kerana perubahan sosial telah berlaku, masyarakat sudah semakin kompleks dan lebih banyak aspek kehidupan yang diceburi maka amatlah wajar pihak yang terlibat sebagai anggota *hakam* tidak terhad kepada ahli keluarga pasangan sahaja. Ia seharusnya melibatkan berbagai kalangan masyarakat samada jiran, penghulu, ketua kampung atau imam. Keadaan semasa juga telah menunjukkan bahawa perlantikan *hakam* tidak lagi tertentu kepada ahli keluarga malah konsep tersebut telah diperluaskan pemakaianya kepada mereka yang mempunyai kepakaran dalam hal-hal kekeluargaan.

### 3.2.4 Bilangan *Hakam*

Secara prinsipnya al-Qur'an telah menjelaskan bahawa *hakam* yang dilantik mestilah seorang dari pihak suami dan seorang lagi dari pihak isteri. Namun demikian para fuqaha' telah berbeza pendapat dalam kes di mana *hakam* yang dilantik hanyalah seorang dan mewakili kedua-dua pihak suami dan isteri.<sup>34</sup>

Al-Imām Mālik berpendapat kedua-dua pihak suami dan isteri boleh melantik hanya seorang *hakam* yang dipersetujui oleh mereka bagi mewakili kedua-duanya.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Ibn al-'Arabī (1988), *op.cit.*, j. 1, h. 543

Al-Dardir menyokong pandangan ini dengan menjelaskan tentang keadaan-keadaan yang membolehkan hanya seorang *hakam* yang dilantik:

- dalam kes di mana pertikaian itu tidak dirujuk kepada hakim atau mahkamah
- *hakam* tersebut mempunyai hubungan kerabat yang hampir dengan pihak-pihak seperti bapa saudara atau
- jika *hakam* dari kalangan *ajnabi* mereka mestilah memenuhi syarat-syarat kelayakan seorang *hakam* iaitu baligh, berakal, *rasyid*, adil dan mengetahui tentang latar belakang pertikaian.

Begitu pun jika pertikaian itu sudah dirujuk kepada hakim maka hakim hendaklah melantik dua orang *hakam* yang mewakili kedua-duanya kerana ayat Allah s.w.t "فَابْعَثُوا" merupakan suatu arahan untuk melantik dua orang *hakam* apabila dakwaan tentang *syiqāq* dikemukakan kepada hakim.<sup>35</sup>

al-Syarbini bagaimanapun berpendapat adalah tidak mencukupi jika seorang *hakam* dilantik bagi mewakili kedua-dua pihak suami dan isteri. Pada pandangan mereka jika seorang *hakam* dilantik, maka pihak-pihak akan prejedis dengan menganggap bahawa *hakam* akan cenderung kepada salah satu pihak. Dengan demikian mereka enggan memberikan kerjasama dan bertindak menyembunyikan maklumat-maklumat berkaitan pertikaian tersebut.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> *al-Syarh al-Saghir li al-Dardir*, j. 1, h. 440

<sup>36</sup> al-Syarbini (t.t), *op.cit.*, j. 3, h. 261

Begini pun majoriti fuqaha' berpendapat ayat 35 surah *al-Nisā'* secara jelas menerangkan tentang keperluan melantik dua orang *ḥakam* dalam kes-kes pertikaian keluarga.<sup>37</sup> Akan tetapi jika kedua-duanya (suami dan isteri) bersetuju untuk melantik seorang sahaja *ḥakam* untuk mewakili mereka berdua maka ia diharuskan.<sup>38</sup>

### 3.2.5. Masa Perlantikan *Ḥakam*

Para fuqaha' telah berbeza pendapat dalam menentukan masa bagi hakim melantik *ḥakam* apabila berlaku *syiqāq*. Dalam penjelasannya al-Jaṣṣāṣ berkata:

"apabila suami mendakwa bahawa isterinya telah bersikap *nusyūz* atau isteri mendakwa bahawa suami telah menganiayanya dengan tidak menunaikan hak-hak kepada isteri, pada ketika ini hakim hendaklah melantik *ḥakam* bagi pihak isteri dan *ḥakam* bagi pihak suami bagi menyelesaikan pertikaian tersebut".<sup>39</sup>

Dalam hal ini al-Jaṣṣāṣ berpendapat *ḥakam* hendaklah dilantik apabila salah satu atau kedua-dua pihak membuat dakwaan kepada hakim bahawa *syiqāq* telah berlaku di antara keduanya.

Al-Imām Ibn al-‘Arabi dari kalangan fuqaha' Mālikī pula menjelaskan, apabila hakim mengetahui *syiqāq* telah berlaku, maka *ḥakam* hendaklah dilantik bagi kedua-dua pihak tanpa perlu menunggu sehingga suami atau isteri membuat dakwaan kepadanya. Beliau berpendapat bahawa hakim tidak perlu menunggu sehingga

<sup>37</sup> Muhammad bin Yusuf al-syahir bi Ibn Ḥayyan al-Andalusi al-Gharnā'i, (1992) *al-Baḥr al-Muhiṭ fi al-Tafsīr*, j. 3, cet. 7, Beirut: Dar Iḥyā' al-‘Ulūm, h. 63

<sup>38</sup> lihat artikel 1843 *Majallat al-Abkām al-Adliyah*. Pada zaman sebelum Islam *takfir* ialah suatu prosedur yang bersifat sukarela dan hanya boleh diadakan bergantung kepada persetujuan pihak-pihak kepada pertikaian untuk melantik individu tertentu sebagai *ḥakam*. Ini bermakna seorang sahaja *ḥakam* dilantik oleh pihak-pihak itu sendiri dan bukannya dilantik oleh orang lain seperti penguasa atau pemerintah. Amalan ini berterusan sehingga galah ke zaman awal Islam.

<sup>39</sup> al-Jaṣṣāṣ (1994), *op.cit.* J. 2, h. 271, al-Kāsāni (1986), *op.cit.*, j. 2, h. 234

dakwaan dikemukakan kerana dalam tempoh tersebut kemungkinan akan berlaku perlanggaran terhadap hak-hak Allah samada oleh suami atau isteri dan dalam keadaan ini hakim tidak dapat menguatkuasakan perintahnya bagi menghalang perkara tersebut.<sup>40</sup>

Secara dasarnya oleh kerana perlantikan *hakam* bertujuan untuk mendamaikan kembali suami isteri maka hakim bertanggungjawab untuk melantik *hakam* apabila dimaklumkan bahawa *syiqāq* telah berlaku. Begitu pun hakim tidak akan mendapat maklumat tersebut kecuali jika suami atau isteri atau kedua-duanya membuat aduan kepada hakim atau ada pihak lain yang bertindak sedemikian dengan tujuan untuk mengislaṭkan keadaan.

*Syiqāq* yang berlaku di antara suami isteri melibatkan soal dalam sesebuah rumahtangga yang mungkin cuba dirahsiakan dan hanya diketahui oleh mereka berdua sahaja. Jarang sekali ia diketahui oleh individu lain samada jiran tetangga atau keluarga terdekat kecuali jika pihak-pihak itu membuat aduan kepada mereka. Namun dari segi tabiat sosialnya, keberangkalian ini sangat minima dan faktor kehidupan masyarakat kontemporari yang bersifat individualistik lebih menyokong keadaan ini.

Dalam realiti masyarakat masakini satu bentuk kompromi yang boleh diambil dari kedua-dua pandangan ini ialah seandainya hakim dimaklumkan oleh pihak-pihak lain (selain dari suami atau isteri) tentang adanya *syiqāq* di antara suami isteri maka hakim perlu bertindak melantik *hakam* dan memerintahkan mereka supaya menjalani proses timbangtara tanpa perlu menunggu adanya aduan atau dakwaan dari mereka.

<sup>40</sup>Ibn al-'Arabi (1988), *op.cit.*, j. 1, h. 543

Namun demikian bagi kes-kes *syiqāq* yang diklasifikasikan sebagai “tersembunyi” hakim hanya boleh bertindak berdasarkan kepada aduan atau dakwaan yang dikemukakan oleh suami atau isteri.

Meskipun begitu, inisiatif yang sama juga boleh dilakukan oleh ahli keluarga pihak suami atau isteri jika diketahui *syiqāq* telah berlaku. *Hakam* yang dilantik atas inisiatif ahli keluarga meskipun tidak mempunyai kuasa untuk memutuskan hukuman yang mengikat pihak-pihak (*binding*) sama seperti *hakam* yang dilantik oleh hakim tetapi mereka boleh bertindak menasihat dan membantu untuk menamatkan pertikaian di antara suami isteri dan seterusnya mendamaikan kembali hubungan mereka. Tindakan ini boleh diklasifikasikan sebagai proses timbangtara tidak formal yang biasanya diamalkan secara tradisi oleh masyarakat Islam.<sup>41</sup>

### 3.2.6. Tujuan Perlantikan *Hakam*

Pada prinsipnya para juris Ḥanafī, Mālikī, Syafi‘ī dan Ḥanbali bersepakat bahawa prosedur *tabkim* haruslah bermula dengan usaha sulh. Dalam kes *syiqāq*, fungsi utama *hakam* ialah untuk memulihkan atau mendamaikan kembali (*reconciliation*) hubungan suami isteri dan seterusnya menyelesaikan pertikaian di antara mereka supaya mereka dapat hidup rukun dan damai dalam rumahtangga.

*Hakam* dalam tindakannya, hendaklah terlebih dahulu menyelidiki punca berlakunya *syiqāq* tersebut. Sekiranya *syiqāq* yang timbul berpunca dari sikap *nusyūr* samada dari suami atau isteri atau dari kedua-duanya, seperti suami menzalimi isteri

<sup>41</sup> Abd al-Karīm Zaydān (1994), *op.cit.*, j. 8, h. 418

atau sebaliknya, maka *ḥakam* hendaklah memberikan nasihat-nasihat dan peringatan-peringatan supaya mereka kembali berhubungan secara baik dan hidup secara damai dalam rumah tangga.

Begitupun jika nasihat-nasihat dan peringatan-peringatan tidak menyelesaikan pertikaian malah *syiqāq* sentiasa berlaku antara keduanya dan *ḥakam* berpendapat bahawa perceraian adalah yang terbaik buat mereka maka perceraian hendaklah dilakukan dalam keadaan yang baik,<sup>42</sup> iaitu dengan menyelesaikan isu-isu sampingan seperti tuntutan nafkah ‘iddah, mut’ah dan pembahagian harta yang diperolehi semasa perkahwinan secara baik (*conciliation*).

Sulh akan lebih mudah dilakukan jika tuntutan dari pihak yang menuntut diakui (*sulh al-iqrār*) oleh pihak yang kena tuntut dan dia bersedia untuk mengembalikan hak pihak yang menuntut. Namun demikian dalam sesetengah keadaan sulh juga boleh dicapai dengan kerelaan pihak yang menuntut untuk mengugurkan keseluruhan atau sebahagian dari haknya sehingga yang perlu dikembalikan hanya sebahagian lagi dari hak tersebut. Sulh ini dikenali dengan sulh *al-isqāt wa al-ibrā*<sup>43</sup> atau dikenali di kalangan fuqaha’ Syāfi‘ī sebagai *sulh al-ḥatiṭah*.<sup>44</sup>

<sup>42</sup>Lihat perbincangan di bawah tajuk eksekusi keputusan *ḥakam*

<sup>43</sup>*Ibrā* bermaksud seseorang menggugurkan haknya yang berada dalam jaminan orang lain. Terdapat beberapa perbezaan dan persamaan antara *ibrā* dan sulh, antaranya sulh biasanya dilakukan selepas adanya pertikaian, tetapi tidak dalam transaksi *ibrā*. Sulh boleh merangkumi *ibrā* iaitu sulh dengan pelepasan atau pengguguran (*al-ibrā* wa *al-isqāt*) sebahagian dari hak yang dipertikaikan dan juga sulh boleh berlaku tanpa apa-apa bentuk pelepasan iaitu apabila sulh berlaku dengan gantian dari pihak yang satu lagi. Lihat Artikel 1536 *Majallah al-Āḥkām al-'Adliyah*

<sup>44</sup>al-Ḥaṭṭāb (1992), *op.cit.*, j. 5, h. 82, al-Ramlī (1984), *op.cit.*, j. 4, h. 384, Ibn Nujaym (1993), *op.cit.*, j. 7, h. 259-60, al-Kāsānī (1986), *op.cit.*, j. 6, h. 43, artikel 1552 *Majallah al-Āḥkām al-'Adliyah*, al-Husaynī al-Huṣnī, (t.t), *op.cit.*, j. 1, h. 271

Sulh juga boleh dicapai jika pihak yang dituntut mengakui tuntutan tersebut dan kemudian melakukan sulh dengan sesuatu objek yang bukan dari jenis yang sama dengan apa yang dituntut. Sulh ini dikenali sebagai *sulh al-mu'āwadah*<sup>45</sup> dan hukumnya adalah sama dengan hukum *bai' al-Dayn*.<sup>46</sup>

Dalam konteks yang lain jika pihak yang dituntut tidak mengakui tuntutan tersebut (*sulh al-inkār*), *hakam* dengan kebijaksanaannya boleh memujuk pihak yang menuntut supaya mengugurkan sebahagian dari tuntutannya dan meminta kerelaan pihak yang dituntut untuk membayar sebahagian dari tuntutan tersebut bagi menamatkan pertikaian. Para fuqaha' berpendapat sulh dalam konteks ini diakui sah jika pihak yang menuntut yakin bahawa tuntutannya adalah benar dan pihak yang dituntut yakin dia tidak berhak atas objek yang dituntut itu.<sup>47</sup>

Namun demikian jika pihak-pihak enggan menerima perdamaian yang dianjurkan, dalam hal ini 'Abd al-Karīm Zaydān menegaskan: "*hakam* berhak memutuskan hukum dengan cara yang dilakukan *hakim* yang beragama Islam dengan berpandukan kepada Syari'at Islam dan dengan menerima pembuktian yang sah menurut Syarak".

<sup>45</sup> Seperti sulh atas hutang, barang, perkakas, harta alih atau tak alih. Contohnya tuntutan dibuat atas hutang atau nafkah yang bernilai ringgit Malaysia kemudian berlaku sulh dengan bayaran dalam dinar atau dolar Amerika.

<sup>46</sup> Dalam konteks ini fuqaha' al-Syāfi'i telah membezakan akad sulh yang melibatkan *dayn* yang menerima gantian dan *dayn* yang tidak menerima gantian seperti hutang jual beli salam, jika sulh berlaku dengan sesuatu *dayn* yang tidak menerima gantian maka sulh tersebut tidak sah. al-Ramli (1984), *op.cit.*, j. 4, h. 383-85

<sup>47</sup> Lihat al-Kāsānī (1986), *op.cit.*, j. 6, h. 40

Meskipun penyelesaian dilakukan menerusi hukuman yang diputuskan oleh *hakam*, namun supaya sejajar dengan matlamat *taḥkīm*, pihak-pihak hendaklah secara sukarela menerima kenyataan yang diputuskan oleh *hakam*.<sup>48</sup> Dalam pengertian lain, pihak yang keputusan tersebut tidak memihak kepadanya tidak merasa kecil hati dan rela menerimanya dan pihak yang mana keputusan memihak kepadanya tidak merasa bangga dengan keputusan itu. Dengan ini tujuan perdamaian akan tercapai juga dan kedua belah pihak harus berjanji untuk mematuhi persetujuan tersebut dan tetap hidup dalam suasana aman damai seperti biasa.

Secara kesimpulannya, fungsi *hakam* dalam proses *taḥkīm* yang berhubung dengan pertikaian suami isteri merangkumi tiga aspek penting iaitu:

- (a) Pertama, mengadakan sulu dengan cara memulihkan hubungan suami isteri dan seterusnya menyatukan mereka kembali (*reconciliation*).
- (b) Kedua, jika gagal menyatukan mereka kembali dan hakam berpendapat perceraian adalah lebih baik bagi mereka maka perceraian hendaklah dilakukan secara baik dengan menyelesaikan isu-isu sampingan dan tuntutan-tuntutan secara baik. Hakam dalam konteks ini akan bertindak sebagai pengantara untuk menyelesaikan tuntutan yang berbangkit selepas perceraian secara damai (*conciliation*).<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Oleh kerana *hakam* dilantik atas pilihan dan persetujuan mereka maka sudah semestinya pihak-pihak harus bersetuju dengan keputusan yang dibuat oleh *hakam*.

<sup>49</sup> Menurut undang-undang Inggeris kedua-dua proses ini (*reconciliation and conciliation*) adalah dua perkara yang berbeza, manakala dalam Islam, sulu merangkumi kedua-dua aspek di atas. Lihat perbincangan lanjut di bawah tajuk akomodasi sulu mediasi dan konsiliasi.

- (c) Ketiga, jika kesemuanya gagal dicapai *ḥakam* boleh melakukan tindakan yang lebih jauh dari perdamaian iaitu dengan menjatuhkan hukuman (*arbitration*) berdasarkan keterangan dan bukti yang ada.

Prosedur ini adalah manifestasi dari firman Allah dalam surah *al-Nisā'* (4) ayat 35 yang memberikan kuasa kepada *ḥakam* untuk cuba mendamaikan suami isteri pada peringkat permulaannya dan seterusnya memutuskan hukuman atas sifatnya sebagai *ḥakam* jika perdamaian tidak dapat dicapai.

Ini bermakna dalam prosedur *taḥkīm*, fungsi *ḥakam* akan bertukar dari pengantara yang tindakannya dikawal oleh undang-undang kontrak kepada hakim yang keputusannya mestilah mematuhi undang-undang prosedur, keterangan dan substantif.<sup>50</sup> Sayen menjelaskan: “*unlike arbitration (in the western legal tradition) taḥkīm never developed an identity separate from conciliation and litigation*”. Proses ini kemudiannya dikenali sebagai *med-arb* iaitu kombinasi mediasi dan arbitrasi (*combination of mediation and arbitration*) dalam Kaedah Alternatif Penyelesaian Pertikaian (ADR). Apa yang menarik mengenai kaedah arbitrasi dalam *Common Law* Inggeris ialah arbitrator tidak dibenarkan untuk mencadangkan konsiliasi/suhu kepada pihak-pihak dan jika ia berbuat demikian arbitor tersebut dianggap telah melanggar etika sebagai seorang penimbangtara.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> George Sayen (1987), *op.cit.*, h. 227-228

<sup>51</sup> Syed Khalid Rashid (2002), *op.cit.*, h. 27, namun demikian perkembangan mutakhir menunjukkan hampir kesemua peraturan dan undang-undang berkaitan arbitrasi sudah menerima pakai konsep kombinasi antara arbitrasi dan mediasi/konsiliasi antaranya model Undang-Undang Arbitrasi Antarabangsa (UNCITRAL)

### **3.2.7. Eksekusi Keputusan *Hakam***

Seperti yang telah disebutkan sebelum ini tujuan utama *tabkīm* ialah mengadakan perdamaian (suhl). Suhl ialah akad untuk mengakhiri pertikaian dengan cara yang menepati kehendak Syarak. Akad suhl ialah suatu janji yang harus ditepati dan dengan demikian pihak-pihak yang bersuhl akan terikat dengan apa yang dijanjikannya. Pihak-pihak yang berakad tidak akan didengar lagi dakwaan mereka setelah perjanjian dibuat. Kesimpulan ini pada asasnya layak untuk diterapkan dalam persetujuan penyelesaian yang telah mendapat persetujuan dari kedua-dua pihak. Apa yang menjadi persoalan di sini ialah apakah keputusan *hakam* hanya akan mengikat pihak-pihak apabila mereka telah bersetuju terhadap keputusan tersebut?

Para fuqaha' secara kolektif berpandangan sekiranya *hakam* berpendapat bahawa suami isteri yang bertikai patut disatukan kembali maka suami isteri tersebut hendaklah menerima keputusan yang diputuskan oleh *hakam*. Begitupun mereka berselisih pendapat sekiranya *hakam* berpandangan bahawa suami isteri tersebut patut dipisahkan, adakah *hakam* mempunyai kuasa bagi menceraikan mereka atau tidak?

Dalam hal ini para fuqaha telah berikhtilāf kepada dua pendapat; pandangan pertama yang di pelopori oleh ‘Aṭa’, fuqaha’ Mazhab Ḥanafi, Zāhirī dan Ja‘fari, Imām Aḥmad Ibn Ḥanbal dalam salah satu riwayatnya yang muktamad dan majoriti fuqaha’ Syāfi‘ī berpendapat *hakam* perlu mendapatkan persetujuan dan keizinan dari suami dan isteri atas keputusan yang dibuat.<sup>52</sup> Persetujuan suami perlu diperolehi bagi

<sup>52</sup>Lihat Muḥammad ‘Alī al-Ṣabūnī, (t.t) *op.cit.*, h. 471-73, al-Buhūtī (1982), *op.cit.*, j. 5, h. 211, al-Jaṣṣāṣ, (1988), *op.cit.*, J. 2, h. 269, Ibn Qudāmah (1984), *op.cit.*j. 8, h. 169, al-Syarbīnī (t.t), *op.cit.*, j.

menceraikan (talak) dan persetujuan isteri bagi melakukan khulu' (membuat bayaran khulu'). *Hakam* tidak berhak menceraikan suami isteri yang bertikai walaupun mereka sama-sama berpendapat pasangan tersebut patut diceraikan.

Ini kerana *hakam* yang dilantik hanya berperanan sebagai wakil sahaja. Oleh yang demikian sebagai wakil segala tindakan hendaklah mendapat keizinan dari orang yang diwakili dan bidang tugas wakil tertakluk kepada kuasa yang diberikan oleh orang yang diwakili iaitu suami isteri tersebut. Al-Jaṣṣāṣ dalam mempertahankan pandangannya bahawa *hakam* hanya bertindak sebagai wakil menjelaskan “sesiapa yang mengatakan *hakam* boleh atau berhak berbuat sesuka hati, maka ia bertentangan dengan al-Qur’ān dan al-Sunnah”.<sup>53</sup> Golongan ini juga berhujjah dengan *athār al-saḥābah*:

عن عمر عن أبوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال: شهدت علي بن أبي طالب ، وحاجته امرأة وزوجها، مع كل واحد منها فشام من الناس، فأخرج هؤلاء حكما من الناس، وهؤلاء حكما». فقال علي للحكمين: أتدريان ما عليكم؟ ان رأيتما أن تفرقوا فرقىما، وان رأيتما أن تجتمعوا جمعتما، فقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت، والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك : فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله تعالى لي وعليك<sup>54</sup>.

“Daripada Mu‘ammar dari Ayyūb dari Ibn Sirīn dari ‘Ubaydah al-Salmāni bahawa dia telah berkata: Telah datang seorang lelaki dan

<sup>53</sup> h. 261-62, Ibn Hazm (t.t), juz. 10, jld. 7, h. 87-88, *al-Rauḍah al-Bahiyyah fi Fiqh al-Ja'farī*, j. 2, h. 134, Ibn Qayyim al-Jawziyyah, (1986), *op.cit.*, h. 189-90, al-Qurṭubī (t.t), j. 3, h. 1746-47, al-Fakhr al-Rāzī (t.t) *op.cit.*, j. 5, h. 95-96, Ibn al-'Arabī (1988), *op.cit.*, j. 3, h. 630, Abū al-Fidā' Ismā'il Ibn Kathir (1992), *Tafsīr al-Qur'ān al-'Azīz*, j. 1, cet. 3, Beirut: Dār al-Ma'rifah, h. 505, al-Dardir, al-Syarḥ al-Saghīr (t.t), *op.cit.*, j. 1, h. 440 , 'Abd al-Karīm Zaydān, (1993), *op.cit.*, j. 8, h. 426-31.

<sup>54</sup> al-Jaṣṣāṣ, *ibid*

<sup>54</sup> Diriwayatkan oleh al-Tabarī dari Ibn 'Alīyyah dari Ayyūb dan dari hadith Hisyām dan 'Abd Allah bin 'Awn dari Ibn Sirīn dari 'Alī. al-Šan'ānī, (t.t), *op.cit.*, j. 6, h. 512

perempuan yang bertikai kepada Sayyidina ‘Ali<sup>r.a</sup> dan bersama-sama mereka sekumpulan manusia, maka Sayyidinā ‘Ali pun memerintahkan mereka supaya melantik *ḥakam* daripada keluarga lelaki dan perempuan. Kemudian beliau berkata kepada kedua orang *ḥakam* tersebut: Adakah kamu tahu apa yang mesti kamu lakukan?. Sekiranya kamu berpendapat bahawa kedua-dua suami isteri itu patut disatukan kembali maka satukanlah, tetapi jika kamu berpendapat mereka harus dipisahkan sahaja, maka pisahkanlah mereka. Si isteri lalu berkata; Saya redha dengan hukum al-Qur’ān dan dengan apa yang terkandung di dalamnya dan hukuman tersebut akan ku terima. Sahut sisuami; Kalau bercerai saya tidak reda. Kemudian Sayyidina ‘Ali pun berkata; Demi Allah, tidak! Janganlah kamu berdolak dalik sehingga kamu menerima atau mengatakan sebagaimana yang diperkatakan oleh isterimu tadi”

Mereka telah merujuk kepada perintah Sayyidina ‘Ali<sup>r.a</sup> yang meminta si suami membuat pengakuan sebagaimana yang dilakukan oleh isterinya. Ini menunjukkan persetujuan pihak-pihak adalah perlu sebelum apa-apa keputusan dikeluarkan oleh *ḥakam*.<sup>55</sup>

Mereka juga merujuk kepada perkataan ﴿إِصْلَاحًا﴾ dalam ayat ﴿يُنْهَا إِصْلَاحًا﴾ yang bermaksud perdamaian. Perkataan tersebut menunjukkan bahawa tugas *ḥakam* hanyalah mendamaikan sahaja dan perdamaian<sup>55</sup> yang dimaksudkan di sini ialah penyatuan kembali suami isteri (*reconciliation*). Oleh yang demikian *ḥakam* tidak berhak menceraikan mereka.

al-Tabarī berpendapat oleh kerana *ḥakam* tidak ada kuasa memerintahkan penceraian suami isteri, maka dia hendaklah menyerahkan tugas tersebut kepada hakim dan terserahlah kepada hakim untuk membuat keputusan.

<sup>55</sup> al-Fakhr al-Rāzī, (t.t), *op.cit.*, j. 5, h. 95-96.

Manakala golongan kedua pula berpandangan *ḥakam* mempunyai hak mutlak untuk menceraikan mereka tanpa perlu mendapatkan keizinan dan persetujuan dari pihak suami dan isteri. Pandangan ini dipelopori oleh ‘Alī, Ibn ‘Abbās, Abi Salāmah bin ‘Abd al-Rahmān, al-Sha‘biy, al-Nakha‘ī dan Sa‘īd Ibn Jubayr, ia juga merupakan pendapat yang diterima di kalangan mazhab Mālikī, al-Auzā‘īe, Ishāq dan Ibn al-Munzir dan juga pendapat yang kedua dari al-Imām Aḥmad Ibn Ḥanbal dan Qawl yang *marjūḥ* di kalangan fuqaha’ Syafi‘ī.<sup>56</sup>

Golongan kedua berpendapat oleh kerana kedua-dua pihak telah bersetuju melantik *ḥakam*, maka segala keputusan *ḥakam* akan mengikat secara langsung tanpa perlu mendapat persetujuan daripada mereka.

Golongan ini juga berpendapat *ḥakam* ialah mereka yang dilantik oleh pemerintah atau hakim bagi menyelesaikan pertikaian di antara pasangan tersebut. Oleh yang demikian kedudukan *ḥakam* adalah sama dengan hakim. *Hakam* berhak membuat tindakan yang difikirkan munasabah serta boleh mendatangkan kebaikan bagi menyelesaikan pertikaian itu samada dengan mendamaikan atau menceraikan mereka. *Hakam* tidak perlu mendapatkan persetujuan untuk menceraikan mereka.

مُرِجَّعُهُمْ أَنْ تَقْرَأُوا مَا قَدَّمْتُمْ وَأَنْ تَرَأَوْا مَا قَدَّمْتُمْ فَإِنْ تَجْعَلُوهُمْ حَاكَامَّا فَلَا يَحْتَاجُونَ إِلَى تَعْمِلَةٍ إِلَّا مَمْلَكَاتِ الْمُؤْمِنِينَ

Mereka juga merujuk kepada kata-kata Sayyidina ‘Alī :

مُرِجَّعُهُمْ أَنْ تَقْرَأُوا مَا قَدَّمْتُمْ وَأَنْ تَرَأَوْا مَا قَدَّمْتُمْ فَإِنْ تَجْعَلُوهُمْ حَاكَامَّا فَلَا يَحْتَاجُونَ إِلَى تَعْمِلَةٍ إِلَّا مَمْلَكَاتِ الْمُؤْمِنِينَ

‘Alī mengiktiraf kuasa *ḥakam* samada untuk menyatukan kembali atau menceraikan.

<sup>56</sup> Al-Šabūnī (t.t) *op.cit.*, j. 1, h. 426-31 dan h. 471-73 al-Buhūtī (1982), *op.cit.*, j. 5, h. 211, al-Jaṣṣāṣ, (1988), *op.cit.*, J. 2, h. 269, Ibn Qudāmah (1984), *op.cit.*, j.8, h. 169, al-Syarbīnī (t.t), *op.cit.*, j. 3, h. 261-62, Ibn Hazm (t.t), *op.cit.*, j 7, h. 87-88, h. 134, Ibn Qayyim (1986), *op.cit.*, j. 5, h. 190, al-Qurtubī (t.t), *op.cit.*, j. 3, h. 1746-47, al-Fakhr al-Rāzī (t.t) *op.cit.*, j. 5, h. 95-96, Ibn al-‘Arabī (1988), *op.cit.*, j. 3, h. 630, Ibn Kathir (1992), *op.cit.*, j. 1, h. 505, al-Syarh al-Ṣaghīr (t.t), j. 1, h. 440, ‘Abd al-Karīm Zaydān (1993), *op.cit.*, j. 8, h. 426-431.

Mereka juga berhujjah bahawa perkataan *islāḥā* tidak hanya bermaksud perdamaian (sulh) dengan penyatuan kembali suami isteri (*re-uniting*). Sulh juga boleh berlaku dengan perpisahan atau perceraian sekiranya didapati ia lebih baik kerana dapat melenyapkan pertikaian dan perasaan dendam.

Secara kesimpulan, jika dilihat kepada kedua-kedua pandangan di atas ternyata pendapat yang mengatakan *ḥakam* mempunyai bidangkuasa untuk menceraikan suami isteri dan dalam masa yang sama berkuasa untuk menyatukan kembali atau mendamaikan lebih tepat untuk diterima kerana:

- (a) Sekiranya *ḥakam* hanya berperanan sebagai wakil dan bukan sebagai pembuat keputusan maka sudah tentu Allah s.w.t akan meletakkan ayat 35 surah *al-Nisā'* (4) sebagai berbunyi demikian: فَبَعْثَرَ وَكِيلًا مِنْ أَهْلِهِ وَوَكِيلًا مِنْ أَهْلِهِ sedangkan wakil dan *ḥakam* mempunyai makna dan bidangkuasa yang berlainan. Wakil tidak disebut sebagai hakim atau *ḥakam* dalam mana-mana istilah al-Qur'an atau undang-undang atau dalam perbualan biasa. *Ḥakam* berhak membuat keputusan dan keputusan itu mesti diterima dan dilaksanakan. Wakil hanya bertindak bagi pihak orang yang diwakili sedangkan *ḥakam* telah diberikan Allah kuasa melaksanakan hukuman melalui firmanNya <sup>57</sup>dalam surah *al-Nisā'* (4) ayat 35:

إِنْ يُرِيدُ إِصْلَاحًا يُوَقَّعُ اللَّهُ بِيَنْهُمَا

"sekiranya mereka menghendakki perdamaian nescaya Allah akan memberikan TaufikNya (atas usaha perdamaian itu)"

<sup>57</sup>Ibn al-Qayyim al-Jawziyyah (1986), *op.cit.*, j. 5, h. 190-91

- (b) Di samping itu perkataan *ḥakam* dari segi bahasa bermaksud hakim. Ini menunjukkan bahawa mereka mempunyai bidangkuasa seperti hakim yang berkuasa membuat keputusan dan menjatuhkan hukuman dan hukuman tersebut mestilah dipatuhi.
- (c) Oleh kerana pertikaian di antara suami isteri boleh mendatangkan kemudarat, maka kemudarat itu hendaklah dihapuskan sepetimana Sabda Rasulullah s.a.w . حَدَّثَنَا مُحَمَّدٌ بْنُ يَزِيدٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَهُمْ إِذَا مَرَأَوْا زَوْجَهُمْ فَإِنْ شَاءُوا يَعْصِمُوهُ مِنَ الضررِ وَلَا يُضَارُونَ<sup>58</sup> Hadith ini telah dijadikan satu sumber untuk melahirkan suatu kaedah fiqh iaitu "الضرر يزال" yang bermaksud: segala perkara yang boleh memudaratkan hendaklah dihapuskan.<sup>59</sup> Kaedah ini amat sesuai diimplementasi dalam keadaan ini kerana jika dibiarkan ia akan mendatangkan kesan yang negatif terhadap pasangan tersebut .

Terdapat pandangan yang menyebut “kemungkinan *syiqāq* yang berlaku adalah atas sebab-sebab seperti suami menzalimi isteri atau sebaliknya, layanan buruk oleh salah seorang dari mereka atau salah satu pihak tidak menunaikan tanggungjawabnya terhadap pihak yang satu lagi. Tidak memadaikah jika dalam kes-kes sebegini hanya pihak yang zalim dihukum, manakala pihak yang dizalimi dipulangkan semula haknya? Keadaan ini akan dapat mengekalkan perkahwinan tersebut dan menghalang *ḥakam* dari menceraikan mereka berdua”. Dalam hal ini Ibn al-‘Arabi telah memberikan komentar:<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> باب من بي في حنه منه مسأله بحسب عباره no. hadith 2340

<sup>59</sup> Zayn al-Dīn bin Ibrāhīm al-ma'rūf bi Ibn Nujaym al-Ḥanafī (1983), *al-Ashbah wa al-Naḍāir*, cet. 1, Damsyiq: Dār al-Fikr, h. 94, lihat juga al-Syeikh Ahmad bin al-Syeikh Muḥammad al-Zarqā (1989), *Syarḥ al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, cet.2, Damsyiq: Dār al-Qalam, h.179

<sup>60</sup> Ibn al-‘Arabi (1988), *op.cit.*, j. 1, h. 541

"هذا نظر قاصر يتصور في عقود الأموال فاما في عقود الأبدان فلا تتم الا بالاتفاق والتاليف وحسن التعاسير ، فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجده، وكما نت المصلحة في الفرقة ، فإذا فرقا بينهما تكون الفرقة لوقع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة" <sup>61</sup>

"pandangan ini hanya boleh diaplikasi dalam kontrak yang melibatkan harta, namun dalam kontrak yang melibatkan jiwa atau tubuh badan, ia tidak akan tercapai kecuali dengan persefahaman, perasaan kasih sayang dan pergaulan yang baik. Jika unsur-unsur ini sudah hilang, tiada maknanya memaksa mereka mengekalkan kontrak tersebut, dan apa yang lebih baik ialah memisahkan mereka. Apabila perpisahan berlaku, ia dianggap sebagai perpisahan kerana kedua-duanya tidak dapat mencapai objektif utama dalam ses sebuah perkahwinan iaitu kasih sayang dan pergaulan yang baik.

### 3.2.8. Perbezaan dan Persamaan di antara *Tahkim* dan *Sulh*

Secara umumnya meskipun dalam amalan *tahkim* mengandungi makna sulh namun terdapat beberapa perbezaan dan persamaan di antara kedua-dua amalan ini. Perbezaan dan persamaan ini bolehlah diringkaskan seperti di bawah:

1. *Tahkim* memerlukan *hakam* (pihak ketiga) sebagai pengantara untuk menyelesaikan pertikaian dan *hakam* dalam prosedur *tahkim* mesti ditauliah oleh hakim.<sup>61</sup>
2. Penyelesaian melalui sulh boleh dicapai secara sukarela antara kedua-dua pihak samada melalui atau tanpa intervensi pihak ketiga<sup>62</sup>
3. Proses *tahkim* tidak memerlukan kompromi dalam apa-apa kepentingan atau hak. Dalam sesetengah kes, sulh memerlukan kompromi dalam beberapa bentuk kepentingan atau hak.

<sup>61</sup> Walaupun pada asalnya (sebelum Islam) dan pada peringkat awal pemerintahan Islam *hakam* adalah dilantik atau dipilih oleh pihak-pihak yang bertikai secara sukarela

<sup>62</sup> *Mawsū'ah al-Fiqhiyyah* (1986), Kementerian Wakaf dan Hal Ehwal Islam Kuwait, Kuwait: Matba'ah al-Mawsū'ah al-Fiqhiyyah j. 10, h. 235

4. *İ hakam* dalam proses *taḥkim* berhak memutuskan hukuman (*arbitral award*) berdasarkan keterangan dan bukti-buktinya manakala *muṣliḥ* dalam proses suluhan tidak mempunyai hak memutuskan hukuman
5. Keputusan dalam proses suluhan dibuat oleh pihak-pihak yang bertikai manakala keputusan dalam proses *taḥkim* dibuat oleh *İ hakam*
6. Penyelesaian dalam proses suluhan dan *taḥkim* memerlukan keredaan<sup>63</sup> dari kedua-dua pihak
7. *Taḥkim* dan suluhan bertujuan untuk menyelesaikan pertikaian tanpa melalui proses perbicaraan mahkamah
8. Hukuman atau keputusan yang diputuskan mengikat pihak-pihak yang *bertaḥkim* atau *bersuluhan*
9. Kes-kes yang boleh diputuskan melalui taḥkim juga boleh diselesaikan melalui suluhan sebagai contoh taḥkim dan suluhan tidak boleh dilakukan dalam kes-kes hudud

1001 0851

### 3.3. Suluhan Melalui Wakil

Seperti yang telah dijelaskan, pihak-pihak yang terlibat dalam pertikaian boleh samada dengan sendirinya merundingkan perkara yang menjadi pertikaian dengan pihak yang satu lagi untuk mencari penyelesaian/suluhan atau menyerahkan urusan rundingan tersebut kepada orang lain sebagai wakilnya. Keharusan ini adalah manifestasi dari firman Allah dalam surah *al-Nisā'* (4) ayat 35:

<sup>63</sup>Bagi fuqaha' yang berpendapat *İ hakam* perlu mendapat keizinan dan persetujuan dari pihak-pihak atas keputusan yang dibuat

dan mestilah boleh diserah dan dilakukan oleh wakil. Wakalah tersebut berkuat kuasa semasa hayat orang yang mewakilkannya.

### 3.3.2. Dalil Pensyari'atan *Wakālah*

Para ulama telah sepakat mengatakan bahawa Islam mengharuskan seseorang melantik wakilnya. Terdapat beberapa peruntukan dari al-Qur'an dan hadith yang dijadikan ulama sebagai dalil pensyari'atan *wakālah*, antaranya ialah firman Allah dalam surah al-Kahfi (18) ayat 19:

وَكَذَلِكَ بَعْثَاثُهُمْ لِتَسْأَلُوا يَوْمَهُمْ \* قَالَ قَاتِلُهُمْ كَمْ لَيْشُمْ \* قَالُوا لَبَثْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ  
يَوْمٍ \* قَالُوا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَيْشُمْ فَابْتَوْا أَحَدَكُمْ بِوَرْقَكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلَيَنْظُرُ أَيْهَا  
أَزْكَى طَعَامًا فَلَيَأْتُكُمْ بِرِزْقٍ مِّنْهُ وَلَا يُشْعِرُنَّ بِكُمْ أَحَدًا

"Dan demikianlah Kami bangkitkan mereka dari tidur supaya mereka bertanya sesama mereka, Berapa lamakah kita telah tidur di sini?". Mereka menjawab " Kita telah tidur selama sehari atau separuh hari". Berkata pula yang lain, " Tuhanmu lebih mengetahui berapa lama kamu telah tidur. Sekarang, utuslah salah seorang daripada kamu dengan membawa wang perak ini dan hendaklah dia melihat makanan yang bersih (baik) lagi halal lalu dibawanya ke mari untuk rezkimu. Hendaklah dia berlaku lemah lembut dan janganlah ia memberitahu seorang juu pun tentang ilmu".

Ayat ini menjelaskan bahawa Allah telah menidurkan *ash'bāh al-kahfi*, selama beratus-ratus tahun lamanya dalam keadaan sihat dan selamat. Mereka juga dibangkitkan dalam keadaan yang tidak terjeas sedikit pun, sehingga mereka sendiri tidak menyedari apa yang telah terjadi kepada mereka, bahkan ada di antara mereka yang menyangka bahawa mereka tidur hanya selama sehari atau kurang daripada

itu.<sup>65</sup> Apabila mereka terbangun daripada tidur, mereka telah mengutus seorang dari kalangan mereka sebagai wakil ke bandar dengan membawa wang perak untuk mencari dan membeli makanan. Utusan tersebut bertindak sebagai wakil mereka untuk tujuan tersebut. Ayat ini pada asasnya menjelaskan bahawa boleh melantik wakil dalam sesuatu urusan.

Begitu juga terdapat beberapa peruntukan hadith Rasulullah s.a.w yang jelas menunjukkan tentang pensyiaratan *wakālah*. Antaranya;

وَعَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَحْدُثُ قَالَ أَرَدْنَتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ،  
فَأَئْتَتُ رَسُولَ اللَّهِ (ص) فَسَأَمَّتُ عَلَيْهِ وَقَلَّتْ لَهُ إِبْنِي أَرَدْنَتُ الْخُرُوجَ  
إِلَى خَيْبَرَ فَقَالَ: إِذَا أَئْتَتِ وَكِيلَتِي يَخْيَبَرَ، فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسَقَا فَانِ  
إِبْتَغِي مِنْكَ لِيَةً فَضَعْ يَدَكَ عَلَى ثَرْقَوَتِهِ<sup>66</sup>

Daripada Jabir bin ‘Abd Allah (r.a) telah berkata: “Aku berhajat untuk keluar ke *Khaybar* lalu aku pergi berjumpa Rasulullah s.a.w dan memberi salam kepada Baginda. Aku lalu menceritakan tentang hajatku kepada Baginda. Mendengar demikian Baginda bersabda, “Jika kamu berjumpa wakilku, maka ambillah daripadanya 15 gantang gandum jika ia meminta daripadamu bukti (yang engkau adalah wakilkul) maka letakkanlah tangannya ke atas bahunya (sebagai bukti)”.

Hadith di atas menjelaskan tentang keharusan melantik wakil dalam urusan penerimaan dan pemberian sedekah. Rasulullah s.a.w juga telah melantik wakil

<sup>65</sup>Tafsir Pimpinan al-Rahman (1980) Bahagian Agama Jabatan Perdana Menteri, h. 719

<sup>66</sup>Abū Daūd Sulaimān bin al-‘Asy’ath al-Sajistānī (t.t), *Sunan Abī Daūd*, Kitab al-Aqdiyyah, باب في الوكالة, no hadith 3632

Baginda dalam banyak perkara lain, umpamanya Baginda telah melantik Abā Rafī‘ dalam perkahwinannya dengan Maimūnah.<sup>67</sup>

Para ulama juga tidak berbeza pendapat tentang keharusan *wakālah*. Mereka berpendapat adalah harus bagi seseorang untuk melantik wakilnya bagi melaksanakan atau menjalankan urusan bagi pihaknya selagi ia diharuskan oleh syarak. Semua ulama telah memperuntukkan bab yang khusus tentang *wakālah* dalam kitab-kitab *fiqh* karangan mereka. Jika diteliti, tidak terdapat mana-mana mazhab yang menolak prinsip *wakālah* kerana ia di haruskan oleh al-Qur'an dan hadith.<sup>68</sup>

Secara jelasnya prinsip *wakālah* telah diamalkan semenjak dari zaman Rasulullah s.a.w sehingga ke hari ini dalam berbagai bidang dan urusan. Berdasarkan kenyataan ini dapatlah dinyatakan bahawa *wakālah* mempunyai fungsi yang penting dalam pentadbiran undang-undang Islam. Untuk memastikan *wakālah* menepati kehendak syarak ia mestilah memenuhi elemen berikut:<sup>69</sup>

### 3.3.3. Elemen Wakalah

- (1) Orang yang memberi *wakālah* (*muwakkil*) mempunyai kuasa mengendalikan perkara yang diwakilkan kepada wakil. Tidak sah *wakālah* jika *muwakkil*

<sup>67</sup> Dalil keharusan melantik wakil dalam akad nikah. Muḥammad bin ‘Alī bin Muḥammad al-Shawkānī (t.t), Nayl al-Auṭār, j. 6, Dār al-Jayl h. 3, *Kitāb al-Wakālah, Bab mā ya{j}iz al-Tawki{l} fīhi min al-‘Uqūd wa yāf’ al-‘Uqūd*, no hadith. 8

<sup>68</sup> Lihat perbincangan tentang *wakālah* dalam kitab-kitab *fiqh* di mana para fuqaha' membahaskannya dalam satu bab khusus.

<sup>69</sup> Ibrāhīm al-Bayjūrī (t.t), Hāsyiah al-Syeikh Ibrāhīm al-Bayjūrī ‘alā Syarḥ al-‘Allāmah Ibn Qāsim al-Ghazzī, j. 1, (t.t.p): Dār al-Fikr, h. 401-403. Lihat juga Ibn Rusyd (t.t) *op.cit.*, j. 2, h. 226, Ibn Qudāmah (1984), *op.cit.*, j. 5, h. 203

- seorang yang gila dan kanak-kanak. Oleh yang demikian *muwakkil* mestilah berakal, baligh dan layak berurusan (*ahliyyah al-tasarruf*) adalah dibenarkan.
- (2) Wakil pula mestilah seorang yang berkapsiti untuk menguruskan sesuatu urusan untuk dirinya sendiri dan juga untuk orang yang diwakilinya. Wakil tersebut juga mestilah di tentukan (*ta'yin*). Oleh kerana itu orang yang tidak boleh melakukan urusan untuk dirinya sendiri, maka dia juga tidak boleh menjadi wakil untuk orang lain.
- (3) Perkara yang diwakilkan pula mestilah suatu hak yang sabit atau dimiliki oleh *muwakkil* semasa *wakālah* itu dibuat dan ia hendaklah dimaklumi walaupun tidak merangkumi keseluruhannya untuk mengelakkan penipuan.<sup>70</sup> Perkara yang hendak di *wakālah* mestilah sesuatu yang boleh diambil alih atau boleh menerima gantian. Dalam hal ini Ibn Rusyd dan Ibn Qudāmah berpendapat,<sup>71</sup> antara perkara atau urusan yang boleh diambil alih ialah jual beli, *hiwālah*, *daman*, syarikat, *mujā'alah*, *musāqāt*, talaq, nikah, khulu', fasakh, *hibah*, sedekah *ibra'* dan *sulh*. Oleh yang demikian tidak sah melakukan *wakālah* dalam amalan ibadat *badaniyah* seperti sembahyang dan puasa kerana ia merupakan latihan kepada diri individu tersebut. Begitu pun adalah sah melakukan *wakālah* dalam ibadat yang mensyaratkan keupayaan fizikal untuk menjaga dan bukan sebagai syarat wajibnya seperti haji dan 'umrah ketika tidak berupaya. Perkara yang hendak diwakilkan itu mestilah hak yang dimiliki oleh *muwakkil* semasa *wakālah* dibuat dan ia juga hendaklah dimaklumi walaupun tidak merangkumi keseluruhannya.

<sup>70</sup> Contohnya wakalah untuk menyelesaikan hutang, *wakālah* itu adalah sah walaupun wakil tersebut tidak mengetahui hutang-hutang dan orang yang berhak menerima hutang-hutang tersebut.

<sup>71</sup> Ibn Rusyd, (t.t) *op.cit.*, j. 2, h. 226 , Ibn Qudāmah (1984), *op.cit.*, j. 5, h. 203

Walaubagaimanapun wakalah secara umum dalam perkara-perkara di mana wakil akan bertindak berlawanan dengan kemahuan orang yang berwakil adalah tidak sah, kerana kesan keburukannya amat ketara.

- (4) Lafaz *wakālah* hendaklah mengandungi *ijāb* dan *qabūl*. Lafaz *ijāb* daripada *muwakkil* yang melahirkan keredhaannya untuk memberi *wakalah* samada secara jelas atau kiasan (*kināyah*). Manakala *qabūl* daripada wakil adalah memadai jika ada tanda penerimaannya meskipun tanpa lafaz atau perkataan. Lafaz tersebut juga mestilah tidak dikaitkan dengan apa-apa syarat.

### 3.3.4. *Al-Wakīl bi al-Khuṣūmah*

Para fuqaha' juga telah bersepakat tentang keharusan bagi pihak yang bertikai di mahkamah melantik wakil mereka untuk bertindak bagi pihak mereka.<sup>72</sup> Wakil ini dikenali dengan istilah *al-wakīl bi al-khuṣūmah* atau dikenali di Malaysia sebagai Peguam Syar'ie. Dalam hal ini jika individu telah melantik seseorang sebagai peguamnya dalam perbicaraan sesuatu kes, samada sebagai pendakwa atau yang didakwa, pada dasarnya tindakan yang dilakukan oleh orang yang menerima *wakālah* itu sah.

Meskipun para fuqaha' secara kolektif berpendapat bahawa harus melantik peguam samada sebagai pendakwa atau yang didakwa, tetapi mereka berselisih pendapat tentang keharusan melantik peguam untuk melakukan iqrar, sulh dan menggugurkan hutang (*ibrā'*).

<sup>72</sup>Ibn Rusyd, (t.t), *op.cit.*, j. 2, h. 226, Ibn Qudāmah, (1984), *op.cit.*, j. 5, h. 218, al-Syīrazi, (t.t), *op.cit.*, j. 1, h. 351, al-Kāṣāni, (1986), *op.cit.*, j. 6, h. 24, Muḥammad 'Alā' al-Dīn Afandiyy (1979) *op.cit.*, j. 7, cet. 2, h. 365

Menurut Zufar dari kalangan Hanafi, Imam Mālik, Syāfi'i dan Ahmad, sekiranya *wakālah* itu adalah secara mutlak, wakil tersebut tidak berhak membuat *iqrār* ke atas orang yang diwakilinya. Dalam hal ini, jika wakil yang dilantik untuk tujuan pendakwaan, maka iqrarnya bagi pihak *muwakkil* tidak diterima, kerana *wakālah bi al-khuṣūmah* ialah *wakālah* untuk tujuan pertikaian sedangkan iqrar untuk perdamaian. Namun, *jumhūr* Ḥanafī membenarkan peguam melakukan *iqrār*<sup>73</sup> dengan beberapa syarat iaitu:

- *iqrār* tersebut mestilah dilakukan semasa perbicaraan,<sup>74</sup>
- *iqrār* tersebut bukanlah dalam kes-kes *hudūd* dan *qisās*
- dan hendaklah tidak disebutkan semasa memberikan *wakālah* yang wakil tidak diberikan hak melakukan *iqrār*.<sup>75</sup>

Kecenderungan yang sama dilihat dalam dalam kes suhl, di mana para fuqaha' Ḥanafī dan Ḥanbalī berpendapat peguam tidak boleh melakukan suhl. Manakala pendapat *al-ashāh* dalam mazhab Syāfi'i menjelaskan selain dari tidak diharuskan melakukan suhl, mereka juga tidak boleh mengugurkan hutang (*ibrā'*) atau menerima hutang.<sup>76</sup>

Sama seperti *iqrār*, di mana alasan untuk tidak mengharuskan peguam melakukan suhl kerana mereka dilantik untuk tujuan pertikaian sedangkan suhl untuk

<sup>73</sup> Ia termasuk juga *iqrār* dalam kes suhl. Menurut *jumhūr* al-Ḥanafī, perwakilan untuk pertikaian ialah perwakilan untuk menjawab dan ia merupakan hak di sisi Allah s.w.t dan ia mungkin dalam bentuk ingkar atau iqrar. Lihat Muḥammad 'Alā' al-Dīn Afandiy (1979) *op.cit.*, j. 7, cet. 2, h. 365

<sup>74</sup> Menurut Abū Yusuf ia boleh dilakukan semasa perbicaraan atau pada masa-masa yang lain.

<sup>75</sup> al-Kāṣāñī, (1986), *op.cit.*, j. 6, h. 24,

<sup>76</sup> al-Kāṣāñī, *ibid.* Ibn Qudāmah, (1984), *op.cit.*, j. 5, h. 218, al-Syīrazi, (t.t), *op.cit.*, j. 1, h. 351, Muḥammad 'Alā' al-Dīn Afandiy (1979), *op.cit.*, j. 7, cet. 2, h. 365

tujuan perdamaian. Dalam konteks ini para fuqaha' secara umumnya melihat aspek pertentangan matlamat sebagai suatu yang menghalang tujuan tersebut dilaksanakan.

Namun demikian pandangan ini berdasarkan kenyataan bahawa *muwakkil* tidak memberikan kuasa kepada wakil untuk melakukan suluhan atau *iqrār*. Tetapi jika wakil diberikan kuasa untuk melakukannya maka tidak timbul keraguan tentang kesahan suluhan tersebut. Artikel 1850 *Majallah al-Ahkām al-'Adliyyah* juga memperuntukkan:

"Jika salah satu pihak telah melantik salah seorang *hakam* sebagai wakilnya untuk mengadakan suluhan dalam perkara yang dipertikaikan dan pihak yang satu lagi melantik *hakam* yang lain, dan mereka mengadakan suluhan dengan menurut kaedah-kaedah yang terdapat dalam kitab *al-sulh* tidak boleh salah satu pihak enggan menerima suluhan itu.

Pada asasnya kehadiran peguam dalam prosiding mahkamah Syariah telah menjadi amalan sejak penubuhan Mahkamah Syariah di bawah undang-undang pentadbiran hukum syarak negeri-negeri. Negeri Selangor contohnya telah membenarkan kehadiran peguam di mahkamah syariah sejak daripada penubuhannya berdasarkan kehendak Undang-undang Pentadbiran Negeri Selangor No. 3, Tahun 1952.<sup>77</sup> undang-undang pentadbiran hukum syarak negeri-negeri di Malaysia.

Adalah menjadi amalan di Mahkamah Syariah selama ini bahawa selain dari hakim, peguam juga bertanggungjawab mengadakan suluhan dalam kes-kes yang diwakili mereka. Dalam usaha mereka untuk menggalakkan pihak-pihak bertikai mengadakan suluhan, ada kalanya para peguam telah memohon kepada mahkamah untuk menangguhkan kes bagi memberikan peluang kepada anak guam mereka untuk

<sup>77</sup> Lihat sek. 50(1) Undang-Undang Pentadbiran Agama Islam Negeri Selangor Bil: 3/52.

berunding dan seterusnya mencapai penyelesaian secara sulu. Selalunya para hakim akan memberikan kebenaran untuk mereka menangguhkan kes tersebut. Namun demikian, para hakim, sebelum membenarkan penangguhan tersebut telah menjelaskan kepada pihak-pihak dan para peguam mereka sabda Baginda s.'a.w yang memperingatkan tentang perlunya proses sulu dikendalikan secara adil dan saksama. Apabila persetujuan telah dicapai pihak-pihak akan memohon kepada Mahkamah untuk merekodkan persetujuan tersebut dan mahkamah akan merekodkannya sebagai "perintah berdasarkan persetujuan bersama".<sup>78</sup>

### 3.4. Mediasi/*Wasatah*

Boule dan Nesic menjelaskan bahawa dalam kebanyakan masyarakat tradisi di mana tiada kekuasaan politik dan institusi undang-undang yang formal, mediasi<sup>79</sup>

<sup>78</sup> Hj Mohd Naim bin Hj Mokhtar (2001), *op.cit.*, h. 1xxxvi

<sup>79</sup> Dalam sistem undang-undang konvensional mediasi diklasifikasikan sebagai salah satu kaedah dalam Penyelesaian Pertikaian Alternatif atau *Alternatif Dispute Resolution (ADR)*. Penyelesaian Pertikaian Alternatif di definisikan sebagai prosedur yang dilaksanakan sebagai alternatif kepada proses perbicaraan di mahkamah (litigasi). Bevan menjelaskan, terma ADR merujuk kepada kepelbagaiannya prosedur penyelesaian pertikaian yang muncul di Amerika lebih dari lima belas tahun dahulu untuk mengatasi kelemahan yang berpuncu dari prosedur litigasi dan arbitrasi. Prosedur ini diperkenalkan untuk menggalakkan pihak-pihak dalam pertikaian tersebut bersikap lebih terbuka dan dapat berkomunikasi dengan baik seterusnya dapat mengurangkan proses penyelesaian kes yang lebih bersifat permusuhan.

Abu Nimer pula berpendapat proses Penyelesaian Pertikaian Alternatif ini mula diasaskan sebagai bidang multidisiplin dalam sistem sosial dan peradaban Barat. Disiplin kajian ini mula berkembang semenjak tahun 1950. Kemunculannya sebagai disiplin kajian kajian mula dikesan dengan munculnya gerakan hubungan antara manusia dan hubungan antara kelompok iaitu era yang lahir seiring dengan perang dunia kedua. Berbanding dengan barat, proses penyelesaian pertikaian dan penyelesaian konflik seperti perundingan (*negotiation*), mediasi (*mediation*) dan arbitrasi (*arbitration*) telah pun diaplikasikan dalam masyarakat Islam tradisional atau moden. Dalam kajian-kajian yang dilakukan di Lebanon, Morocco, Mesir, Yaman dan Palestin menunjukkan bahawa tradisi ini telah diimplementasikan dalam tiga kategori masyarakat Timur Tengah iaitu masyarakat bandar, kampung dan nomad Badwi. Prosedur tradisi ini telah pun diaplikasikan semenjak beratus-ratus tahun dahulu bagi menyelesaikan konflik antara individu, masyarakat dan agama. Sebagai contoh sebuah daerah di Palestin, Galilee telah menggunakan proses *sulu* untuk menyelesaikan pertikaian samada ia melibatkan pertikaian antara keluarga atau antara komuniti kampung dan proses ini melibatkan ritual atau prosedur yang bersifat logistik dan tradisional

tidak dianggap sebagai kaedah alternatif dalam menyelesaikan pertikaian.<sup>80</sup> Berlainan dengan amalan di kalangan masyarakat barat yang menganggap mediasi sebagai kaedah alternatif kepada proses litigasi dalam menyelesaikan pertikaian. Jandt dan Pedersen telah menyokong kenyataan ini dengan menjelaskan bahawa masyarakat yang mengamalkan undang-undang adat menganggap institusi mahkamah sebagai alternatif kepada proses mediasi.<sup>81</sup>

---

Syed Khalid Rasyid mengulas bahawa "gelombang anti litigasi" bermula di Amerika di sekitar akhir tahun 70an dan gerakan ini disempurnakan pada tahun 1998 dengan tergubalnya peruntukan *Federal Alternative Dispute Resolution Act 1998*. Akta 1998 ini mempunyai bidangkuasanya yang sangat komprehensif. Ia memberi kuasa kepada setiap mahkamah daerah di Amerika untuk melaksanakan kaedah ADR dalam setiap kes sivil yang didapati sesuai dan munasabah untuk diselesaikan melalui proses tersebut. Akta ini menghendakki pihak-pihak dalam pertikaian sivil menggunakan sekurang-kurangnya satu daripada kaedah-kaedah ADR di bawah pengawasan mahkamah. Akta ini tidak bermaksud untuk menghalang pihak-pihak secara bersendirinya menggunakan kaedah tersebut tanpa merujuk pertikaian ini ke mahkamah, tetapi apa yang ingin dipastikan oleh akta ini ialah apabila pihak-pihak datang ke mahkamah untuk menyelesaikan kes atau pertikaian, mereka tidak akan dibenarkan meneruskan perbicaraan sebelum cuba menyelesaikan pertikaian melalui kaedah ADR yang dicadangkan oleh mahkamah.

Menurut Bevan ADR terdiri dari beberapa kaedah seperti perundingan (*negotiation*), konsiliasi (*conciliation*), mediasi (*mediation*), arbitrasi (*arbitration*) kombinasi mediasi dan arbitrasi (*med-arb*), (*rent-a-judge/private judging*), mini perbicaraan (*mini trials*) dan *muftisib* (*ombudsman*). Abu Nimer pula menjelaskan kebanyakannya sarjana Penyelesaian Pertikaian Alternatif tidak bersepakat tentang kaedah-kaedah yang dikategorikan sebagai Kaedah Alternatif Penyelesaian Pertikaian. Sesetengah sarjana mengkategorikan arbitrasi sebagai salah satu kaedah dalam ADR tetapi tidak konsiliasi, begitu juga sebaliknya.

Lihat Harry Brown & Arthur Marriot (1999), *ADR Principles and Practice*, London: Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup>ed ,h. 9, L. Boule & Teh Hwee Hwee (2000), *Mediation Principles Process Practice*, Singapore: Butterworth Asia, h. 31, Alexander H. Bevan (1992), *Alternative Dispute Resolution*, London: Sweet & Maxwell, h. 2-7 Lihat Mohammed Abu Nimer (1996), *op.cit.*, h.25-27, Victor Ayoub (1965), *op.cit.*, h.11-17, J.E.Rothenberger (1978), "The Social Dynamic of Dispute Settlement in a Sunni Muslim Village in Lebanon" dalam Laura Nader and Harry F.Todd Jr (ed) *The Disputing Process-Law in Ten Societies*, New York: Columbia University Press 152-81, Syed Khalid Rashid (2002), *op.cit.*, h. 12-13

<sup>80</sup> Laurence Boulle & Miryana Nesic (2001), *Mediation, Principles Process Practice*, U.Kingdom: Butterworths, h. 31, Fred E. Jandt & Paul B. Pedersen (1996), "The Cultural Context of Mediation and Constructive Conflict Management" dalam Fred E. Jandt & Paul B. Pedersen (ed) *Constructive Conflict Management: Asia Pacific Cases*, London: Sage Publication h. 263.

<sup>81</sup> Fred E. Jandt & Paul B. Pedersen, *ibid*.

### 3.4.1. Definisi Mediasi

Mediasi berasal dari perkataan Latin *mediāt-us, mediāre* yang bermaksud berada di tengah-tengah (*to occupy an intermediate*) atau tempat yang di tengah atau posisi tengah. Menjadi pengantara (*to mediate*) pula bermaksud “ bertindak sebagai orang tengah atau pengantara yang melakukan intervensi untuk tujuan mendamaikan atau menyelesaikan pertikaian dengan menggunakan proses mediasi”.<sup>82</sup>

Terdapat banyak literatur yang mendefinisikan istilah mediasi dalam berbagai redaksi.<sup>83</sup> Ada definisi yang lebih khusus seperti takrif yang dikemukakan oleh Folberg dan Taylor iaitu:-

*“The process by which the participants, together with the assistant of a neutral person or persons, systematically isolate disputed issues in order to develop options, consider alternatives, and reach a consensual settlement that will accommodate their needs”.*<sup>84</sup>

Ada definisi yang lebih ringkas dan umum seperti yang diberikan oleh Boulle dan Nesic iaitu: *“It could be just an incremental bargaining towards a compromise solution”*.<sup>85</sup>

Secara umumnya mediasi ialah satu proses di mana pihak ketiga yang neutral membantu pihak-pihak kepada pertikaian berunding dan mencapai penyelesaian

<sup>82</sup>Oxford English Dictionary (1961), Oxford: Clarendon Press, bil. VI, h. I291-92

<sup>83</sup>Brown., Henry & Marriot, Arthur (1999), *op.cit.*, h. 127-28, Mac Farlane, Julie, (1997), “An Alternative to What?” dalam Mac Farlane, J. (ed) (1997), *Rethinking Disputes: The Mediation Alternative*, London: Cavendish Publishing Limited, h. 2, Folberg, J & Taylor, A. (1984), *Mediation: A Comparative Guide To Resolving Conflict Without Litigation*, San Francisco: Jossey-Bass, h. 7, Boulle, Laurence, & Teh Hwee Hwee (2000), *op.cit.*, h. 3-4

<sup>84</sup>J. Folberg & A. Taylor (1984), *ibid.*, h. 7

<sup>85</sup>Boulle & Nesic (2001), *op.cit.* h. 3

secara damai. Ini bermakna mediasi memerlukan proses perundingan terpimpin (*assisted negotiation*) secara langsung antara pihak-pihak bertikai. Proses mediasi melibatkan pihak ketiga yang berkecuali (tidak mempunyai apa-apa kepentingan dalam kes yang dipertikaikan) dalam ertikata dia hanya bertindak sebagai fasilitator dalam perundingan tersebut. Pihak ketiga juga tidak mempunyai apa-apa kuasa formal untuk memaksa pihak-pihak bertikai, tetapi boleh mempengaruhi mereka supaya bersetuju dengan sebarang penyelesaian yang dibuat dan sanggup berdamai. Dalam ertikata lain pihak ketiga mengawal perundingan dan perbincangan tetapi pihak-pihak bertikai diberi kuasa sepenuhnya untuk membuat keputusan masing-masing.<sup>86</sup>

Tegasnya, matlamat mediasi ialah mewujudkan suatu proses yang adil bagi kedua-dua pihak semasa membuat perundingan atau dengan lain perkataan fokus utama mediasi ialah kepada perjalanan proses mediasi itu sendiri.

Begitu pun menurut Wan Halim Othman proses mediasi perlu ditujukan kearah mencapai suatu keputusan yang dapat mengurangkan konflik yang dihadapi oleh pihak-pihak terlibat. Ini bererti walau bagaimana memuaskan sekalipun proses mediasi bagi semua pihak tetapi jika tidak mencapai satu keputusan yang konkret

<sup>86</sup>Roberts, M. (1997), *Mediation in Family Disputes: Principle of Practice*, Ashgate Publishing Company, h. 4

maka, ada kemungkinan konflik itu hanya diketepikan sementara waktu sahaja dan akan timbul semula ataupun berulang pada masa akan datang.<sup>87</sup>

Terma mediasi seharusnya merujuk kepada suatu prosedur yang konsisten, namun secara realitinya mediasi terdiri dari berbagai-bagai model dan mencakupi pelbagai bidang yang mempunyai tradisi, semangat dan budaya yang tersendiri. Oleh yang demikian pengantara (mediator) yang mengendalikan proses pengantaraan dalam pertikaian komersial akan menggunakan prosedur dan pertimbangan yang berbeza dari pengantara yang mengendalikan pertikaian komuniti. Kedua-duanya juga berbeza dengan pengantara yang mengendalikan mediasi perburuhan dan perceraian. Walaupun begitu terdapat beberapa prinsip yang fundamental dan dikongsi bersama oleh proses mediasi dalam isu-isu yang meskipun berbeza semangat, budaya dan tradisinya.

### 3.4.2. Ciri-ciri Umum Mediasi

Meskipun proses mediasi merangkumi isu-isu pertikaian<sup>88</sup> yang berbeza-beza namun terdapat beberapa ciri umum yang mencakupi kesemua proses mediasi, seperti:<sup>89</sup>

<sup>87</sup> Wan Halim Othman (2002), "Mediasi Sebagai Mekanisma Penyelesaian Pertikaian Dalam Keluarga Komuniti" kertas kerja dibentangkan dalam Seminar Kebangsaan Penyelesaian Pertikaian Alternatif pada 4-5 Februari 2002

<sup>88</sup> Antara isu-isu pertikaian tersebut ialah:

i-Mediasi dalam pertikaian komersial dan sivil dan tuntutan perlanggaran cukai  
ii-mediasi dalam pertikaian buruh dan industri  
iii-mediasi dalam pertikaian keluarga termasuk isu-isu yang berbangkit dari perpisahan atau perceraian  
iv-mediasi dalam isu-isu komuniti dan kejiranan  
v-mediasi yang melibatkan polisi awam dan konflik sosial

1. Penggunaan pengantara; secara jelasnya mediasi tidak akan terlaksana tanpa pengantara. Mediasi membawa kepada proses penyelesaian pertikaian oleh pihak ketiga yang neutral yang bertujuan untuk mencetuskan dinamika baru dalam hubungan pihak-pihak bertikai dan keadaan ini tidak akan berlaku kecuali pihak-pihak itu sendiri atau wakil mereka bertindak proaktif melakukan perundingan secara langsung.
2. Pengantara yang bersikap neutral (tidak mempunyai apa-apa hubungan dengan pihak-pihak) dan berkecuali (*impartial* - tidak menyebelahi mana-mana pihak); Dalam mana-mana proses mediasi, pengantara mestilah sentiasa mengekalkan kedudukan dan perhubungannya sebagai seorang yang tidak terlalu rapat dengan mana-mana pihak kerana ia akan menjelaskan sikap berkecualinya yang akan memberikan kesan dalam proses mediasi.
3. Autoriti Pengantara; pengantara tidak mempunyai apa-apa autoriti selain dari apa yang dijelaskan oleh pihak-pihak samada secara eksplisit atau implisit. Jika pihak-pihak memutuskan untuk menamatkan kuasa dan autoriti pengantara maka dengan sendirinya proses mediasi berakhir.
4. Penyelesaian secara konsensus; keputusan penyelesaian yang mengikat pihak-pihak terhasil dari proses mediasi berikutan keputusan yang dibuat pihak-pihak secara bersama tanpa paksaan atau gesaan dari pihak ketiga.
5. Matlamat penyelesaian; semua proses mediasi mempunyai matlamat asas untuk mendapatkan jalan penyelesaian dalam perkara-perkara yang pihak-pihak

---

vi-mediasi yang berkaitan dengan isu-isu antarabangsa

vii-lain-lain bidang seperti akademia, gereja, hospital dan lain-lain .

<sup>89</sup>Brown & Marriot (1999), *op.cit.*, h. 109-11

tersebut pertikaikan. Mediasi memerlukan perjanjian tertentu untuk mencapai hasil penyelesaian yang paling maksima demi menjaga kepentingan pihak-pihak dalam pertikaian tersebut.

6. Perundingan yang berbentuk fasilitasi; Fungsi asas pengantara ialah membantu pihak-pihak melalui proses perundingan yang dianjurkan oleh mereka. Semua proses mediasi melibatkan elemen fasilitasi yang diperolehi oleh pengantara samada melalui proses komunikasi atau latihan-latihan kemahiran yang lain. Meskipun pengantara mempunyai kemahiran untuk melakukan perundingan tetapi ia bukanlah bermaksud pengantara yang harus berunding dengan pihak-pihak. Pengantara boleh menggunakan kemahirannya untuk membantu pihak-pihak berunding antara satu sama lain.
7. Menyediakan persekitaran yang selamat untuk berunding; Salah satu objektif utama dan amalan umum dalam proses mediasi ialah memastikan persekitaran adalah kondusif untuk berunding bagi mencapai penyelesaian. Ianya ditumpukan kepada ciri-ciri fizikal seperti keadaan bilik yang kondusif dan kedudukan pihak-pihak agar berada dalam keadaan selamat dan selesa semasa proses mediasi. Ia juga ditumpukan kepada peraturan-peraturan asas (*ground rules*) seperti tidak membenarkan serangan peribadi atau akhlak terhadap mana-mana pihak serta ketegasan mediator mengawal keadaan untuk mengelakkan sebarang kejadian yang tidak dingini berlaku.
8. Memperkasakan pihak-pihak; Memperkasakan pihak-pihak dalam proses mediasi bermaksud berusaha atau memastikan setiap pihak mampu mengemukakan kes mereka dengan sepenuhnya, berupaya membuat keputusan

- sendiri dan seterusnya mengurangkan pergantungan mereka kepada pihak ketiga.
9. Privasi dan kerahsiāan; Salah satu prinsip dalam semua bentuk mediasi ialah ia mestilah bersifat privasi dan tertutup. Tiada apa-apa maklumat atau perkara yang dibincangkan dalam proses mediasi boleh didedahkan tanpa izin pihak-pihak berkenaan.
  10. Kekangan kepada peningkatan isu-isu. Proses penyelesaian secara perbicaraan berkecenderungan melahirkan pendekatan untuk menentang dan bermusuhan sedangkan proses mediasi menggalakkan pihak-pihak sama-sama berikhtiar mencari penyelesaian, dengan menggalakkan komunikasi dan luahan emosi dalam forum yang terkawal dan konstruktif. Seorang pengantara yang berpengalaman akan mengambil kira hal ini dan membenarkan setiap pihak yang bertikai menyuarakan rasa hatinya dengan sepenuhnya atau melepaskan rasa geramnya terhadap pihak lawan. Oleh yang demikian mediasi secara umumnya mempunyai implikasi kepada tahap peningkatan isu-isu dan pertentangan idea. Ini bermakna pihak-pihak yang bertikai tetapi mempunyai hubungan antara satu sama lain samada dalam bisnes, keluarga atau peribadi berkecenderungan untuk mengekalkan hubungan tersebut atau menamatkannya secara lebih ko-operatif melalui proses mediasi berbanding proses perbicaraan.

#### **3.4.2.1 Mediasi Kekeluargaan**

Meskipun mediasi kekeluargaan merupakan salah satu cabang dari ADR namun ia berbeza dengan metod penyelesaian pertikaian alternatif yang lain kerana ia tidak

menjurus kepada permasalahan itu secara khusus, tetapi kepada hasil yang lahir dari permasalahan seperti kehancuran hubungan antara pihak-pihak. Isu-isu yang timbul boleh membawa kepada pertikaian, tetapi penglibatan pengantara secara umumnya akan dapat membantu pihak-pihak membuat keputusan yang akan memberikan implikasi terhadap masa depan mereka dan anak-anak jika ada. Pengantara juga akan membantu mereka memformulasi cara-cara untuk mengendalikan perubahan dalam hidup mereka selepas berlakunya perceraian.<sup>90</sup>

Secara jelasnya mediasi kekeluargaan bermaksud suatu proses di mana pihak ketiga (mediator) yang bersikap berkecuali membantu pasangan yang dalam proses untuk berpisah atau bercerai, bertemu untuk berunding sesama mereka dan mencapai persetujuan atas beberapa atau kesemua isu yang berkaitan dengan perceraian, anak-anak dan harta.

Oleh kerana pihak-pihak bertemu dan berunding secara bersemuka, maka ia memungkinkan interaksi yang bermakna. Tidak seperti proses perbicaraan, mediasi merupakan suatu proses yang fleksibel yang boleh mengimbangi perbezaan kehendak pihak-pihak. Secara prinsipnya mediasi kekeluargaan terdiri dari beberapa ciri asas:

- i)      intervensi pihak ketiga yang bersifat neutral dan berkecuali
- ii)     pihak-pihak atau pasangan atau ahli-ahli keluarga yang lain
- iii)     penggunaan skil atau kemahiran komunikasi dan fasilitasi untuk membantu pihak-pihak berunding antara satu sama lain

<sup>90</sup>Brown & Marriot (1999), *op.cit.*, h.179, meskipun terdapat perbezaan budaya dan bidang dalam mediasi keluarga dan perceraian namun secara umumnya terdapat banyak pertindihan proses yang berlaku. Dengan ertikata lain lebih banyak persamaan dari perbezaannya antara mediasi dalam pertikaian keluarga dengan proses-proses ADR yang lain.

iv) dan seterusnya (proses rundingan antara pihak-pihak) membantu mereka membuat keputusan

Secara kesimpulannya, dalam mediasi kekeluargaan pihak-pihak berkuasa penuh membuat keputusan (*in control of decision*) dan pengantara yang bersifat neutral dan berkecuali hanya bertindak sebagai pemungkin atau pengawal kepada proses perundingan (*in control of process*) agar pihak-pihak mencapai kata sepakat atas perkara-perkara yang dipertikaikan. Pengantara tidak akan memaksa mana-mana pihak untuk menerima sebarang penyelesaian.

Umumnya, keperluan kepada proses mediasi/konsiliasi ini lahir dari kesedaran bahawa perlunya pihak-pihak yang dalam proses perceraian diberikan peluang yang konstruktif untuk berdamai (*reconciliation*). Jika ini merupakan suatu yang mustahil dicapai sekurang-kurangnya tahap emosi pihak-pihak dapat diminimakan dan dengan demikian isu-isu berkaitan perceraian boleh dirundingkan dan diselesaikan secara baik.

...  
-

Di England semenjak tahun 1976 tahap keperihatinan masyarakat terhadap proses konsiliasi perceraian kian meningkat. Perceraian secara persetujuan bersama merupakan cara yang paling baik bagi pihak-pihak dan anak-anak berbanding proses perbicaraan. Parkinson salah seorang pelopor kepada konsiliasi/mediasi menjelaskan<sup>91</sup>:

*"A legal process which facilitates agreement can help couples to re-organise their lives and relationships in a humane and civilised way,*

---

<sup>91</sup> Parkinson, (1986), *op.cit.*, h.11

*whereas a process which concentrates on establishing which spouse is the guilty one increases antagonism and discourages constructive solutions”*

### **3.4.3. Perbezaan di antara Mediasi dan Lain-Lain Kaedah Penyelesaian Pertikaian**

#### **3.4.3.1. Mediasi dan Perundingan**

Perundingan sering dirujuk sebagai kaedah yang paling primari dalam mana-mana proses penyelesaian pertikaian. Indikasi ini menunjukkan bahawa ia merupakan sebahagian dari elemen dalam mana-mana proses penyelesaian pertikaian termasuklah mediasi. Perundingan merupakan kaedah yang paling jelas, mudah dan cepat samada melibatkan dua belah pihak atau lebih. Semua proses perundingan samada antara firma perniagaan, individu, kerajaan atau jiran akan melibatkan pihak-pihak itu sendiri secara langsung untuk mengendalikan masalah melalui prosedur tradisi seperti tawar menawar, kompromi dan penyesuaian.

Proses perundingan ialah kaedah yang paling fleksibel samada dari segi formaliti, masa, pihak-pihak kepada pertikaian, fokus dan keputusan yang dicapai. Meskipun dalam sesetengah keadaan keputusan dipengaruhi oleh undang-undang atau taraf sosial di mana proses itu berlaku. Proses perundingan yang dilakukan oleh pihak-pihak bertikai disebut sebagai perundingan tidak terpimpin. Dalam sesetengah keadaan mereka yang mahir seperti peguam atau pakar perunding turut terlibat dalam proses perundingan sebagai penasihat sokongan atau pakar rujuk kepada pihak masing-masing dan ini disebut sebagai perundingan sokongan. Dalam konteks yang lain pula jika pihak luar yang terlibat tidak bertindak atas kapasiti sokongan tetapi

bertindak menjana perundingan, ini disebut sebagai perundingan terpimpin. Mediasi ialah suatu kaedah perundingan secara terpimpin.

Perbezaan jelas di antara mediasi dan proses perundingan tidak terpimpin ialah tidak adanya penglibatan pihak ketiga yang dikenali sebagai mediator dalam proses tersebut. Apabila pengantara dilantik oleh pihak-pihak bertikai atau oleh mereka yang berautoriti untuk melakukan intervensi dalam pertikaian, fungsi pengantara hanyalah untuk membantu pihak-pihak dalam proses perundingan mereka. Dari segi kualitatifnya mediasi berbeza dengan perundingan tidak terpimpin kerana ia mampu meningkatkan dan menyelenggara peraturan-peraturan proses perundingan, menyediakan struktur dan momentum dalam memajukan proses komunikasi, menjelaskan teknik-teknik penyelesaian masalah dan berdepan dengan mereka jika tiada jalan penyelesaian.

Proses mediasi dan teknik-teknik mediator mampu mensedekanakan sikap yang ekstrim, memudahkan penghasilan pilihan yang kreatif, cara penyelesaian masalah yang lebih efisyen dan produktif berbanding dengan kes-kes perundingan yang tidak terpimpin<sup>92</sup>

### **3.4.3.2. Mediasi dan Perbicaraan**

Mediasi boleh dibezakan dengan proses perbicaraan dari beberapa aspek: Proses perbicaraan bersifat formal, tidak fleksibel atau terkawal kerana terikat dengan proedur, aturan dan kaedah mahkamah yang ketat. Manakala mediasi ialah suatu

<sup>92</sup>Boulle & Nesic (2001), *op.cit.*, h.77-78

proses yang tidak formal dan fleksibel. Umpamanya pengantara boleh membawa bersamanya seorang pembantu pengantara atau *co-mediator* (seperti pakar dalam bidang-bidang tertentu) yang dipercayai sikap keberkecualianya dan kepakarannya oleh kedua-dua pihak yang bertikai. Ini berbeza dengan keterangan seorang saksi pakar dalam prosiding mahkamah di mana pakar itu mungkin diyakini oleh pihak yang memanggilnya tetapi dicurigai oleh pihak lawannya.<sup>93</sup>

Proses perbicaraan adalah terhad dari segi keupayaannya untuk memenuhi semua kepentingan dan keperluan pihak-pihak kerana keputusan di jatuhkan oleh hakim.<sup>94</sup> Secara prinsipnya keputusan hakim adalah berdasarkan keterangan-keterangan yang diperolehi semasa proses perbicaraan. Kemungkinan salah satu pihak berjaya menunjukkan kekuatan hujjahnya meskipun dia bukanlah pihak yang benar.

Oleh yang demikian, keputusan itu akan memihak kepadanya dan ini menimbulkan rasa tidak puas hati kepada pihak yang satu lagi. Berbeza dengan proses mediasi di mana penyelesaian dicapai secara damai atau sukarela oleh pihak-pihak berdasarkan pilihan, keperluan dan kepentingan mereka sendiri tanpa sebarang tekanan atau paksaan dari mana-mana pihak. Mereka sendiri yang memutuskan samada keputusan yang diperolehi adalah adil, munasabah dan boleh diterima mengikut perspektif masing-masing. Oleh kerana itulah keputusan yang dicapai melalui proses mediasi dianggap lebih fleksibel kerana ia dipilih dan dipersetujui oleh -

<sup>93</sup>Marjorie O. Rendell (2000), "ADR versus Litigation" *Dispute Resolution Journal*, New York, February 2000, vol. 55, h. 69

<sup>94</sup>Ibid.

pihak-pihak berbanding proses perbicaraan yang keputusannya diputuskan oleh hakim.<sup>95</sup>

Proses mediasi membangkitkan kesedaran tentang perlunya penyertaan daripada pihak-pihak dalam usaha mencapai penyelesaian. Oleh yang demikian mereka mempunyai komitmen yang kuat terhadap keputusan yang dicapai dan bukanlah suatu yang memerlukan jika nilai kepatuhan terhadap keputusan yang dicapai melalui mediasi lebih besar dari nilai kepatuhan terhadap keputusan yang diputuskan melalui perbicaraan.<sup>96</sup>

Pilihan atau keputusan yang dicapai melalui proses mediasi tidak mengikat kecuali dinyatakan sebaliknya (iaitu pihak-pihak membuat perjanjian atas penyelesaian yang dicapai dan kemudiannya dimeterai). Ia berbeza sekali dengan keputusan yang diputuskan melalui proses perbicaraan di mana hakim yang membuat keputusan dan keputusan tersebut mengikat pihak-pihak yang bertikai.

Mediasi dilaksanakan atas dasar kerjasama serta kesepakatan dan bukannya permusuhan. Berbanding dengan perbicaraan, fungsi pengantara dalam sesuatu pertikaian menjurus kepada pendekatan pembimbing, pemudahcara dan memangkin kepada proses komunikasi dan perundingan antara pihak-pihak. Kerana itulah dalam banyak hal mediasi disebut sebagai proses yang menawarkan cara penyelesaian yang terbaik berbanding perbicaraan.

<sup>95</sup>Stephen B. Goldberg et.al (1999), *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes* (2<sup>nd</sup> Ed), London: Little Brown & Company, h. 300

<sup>96</sup>*ibid*

Mediasi juga selalu di jelaskan sebagai proses yang mengambil masa penyelesaian yang singkat berbanding proses perbicaraan yang boleh berlanjut hingga beberapa tahun dan memakan belanja yang besar. Dengan lain perkataan ia lebih menjimatkan masa, tenaga dan wang ringgit.<sup>97</sup>

Begitu pun, mediasi tidak semestinya lebih murah dari perbicaraan kerana dalam kes-kes tertentu ia lebih mahal berbanding perbicaraan. Ini disebabkan yuran yang dikehendaki oleh mediator itu tinggi<sup>98</sup> (berasaskan tahap kepakarannya) dan juga kerana kes tersebut tidak dapat diselesaikan dalam jangkamasa yang singkat.<sup>99</sup>

### 3.4.3.3.Mediasi Dan Konsiliasi

Istilah mediasi (*mediation*) kadang-kadang disebut sebagai konsiliasi (*conciliation*).<sup>100</sup> Konsiliasi adalah proses di mana satu pihak yang bersifat neutral (pihak ketiga-pengantara atau konsiliator) membantu pihak-pihak yang bertikai supaya berunding dan mencapai penyelesaian secara sukarela.<sup>101</sup> Ia selalunya dirujuk kepada proses bagi membantu pihak-pihak untuk berunding dan mencapai penyelesaian atas perkara-perkara yang berbangkit dari perceraian seperti hak penjagaan anak, harta atau lain-lain peruntukan kewangan. Bagaimanapun definisi ini juga memberi erti yang sama kepada mediasi.

<sup>97</sup> Salleh Buang dalam rencananya “Manfaatkan kelebihan mediasi” dalam kolumn Peguam Menulis, Utusan Malaysia 26 Jun 2001

<sup>98</sup> Perkhidmatan pengantara yang mengenakan bayaran kepada mediator dan ia selalunya dikendalikan oleh mediator persendirian

<sup>99</sup> Salleh Buang (26 Jun 2001), *op.cit.*

<sup>100</sup> Alexander H. Bevan (1992), *op.cit.*, h. 15 Brown, H, & Marriot, A, (1999), *op.cit.*, h. 9, L. Boulle & Teh Hwee Hwee (2000), *op.cit.*, h. 31.

<sup>101</sup> Bevan (1992), *ibid.*, h. 15

Bevan membezakan konsiliasi dan mediasi dari segi pertikaian yang dicakupi. Menurutnya, konsiliasi melibatkan kes-kes industri dan komersial manakala mediasi digunakan dalam kes-kes kekeluargaan. Walaupun begitu kadangkala konsiliasi juga melibatkan kes-kes pertikaian keluarga.<sup>102</sup>

Brown & Marriot membezakan antara konsiliasi dan mediasi dari segi tahap campurtangan pihak ketiga. Mediator dalam proses konsiliasi hanya bertindak sebagai fasilitator tanpa memberikan apa-apa keputusan atau cadangan kepada pihak-pihak bertikai. Manakala mediator dalam proses mediasi selain dari bertindak sebagai fasilitator turut bertindak memberi cadangan atau pilihan dan terpulang kepada pihak-pihak yang terlibat untuk membuat keputusan.<sup>103</sup>

Mediator tidak akan memaksa mana-mana pihak untuk mendapat penyelesaian. Meskipun pihak ketiga mengawal proses tersebut, pihak-pihak bertikai masih lagi menguasai, mengawal kandungan serta hasil sesuatu penyelesaian. Proses yang berjalan berbentuk sukarela dan tidak mengikat kecuali jika keputusan telah dipersetujui dan ditandatangani di antara plaintiff dan defendant.

Pihak-pihak itu sendiri memutuskan samada hasil yang diperolehi adalah adil, munasabah dan boleh diterima mengikut perspektif masing-masing. Peranan mediator lebih proaktif dalam proses mediasi tetapi tidak bagi mediator/konsiliator dalam prosedur konsiliasi yang hanya bertindak sebagai fasilitator.

---

<sup>102</sup>*Ibid.*

<sup>103</sup>*Ibid.*, Brown & Marriot,*op.cit.*, h. 108

Begitu pun Newman dan Noone berpendapat sebaliknya iaitu mediator/konsiliator dalam proses konsiliasi bertindak lebih pro-aktif dalam membantu pihak-pihak mencapai penyelesaian.<sup>104</sup>

Sebenarnya samada peranan mediator lebih pro-aktif atau hanya bersifat fasilitatif bukannya bergantung kepada proses yang dijalankan tetapi perbezaan peranan ini banyak bergantung kepada sifat dan ciri-ciri pertikaian yang dihadapi, tahap kebergantungan plaintiff dan defendant kepada pengantara dan juga kemahiran pengantara. Sehubungan itu, peranan mediator bersifat lebih pro-aktif dalam mana-mana proses bukanlah asas utama kepada perbezaan konsiliasi dan mediasi.<sup>105</sup>

Pada dasarnya penggunaan istilah kepada prosedur ini bukanlah suatu yang konsisten kerana kebanyakan sarjana tidak membezakan maksud kedua-dua prosedur ini. Mereka telah membuat kesimpulan bahawa kedua-dua kaedah ini mempunyai banyak persamaan, amat sinonim dan sering digunakan.<sup>106</sup> Boulle dan Nesic menjelaskan: "*There are many areas of overlap between mediation and conciliation, for example in relation to their flexible procedures*".<sup>107</sup> Brown dan Marriot pula menyatakan:

---

<sup>104</sup> Newman, P, *op.cit.* h. 9

<sup>105</sup> Sarvesh Chandra (1997), "ADR: Is Conciliation The Best Choice" dalam P.C.Rao & William Sheffield (ed) (1997), *Alternative Dispute Resolution, What It Is and How Its Work*, Universal Law Publishing Co.Pvt.Ltd, h. 84. Menurut Laurence Boulle proses mediasi juga berbeza dengan lain-lain proses penyelesaian pertikaian seperti arbitrasi dan adjudikasi yang melibatkan campurtangan pihak luar yang secara formal menjadi pembuat keputusan bagi pihak-pihak. Laurence Boulle (2001), *Mediation Skills and Techniques*, Australia: Butterworth, h. 1.

<sup>106</sup> Sarvesh Chandra, *ibid.*, lihat juga Laurence Boulle & Teh Hwee Hwee (2000), *op.cit.*, h. 67-68 Brown & Marriot. (1999), *op.cit.*, h. 108.

<sup>107</sup> Boulle & Nesic, (2001), *op.cit.*, h. 79

*"The term mediation is often used interchangeably with conciliation; sometimes however mediation is understood to involve a process in which the mediator is more pro-active and evaluative than in conciliation; and sometimes the reverse usage is used: there is no national or international consistency of usage of these terms."*<sup>108</sup>

#### **3.4.3.4. Mediasi dan Kaunseling**

Brown dan Marriot berpendapat, mediasi kekeluargaan bukanlah terapi kaunseling dan tidak timbul kekeliruan antara kedua-dua proses ini.<sup>109</sup> Meskipun begitu masih terdapat kekeliruan tentang kedua-dua proses ini kerana ada beberapa persamaan antara mediasi dan kaunseling iaitu:

- (a) Kedua-duanya berurusan dengan pihak-pihak yang bertikai dan membantu mereka untuk berkomunikasi secara baik.
- (b) Sesetengah terapis dan kaunselor bertugas sebagai pengantara. Meskipun mereka dapat membezakan peranan dan tanggungjawab tersebut namun terdapat sangkaan yang salah bahawa kedua-duanya saling berkaitan. Dalam konteks yang lain terdapat organisasi psikoterapi yang menawarkan mediasi sebagai sebahagian dari perkhidmatan mereka.<sup>110</sup>

Secara dasarnya, perbezaan di antara kedua-dua proses ini dapat dilihat daripada matlamat primarinya iaitu:

- (1) Kaunseling dilakukan atas asumsi bahawa ahli keluarga memerlukan rawatan kerana permasalahan jiwa yang tidak stabil. Dengan lain perkataan, kaunseling

<sup>108</sup> Brown & Marriot (1999), *op.cit.*, h. 108

<sup>109</sup> *ibid*, h. 189.

<sup>110</sup> *ibid*

ialah suatu teknik atau kemahiran yang digunakan untuk mengendalikan permasalahan emosi, tingkah laku dan psikologi pelanggan.

- (2) Mediasi tidak menganggap pertikaian yang berlaku akibat dari kehancuran perkahwinan sebagai satu simptom psikopatologi.<sup>111</sup> Mereka tidak dianggap mengalami masalah jiwa hasil dari perceraian atau pertikaian itu.<sup>112</sup>
- (3) Dalam konflik antara individu, proses mediasi akan melibatkan dua pihak atau lebih tetapi kaunseling kadangkala hanya melibatkan satu pihak sahaja<sup>113</sup>
- (4) Objektif yang paling primari dalam proses mediasi ialah membuat pilihan yang praktikal dan efisyen terhadap pertikaian yang dihadapi sedangkan dalam proses kaunseling lebih kepada merawat isu-isu jangka panjang seperti tingkah laku dan pertumbuhan atau perkembangan moral seseorang.<sup>114</sup>
- (5) Secara prinsipnya, kaunseling mengendalikan isu dengan banyak membuat sorotan terhadap faktor-faktor yang telah lepas yang membawa kepada timbulnya masalah tersebut, sedangkan mediasi menumpukan kepada perkara-perkara yang sedang dan akan berlaku serta kesannya terhadap pihak-pihak.<sup>115</sup> Secara kesimpulannya, apapun cara atau model kaunseling ia sebenarnya lebih bersifat terapi manakala pendekatan mediasi lebih bersifat penyelesaian masalah.

---

<sup>111</sup> *ibid*

<sup>112</sup> Boulle & Nesic (2001), *op.cit.*, h. 81

<sup>113</sup> *ibid*

<sup>114</sup> J. Folberg & A. Taylor (1998), *op.cit.*, h. 28-36

<sup>115</sup> Boulle & Nesic (2001), *op.cit.* h. 81

### **3.4.3.5. Mediasi dan Arbitrasi**

Dalam proses arbitrasi, pihak-pihak itu sendiri secara sukarela memilih orang tengah yang berkecuali untuk membuat keputusan terhadap perkara-perkara yang dipertikaikan. Berbanding dengan mediasi dalam proses arbitrasi di mana pihak ketiga (arbitrator) mempunyai kuasa untuk memutuskan penyelesaian atau hukuman berdasarkan keterangan yang diberikan dan keputusan akan dikeluarkan sebagai satu ‘award’ oleh mahkamah serta mengikat pihak-pihak yang bertikai. Perintah penghakiman ini tidak boleh dirayu lagi kecuali dibuktikan bahawa arbitrator telah menyalahi peraturan dalam membuat keputusan.

Berbanding proses mediasi yang bersifat kolaboratif di mana pihak-pihak secara bersama mencari penyelesaian dan kemudiannya membuat keputusan secara bersama. Namun proses arbitrasi lebih bersifat *adversarial* apabila penimbangtara mendengar dan mengambil keterangan lalu membuat keputusan berdasarkan keterangan-keterangan tersebut.

Secara kesimpulannya perbezaan utama antara mediasi dan arbitrasi ialah dari aspek bidangkuasa pihak ketiga. Dalam proses mediasi pihak ketiga tidak mempunyai apa-apa kuasa untuk memerintahkan hukuman tetapi hanya bertindak sebagai pengantara bagi pihak-pihak untuk mencapai penyelesaian.<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup>Noone, Michael. (1996), *Mediation-Essential Legal Skills*, London: Cavendish Publishing Limited, h. 15

### **3.4.3.6. Kombinasi Mediasi dan Arbitrasi [*Med-Arb*]**

*Med-arb* merujuk kepada proses yang bermula dengan mediasi konvensional, tetapi jika pihak-pihak gagal mencari penyelesaian secara bersama lalu pihak-pihak bersetuju supaya mediator bertindak sebagai arbitrator untuk membuat keputusan bagi pihak mereka. Dalam sesetengah kes, pihak-pihak sendiri memutuskan untuk menyelesaikan pertikaian melalui proses arbitrasi sebelum bermulanya proses *med-arb*. Namun dalam sesetengah keadaan, pihak ketiga yang memutuskan untuk melaksanakan arbitrasi apabila mediasi gagal mencapai penyelesaian.<sup>117</sup>

Begitu pun proses *med-arb* telah menerima kritikan di kalangan pengamal undang-undang di sesetengah negara seperti di United Kingdom. Persoalan yang timbul ialah samada mediator dan arbitrator boleh terdiri dari individu yang sama sedangkan mediator telah menerima informasi yang bersifat kerahsiaan dan privasi melalui proses mediasi. Oleh kerana mediasi dikendalikan tanpa apa-apa prejudis, mediator tidak boleh bergantung kepada informasi yang telah diperolehnya untuk membuat keputusan dalam proses arbitrasi.<sup>118</sup> Sehubungan itu prosedur *med-arb* agak kurang digunakan di United Kingdom kerana kesukaran menterjemahkannya dari segi teoritikal dan praktikal.<sup>119</sup> Suatu yang agak menarik tentang prosedur ini ialah dari sudut struktur operasinya apabila mempunyai banyak persamaan dengan prosedur *ta'jilim* di dalam Undang-undang Islam.

<sup>117</sup>Boule & Nesic (2001), *op.cit.*, h. 89-90

<sup>118</sup>*Ibid.*

<sup>119</sup>*Ibid*

### 3.4.4. Akamodasi Istilah di antara Suhu, Mediasi dan Konsiliasi

Suhu dalam bahasa Inggeris diistilahkan sebagai *reconciliation* (kembali berdamai). Penyusun kamus (*lexicographer*) bahasa Inggeris seperti Thomas Patrick menyama ertikan perkataan *reconciliation* dengan perkataan suhu.<sup>120</sup> C.E Bosworth dalam *Encyclopaedia of Islam* menyatakan suhu (damai) dari kata kerja *ṣalūḥa* atau *sakha* yang secara literalnya bermaksud ‘*peace*’ (keamanan) atau *reconciliation* (kembali berdamai)<sup>121</sup>.

al-Faruqī mendefinisikan *reconciliation* sebagai *muṣālaḥah* atau saling berdamai (selepas permusuhan atau pertikaian). Ia juga diertikan sebagai permuafakatan yang bermaksud memperbaharui hubungan kasih sayang atau mengembalikan hubungan kepada keadaannya yang asal (keadaan baik), manakala *conciliation* diertikan sebagai menamatkan pertikaian secara suhu.<sup>122</sup>

Terma suhu juga boleh ditemui dalam beberapa peruntukan undang-undang.<sup>123</sup> Terma suhu secara umumnya digunakan dalam semua peruntukan tersebut tanpa didefinisikan atau dijelaskan diskripsi proses tersebut. Cuma dinyatakan jika tiada kaedah atau proses yang ditetapkan maka ia hendaklah mengikut Hukum Syarak. Begitu pun Enakmen Keluarga Islam Kedah 1979 seksyen 2(1) menafsirkan suhu

<sup>120</sup> Thomas Patrick Hughes (1988), *Dictionary of Islam*, New Delhi India:Cosmo Publication, h. 622

<sup>121</sup> C.E Bosworth et.al (1997), *Encyclopaedia of Islam*, Leiden Brill, h. 845

<sup>122</sup> Harith Suleiman Faruqi (1988), *Faruqi's Law Dictionary English- Arabic*, 5<sup>th</sup> ed, Beirut: Librairie Du Liban, h. 587

<sup>123</sup> Lihat Seksyen 99 Akta Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1998 Akta 585, seksyen 87 Ordinan Acara Mal Syariah (Sarawak) (No.7/1991), seksyen 89 Enakmen Prosedur Mal Syariah (Kedah) 1979 (Bil. 2/1984), seksyen 87 Enakmen Kanun Prosedur Mal Syariah (Melaka) (No. 7/1991).

sebagai mencapai perdamaian di antara suami isteri. Secara jelasnya peruntukan ini merujuk kepada usaha yang dilakukan oleh *bakam* dengan tujuan untuk mendamaikan (*reconciliation*) suami isteri. Dalam lain perkataan sulu di sini hanya merujuk kepada maksud *reconciliation*.

Ramai di kalangan sarjana telah menggunakan terma *reconciliation* bagi memberikan maksud yang sama dengan istilah sulu.<sup>124</sup> Daniel Smith dalam penulisannya tentang proses penyelesaian pertikaian di antara orang-orang Arab Palestein dan Israel telah menegaskan bahawa istilah *reconciliation* sama ertinya dengan perkataan sulu yang bermaksud *re-establish peace between the parties.*<sup>125</sup>

*"An excellent example is the ritualization peace making practiced among contemporary Palestinian Arabs. It is known as the sulhā (from the Arabic "to reconcile")*

Begitu pun terdapat juga sarjana menggunakan terma *conciliation* bagi merujuk kepada istilah sulu.<sup>126</sup> Umpamanya Fathi Kemicha dalam perbincangan tentang Konsep Konsiliasi dan Penyelesaian (*Settlement*) Menurut Undang-undang Islam menegaskan:

*The terms "solh" which signifies conciliation or "Islah" which signifies reform or attonement, appear in seven verses of the Koran.*

<sup>124</sup> Sangat sedikit kajian-kajian yang dilakukan oleh sarjana tempatan mengenai sulu. Oleh yang demikian untuk lebih memahami kaedah ini rujukan perlu dibuat kepada kajian-kajian dari luar. Untuk tujuan ini lihat kajian oleh 'Amr 'Abdalla (2001), *op.cit.*, h. 1-4, Goerge E. Irani (1999), *Islamic Mediation Methods*, *MERIA Journal* Vol. 2, Sezai Ozcelik (2001), "Islamic Conflict Resolution In Islamic World", Kertas yang dibentangkan dalam Seminar Islam and Peace di Old Dominion University, U.S.A pada 16-17 February 2001, h. 1-5, Daniel L Smith (1989), *op.cit.*, h. 387

<sup>125</sup> Daniel L Smith, *ibid.*, lihat juga Goerge E. Irani (1999), *Ibid.*, Sezai Ozcelik (2001), *ibid.*

<sup>126</sup> Fathi Kemicha (1996), "The Approach to Mediation in the Arab World" Kertas yang dibentangkan dalam Seminar Mediasi, 29 Mac 1996, Geneva, Switzerland, Samir Saleh (1986), *op.cit.*, h. 199, Mohammed Abu Nimer (1996), *op.cit.*, h. 22-40

*The virtues of conciliation are reiterated and the faithful invited to settle their dispute amicably. All types of conflict are concerned: between a Muslim country and a friendly country, between the authorities and rebels, between an offender and his victim, between a creditor and a debitor, between spouses”*

Menurut Undang-undang Inggeris, dalam konteks kekeluargaan istilah *conciliation* haruslah dibezakan dengan istilah *reconciliation* kerana kedua-duanya (konsiliasi dan rekonsiliasi) mempunyai aplikasi yang berbeza dari sudut undang-undang. *Reconciliation* ialah suatu proses mendamaikan kembali suami isteri (*re established harmony between the married couple*) jika pertikaian berlaku semasa perkahwinan atau bermaksud merujuk kembali (*the reuniting the spouses*) jika telah bercerai.<sup>127</sup> Manakala *conciliation* pula bermaksud *to encourage the parties to come to an amicable agreement* iaitu proses bagi membantu pihak-pihak bertikai untuk mencapai persetujuan secara bersama.<sup>128</sup>

Pun begitu dalam undang-undang Islam, pandangan fuqaha' menjelaskan bahawa sulu *atau iṣkāḥ* tidak hanya difahami sebagai tindakan mendamaikan suami isteri dengan menyatukan kembali hubungan mereka dalam sebuah rumah tangga sahaja (*reconciliation*). Akan tetapi ia juga bermaksud menyelesaikan (*conciliation*) perceraian secara baik (*iḥsān*) yakni dibuat atas persetujuan bersama dengan menyelesaikan semua tuntutan yang berbangkit secara damai.<sup>129</sup>

<sup>127</sup>Lihat bahagian Glossary dalam Brown, H, & Marriot, A. (1999), *op.cit.*, Katherine O'Donovan (1986), 'Conciliation And Reconciliation On Divorce', in M.B.Hooker (ed), *Malaysia Legal Essays-a collection Of Essays in Honour Of Professor Emiritus Datuk Ahmad Ibrahim*, K. Lumpur: Malayan Law Journal Sdn.Bhd., h. 39-46.

<sup>128</sup>*ibid*

<sup>129</sup>Pandangan ini dipelopori oleh majoriti fuqaha' Maliki dan Syafi'i dengan merujuk kepada penafsiran ayat "بِالْعَدْلِ عَلَيْهِ الْمُكْرَمُونَ" Pandangan ini diriwayatkan juga dari' Usman 'Ali, Ibn' Abbas, Sya'bîy

Dalam hal ini kedua-dua pihak hendaklah secara redha menerima kenyataan bahawa rumah tangga mereka tidak dapat dipulihkan dan perceraian adalah jalan yang terbaik dan seterusnya dapat melenyapkan pertikaian dan perasaan dendam. Semasa membuat keputusan untuk bercerai kedua-dua pihak juga harus berunding secara baik bagi menyelesaikan segala tuntutan yang berbangkit akibat dari perceraian tersebut. Sesungguhnya menamatkan perhubungan secara baik sama pentingnya dengan memulakan hubungan dengan baik juga. Keadaan ini bertepatan dengan firman Allah s.w.t dalam Surah āli-Imrān( 2 ):229

### فَإِنْسَاكٌ يَمْعَرُوفٌ أَوْ تَسْرِيْحٌ بِإِحْسَانٍ

“Rujuklah mereka dengan cara yang *ma'rūf* atau ceraikanlah mereka dengan cara yang baik (*ihsān*)”<sup>130</sup>

Bukanlah suatu kehidupan yang bersifat *ma'rūf* jika suami atau isteri tidak dapat menuaikan tanggungjawab terhadap pasangannya dalam rumah tangga kerana masing-masing membenci antara satu sama lain. Di samping itu juga, kehidupan rumah tangga tidak dianggap *ma'rūf* jika pertikaian dan perselisihan sering berlaku di antara mereka. Justeru, membiarkan mereka hidup bersama sedangkan permusuhan terus tidak akan menepati kehendak dan tuntutan “*ma'rūf*” dalam sesebuah kehidupan rumah tangga. Dalam hal ini perceraian adalah jalan penyelesaian yang terbaik bagi mereka.

---

dan al-Nakhā'iy. Secara umumnya semua fiqhah bersepakat bahawa *īslāḥ* disini bermaksud menyatukan kembali suami isteri atau menceraikan mereka, kecuali mereka berselisih pendapat tentang bidangkuasa *hakam* samada *hakam* berbidangkuasa menceraikan suami isteri tanpa perlu mendapat keizinan atau persetujuan mereka atau sebaliknya. Lihat Mālik Bin Anas (1989), *al-Muwatta'*, j. 2, Beirut: Dār al-Fikr, h. 584, al-Jaṣāṣ (t.t), *op.cit.* j. 2, h. 399, Muhammad Rasyid Reda, (1973), *op.cit.*, j. 5, h. 78

<sup>130</sup>Rujuk dengan cara yang *ma'rūf* ialah dengan memberikan isteri hak-haknya dalam perkahwinan (seperti nafkah dan melayaninya dengan baik) sebagaimana yang ditentukan oleh syaria', manakala cerai dengan cara *ihsān* ialah dengan memberikan hak-haknya yang ditetapkan selepas perceraian seperti nafkah 'iddah dan mut'ah

Dalam konteks ini, nota penghakiman hakim dalam memutuskan satu kes tuntutan fasakh yang pernah di kemukakan di Mahkamah Rendah Syariah Wilayah Persekutuan dalam kes *Zaleha binti Zakaria lwn Sahabudin bin Ali* wajar diteliti dengan bijaksana.<sup>131</sup> Pihak Plaintiff dalam kes ini telah memohon fasakh atas alasan pihak Defendant gagal menunaikan kewajipan perkahwinannya memberi nafkah batin selama tempoh melebihi satu tahun dan mereka juga telah tidak tinggal bersama lagi selama lebih dari satu tahun. Namun berdasarkan suluhan yang dibuat kedua-dua belah pihak akhirnya bersetuju untuk bercerai secara lafaz talaq. Hakim dalam penghakimannya telah menyimpulkan bahawa :

“Mahkamah telah berpuashati bahawa kedua-dua pihak telah bersetuju terhadap perceraian secara lafaz talaq dan kalaullah diteruskan juga ikatan perkahwinan ini, Mahkamah berpendapat pasangan ini akan terjerumus ke dalam kehidupan rumah tangga yang menderita dan tidak *ma'ruf* lagi serta tidak berkebajikan. Keadaan perkahwinan antara Yang menuntut dan Yang Kena Tuntut bersetuju dengan firman Allah s.w.t dalam *sūrah al-Baqarah* (1) ayat 231 yang bermaksud : ....dan janganlah kamu pegang mereka (isteri-isteri kamu itu dengan cara ruju' semula) dengan maksud memberi mudarat, kerana kamu hendak melakukan kezaliman (terhadap mereka)”. Dan juga firman Allah s.w.t dalam *sūrah al-Baqarah* (1) ayat 229 yang bermaksud: “Talaq yang boleh dirujuk kembali itu hanya dua kali. Sesudah itu bolehlah ia (rujuk dan) dipegang terus (isteri itu) dengan cara yang *ma'ruf* atau dilepaskan (diceraikan) dengan cara yang baik”. Di dalam kedua-dua ayat di atas jelaslah Islam menyuruh agar ikatan perkahwinan itu berada dalam keadaan yang *ma'ruf* dan janganlah jadikan ikatan perkahwinan sebagai alat untuk memudaratkan para isteri. Jika sekiranya ikatan perkahwinan itu tidak boleh dilangsungkan di dalam keadaan yang *ma'ruf*, Islam menganjurkan agar diceraikan para isteri dengan cara yang *ihsān* (yang baik)<sup>132</sup>

Dalam konteks yang lain, membiarkan suami isteri hidup dalam sebuah rumah tangga yang tidak harmoni adalah lebih memudaratkan kehidupan mereka.

<sup>131</sup> Kes *Zaleha binti Zakaria lwn Sahabudin bin Ali*, (1995) 10 JH 1, h. 79

<sup>132</sup> 10 JH 1, h. 79

عنْ عَبَادَةَ بْنِ الصَّابِيْتِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارٌ<sup>133</sup>

Dari ‘Ubādah bin Sāmit bahawa Rasulullah s.a.w telah menghukumkan bahawasanya: “tidak ada yang memberi mudarat dan jangan kamu memudaratkan”

Dalam hal ini kaedah fiqhīyyah juga menentukan setiap sesuatu yang memudaratkan hendaklah dihapuskan (الضرر يزال)<sup>134</sup>

Perceraian hendaklah dilakukan dengan *ihsān* dan bukannya dengan penuh perasaan dendam atau marah. Termasuk dalam pengertian perceraian dengan *ihsān* ialah melafazkan cerai secara baik selepas berunding dan mendapatkan penyelesaian secara sulh terhadap tuntutan seperti nafkah ‘iddah, mut’ah dan lain-lain.

Dalam usaha untuk mencapai sulh pasangan suami isteri boleh menggunakan kaedah seperti perundingan (*negotiation*) atau merujuk pihak ketiga. Pihak ketiga tersebut samada mediator atau arbitrator akan berusaha menyelesaikan pertikaian secara damai (*mediation / conciliation*).

Berdasarkan perbincangan di atas<sup>135</sup> jelas menunjukkan bahawa, istilah sulh sebenarnya merangkumi kedua-dua aspek iaitu mendamaikan (*reconciliation*) dan melakukan proses pengantaraan (*conciliation*) itu sendiri. Ini kerana sebagai pihak ketiga atau pengantara, antara perkara yang perlü diberikan keutamaan adalah untuk mendamaikan kembali (*reconciliation*) pasangan tersebut sebagai suami isteri dalam -

<sup>133</sup> Abū ‘Abd Allāh Muḥammad bin Yazid al-Qazwīnī (t.t) *op.cit.*, Kitāb al-Aḥkām, باب من بنى في حقه ما يضر بهار، no. hadith 2340.

<sup>134</sup> Ibn Nujaym al-Hanafi (1983), *op.cit.*, h. 94, Lihat juga al-Syeikh Aḥmad bin al-Syeikh Muḥammad al-Zarqā, (1989) *Syarḥ al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, cet. 2, Damsyiq: Dār al-Qalam, h.179

<sup>135</sup> Lihat nota kaki 129

sebuah rumah tangga. Namun demikian jika tindakan tersebut tidak mencapai matlamatnya dan pihak-pihak bertikai tetap mahu bercerai maka pihak ketiga yang bertindak sebagai mediator atau arbitrator hendaklah memastikan bahawa perceraian itu berlaku secara baik dengan menyelesaikan isu-isu sampingan selepas perceraian secara damai (*conciliation*).

Begitu pun Brown dan Marriot menjelaskan dalam mana-mana model mediasi/konsiliasi samada di United Kingdom atau di mana-mana sahaja, ia bukanlah berfungsi untuk mempromosikan perdamaian dengan maksud penyatuan kembali (*reconciliation*) dengan cara membantu pihak-pihak memulihkan hubungan mereka yang sudah berakhir.<sup>136</sup> Namun demikian jika pihak-pihak mendapati ada perkembangan yang positif dalam komunikasi antara mereka dan dinamika hubungan pihak-pihak telah berubah, ada kemungkinan mereka akan memberikan ruang atau peluang kepada usaha memulihkan kembali hubungan. Keadaan ini kadangkala berlaku sebagai implikasi kepada proses mediasi tetapi ia bukanlah matlamat yang spesifik dalam proses tersebut. Emanual P, pula menyokong kenyataan ini dengan menjelaskan: "*Family mediation is usually neutral in relation to reconciliation: It neither favours it nor opposes it by way of by product*".<sup>137</sup>

Jika pengantara (mediator) itu melaksanakan intervensi dalam proses mediasi dengan suatu agenda peribadi bahawa pihak-pihak tersebut wajar untuk disatukan kembali (*reconciliation*) maka ia merupakan suatu korupsi kepada integriti proses

<sup>136</sup> Brown & Marriot (1999), *op.cit.*, h. 188-89 secara realitinya pihak-pihak yang merujuk kepada proses mediasi ialah mereka yang sudah bercerai.

<sup>137</sup> Emanuel Plesent (1988), "Mediation for Reconciliation" dalam *Mediation Quarterly* [1988], No.21, Fall

tersebut. Tetapi jika pihak-pihak merujuk kepada proses mediasi untuk memulihkan kembali hubungan mereka, maka itu adalah agenda mereka dan bukannya agenda seorang mediator dan ini merupakan suatu perkara yang biasa (*proper*) bagi proses mediasi secara keseluruhannya.<sup>138</sup>

Dengan demikian, jelas bahawa istilah sulh lebih luas maksud dan pengertiannya kerana selain daripada mendamaikan atau memulihkan kembali hubungan pihak-pihak yang bertikai (jika sulh berlaku melalui usaha pengantara/ pihak ketiga) ia juga mencakupi proses pengantaraan bagi menyelesaikan isu-isu selepas perceraian secara damai. Berbeza dengan mediasi atau konsiliasi yang hanya membantu pihak-pihak untuk mencapai satu persetujuan atas perkara-perkara yang dipertikaikan terutamanya selepas berlaku perceraian.

Kekeliruan yang timbul di sini ialah apakah pengertian mediasi mengikut istilah undang-undang sama dengan maksud sulh menurut Syarak atau ia lebih menepati suatu kaedah atau proses bagi mencapai sulh seperti perundingan (*Negotiation*) dan *ta'jim* atau timbangtara (*Arbitration*)

Dalam perbincangan tentang proses mediasi yang baru dilaksanakan amalannya di Mahkamah-mahkamah Syariah di Malaysia, para hakim, pengamal undang-undang dan pengkaji bidang Penyelesaian Pertikaiān Alternatif telah cuba membuat akomodasi bahawa “mediasi” adalah sama dengan “sulh”. Malah dalam banyak penulisan dan perbincangan, perkataan mediasi dan sulh dipakai secara bersama (*interchangeable*). Tuan Hakim Mahkamah Rendah Syariah Wilayah Persekutuan

<sup>138</sup>Brown & Marriot (1999), *op.cit*, h. 188-89

telah merujuk konsep suluhan menurut fiqh bagi memberikan maksud yang sama dan beliau telah menyimpulkan bahawa mediasi ialah sebahagian daripada suluhan.<sup>139</sup>

2

Y.A.A. Presiden Kanan Mahkamah Syariah Singapura telah menegaskan dalam perbincangannya di bawah tajuk Sistem Pengantaraan (*Mediation*) di Mahkamah Syariah Singapura telah menegaskan bahawa "Mahkamah Syariah Singapura telah mengamalkan sistem ini<sup>140</sup> atau suluhan sejak ianya ditubuhkan".<sup>141</sup>

Seorang sarjana dalam bidang Penyelesaian Pertikaian Alternatif, Fathi Kemicha menjelaskan :

*...As for the Arab approach to mediation, which I shall refer to as conciliation from time to time, it is generally admitted that this means of settling disputes forms part of Arab tradition. The term "solh" which signifies conciliation and islah which signifies atonement or reform appear in seven verses of the Koran.*".<sup>142</sup>

Samir Saleh dalam perbincangan tentang kategori pertikaian yang boleh diselesaikan melalui arbitrasi dan konsiliasi menjelaskan, majoriti pertikaian dalam kes-kes komersial diselesaikan melalui perbicaraan di Mahkamah. Namun begitu, jika kes-kes pertikaian yang berlaku bersifat domestik (melibatkan etnik dari negara yang sama) kaedah penyelesaian yang selalu digunakan ialah konsiliasi/mediasi. Beliau

<sup>139</sup>Tuan Hj Naim Hj Mokhtar (2001), Perantaraan (*Mediation*) Secara Islam Dan Prospek Amalananya di Mahkamah Syariah" kertas kerja Seminar Kaedah Alternatif Penyelesaian Pertikaian Menurut Islam di IKIM pada 5-6 Nov 2001, h. 2-5. Beliau telah merujuk kepada kertas kerja yang dibentangkan oleh YAA Ketua Hakim Syarie Dato' Sheikh Ghazali Bin Abdul Rahman (2001), "Sulh-Amalan Dalam Perundangan Islam", Seminar Kaedah Alternatif Penyelesaian Pertikaian Menurut Islam di IKIM pada 5-6 Nov 2001.

<sup>140</sup>Sistem yang dimaksudkan ialah mediasi

<sup>141</sup>YAA Tuan Hj Sallim Jasman (2001), "Kaedah-kaedah Penyelesaian Pertikaian di Mahkamah Syariah Singapura" kertas kerja Seminar Kaedah Alternatif Penyelesaian Pertikaian Menurut Islam di IKIM pada 5-6 Nov 2001, h. 4

<sup>142</sup>Fathi Kemicha (1996), *op.cit.*, h. 2

menegaskan lagi bahawa kaedah ini (mediasi/sulh) sering dianjurkan dan amat digalakkan oleh Baginda Rasulullah s.a.w berbanding perbicaraan di Mahkamah.<sup>143</sup>

Untuk menyokong kenyataan ini mereka telah merujuk kepada naṣ-naṣ al-Qur'ān seperti dalam surah al-Nisā'(2) ayat 114 dan ayat 128, surah al-'Anfāl (8) ayat 1 dan surah al-Hujurāt (49) ayat 9-10, juga hadith mengenai sulh. Antaranya hadith yang diriwayatkan oleh al-Tirmidhī daripada 'Amru bin 'Awf,<sup>144</sup> dan hadith riwayat Ummu Salāmah.<sup>145</sup> Rujukan khusus juga telah dibuat kepada peruntukan sulh dalam bab *mu'amalat al-māliyyah* yang dibincangkan oleh fuqaha' silam dalam kitab-kitab fiqh karangan mereka.

Dalam konteks yang lain pula terdapat kalangan sarjana yang telah memberikan pandangan yang agak berbeza dari pandangan-pandangan di atas. Daniel Smith dalam penegasannya menyatakan bahawa terdapat satu ritual penyelesaian pertikaian yang diamali oleh masyarakat Palestin kontemporari yang dikenali sebagai sulh. Ia melibatkan proses mediasi yang dikendalikan oleh ketua keluarga yang tertua atau mereka yang agak berusia di dalam kampung atau daerah tersebut atau dikendalikan oleh sebuah komiti yang mewakili masyarakat di mana pertikaian itu berlaku.<sup>146</sup>

Sharifah Zaleha menegaskan, apabila pihak-pihak yang bertikai (pasangan suami isteri) sudah berusaha untuk berdamai tetapi menemui jalan buntu, maka

<sup>143</sup> Samir Saleh (1986), *op.cit.*, h. 199

<sup>144</sup> al-Tirmidhī (t.t), *op.cit.*, Kitāb al-Abkām, hadith 1352, Lihat *matan* hadith ini di bab kedua

<sup>145</sup> Muslim bin Ḥajjaj (1991), *op.cit.*, Kitab Aqdiyah no. 1713. Lihat juga al-Bukhārī (t.t), Kitab al-Abkām, hadith 7181. Lihat *matan* hadith ini di hal. 48 bab kedua

<sup>146</sup> Daniel L. Smith (1989), *op.cit.*, h. 2

campurtangan pihak ketiga diperlukan. Dalam kes-kes pertikaian suami isteri atau keluarga, tugas ini biasanya dilakukan oleh pegawai-pegawai di Mahkamah Syariah. Beliau menegaskan lagi bahawa terdapat berbagai-bagai metod campurtangan yang diaplikasikan oleh pihak ketiga dalam mencari penyelesaian, antaranya konsultasi atau perundingan, konsiliasi, mediasi, arbitrasi dan adjudikasi (perbicaraan di mahkamah).<sup>147</sup>

Zurina Md Noor dalam artikelnya bertajuk *Mediation Under Islamic Law* juga telah menegaskan bahawa proses mediasi dilakukan bagi mencapai persetujuan atau perdamaian: *mediation is the intervention (between parties in dispute) to produce agreement or reconciliation*<sup>148</sup>

Tuan Hakim Mahkamah Rendah Syariah Wilayah Persekutuan dalam kertas kerja yang dibentangkan dalam Bengkel Mediasi menyatakan:

“Dalam peringkat akhir Pendaftar atau Penolong Pendaftar kemudiannya dimaklumkan bahawa suluhan telah dicapai melalui proses mediasi. Seterusnya pendaftar akan merujuk kes tersebut kepada Hakim yang lain untuk direkodkan persetujuan suluhan yang telah dicapai. Sekiranya proses mediasi gagal mencapai suluhan penolong Pendaftar diminta untuk menetapkan tarikh kehadiran pihak-pihak di hadapan Hakim yang lain untuk permulaan proses perbicaraan”.<sup>149</sup>

<sup>147</sup> Sharifah Zaleha Syed Hassan & Sven Cederroth (1997), *op.cit.*, h. 55

<sup>148</sup> Zurina Md Noor (1998), *Mediation Under Islamic Law*, dalam Mimi Kamariah Majid (ed), *Current Legal Problems in Malaysia*, Kuala Lumpur: University Of Malaya Press, h. 51

<sup>149</sup> Tuan Hj Mohd Na'im Bin Hj Mokhtar (t.t), Pelaksanaan Mediasi Di Mahkamah Syariah Wilayah Persekutuan kertas kerja yang dibentangkan dalam Bengkel Mediasi, h. 8-9

Salleh Buang dalam rencananya tentang prosedur mediasi yang diperkenalkan amalannya di Mahkamah Syariah menulis:<sup>150</sup>

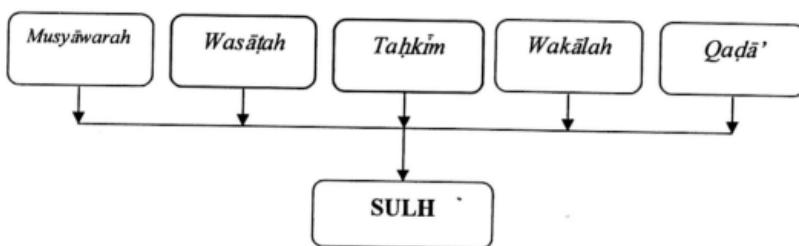
“Mahkamah Syariah akan memperkenalkan satu prosedur baru sebagai alternatif kepada perbicaraan untuk mendapatkan sulu (penyelesaian kes berdasarkan persetujuan bersama antara plaintif dan defendant) prosedur baru itu disebut mediasi”...

Syed Khalid Rashid menjelaskan:

Sulu secara literalnya bermaksud “menamatkan pertikaian” atau “memutuskan pertikaian” samada melalui perundingan secara langsung di antara pihak-pihak yang bertikai atau melalui inisiatif pihak ketiga yang bersifat neutral seperti dalam proses mediasi<sup>151</sup>

Kenyataan-kenyataan ini secara jelasnya menunjukkan bahawa istilah mediasi merupakan kaedah atau proses bagi mencapai sulu atau perdamaian sama seperti kaedah-kaedah lainnya seperti konsiliasi, perundingan dan arbitrasi dan bukanlah bermaksud sulu menurut fiqh. Secara ringkasnya kenyataan ini boleh difahami melalui jadual di bawah:

Jadual 3.1: Kaedah Pencapaian Sulu



<sup>150</sup> Saleh Buang, “Mahkamah Syariah Perkenal Mediasi”, dalam kolumn Peguam Menulis, Utusan Malaysia, (Rabu)19/9/2001

<sup>151</sup> Syed Khalid Rashid (2002), *op.cit.*, h. 21

Pada asasnya, dalam amalan undang-undang di Malaysia istilah mediasi kurang dikenali berbanding istilah arbitrasi (*taḥkim*).<sup>152</sup> Istilah ini menjadi semakin popular mutakhir ini apabila timbulnya kecenderungan institusi kehakiman di Malaysia untuk mengaplikasikan prosedur ini sebagai alternatif kepada proses perbicaraan bagi mencapai beberapa matlamat. Matlamat-matlamat tersebut ialah untuk mencari penyelesaian yang lebih adil kepada pihak-pihak yang bertikai, mempercepatkan kes serta mengurangkan kes-kes tertangguh di mahkamah.

Mahkamah-mahkamah Syariah di Malaysia melalui Jabatan Kehakiman Syariah Malaysia telah mengambil inisiatif untuk mengaplikasikan prosedur ini dan hasilnya lahirlah Kaedah-Kaedah Tatacara Mal (Sulh) (Wilayah Persekutuan) 1998 yang menjadi panduan bagi melaksanakan prosedur ini. Meskipun kaedah ini disebut sebagai kaedah sulh namun secara praktikalnya ia lebih dikenali dengan prosedur mediasi.

Akamodasi yang dibuat bahawa mediasi adalah sulh ada justifikasinya kerana proses mediasi merangkumi beberapa elemen yang mempunyai persamaan dan sinonim dengan kaedah sulh menurut fiqh. Elemen-elemen persamaan itu ialah:

- 1- Ia merupakan suatu proses yang berbentuk sukarela di mana pihak-pihak berhak untuk memilih sulh/mediasi atau proses-proses yang lain untuk tujuan penyelesaian, boleh menarik diri dari proses mediasi/sulh di mana-mana

<sup>152</sup> Prosedur mediasi kemudiannya semakin mendapat pengiktirafan apabila Majlis Peguam Malaysia (*Malaysian Bar Council*) telah menubuhkan *Malaysian Mediation Centre* (MMC) pada tahun 1999 dan Mahkamah-Mahkamah Sivil mula melaksanakan kaedah ini sebagai alternatif kepada kaedah perbicaraan. Lihat P.G. Lim & Grace Xavier (2002) "Malaysia" dalam Tom Pyles (ed) *Dispute Resolution In Asia*, London: Kluwer Law International, h. 223-24

peringkat sulh/mediasi itu berjalan iaitu sebelum persetujuan penyelesaian dimeterai, membatalkan atau menarik balik persetujuan yang dicapai sebelum persetujuan tersebut dimeterai.<sup>153</sup>

- 2- Penyelesaian kes diputuskan oleh plaintiff dan defendant (*self empowering process*) secara konsensus
- 3- Keputusan atau penyelesaian bersama yang ditandatangani akan berkuatkuasa sebagai satu kontrak serta mengikat plaintiff dan defendant.<sup>154</sup>

Cuma proses mediasi memerlukan pihak ketiga (*intervener*) atau dengan lain perkataan mediasi tidak boleh diadakan tanpa adanya pihak ketiga yang bertindak sebagai pengantara (*mediator*). Tetapi sulh boleh dicapai samada melalui pengantara atau tidak dan dengan lain perkataan sulh boleh diadakan samada melalui perundingan secara langsung di antara pihak-pihak bertikai atau melalui pihak ketiga.

Hakikatnya, prosedur mediasi bukanlah suatu amalan yang diperkenalkan oleh undang-undang Barat. Dalam bahasa Arab, prosedur ini disebut *wasāfah* yang bermaksud pengantaraan dan orang tengah yang mengendalikan proses ini disebut *wasīt* (pengantara/*mediator*) atau *bakam*. Istilah dan proses ini sudah dikenali dikalangan orang-orang ‘Arab sebelum kedatangan Islam malah ia terus diamalkan

<sup>153</sup>Lihat Laurence Boule & Miryana Nesic (2001), *Mediation Principles Process Practice*, U.Kingdom: Butterworths, h. 14-15. Bagi mereka faktor kesukarelaan/*voluntary* bukan sahaja tertentu kepada pihak-pihak dalam pertikaian itu malah ia juga hak kepada mediator tersebut. Mediator berhak untuk memberhentikan proses tersebut di mana-mana peringkat mediasi itu berjalan jika ia berpendapat sedemikian. Contohnya, jika dia berpendapat pihak-pihak tidak berminalat untuk meneruskan proses tersebut atau berlaku keganasan atau penginayaan fizikal dalam proses tersebut.

<sup>154</sup>Meskipun kontrak dalam prosedur mediasi berbentuk persetujuan bertulis yang ditandatangani oleh pihak-pihak dan bukannya aplikasi akad yang melibatkan sifah *ijab* dan *Qabūl* namun kaedah fiqhiiyah menentukan *al-'ibrāh fi al-'uqūd li al-ma'āni wa al-maqāṣid lā li al-mabāni' wa al-alfaz*. Oleh yang demikian persetujuan itu sudah memadai untuk diakui sebagai transaksi sulh .

sehingga masa kini oleh masyarakat Arab kontemporari.<sup>155</sup> Seperti yang dijelaskan sebelum ini Nabi Muhammad s.'a.w sebelum dilantik menjadi Rasul pernah menjadi *wasit* dalam pertikaian yang hampir-hampir mencetuskan pertumpahan darah di antara pembesar *Quraysh*.<sup>156</sup>

Sesungguhnya konsep umum sulh telah dinyatakan secara jelas di dalam sumber utama undang-undang Islam iaitu al-Qur'ān dan hadith. Antaranya dalam Surah *al-Baqarah* (2): 182 , 224, Surah *al-Anfāl* (8): 1, Surah *al-Nisā'* (4): 114, Surah *al-Hujurāt* ( 49 ) : 9-10 dan peruntukan-peruntukan hadith<sup>157</sup> antaranya hadith yang diriwayatkan oleh al-Bukhāry dalam kitab *al-sulh* hadith bilangan 2690 dan 2691,

باب ما جاء في الاصلاح بين الناس وخروج الامام ليصلح بين الناس بأصحابه  
باب قول الامام لأصحابه 2693 و باب ليس الكاذب الذي يصلح بين الناس 2692  
اذهروا بنا نصلح :

Peruntukan di dalam al-Qur'ān meskipun tidak menyebut secara jelas tentang prosedur sulh, yang melibatkan pihak ketiga bagi mendamaikan pihak-pihak bertikai, namun secara implisitnya difahami, peruntukan yang berbentuk arahan (*fi'il 'amr*) dalam ayat-ayat ini فاصلحوا : فاصلحوا ditujukan khusus kepada pihak ketiga. Pihak ketiga di sini boleh diklasifikasikan sebagai *ḥakam*, *muṣlih*, mediator, hakim atau peguam.

<sup>155</sup>Mohamed Abu Nimer (1996), *op.cit.*, h. 25-27, lihat juga Daniel L. Smith (1989), *op.cit.*, h. 388. Berdasarkan informasi yang dikumpulnya melalui temubual yang dibuat dalam kajianya, Smith mencatitkan bahawa informannya yang terdiri dari orang-orang Arab Palestin yang telah berumur dan tinggal di Israel telah menegaskan: "The roots of *sulha* are very old in Arabic society. It is still valid. We also need to clarify that the *sulha* today is not in the place of Civil Law, but in addition to the courts and rulings etc ". We have to make the *sulha* in order to establish peace between families – between villages-and between people in general, so that all of the consequences of the quarrels and feuds will be eliminated totally, and life can go back to its natural course".

<sup>156</sup>Lihat perbahasan tentang prosedur *taḥkīm* yang melibatkan proses sulh atau mediasi di bawah tajuk Tujuan *Taḥkīm* dan lihat perbincangan di bawah tajuk latar belakang amalan sulh dalam Islam di bab kedua.

<sup>157</sup>البخاري (ت.ت.), *op.cit.*, Kitāb al-Ṣulh, باب ما جاء في الاصلاح بين الناس

Kenyataan ini diperkuuhkan lagi oleh hadith-hadith di atas<sup>158</sup> dan hadith sebelum ini yang diriwayatkan oleh Ummu Salamah.<sup>159</sup> Hadith-hadith ini selain dari menunjukkan kepentingan penyelesaian secara sulu juga harus dilihat sebagai menjelaskan tentang kaedah atau tatacara bagaimana sulu diaplikasikan.<sup>160</sup>

Kesimpulannya, apa yang difahami dari ayat al-Qur'an dan hadith dapat dirumuskan bahawa prosedur mediasi seperti yang diditulkan perbincangannya oleh para sarjana sebagai penyelesaian pertikaian alternatif (ADR) sebenarnya sudah dijelaskan kaedahnya oleh al-Qur'an sejak 1400 tahun dahulu.<sup>161</sup> Walau bagaimanapun perbincangan mengenainya telah dimantapkan lagi oleh pengkaji-pengkaji moden samada dari kalangan pengkaji Muslim atau pengkaji Barat.

Penekanan terhadap kaedah atau mekanisme dalam proses mediasi bagi mencapai persetujuan atau sulu<sup>162</sup> tidak menjadi tumpuan utama fuqaha' dalam

<sup>158</sup> Hadith ini menjelaskan tentang tugas pemimpin sebagai pihak ketiga yang bertindak untuk menyelesaikan pertikaian.

<sup>159</sup> Muslim bin Hajjaj (1991), *op.cit*, Kitab al-Aqdiyah, Kitab Aqdiyah no. hadith 1713. Lihat juga al-Bukhari (t.t), Kitab al-Ahkām, قضاء الحاكم لا يحل حراما ولا يحرم حلاعا no. hadith 7181. Dalam hadith yang diriwayatkan oleh Ummu Salāmah dijelaskan bagaimana dua orang yang bertikai merujuk kepada Rasulullah s.'a.w untuk diputuskan suatu hukuman, namun Rasul s.'a.w mengembalikan keputusan tersebut kepada ke dua-duanya tanpa memutuskan apa-apa hukuman. Mereka kemudiannya membuat keputusan sendiri berdasarkan kerelaan dan tolak ansur masing-masing. Rasul s.'a.w dalam hal ini hanya bertindak sebagai orang tengah atau pengantar dalam pertikaian tersebut.

<sup>160</sup> Para muhadithin dan fuqaha' bersepakat bahawa hadith ini merupakan satu penegasan tentang keperluan penyelesaian pertikaian melalui sulu kerana ia akan memberikan keadilan kepada pihak-pihak bertikai.

<sup>161</sup> J. Wall dan A. Lynn menegaskan mediasi telah digunakan sebagai satu kaedah penyelesaian pertikaian sejak berabad-abad lalu. Lihat J. Wall and A. Lynn (1993), "Mediation : A Current Review", [1993] *JCR* 37, h. 160, 169

<sup>162</sup> Brown & Marriot menjelaskan bahawa mediasi tidak boleh berlaku tanpa mediator begitu juga konsiliasi tidak boleh berlaku tanpa adanya konsiliator. Mereka menjelaskan kadang-kadang kekeliruan telah timbul dikalangan peguam dan pengamal undang-undang yang lain apabila mereka beranggapan bahawa "mereka sebenarnya telah bertindak sebagai konsiliator". Sebenarnya apa yang berlaku ialah mereka mengendalikan kes yang bersifat adversarial dalam mode konsiliasi dalam pengertian mereka cuba mencari jalan penyelesaian secara damai apabila ada keadaan yang sesuai dan

perbincangan-perbincangan mereka.<sup>163</sup> Sesungguhnya bukan semua perkara dibincang dan dibahaskan oleh fuqaha' secara jelas dan terperinci. Dalam hal ini, peranan individu dilihat; sangat berkesan untuk mengembangkan nilai-nilai yang disebut secara umum di dalam al-Qur'an dan hadith. Rasul s.a.w sendiri secara antisipatif menegaskan:

أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِاَمْرِ دِينِكُمْ<sup>164</sup>

Seperti yang difahami, hukum Islam pada asasnya mengandungi nilai-nilai *fityriyah* yang bersifat abadi, yang tertumpu kepada prinsip-prinsip yang padu, tidak akan berubah, diubah atau dikurangi. Ciri-ciri ini meliputi segala peraturan yang *qat'yyat* dan merupakan asas kepada hukum Islam. Di samping itu terdapat nilai-nilai yang mengandungi unsur-unsur dinamik dan fundamental yang terkandung di dalamnya aturan-aturan yang bersifat fleksibel dan anjal untuk mewujudkan nilai-nilai tersebut. Justeru itu, hukum Islam dari satu aspek mengandungi nilai-nilai abadi dan universal tetapi dari satu aspek yang lain ia bersikap akomodatif terhadap pemikiran dan perkembangan baru. Begitu pun, segala bentuk perbezaan yang bersifat formaliti selagi tidak bertentangan dengan prinsip sulu menurut Islam, tidak

munasabah. Mereka bukanlah bertindak untuk melakukan pengantarayaan secara yang spesifik kerana antara elemen terpenting dalam proses tersebut ialah mediator mestilah bersifat neutral dan impartial, sedangkan pegum adalah mewakili pihak yang mewakilkannya dan ia sudah tentu memihak kepada anak guamnya. Lihat Brown & Marriot (1999), *op.cit.*, h. 109

<sup>163</sup> Syed Khalid Rashid menjelaskan *In Islam , no rule govern the conduct of sulb which is done in the most informal manner. The fact that similar informalism that similar informalism governing the very successful conduct of mediation / conciliation in countries like China, Korea, Japan and Vietnam shows that rigid rules as insisted upon in the west, may not be necessary pre-requisite of a successful mediation / conciliation*" Syed Khalid Rashid (2002), *op.cit.* h. 23, lihat juga P.G.Lim (Ms.) (1998), "The Growth and Use of Mediation Throughout The World: Recent Development in Mediation, Conciliation Among Common Law and Non-Common Law Jurisdiction in Asia" [1998] 4 *MLJ*, h. cv.

boleh menjadi penghalang atau menjelaskan tujuan yang hendak dicapai demi untuk menamatkan pertikaian di antara pihak-pihak.

2

Walau bagaimana pun haruslah difahami bahawa prosedur suhl dalam Islam tidak hanya terbatas kepada adanya campurtangan pihak ketiga atau mediasi sahaja. Akan tetapi suhl juga boleh dicapai dengan cara pihak-pihak bertikai membuat perundingan (*negotiation*) secara langsung<sup>165</sup> atau salah satu pihak menawarkan suhl atau pihak ketiga yang bertindak sebagai pengantara berusaha mendamaikan mereka.<sup>166</sup>

165

<sup>165</sup> *Mawsu'ah al-Fiqhiyyah* (1986), Kementerian Wakaf dan Hal Ehwal Islam Kuwait, Kuwait: Matba'ah al-Mausū'ah al-Fiqhiyah j. 10, h. 235 , Rujuk juga Sebab Turun ayat 128 Surah al-Nisā' yang menjelaskan tentang suhl yang dibuat antara Saudah dan Rasulullah s.a.w tanpa melibatkan pihak ketiga. Lihat juga Mohammed Abu Nimer (1996), *op.cit.*, h. 29

<sup>166</sup> Lihat artikel 1850 *Majallah al-Abkām al-'Adliyyah* di mana hakam bertindak sebagai pengantara untuk melakukan suhl