

AZMAN ZULKIFLI
LWN.
WAN SHARIFAH NORIZAN ISMAIL

[Mahkamah Rayuan Syariah Negeri Terengganu, YAA Tuan Hj Wan Mohd Zakri bin Wan Mohd, HMRyS (Pengerusi), YA Dato' Hj Abdul Walid bin Abu Hassan, HMRyS dan YA Dato' Hj Muhamad Asri bin Abdullah HMRyS]

Kes Mal (Rayuan) : 11000-028-0002-2015

Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam – hadhanah – rayuan keputusan tuntutan hadhanah

Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah – ketidakaturan dalam pemfailan wakalah peguam syarie – kepatuhan seksyen 34 bersifat formaliti atau mandatori – ketidakpatuhan memberi kesan terhadap prosiding atau tidak – seksyen 244 budibicara untuk mengenenpikan ketidakpatuhan seksyen 34 – wakalah Mahkamah Tinggi bersifat terhad atau tidak

FAKTA KES

- [1] Perayu dan Responden di dalam kes ini telah berkahwin pada 21/8/2006. Mereka berdua kemudiannya disahkan bercerai dengan talak tiga kali pertama daripada lafaz sوره Perayu pada 25/3/2011, di Mahkamah Rendah Syariah Daerah Kuala Terengganu, Permohonan No: 11006-054-0216-2011. Hasil perkongsian hidup dikurniakan dua cahaya mata. (*Selepas ini disebut 'Anak-anak Tersebut'*).
- [2] Ketika tuntutan hak jagaan anak-anak ini dibuat pada 14/2/2011, Responden telah berkahwin lain dengan lelaki yang bukan muhrim kepada anak tersebut, iaitu Mohamad Faizal bin Baru yang merupakan juga Saksi Kedua Responden di dalam kes tersebut. Perayu menfailkan pembelaan dan tuntutan balas pada 9/1/2012. Semasa keputusan dibaca, Yang Arif Hakim Bicara telah meluluskan tuntutan Responden.
- [3] Kes rayuan telah ditetapkan untuk sebutan pada 18/1/2015 dan tarikh untuk keputusan kemudiannya pada 23/3/2015. Sebelum penghakiman bermula, Panel Mahkamah Rayuan Syariah mendapati wakalah perlantikan Peguam Syarie Perayu tidak difailkan secara teratur sebagaimana peruntukan undang-undang di bawah Seksyen 34 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001 (ETMMS). Peguam Syarie Perayu berhujah secara lisan dan memohon sidang rayuan mempertimbangkan kesilapan teknikal yang dilakukan dan memberi penekanan kepada merit kes dengan berpandukan kepada Seksyen 244 ETMMS. Pada 5/4/2015, Peguam Syarie telah memasukkan hujahan bertulis bagi membentangkan isu wakalah tersebut, diikuti dengan hujahan bertulis pihak Responden. Keputusan ditangguh pada hari ini.

Peguam Syarie

Perayu : *Encik Wan Mohd Aziadi dari Tetuan Khairul Sofian Anuar & Co.*

Responden : *Puan Salwa binti Mansor dari Tetuan Ahmad Shahbudin & Co.*

Undang-undang dirujuk

1. *Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001, s. 5, s. 34, s. 139 (2), s. 141 (1), s. 244*
2. *Enakmen Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001, s. 17 (1), s. 18 (1)*
3. *Arahan Amalan No. 2 Tahun 2004*
4. *Kaedah Mahkamah Tinggi 1980, k.137*

Kes-kes dirujuk

1. *National Union of Bank Employee v. Director General of Trade Unions & Anor [2015] 1 MLJ 881*
2. *Harkness v. Bell's Asbestos & Engineering Ltd [1967] 2 QB 729*
3. *Eu Finance Bhd v. Lim Yoke Foo [1982] 2 MLJ 37*
4. *Abdul Ravuff bin A.S. Dawood lwn. Pasla Holdings Sdn Bhd dan 23 yang lain (Rayuan Mal No. 02-01-99 belum dilapurkan)*
5. *Badariah binti Harun lwn. Idris bin Mahmud (2005) JHXX/I 57*
6. *Chuah Tim Lan v. RHB Bank Bhd & Anor [2008] 6 CLJ 500 CA*
7. *Joseph Lee Yok Min v. Mayban Securities Sdn Bhd & Anor*
8. *Pendakwaraya lwn Abdullah bin Idris [2009] 5 MLJ 192*
9. *Toronto (city) v. C.U.P.E., Local 79, [2003] 3 S.C.R. 77*
10. *Hui Chi-Ming v. R [1991] 3 All ER 897*

Kitab-kitab yang dirujuk

1. *Majalah Ahkam al-Adliyyah (fasal 5, ms 497)*
2. *Hawa al-Kabir (ms 205)*
3. *Nizam al-Qada fi Syariah al-Islamiyyah (perkara 392)*

ALASAN PENGHAKIMAN

[4] Kes ini adalah suatu rayuan yang telah difailkan oleh Perayu terhadap keseluruhan keputusan Yang Arif Hakim Mahkamah Tinggi Syariah Kuala Terengganu melalui kes Mal No. 11100-028-0077-2011, dalam Perkara Tuntutan Hadhanah yang diberikan pada 26/3/2014. Dalam kes tersebut, Yang Arif Hakim Bicara telah memutuskan pada perenggan (1) hingga (3) sebagaimana berikut:

1. **SAYA LULUSKAN** tuntutan hak penjagaan Plaintiff, Wan Sharifah Norizan binti Ismail terhadap Defendan, Azman bin Zulkafli.
2. **SAYA PERINTAHKAN** hak jagaan terhadap dua (2) orang anak iaitu: - ANA dan ANA (*selepas ini dirujuk sebagai "Anak-anak tersebut"*) diberikan hak jagaan kepada Plaintiff, Wan Sharifah Norizan binti Ismail, ibu kandung anak-anak tersebut.
3. **SAYA PERINTAHKAN** Defendan, Azman bin Zulkafli diberikan hak lawatan ke atas anak-anak tersebut pada bila-bila masa yang sesuai dengan syarat hendaklah dimaklumkan terlebih dahulu kepada Plaintiff.

- [5] Perintah yang sedemikian itu membawa Perayu kepada peringkat rayuan melalui Notis Rayuan yang dimasukkan pada 6/4/2014 dan Alasan Rayuan kemudiannya pada 9/10/2014.
- [6] Peguam Syarie Perayu dan Peguam Syarie Responden masing-masing telah menfailkan hujahan secara bertulis berhubung dengan isu wakalah ini, di mana kami ringkaskan sebagaimana berikut:
- a) Hujahan bertulis Peguam Syarie Perayu:
- i. Wujudnya penyerahan kerja melalui tulisan di dalam Borang MS5 walaupun tidak dilafazkan. Wakil pula cukup sekadar menunjukkan persetujuannya. Ia tidak semestinya dinyatakan melalui lafaz malah cukup melalui tindakannya. Kehadiran wakil/ peguamcara ke Mahkamah dari peringkat awal juga dikira sebagai wakalah yang sudah sempurna.
 - ii. Dengan merujuk kepada ETMMS Seksyen 5, Seksyen 244 dan Seksyen 245, ketepatan mengenai prosedur ini (Seksyen 34) tidaklah dianggap sebagai tidak patuh Hukum Syarak dan tidak membatalkan kes. Mahkamah masih mempunyai budi bicara untuk mempertimbangkannya.
 - iii. Pendaftaran Notis Rayuan dan wakalah adalah sempurna, tidak cacat dan diterima oleh pihak Mahkamah. Terdapat surat pekeliling dikeluarkan pihak Mahkamah pada 26/2/2015 memberi arahan yang membolehkan wakalah dibacakan kemudian iaitu sebelum sebutan kali pertama.
 - iv. Ayat terakhir “...*prosiding berhubung dengannya*” sebagaimana tercatat di dalam Borang MS5 tidak terbatas kepada kes di peringkat Mahkamah Tinggi Syariah semata-mata tetapi termasuklah proses rayuan ke Mahkamah yang lebih tinggi.
- b) Hujahan bertulis Peguam Syarie Responden:
- i. Lafaz wakalah hendaklah dilakukan. Penfailan semata-mata secara bertulis bukanlah satu sifah yang sah dan Peguam Syarie Perayu tidak mempunyai locus untuk bertindak bagi pihak anak guamnya.
 - ii. Mahkamah Syariah mempunyai peraturan dan kaedahnya yang telah dikanunkan dalam bentuk enakmen untuk mengelakkan kecelaruan. Maka kepatuhan terhadap Seksyen 34 ETMMS adalah merupakan kemestian yang tidak boleh disembuhkan kerana ianya adalah satu perkara yang substantive dan bukannya bersifat procedural semata-mata.
 - iii. Seksyen 34 ETMMS adalah lebih wajar dipatuhi kerana merupakan satu undang-undang yang telah dikanunkan sedangkan arahan tersebut (surat pekeliling) adalah salah satu arahan pentadbiran.
 - iv. Perkataan “...*prosiding berhubung dengannya*” di dalam borang MS5 adalah apa jua prosiding yang berlaku setelah saman difailkan sehinggalah keputusan atau perintah Mahkamah dibuat dan bukannya prosiding yang menggunakan nombor kes yang berlainan. Wakalah

tersebut adalah spesifik untuk kes tersebut semata-mata dan tidak boleh dilanjutkan atau diteruskan kepada kes yang berlainan.

- [7] Permohonan Rayuan ke atas keputusan ini dibuat oleh perayu kepada Hakim Mahkamah Rayuan Syariah Negeri Terengganu bagi mendapatkan suatu perintah di bawah seksyen 17 (1) Enakmen Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001 untuk rayuan ke atas Sebahagian keputusan Hakim Mahkamah Tinggi Syariah Kuala Terengganu melalui kes Mal No. 11100-028-0077-2011 (Tuntutan Hak jagaan Anak), yang diberikan pada 26/03/2014.
- [8] Setelah Mahkamah membaca, meneliti segala rekod dan dokumen bertulis yang dikemukakan, Mahkamah berpuashati bahawa persoalan utama yang perlu ditentukan adalah:-
1. Sama ada kepatuhan seksyen 34 adalah bersifat formaliti atau mandatori?
 2. Sama ada Wakalah di Mahkamah Tinggi Syariah bersifat terhad atau tidak?
 3. Sama ada ketidakpatuhan seksyen 34 ETMMS (Terengganu) 2001 memberi kesan kepada prosiding ini atau tidak?
 4. Sama ada Mahkamah mempunyai budibicara di bawah seksyen 244 untuk mengenyahkan ketidakpatuhan seksyen 34?

Isu pertama: Sama ada kepatuhan seksyen 34 ETMMS (Terengganu) 2001 adalah bersifat formaliti atau mandatori?

- [9] Perayu dalam kes ini berhujah bahawa seksyen 34 ETMMS (Terengganu) 2001 menerangkan tentang aturan atau prosedur yang perlu dibuat oleh seseorang Peguam Syarie, namun begitu ketidakpatuhan mengenai prosedur ini tidak boleh dianggap sebagai tidak mematuhi hukum syarak sekaligus tidak membatalkan kes/tuntutan yang dibuat oleh Perayu. Selain daripada itu, perayu juga berhujah bahawa penggunaan “may” dalam peruntukkan seksyen 5 ETMMS (Terengganu) 2001 tersebut lebih merujuk kepada budi bicara mahkamah dalam mempertimbangkan ketidakpatuhan di dalam kes ini dan tidaklah bersifat mandatori. Tambahan pula, satu Pekeliling Mahkamah telah dikeluarkan pada 26 Februari 2015 yang mana telah membenarkan ikrar wakalah dibaca pada sebutan kali pertama.
- [10] Manakala pihak responden pula berhujah bahawa kepatuhan kepada seksyen 34 ETMMS (Terengganu) 2001 adalah merupakan satu kemestian kerana ketidakpatuhannya tidak boleh disembuhkan. Tambahan pula, asas kehakiman Mahkamah Sivil adalah berbeza dengan Mahkamah Syariah yang memberi keutamaan kepada hukum syarak. Selain daripada itu, apa-apa pekeling yang bertentangan dengan perundangan perlu tidaklah mengikat dari sudut perundangan.
- [11] Secara amnya, terdapat 2 pandangan berkaitan keperluan ikrar di hadapan hakim yang telah dibincangkan oleh para Ulama. Pandangan tersebut adalah:-

Wajib ikrar – lihat pandangan Mazhab Hanafi

Harus ikrar – lihat pandangan Mazhab Syafie

- [12] Dalam kitab *مجلة الاحكام العديلية*, Fasal 5, Bab Hak Wakalah Dibicara, perkara 1517, ms 497, telah menjelaskan seperti berikut:

1517. Pengakuan ikrar yang dibuat oleh seseorang yang menjadi wakil (1449) untuk perbicaraan (1031) terhadap orang yang mewakilkannya jika dibuat di hadapan hakim (1785) sah. Jika tidak dibuat di hadapan hakim, ia tidak sah dan dia terpecat dari wakalah.

- [13] Manakala di dalam kitab *Fiqh Manhaji*, *Fiqh Sunnah* tiada perbincangan tentang keperluan tersebut. Sebaliknya dalam kitab *الحاوى الكبير* oleh Imam Abi Hassan Ali Bin Muhammad Bin Habib Al-Mawardi, dalam bab Wakalah, ms 205 telah menyatakan seperti berikut:

قال الماوردي : وهذا صحيح . اذا وكله في المخاصمة ، فاقر على مواكله ، لم يلزمه اقراره ، وسواء اقر عليه في مجلس الحكم او غيره

Bermaksud:

Kata Mawardi: Ini adalah sah. Jika dia mewakilkan dalam perbicaraan, dan dia berikrar atas perwakilan tersebut, tidak diwajibkan ikrarnya sama ada diikrarkan dalam perbicaraan atau selainnya.

- [14] Oleh itu, Mahkamah telah merujuk kepada pandangan Profesor Dr Abdul Karim Zaidan di dalam kitabnya *نظام القضاء في الشريعة الاسلامية*, Fasal Pertama: Bab Undang-Undang Yang Wajib Diamalkan, Perkara 392: Dalam Hal Keadaan Kepatuhan Terhadap Hukum-Hukum Fiqh Yang Telah Dikanun. Beliau telah menegaskan seperti berikut:-

“Apabila harus bagi pemerintah mengikat para hakim dengan mazhab tertentu demi kerana masalah dan dharurah sebagaimana telah kami sebutkannya pada perenggan yang lalu, maka apakah harus bagi waliy Al-Amr mengkanunkan hukum-hukum fiqh yang dipenuhi oleh mazhab fiqh dan adakah para hakim diwajibkan mengamalkannya? Jawabannya Ya.”

- [15] Mahkamah berpuashati bahawa peruntukkan di bawah seksyen 34 (itu lafaz ikrar dihadapan hakim/pendaftar) adalah in pari materia dengan keperluan hukum syarak dalam bab Wakalah Bi Al Khusumah (وكالة بالخصومة). Bahkan ianya adalah pandangan Mazhab Hanafi yang telah diqanunkan sebagai prosedur. Ketidakpatuhan terhadapnya adalah merupakan suatu ketidakpatuhan terhadap keperluan hukum syarak.
- [16] Seksyen 34 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001 telah memperuntukkan seperti berikut:

Seksyen 34. Wakalah

(1) Pelantikan seorang Peguam Syarie hendaklah dilafazkan oleh

orang yang melantiknya, dan diterima oleh Peguam Syarie yang dilantik sedemikian, di hadapan Mahkamah atau Pendaftar.

(2) Jika seorang Peguam Syarie telah menerima perlantikannya di bawah subseksyen (1), dia hendaklah, sebelum mengambil apa-apa langkah dalam prosiding itu, memfailkan suatu wakalah dalam Borang MS 5.

Translation:

(1) The appointment of a Peguam Syarie shall be pronounced by the person who appoints, and accepted by the Peguam Syarie so appointed, before the Court or the Registrar.

(2) Where a Peguam Syarie has accepted his appointment under subsection (1), he shall before taking any step in the proceedings, file a memorandum of appointment in Form MS 5.

- [17] Jika difahami, seksyen 34 ETMMS telah meletakkan beberapa keperluan berkaitan wakalah seorang peguam syarie, inter alia seperti berikut:-
- i. Perlantikan Peguam Syarie oleh orang yang melantiknya dan penerimaan pelantikan oleh Peguam Syarie perlu dilafazkan.
 - ii. Lafaz lantikan dan penerimaan hendaklah dibuat dihadapan hakim / pendaftar.
 - iii. Apabila seseorang peguam syarie menerima pelantikannya, dia hendaklah memfailkan wakalah di dalam borang MS5 sebelum mengambil apa-apa tindakan/ langkah dalam prosiding tersebut.
- [18] Mahkamah juga bersetuju dengan hujah perayu bahawa penggunaan “shall” dalam sesuatu peruntukan perundangan adalah membawa kepada maksud obligasi perundangan yang perlu dipatuhi. Penggunaan perkataan “shall” dalam seksyen 34 (1)- (“shall be pronounced”) dan seksyen 34 (2) – “he shall before taking any step in the proceedings...”; berkaitan keperluan untuk melafazkan pelantikan dan penerimaan dihadapan hakim/pendaftar adalah merupakan satu obligasi yang perlu dilaksanakan oleh kedua-dua pihak. Obligasi tersebutlah yang akan mewujudkan kontrak diantara kedua-dua pihak dalam sesuatu perbicaraan dan memberikan kuasa qui facit per alium facit per se. Kegagalan untuk melaksanakan obligasi tersebut menyebabkan kontrak/akad perlantikan seorang Peguam Syarie dan penerimaan tersebut tidak boleh dikuatkuasakan.
- [19] Kami juga telah meneliti hujah perayu berkaitan pekeliling yang telah dikeluarkan oleh Pihak Mahkamah. Mahkamah mendapati pekeliling tersebut telah dikeluarkan pada 26/02/2015. Manakala 3 Borang MS 5 yang mengandungi pelantikan 3 orang Peguam Syarie dalam kes ini telah diterima oleh Mahkamah pada 08/04/2014. Oleh yang demikian, hujah perayu berkaitan pekeliling tersebut tidaklah boleh diterima memandangkan pekeliling tersebut dikeluarkan hampir setahun setelah borang MS5 tersebut difailkan.
- [20] Tambahan pula, mana-mana pekeliling yang dikeluarkan oleh Mahkamah hanya boleh mengikat dan dikuatkuasakan selama mana/ setakat mana ianya tidak bertentangan dengan peruntukan perundangan sedia ada.

- [21] Maka adakah ketidakpatuhan terhadap seksyen 34 boleh disembuhkan? Hakim Mahkamah Rayuan Malaysia dalam kes ***National Union of Bank Employee v Director General of Trade Unions & Anor*** [2015] 1 MLJ 881 menjelaskan dalam penghakimannya, inter alia, seperti berikut :

“Failure to strictly comply with the statutory obligations set-out in the section will make the decisions or decision making process a nullity ab initio without the need even consider the concept and parameter of judicial review”

- [22] Mahkamah juga telah merujuk kepada Hasbury’s Law of England (4th Ed) peraturan 37, para 36 yang telah menyatakan seperti berikut :

“Under the former rule, which it replaced a distinction was drawn between a non-compliance which rendered the proceedings a nullity, in which case the court had no discretion and no jurisdiction to do otherwise than set the proceeding aside...”

- [23] Manakala dalam kes ***Harkness v Bell's Asbestos & Engineering Ltd*** [1967] 2 QB 729 Lord Diplock telah menyatakan seperti berikut :

“It has long been laid down that where an order is a nullity, the person whom the order purports to affect has the option either of ignoring it or of going to the court and asking for it to be set aside.”

- [24] Manakala Hakim Mahkamah Persekutuan, Abdoolcader dalam kes ***Eu Finance Bhd v Lim Yoke Foo*** [1982] 2 MLJ 37 pula menyatakan :

“Where a decision is null by reason of want of jurisdiction, it cannot be cured in any appellate proceedings; failure to take advantage of this somewhat futile remedy does not affect the nullity inherent in the challenged decision. The party affected by the decision may appeal 'but he is not bound to (do so), because he is at liberty to treat the act as void': see Birmingham Churchwardens & Overseers v Shaw [1849] 10 QB 868 at p 880 per Denman CJ.”

- [25] Mahkamah juga telah merujuk kes ***Abdul Ravuff Bin A.S. Dawood Lwn Pasla Holdings Sdn Bhd Dan 23 yang lain*** (Rayuan Mal No. 02-01-99 belum dilaporan). Pada asalnya isu yang dibangkitkan di Mahkamah Tinggi Syariah ialah tentang bidangkuasa mahkamah untuk mendengar dan memutuskan tentang kes harta pusaka Allahyarham A.S Dawood s/o Abdul Razak. Apabila Mahkamah Rayuan mendengar hujah kedua belah pihak isu yang dibangkitkan oleh wakil Perayu ialah tentang wakalah di mana tiada pelantikan peguam dibuat pihak responden-responden kecuali Responden Ketiga iaitu Dato Dr Rahiman A.S Dawood telah melantik En Zuri Zabudin untuk mewakilinya. Peguam Responden yang lain tidak mempunyai locus standi (keahlian) dalam kes ini dan lafaz wakalah kes yang dirujuk oleh beliau ialah kes mal bil. 198 tahun 1997 (perintah tegahan) dan tiada kaitan dengan kes mal bil. 197 tahun 1997. Ini bermakna kesemua Pihak Yang Kena Tuntut tidak mempunyai wakalah dalam kes mal bil. 197 tahun 1997.

- [26] Peguam Responden juga dalam hujahnya mempertikaikan keesahan wakalah perayu yang dibuat tanpa tandatangan dan tarikh. Ini dapat dibuktikan oleh Peguam Responden dengan merujuk muka surat 34 Rekod Rayuan. Dalam hal ini Mahkamah Rayuan Syariah telah menyemak fail kes dan mendapati bahawa dakwaan kedua belah pihak adalah benar.
- [27] Dalam kes ini tiada wakalah difailkan terhadap kes yang dibicarakan. Lafaz wakalah juga tidak dilafazkan bagi kes yang dibicarakan itu. Oleh itu Mahkamah Rayuan Syariah Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur telah mengisytiharkan bahawa perbicaraan dan keputusan di mahkamah Tinggi Syariah di dalam kes mal bil. 197 tahun 1997 adalah tidak sah dan terbatal kerana ianya dijalankan tanpa wakalah yang sah oleh wakil Defendan-Defendan menurut hukum syarak dan undang-undang di dalam kes tersebut dan kes tersebut hendaklah dibicarakan semula di Mahkamah Tinggi.
- [28] Prinsip yang sama juga telah diputuskan daam kes ***Badariah binti Harun lwn Idris bin Mahmud*** (2005) JHXX/I 57 dimana YA Hakim Bicara telah menolak permohonan plaintif kerana Peguam Syarie yang mewakili tidak melafazkan wakalah sebelum memulakan tindakan tersebut.
- [29] Hakim dalam kes tersebut bersetuju dengan hujah defendan bahawa:
- “Kesilapan wakalah tidak boleh diperbetulkan atau dipinda tetapi hanya boleh dibatal,dilepaskan atau ditarik balik atau dibuat pertukaran Peguam Syarie baru seperti yang diperuntukkan dibawah seksyen 36, 37 dan 39 Enakmen Prosedur Mal Mahkamah Syariah Negeri Selangor (2003)”*
- [30] Oleh yang demikian mahkamah berpuashati bahawa keperluan yang diperuntukkan di bawah seksyen 34 adalah bersifat mandatori dan ketakpatuhannya tidaklah dapat disembuhkan. Keperluan perundangan dibawah seksyen 34 perlu dipatuhi kerana ianya *in pari materia* dengan keperluan وكالة بالخصومة dalam Islam. Keperluan-keperluan ini adalah bersifat obligasi sama ada kepada pihak-pihak mahupun Peguam Syarie. Ketidakpatuhan terhadap peruntukan ini akan menyebabkan ianya disifatkan sebagai *void ab initio*.
- [31] Wakalah adalah perkara asas yang perlu dipatuhi sebelum memulakan apa-apa tindakan oleh pihak yang mewakili. Mahkamah mendapati bahawa ketidakpatuhan ini telah menjadi kebiasaan perkhidmatan guaman di Mahkamah Syariah. Mahkamah menegaskan disini bahawa amalan yang menjadi kebiasaan tapi bertentangan dengan kehendak perundangan yang telah diperuntukkan tidaklah menjadikan amalan itu betul. Bahkan ianya menjadikan tindakan tersebut bersifat fatal. Seharusnya perkhidmatan guaman perlulah melazimkan yang betul mengikut undang-undang sehingga menjadi kebiasaan.
- [32] Dalam hal ini, seorang peguam yang telah senior sepatutnya memberikan perhatian yang utama dalam hal ini sebelum memulakan apa-apa tindakan di Mahkamah. Proses melantik dan menggunakan khidmat Peguam Syarie di Mahkamah Syariah (wakalah) adalah amat berbeza dengan amalan di Mahkamah Sivil. Wakalah bukan sahaja perlu difailkan di dalam borang MS 5 setelah diikrarkan di hadapan Hakim atau Pendaftar, bahkan wakalah tersebut adalah bersifat khusus kepada orang yang dilantik dan atas perkara yang diwakilkan sahaja.

Isu kedua: Sama ada Wakalah di Mahkamah Tinggi Syariah bersifat terhad atau tidak?

- [33] Perayu dalam kes ini telah berhujah bahawa wakalah di Mahkamah Tinggi Syariah tidak bersifat terhad bilamana ayat terakhir "...prosiding berhubungan dengannya" sebagaimana tercatat di dalam Borang MS5 tidak terbatas kepada kes di peringkat Mahkamah Tinggi Syariah semata-mata tetapi termasuklah proses rayuan ke Mahkamah yang lebih tinggi.
- [34] Manakala Responden dalam hujahnya menyatakan bahawa perkataan prosiding di dalam borang MS 5 Wakalah Peguam Syarie bolehlah diertikan sebagai perjalanan kes, perbicaraan tindakan atau peringkat bicara dan bukannya tamat bicara.
- [35] Berpandangan bahawa untuk menentukan sama ada sesuatu wakalah itu bersifat terhad atau tidak, perlulah merujuk kepada lafaz akad yang telah diikrarkan oleh pihak-pihak dan peguam syarienya. Walaubagaimanapun, dalam kes ini, Mahkamah tidak ditunjukkan dengan apa-apa fakta bahawa terdapat perubahan lafaz wakalah yang berbeza dengan lafaz wakalah seperti di Borang MS5 ketika kes ini didengar di Mahkamah Tinggi Syariah Terengganu. Oleh yang demikian, Mahkamah berpuashati bahawa lafaz wakalah yang dirujuk dalam kes ini adalah merupakan lafaz ikrar yang terkandung di dalam borang MS 5.
- [36] Mahkamah telah merujuk kepada Arahan Amalan No 2 Tahun 2004 yang telah menggariskan seperti berikut:

Penggunaan Wakalah

Saya ingin menarik perhatian Y.A.A kepada keputusan Mesyuarat Arahan Amalan Mahkamah Syariah seluruh Malaysia Bil. 1 Tahun 2004 pada 8hb-9hb Jun 2004 bersamaan 19-20hb. Rabiulakhir 1425H di Subang Jaya, Selangor telah bersetuju dan mengesahkan untuk menerima pakai arahan amalan berhubung penggunaan lafaz wakalah di Mahkamah Rendah tidak boleh berurutan ke peringkat Mahkamah yang lebih tinggi dan hanya sah digunakan sebagaimana tajuk prosiding itu sahaja kecuali dinyatakan dengan jelas di dalam lafaz.

Arahan ini berkuatkuasa mulai 8 Jun, 2004.

- [37] Bersandarkan kepada Arahan Amalan tersebut, Mahkamah bersetuju dengan hujah yang dikemukakan oleh pihak responden dan berpuashati bahawa wakalah di Mahkamah Tinggi Syariah adalah bersifat terhad dan hanya terhenti setakat prosiding diperingkat Mahkamah Tinggi sahaja sepertimana prinsip yang telah dibuat oleh Hakim Mahkamah Rayuan Syariah Wilayah Persekutuan dalam kes *Abdul Ravuff Bin A. S Dawood Lwn Pasla Holding Sdn Bhd dan 23 yang lain lagi* (Supra); *Mohd Aruwa Bin Mohd Amin Vs Daing Kelthom Binti Daing Abu Bakar Dan 7 Yang Lain* JH Jilid 19 Bhgian 2 dan di dalam *Kes Zakaria Bin Saman Lwn Pendakwa Syarie* JH (1416) 106.

Isu ketiga: Sama ada ketidakpatuhan seksyen 34 ETMMS (Terengganu) 2001 memberi kesan kepada prosiding ini atau tidak?

- [38] Dalam kes ini, Mahkamah telah merujuk kepada dokumen Notis rayuan dan alasan Rayuan yang telah difailkan oleh peguam perayu pada 6 April 2014 dan 9 Oktober 2014 yang mana telah ditandatangani oleh Peguam perayu iaitu Fazru Anuar dan Ummu Abihah dari Tetuan Khairul Sofian Anuaar & Co. Dalam semakan semua rekod prosiding, Mahkamah mendapati tiada sebarang wakalah yang telah difailkan berhubung lantikan Peguam Syarie tersebut dalam prosiding rayuan yakni sebelum notis rayuan tersebut difailkan dan ditandatangani.
- [39] Mahkamah telah menemui rekod pemfailan borang MS5 yang difailkan oleh syarikat guaman bertarikh 8 /4/ 2014 yang telah diterima oleh Mahkamah pada 8 April 2014 terlibat bagi tujuan tersebut. Ianya mengandungi 3 borang MS5 bagi 3 orang Peguam iaitu Fazru Anuar bin Yusof, Ummu Abihah binti Roslan dan Wan Mohd Aziadi bin Wan Abdul Jalil yang mengandungi tandatangan perayu dan Peguam terlibat. Walaubagaimanapun, Mahkamah mendapati Borang tersebut tidak diikrarkan di hadapan Hakim atau Pendaftar pada ketika ianya difailkan kerana tiadanya meterai Mahkamah dan tandatangan Hakim/Pendaftar pada borang tersebut. Oleh sebab itu, wakalah di antara pihak perayu dan peguam syarienya tidak sempurna.
- [40] Mahkamah juga telah menyemak catatan prosiding sebutan kali pertama prosiding rayuan ini iaitu pada 18 Januari 2015 yang mana merekodkan seperti berikut:
- “Wakalah Peguam Perayu disempurnakan pada 18 Januari 2014”*
- [41] Hasil semakan dan penelitian rekod sebutan tersebut, Mahkamah mendapati bahawa rekod wakalah tersebut adalah melibatkan peguam Wan Mohd Aziadi bin Wan Abdul Jalil dari Tetuan Khairul Soffian & Co.
- [42] Seksyen 34 mengkehendaki setiap Peguam Syarie yang ingin mewakili mana-mana pihak dan mengambil apa-apa tindakan dalam mana-mana prosiding perlulah memfailkan borang MS 5 yang telah diikrarkan sebelum mengambil apa-apa tindakan atau mewakili apa-apa prosiding anak guamnya. Perwakilan dan tindakan yang diambil hanya akan menjadi sah apabila borang MS 5 tersebut difailkan di Mahkamah yang mulia ini.
- [43] Ini bererti ikrar yang dibacakan di hadapan Pendaftar tidak memberikan locus standi kepada Peguam untuk mewakili atau mengambil apa-apa tindakan sehingga borang MS5 tersebut difailkan seperti mana yang dikehendaki oleh seksyen 34 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001.
- [44] Oleh yang demikian, Mahkamah berpuashati bahawa Notis Rayuan dan Alasan Rayuan yang difailkan dan ditandatangani oleh Peguam pada 6 April 2014 dan 9 Oktober 2014 adalah suatu dokumen yang tidak sah dan terbatal kerana ianya merupakan suatu ketidakpatuhan dan satu tindakan yang bersalahan dengan seksyen 34 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001. Ketidakpatuhan peruntukan tersebut menyebabkan notis rayuan dan alasan rayuan tersebut tidak boleh diterima.

- [45] Atas sebab itu, pihak perayu telah gagal mematuhi keperluan dan kehendak prosiding rayuan sepertimana yang diperuntukkan di bawah seksyen 139 (2) dan 141 (1) Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001 iaitu:

Seksyen 139. Notis rayuan.

(2) Sesuatu rayuan hendaklah dibuat dengan memberikan notis rayuan dalam Borang MS 29.

Seksyen 141. Alasan rayuan.

(1) Dalam masa empat belas hari dari tarikh penerimaan pemberitahuan di bawah subseksyen 139 (6), perayu hendaklah mengemukakan alasan rayuan dalam lima salinan kepada Pendaftar Mahkamah yang terhadap keputusannya rayuan itu dibuat yang dialamatkan kepada Mahkamah yang mendengar rayuan itu.

- [46] Dari peruntukan di atas, adalah menjadi satu keperluan dan kehendak perundangan dalam prosiding rayuan untuk perayu samada bertindak sendiri atau melalui Peguam Syariinya memfailkan suatu dokumen alasan rayuan kepada Mahkamah untuk menyatakan alasan-alasan mengapa kes itu perlu didengar rayuannya. Kegagalan untuk berbuat demikian adalah menjadi suatu ketidakpatuhan sepertimana yang diperuntukkan di bawah seksyen 5 enakmen yang sama.

- [47] Seksyen 5 telah memperuntukkan kuasa Mahkamah untuk mengetepikan mana-mana prosiding keseluruhannya atau sebahagiannya sebagai tak teratur, atau memerintahkan supaya apa-apa pindaan dibuat atas apa-apa terma yang difikirkan adil.

- [48] Dalam kes *Badariah binti Harun lwn Idris bin Mahmud* (2005) JHXX/I 57, YA Hakim Bicara telah menolak permohonan plaintif kerana Peguam Syarie yang mewakili tidak melafazkan wakalah sebelum memulakan tindakan tersebut.

- [49] Hakim dalam kes tersebut bersetuju dengan hujah defendan bahawa:

“Kesilapan wakalah tidak boleh diperbetulkan atau dipinda tetapi hanya boleh dibatal, dilepaskan atau ditarik balik atau dibuat pertukaran Peguam Syarie baru seperti yang diperuntukkan dibawah seksyen 36, 37 dan 39 Enakmen Prosedur Mal Mahkamah Syariah Negeri Selangor (2003)”

- [50] Dalam kes *Chuah Tim Lan v. RHB Bank Bhd & Anor* [2008] 6 CLJ 500 CA Hakim Mahkamah Rayuan Malaysia telah memutuskan seperti berikut :

“With the discretionary power resting on this panel, and in exercise of a choice, it was our conclusion that what was filed on 16.7.2007 failed to qualify as a Record of Appeal due to its non-compliance of the requirements as led down by the Rules. The non-compliance of the rules in relation to the impugned Record of Appeal was not an irregularity but a nullity and as such no Record of Appeal had been filed”

- [51] Prinsip yang sama juga diputuskan di dalam kes ***Joseph Lee Yok Min V. Mayban Securities Sdn Bhd & Anor*** (Civil Appeal No: S-01(Im)-555-12-2012). Mahkamah Rayuan Malaysia telah memutuskan seperti berikut :

“Tiada keraguan bahawa rekod rayuan tidak lengkap kerana ia tidak mengandungi nota prosiding; alasan penghakiman dan perintah yang dimeterai. Perayu tidak menunjukkan sebarang bukti bahawa ia telah memohon item-item tersebut. Arahan Amalan No 2 1991 menyatakan bahawa seminggu selepas notis rayuan difailkan, perayu hendaklah memohon kepada setiausaha hakim agar diberikan sesalinan nota prosiding. Ketidakpatuhan Arahan Amalan dan k. 18(4)(b), (d) dan (e) Kaedah-kaedah Mahkamah Rayuan 1954, yang mana salinan penghakiman tidak disertakan dalam rekod rayuan, bukanlah satu salah aturan tetapi satu pembatalan”

- [52] Bersandarkan kepada rujukan di atas mahkamah berpuashati bahawa kegagalan peguam perayu mematuhi keperluan seksyen 34 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001 sebelum menandatangani Notis Rayuan dan Alasan Rayuan telah menyebabkan kedua-dua dokumen tersebut adalah terbatal, tidak sah dan tidak boleh diterima oleh Mahkamah. Berikutan itu, ianya juga telah memberi kesan kepada pematuhan seksyen 139 dan seksyen 141 Enakmen yang sama. Kegagalan perayu menyempurnakan kehendak kedua-dua seksyen itu pula telah memberi kesan pembatalan (*nullity*) rayuan perayu.

Isu keempat: Sama ada mahkamah boleh mengeneipikan mana-mana prosiding atas ketidakpatuhan yang bersifat teknikal substantif seksyen 34 ETMMS (Terengganu) 2001 sebelum mendengar merit sesuatu kes?

- [53] Adalah perlu untuk Mahkamah menjelaskan bahawa dalam menggunakan kuasa yang diberikan di bawah seksyen 5 ETMMS (Terengganu) 2001, mahkamah perlu menentukan samada ketidakpatuhan teknikal yang berlaku tersebut bersifat kesalahaturan (*irregularity*) atau bersifat fatal (*nullity*). Dalam hal yang melibatkan ketidakpatuhan yang bersifat kesalahaturan (*irregularity*), Mahkamah mempunyai budibicara untuk memerintahkan apa-apa arahan atau remedi alternatif untuk menyembuhkan ketakpatuhan tersebut. Ini adalah kerana lazimnya kesalahaturan ini tidak menjejaskan merit/kausa sesuatu prosiding.
- [54] Berbeza dengan ketakpatuhan yang bersifat fatal (*nullity*) , yang mana ianya memberi kesan kepada keabsahan sesuatu prosiding. Dalam kes sebegini, mahkamah tidak mempunyai budibicara untuk memerintahkan apa-apa arahan atau apa-apa remedi untuk menyembuhkan ketidakpatuhan tersebut kerana ketakpatuhan tersebut tidak dapat disembuhkan dan telah menjejaskan merit/kausa/ sesuatu prosiding dari sudut perundangan mahupun hukum syarak hingga menyebabkan prosiding tersebut menjadi batal dan tidak sah.
- [55] Prinsip ini boleh dirujuk dalam kes ***National Union of Bank Employee v Director General of Trade Unions & Anor*** [Supra]; ***Ho Yoke Kwei & anor v Oang Eng Hin*** [1997] 4 MLJ 292; ***Joseph Lee Yok Min V. Mayban Securities Sdn Bhd & Anor*** [Supra] dan ***Chuah Tim Lan v. RHB Bank Bhd & Anor*** [supra].
- [56] Dalam kes ini ketakpatuhan seksyen 34 adalah merupakan satu mandotori dari segi hukum syarak dan undang-undang berkuatkuasa, dan ketakpatuhannya adalah bersifat

fatal dan menyebabkan prosiding dalam kes ini terbatal. Oleh yang demikian, Mahkamah tidak mempunyai kebebasan dan budi bicara melainkan mengeneppikan prosiding ini sebelum menentukan isu merit kes ini.

- [57] Walaupun pihak Perayu berhujah bahawa tiada sebarang bantahan daripada pihak Responden berhubung isu wakalah di mana-mana peringkat prosiding, tetapi dalam menjalankan tugas sebagai Panel Rayuan Mahkamah Rayuan Syariah, adalah menjadi tanggungjawab kami untuk memastikan keadilan itu dicapai dari segala aspek sama ada dari segi prosedur dan substantif mahupun merit kes itu sendiri.
- [58] Seajar dengan peranan Mahkamah Rayuan Syariah sebagai peringkat mahkamah yang tertinggi dalam sistem kehakiman Mahkamah Syariah, iaitu memastikan bahawa semua kes yang dijalankan mengikuti dan mematuhi segala peraturan yang telah ditetapkan.
- [59] Ini adalah bersesuaian dengan bidangkuasa pengawasan dan penyemakan Mahkamah Rayuan Syariah di bawah peruntukan Seksyen 18 (1) Enakmen Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001, dalam memberikan apa-apa arahan yang dikehendaki demi kepentingan keadilan, sama ada atas kehendaknya sendiri atau atas kehendak mana-mana pihak atau orang yang berkepentingan. Ianya berkenaan kuasa sedia ada mana-mana Mahkamah Rayuan miliki bagi mencegah penyalahgunaan tataranya yang boleh mengakibatkan tidak adil kepada pihak yang bertindak di hadapannya atau akan membawa cemuhan kepada pentadbiran keadilan di kalangan orang-orang yang berfikir.

Isu kelima: Sama ada mahkamah boleh menggunakan kuasa sedia adanya di bawah seksyen 244 ETMMS (Terengganu) 2001 dalam kes ini?

- [60] Kami dengan segala hormatnya berpendapat, hujah Perayu supaya Mahkamah menggunakan kuasa sedia ada seperti yang diperuntukan di bawah Seksyen 244 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001 bagi mengetepikan sebarang ketakpatuhan berkaitan proses pentadbiran wakalah ini adalah tidak wajar malah ianya adalah merupakan penyalahgunaan seksyen tersebut dan bersalahan dengan maksud sebenar peruntukan seksyen berkenaan.
- [61] Bagi menjelaskan kuasa sedia ada mahkamah, Yang Amat Arif James Foong dalam kes *Pendakwaraya lwn Abdullah bin Idris* [2009] 5 MLJ 192 menyatakan seperti berikut :

“When a court is armed with "residual jurisdiction" or "implicit or implied jurisdiction" or "inherent jurisdiction" for the 'the doing by the courts of acts which it needs must have power to do in order to maintain its character as a court of justice' then I am of the view that the Court of Appeal is seized with jurisdiction, not from O. 92 r. 4 of the Rules of High Court but from a residual or implicit or implied form which naturally makes no distinction between civil and criminal cases. Such inherent power applies across the board save and except within the limited circumstances as forewarned by the authorities cited above.”

- [62] Apabila mahkamah meneliti segala penghakiman yang telah dibuat dalam kes-kes di Mahkamah Sivil di bawah kaedah 137 KMT yang *in pari materia* dengan

peruntukkan seksyen 244 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001 yang mana memperuntukkan seperti berikut:

Seksyen 244. Kuasa sedia ada Mahkamah.

“Tiada apa-apa jua dalam Akta ini boleh disifatkan sebagai menghadkan atau menyentuh kuasa sedia ada pada Mahkamah untuk membuat apa-apa perintah yang perlu untuk mengelakkan ketidakadilan atau mengelakkan penyalahgunaan proses Mahkamah.”

[63] Mahkamah juga bersetuju dengan pandangan Hakim-Hakim Mahkamah Rayuan Sivil berkaitan kuasa sedia ada mahkamah sepertimana yang diputuskan dalam kes **Ramanathan Chelliah V PP (supra), Pendakwaraya lwn Abdullah bin Idris [supra] dan Asean Security Paper Mills Sdn Bhd v Mitsui Sumitomo Insurance (Malaysia) Bhd** [2008] 6 CLJ 1. Mahkamah berpendapat adalah sangat jelas dari segi prinsip dan autoriti bahawa kuasa yang diberikan oleh undang-undang di bawah peruntukan seksyen 244 itu adalah terhad, bersyarat dan hanya dalam hal keadaan yang luar biasa demi mencapai keadilan dan mengelakkan penyalahgunaan proses. Dalam erti kata lain, kuasa tersebut hanya diperolehi apabila mahkamah telah dibuktikan dan telah berpuashati bahawa telah wujudnya ketidakadilan yang tidak dapat lagi diperbaiki/dibetulkan dan wujudnya penyalahgunaan proses dalam prosiding tersebut yang perlu dielakkan. Sekiranya kedua-dua elemen itu gagal dibuktikan di hadapan Mahkamah, maka kuasa tersebut tidaklah boleh digunakan.

[64] Selain daripada itu, doktrin Penyalahgunaan Proses seperti yang dijelaskan oleh The Supreme Court of Canada dalam kes **Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79** [2003] 3 S.C.R. 77 adalah:

“The doctrine of abuse of process engages the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure in a way that would be manifestly unfair to a party to the litigation before it or would in some other way bring the administration of justice into disrepute. It is a flexible doctrine unencumbered by the specific requirements of concepts such as issue estoppel.”

[65] Majlis Privy dalam kes **Hui Chi-ming v R** [1991] 3 All ER 897 menyatakan:

“The doctrine of abuse of process and the remedy of refusal to allow a trial to proceed are well establish.”

[66] Dalam penghakiman kes **Hui Chi-ming v R** [1991] 3 All ER 897 juga ada memetik pendapat Lord Reid dalam kes **Connelly v DPP** [1964] 2 All ER 401:

“There must always be a residual discretion to prevent anything which savours of abuse of process.”

- [67] Doktrin ini ternyata bertepatan dengan tujuan dan prinsip keadilan dalam sistem kehakiman Islam sebagaimana yang disebut oleh Ibnu Qudama di dalam al-Mughni, Jilid 11 (Beirut : Dar al-Fikr, 1994),374:

“Bahawa perbicaraan oleh seorang hakim merupakan satu cara untuk menegakkan perkara makruf dan menentang kemungkaran, membantu pihak yang dizalimi, menakutkan pihak yang zalim dari terus melakukan kezaliman, mengembalikan hak kepada yang berhak, mendamaikan pertikaian sesama manusia dan menghukum dengan kebenaran kerana Allah sangat mengasihi mereka yang membicarakan sesuatu kes secara adil.”

- [68] Istilah kehakiman atau al-qada' itu sendiri ditakrifkan oleh Abdul Karim Zaydan di dalam al-Madkhal Li al-Dirasah al-Shari'ah al-Islamiyyah (Baghdad: Maktabah al-Qudus, (1989) 13, sebagai:

“Menghukum di antara beberapa orang yang bertikai berdasarkan undang-undang Islam dengan cara-cara yang tertentu. Apa yang dimaksudkan sebagai ‘cara-cara tertentu’ ialah cara atau tatacara mengemukakan dakwaan kepada hakim, peraturan dan syarat-syarat yang mesti dipatuhi oleh hakim serta pihak-pihak yang bertikai dalam prosiding dan kaedah-kaedah pembuktian untuk membuktikan hak dan menolak dakwaan. Tatacara atau prosedur yang tersebut mestilah berlandaskan hukum syarak atau undang-undang Islam (al-qanun al-islami).

- [69] Oleh yang demikian, kami berpendapat dalam kes ini, tiada ruang yang wajar untuk Mahkamah menggunakan kuasa yang termaktub di bawah seksyen 244 ETMMS (Terengganu) 2001 bila mana mahkamah tidak ditunjukkan dengan apa-apa keadaan yang membolehkan Mahkamah menggunakan kuasa tersebut samada dari segi ketidakadilan dan penyalahgunaan kuasa yang perlu Mahkamah yang mulia ini elakkan. Tambahan pula ketidakpatuhan yang dilakukan di bawah seksyen 34 tersebut tidak dapat disembuhkan dengan apa-apa arahan dan remedi alternatif dalam prosiding ini.

- [70] Bahkan Mahkamah berpendapat sekiranya peruntukan Seksyen 244 itu digunakan maka ianya akan menyebabkan berlakunya ketidakadilan dan menggalakkan berlakunya penyalahgunaan proses Mahkamah dan jelas bertentangan dengan Doktrin Penyalahgunaan Proses dan Prinsip Keadilan di dalam sistem kehakiman Islam itu sendiri.

- [71] Oleh yang demikian, Mahkamah sebulat suara berpuashati memutuskan bahwa rayuan ini diketepikan kerana ketidakpatuhan pada Seksyen 34, seksyen 139 (2) dan Seksyen 141 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001.

KEPUTUSAN

Berdasarkan kepada alasan-alasan yang dinyatakan di atas, maka mahkamah berpuashati sebulat suara memutuskan:

1. Rayuan diketepikan.

ULASAN KES

AZMAN ZULKIFLI *LWN.* WAN SHARIFAH NORIZAN ISMAIL

Oleh:

Dato' Haji Mahamad Naser bin Disa
Fakulti Undang-Undang dan Hubungan Antarabangsa
Universiti Sultan Zainal Abidin (UniSZA)
Kampus Gong Badak, 21300 Kuala Nerus, Terengganu
Alamat E-mail:
naserdisa@unisza.edu.my

Fakta Kes

Perayu dan Responden di dalam kes ini telah berkahwin pada 21/8/2006. Mereka berdua kemudiannya disahkan bercerai dengan talak tiga kali pertama daripada lafaz *soreh* Perayu pada 25/3/2011 di Mahkamah Rendah Syariah Daerah Kuala Terengganu, Responden kemudiannya melalui permohonan pada 14/2/2011 telah berjaya mendapat hak jagaan anak-anak mereka walaupun Responden telah berkahwin lain dengan lelaki yang bukan muhrim kepada anak tersebut, iaitu Mohamad Faizal bin Baru yang merupakan juga Saksi Kedua Responden di dalam permohonan tersebut.

Hakim Bicara Mahkamah Tinggi Kuala Terengganu pada 26/4/2013 telah memutuskan untuk memberikan hak jagaan kepada Responden Wan Sharifah Norizan binti Ismail, ibu kandung anak-anak tersebut manakala Perayu/Defendan Azman bin Zulkafli diberikan hak lawatan ke atas anak-anak tersebut pada bila-bila masa yang sesuai dengan syarat hendaklah dimaklumkan terlebih dahulu kepada Responden. Perayu telah memfailkan Rayuan terhadap keputusan Hakim Mahkamah Tinggi tersebut.

Semasa Mahkamah Rayuan Syariah Kuala Terengganu bersedia untuk menyampaikan penghakiman bagi Rayuan berkenaan, Panel Hakim mendapati wakalah pelantikan Peguam Syarie Perayu telah tidak difailkan secara teratur menurut peruntukan undang-undang di bawah Seksyen 34 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001 (ETMMS) yang memperuntukkan –

(1) Pelantikan seorang Peguam Syar'ie hendaklah dilafazkan oleh orang yang melantiknya, dan diterima oleh Peguam Syar'ie yang dilantik sedemikian, di hadapan Mahkamah atau Pendaftar.

(2) Jika seorang Peguam Syar'ie telah menerima perlantikannya di bawah subseksyen (1), dia hendaklah, sebelum mengambil apa-apa langkah dalam prosiding itu, memfailkan suatu wakalah dalam Borang MS 5.

Peguam Syarie Perayu berhujah secara lisan dan memohon sidang rayuan mempertimbangkan kesilapan teknikal yang dilakukan dan memberi penekanan kepada merit kes dengan berpandukan kepada Seksyen 244 ETMMS. Namun begitu Mahkamah Rayuan Syariah Kuala Terengganu telah menolak hujah sedemikian dan memutuskan –

1. Mahkamah berpuashati bahawa peruntukkan di bawah seksyen 34 (itu

lafaz ikrar dihadapan hakim/pendaftar) adalah in pari materia dengan keperluan hukum syarak dalam bab Wakalah Bi Al Khusumah (وكالة بالخصوصية). Bahkan ianya adalah pandangan Mazhab Hanafi yang telah diqanunkan sebagai prosedur. Ketakpatuhan terhadapnya adalah merupakan suatu ketakpatuhan terhadap keperluan hukum syarak.

2. Mahkamah juga bersetuju dengan hujah perayu bahawa penggunaan “shall” dalam sesuatu peruntukan perundangan adalah membawa kepada maksud obligasi perundangan yang perlu dipatuhi. Penggunaan perkataan “shall” dalam seksyen 34 (1) - (“shall be pronounced”) dan seksyen 34 (2) – “he shall before taking any step in the proceedings...”; berkaitan keperluan untuk melafazkan pelantikan dan penerimaan dihadapan hakim/pendaftar adalah merupakan satu obligasi yang perlu dilaksanakan oleh kedua-dua pihak. Obligasi tersebutlah yang akan mewujudkan kontrak diantara kedua-dua pihak dalam sesuatu perbicaraan dan memberikan kuasa *qui facit per alium facit per se*. Kegagalan untuk melaksanakan obligasi tersebut menyebabkan kontrak/akad perantukan seorang Peguam Syarie dan penerimaan tersebut tidak boleh dikuatkuasakan.
3. Oleh yang demikian mahkamah berpuashati bahawa keperluan yang diperuntukkan di bawah seksyen 34 adalah bersifat mandatori dan ketakpatuhannya tidaklah dapat disembuhkan. Keperluan perundangan dibawah seksyen 34 perlu dipatuhi kerana ianya in pari materia dengan keperluan (وكالة بالخصوصية) dalam Islam. Keperluan-keperluan ini adalah bersifat obligasi samada kepada pihak-pihak mahupun peguam syarie. Ketakpatuhan terhadap peruntukkan ini akan menyebabkan ianya disifatkan sebagai void ab initio.

Selanjutnya Mahkamah Rayuan Syariah Kuala Terengganu juga menjelaskan bahawa Seksyen 34 mengkehendaki setiap Peguam Syarie yang ingin mewakili mana-mana pihak dan mengambil apa-apa tindakan dalam mana-mana prosiding perlulah memfailkan borang MS 5 yang telah diikrarkan sebelum mengambil apa-apa tindakan atau mewakili apa-apa prosiding anak guamnya. Perwakilan dan tindakan yang diambil hanya akan menjadi sah apabila borang MS 5 tersebut difailkan di Mahkamah yang mulia ini. Ini bererti ikrar yang dibacakan dihadapan Pendaftar tidak memberikan locus standi kepada Peguam untuk mewakili atau mengambil apa-apa tindakan sehingga borang MS5 tersebut difailkan sepertimana yang dikehendaki oleh seksyen 34 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001.

Ulasan

Dua perkara pokok yang telah diputuskan oleh Mahkamah Rayuan Syariah Terengganu yang amat perlu diberikan perhatian oleh pihak-pihak yang terlibat dalam pentadbiran keadilan Syariah di Terengganu dan mungkin juga seluruh Negara iaitu –

- i. Pematuhan Seksyen 34 adalah mandatori, di mana ia mengkehendaki setiap Peguam Syarie yang ingin mewakili mana-mana pihak dan mengambil apa-apa tindakan dalam mana-mana prosiding perlulah memfailkan borang MS 5 yang telah diikrarkan secara lisan sebelum mengambil apa-apa tindakan atau mewakili apa-apa prosiding anak guamnya. Perwakilan dan tindakan yang diambil hanya akan menjadi sah apabila borang MS 5

tersebut difailkan di Mahkamah.

- ii. Kegagalan mematuhi keperluan ikrar secara lisan untuk wakalah di bawah seksyen 34 ini adalah suatu pelanggaran yang serius (fatal) dan mengakibatkan keseluruhan tindakan peguam bagi mewakili anak guamnya menjadi terbatal (*void ab initio*).

Dua persoalan yang mungkin timbul dari kedua-dua penghakiman ini adalah seperti berikut:

Pertamanya, jika pematuhan kepada seksyen 34 ini terutamanya ikrar secara lisan itu adalah suatu yang mandatori, bagaimana peguam boleh dibenarkan memfailkan dokumen-dokumen kes sejak dari awal, tindakan pembelaan dan seterusnya dibenarkan hadir untuk menjalankan kepeguamannya sepanjang kes ini dibicarakan di Mahkamah Tinggi? Adakah ketidakpatuhan ini perlu dibangkitkan oleh pihak lawan iaitu plaintif/responden dalam kes ini untuk perhatian pihak Hakim atau sepatutnya secara automatik tiada apa-apa Tindakan yang boleh dibenarkan oleh pendaftaran mahkamah dilakukan oleh peguam sejak dari awal prosiding dan pihak Defendan / Perayu tidak dibenarkan untuk diwakili oleh peguam. Seterusnya, bagaimana proses pemfailan dan perwakilan di Mahkamah Tinggi dibenarkan berlaku dalam keadaan peguam Defendan gagal mematuhi keperluan mandatori ikrar secara lisan? Perlu diingat bahawa pentadbiran mahkamah telah membenarkan peguam defendan melaksanakan keperluan-keperluan selanjutnya seolah-olah pemfailan borang wakalah yang difailkan di pendaftaran mahkamah sudah mencukupi.

Begitu juga keadaannya yang berlaku ketika rayuan ini mula didengar di Mahkamah Rayuan. Para hakim telah membuat penelitian dan pemerhatian khusus mengenai wakalah yang difailkan oleh peguam perayu untuk rayuan in dan menyimpulkan seperti berikut:

Ini bererti ikrar yang dibacakan dihadapan Pendaftar tidak memberikan locus standi kepada Peguam untuk mewakili atau mengambil apa-apa tindakan sehingga borang MS5 tersebut difailkan sepertimana yang dikehendaki oleh seksyen 34 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001.

Oleh yang demikian, Mahkamah berpuashati bahawa Notis Rayuan dan Alasan Rayuan yang difailkan dan ditandatangani oleh Peguam pada 6 April 2014 dan 9 Oktober 2014 adalah suatu dokumen yang tidak sah dan terbatal kerana ianya merupakan suatu ketidakpatuhan dan satu tindakan yang bersalahan dengan seksyen 34 Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Terengganu) 2001. Ketakpatuhan peruntukan tersebut menyebabkan notis rayuan dan alasan rayuan tersebut tidak boleh diterima.

Ini bermaksud ketidakpatuhan kepada seksyen 34 ETMMS 2001 ini juga telah berulang lagi di peringkat Mahkamah Rayuan hingga mengakibatkan Mahkamah menolak dokumen-dokumen yang difailkan oleh peguam untuk rayuan ini. Seandainya pendaftaran Mahkamah memahami kedudukan wakalah ini begitu mustahak dan penting, mungkin arahan perlu dikeluarkan oleh Ketua Hakim kepada pihak pendaftaran Mahkamah supaya menolak sebarang kertas kausa yang difailkan oleh peguam jika sekiranya peguam masih gagal memenuhi keperluan seksyen 34 mengenai wakalah. Ini untuk memastikan para hakim dapat memfokuskan kepada merit kes untuk memastikan keadilan dapat dilunaskan dengan sewajarnya.

Persoalan kedua yang tidak kurang kontroversinya adalah berkaitan keputusan *void ab initio* yang diputuskan oleh Mahkamah Rayuan adakah memberikan impak kepada proses wakalah sahaja atau kepada keseluruhan kes. Peguam perayu cuba mempertahankan kesilapannya

dengan bersandarkan seksyen 244 ETMMS 2001, namun ia ditolak oleh Mahkamah Rayuan. Jika Perayu tidak berhak untuk diwakili oleh seorang peguam syarie, sepatutnya Perayu dibenarkan untuk mengemukakan hujah-hujahnya secara sendiri tanpa diwakili oleh seorang peguam dan Mahkamah Rayuan boleh memutuskan Rayuan ini berasaskan merit.

Andaian ini boleh berlaku jika Mahkamah Rayuan menentukan dengan pasti keputusan kedua yang memutuskan “Ketakpatuhan terhadap peruntukkan ini akan menyebabkan ianya disifatkan sebagai *void ab initio*.” Persoalannya Sama ada ketidakpatuhan itu hanya terbatas kepada isu wakalah oleh peguam atau keseluruhan kes sejak dari proses pemfailan dan perbicaraan di Mahkamah Tinggi. Jika keputusan *void ab initio* ini ditentukan hanya untuk proses wakalah, keputusan Hakim Mahkamah Tinggi masih berkuat kuasa dan Perayu mungkin boleh dibenarkan berhujah tanpa peguam di Mahkamah Rayuan. Sebaliknya jika keseluruhan kes diputuskan sebagai terbatal, maka Keputusan Mahkamah Tinggi juga turut terbatal dan Mahkamah sepatutnya mengarahkan supaya kes ini dibicarakan semula kerana kes ini pada hakikatnya belum diputuskan secara merit dan tiada isu *res judicata*.

Mahkamah Rayuan telah merujuk kepada keputusan Mahkamah Rayuan Syariah Wilayah Persekutuan dalam kes *Abdul Ravuff Bin A.S. Dawood Lwn Pasla Holdings Sdn Bhd Dan 23 yang lain* (Rayuan Mal No. 02-01-99 belum dilapurkan) yang memutuskan perbicaraan di peringkat Mahkamah Tinggi kes berkenaan sebagai terbatal berpunca dari wakalah yang tidak sempurna dan Mahkamah rayuan memerintahkan untuk perbicaraan semula. Begitu juga kedudukannya berdasarkan beberapa kes sivil lain yang dirujuk oleh Mahkamah Rayuan Syariah Kuala Terengganu.

Isu hadanah ini bukan sahaja untuk kepentingan pihak-pihak, malah ia menjadi lebih mustahak untuk menjaga kepentingan atau kebajikan anak-anak. Kesilapan pihak peguam Perayu (si bapa) bukan hanya menjejaskan kepentingan beliau sendiri malah hak anak-anak untuk mendapat penjagaan atau perlindungan seorang bapa menurut keperluan Syarie telah gagal diketengahkan untuk pertimbangan mahkamah. Di akhir pendengaran hujahan peguam-peguam Mahkamah Rayuan memutuskan untuk mengetepikan rayuan Perayu. Namun pihak perayu gagal mendapatkan penjelasan sama ada keputusan Mahkamah Tinggi masih berkuat kuasa atau sebaliknya. Jika keputusan Mahkamah Rayuan ini membatalkan keseluruhan prosiding sejak dari awal di Mahkamah Tinggi, bererti kedudukan isu hadanah masih terbuka dan perayu masih boleh memfailkan permohonan baru.

Namun jika hanya isu perwakilan sahaja yang diputuskan sebagai terbatal, maka perayu perlu dibenarkan berhujah tanpa peguam dan mengemukakan bantahan-bantahan beliau terhadap keputusan Mahkamah Tinggi demi melunaskan keadilan untuk anak-anaknya dan dirinya sendiri.