

KESAN RETROSPEKTIF UNDANG-UNDANG JENAYAH MENURUT PERUNDANGAN ISLAM DAN PERLEMBAGAAN PERSEKUTUAN: SATU ANALISIS PERBANDINGAN

(Retrospective Effect in Islamic Criminal Law and the Federal Constitution: A Comparative Analysis)

Mohd Lotpi Mohd Yusob
mohdlotpi@unisza.edu.my

Mohd Badrol Awang
badrolawang@unisza.edu.my

Aminuddin Mustaffa
aminuddinm@unisza.edu.my

Fakulti Undang-undang dan Hubungan Antarabangsa,
Universiti Sultan Zainal Abidin,
Kampus Gong Badak 21300 Kuala Terengganu,
Terengganu Darul Iman, Malaysia.

Abstrak

Makalah ini menganalisis pemakaian retrospektif undang-undang jenayah secara perbandingan antara perundangan Islam dengan Perlembagaan Persekutuan. Perundangan Islam meletakkan dua prinsip pengecualian kepada pemakaian retrospektif undang-undang jenayah. Pertama, sekiranya sesuatu perlakuan jenayah berbahaya dan berupaya menggugat keamanan awam dan kestabilan negara. Kedua, sekiranya undang-undang tersebut menyebelahi pelaku jenayah dan ini termasuklah undang-undang yang memperuntukkan hukuman yang lebih ringan atau tidak lagi menganggap perlakuan jenayah itu sebagai suatu jenayah. Sekiranya undang-undang baharu tidak menyebelahi pelaku jenayah seperti memperuntukkan hukuman yang lebih berat, maka hukuman baharu tersebut tidak boleh dikuatkuasakan secara retrospektif. Secara perbandingannya Perkara 7(1) Perlembagaan Persekutuan hanya memperuntukkan dengan jelas dua keadaan undang-undang jenayah tidak boleh dikuatkuasakan ke belakang, yang merangkumi undang-undang yang memperuntukkan kesalahan baharu dan hukuman yang lebih berat.

Kata kunci: kesan retrospektif, perlembagaan persekutuan, kes jenayah, analisis perbandingan

Abstract

This article comparatively analyzes the retrospective application of criminal laws between Islamic law and the Federal Constitution. Islamic law has placed two important exceptions to the retrospective application of criminal law. Firstly, if the crime is so dangerous and capable of posing a threat to public peace and the stability of the country, and secondly, if the law is in favour of the offender. This includes circumstances where a new law provides for a lighter punishment or decriminalizes the act. If the new law provides for a greater punishment then it cannot be applied retrospectively since it disfavours the offender. On the other hand, Article 7(1) of the Constitution clearly provides for only two circumstances in which criminal laws cannot be enforced with retrospective effect i.e. if the act was not a crime under the existing law at the time it was committed, and if a new law provides for a greater punishment.

Keywords: ex post facto, Federal Constitution, crime cases, comparative analysis

PENGENALAN

Antara isu yang dipertimbangkan secara serius oleh penggubal undang-undang semasa membentangkan suatu rang undang-undang jenayah ialah berkait dengan pemakaian undang-undang tersebut sama ada boleh dikuatkuasakan secara retrospektif atau tidak. Ketetapan mengenai isu pemakaian retrospektif ini sangat penting dan memberi kesan besar terhadap masyarakat kerana melibatkan hak dan kebertanggungjawaban ahli masyarakat tersebut.

Atas pertimbangan tersebut, maka konsep kesan retrospektif ini telah menjadi topik perbincangan dalam kalangan sarjana perundangan Islam dan sivil. Dalam konteks pemakaiannya di Malaysia, satu perkara khusus telah diperuntukkan dalam Perlembagaan Malaysia berkaitan dengan pemakaian retrospektif undang-undang jenayah.

Peruntukan Perkara 7(1) Perlembagaan sering kali dijadikan sandaran bahawa undang-undang jenayah di Malaysia sama sekali tidak boleh diberi kesan retrospektif. Oleh itu, mana-mana undang-undang jenayah yang dikuatkuasakan secara retrospektif akan menjadi *ultra vires* dengan peruntukan Perlembagaan tersebut. Menyedari akan kedudukan ini, makalah ini cuba menganalisis pernyataan tersebut secara perbandingan dengan kedudukan konsep retrospektif yang terdapat dalam perundangan Islam.

PENGERTIAN KESAN RETROSPEKTIF

Kesan retrospektif ini juga disebut sebagai *Nullum crimen nullapoena sine lege* dalam bahasa Latin dan *al-athar al-raji'e* dalam bahasa Arab. Menurut bahasa, kesan bermaksud tanda, bekas, hasil dan sebagainya.¹ Retrospektif pula bermaksud meninjau atau mengenang kembali peristiwa yang lalu.² Dari segi istilahnya, kesan retrospektif bermaksud menguatkuasakan sesuatu undang-undang secara kebelakang untuk mencakupi sesuatu perlakuan jenayah yang dilakukan sebelum undang-undang tersebut digubal lagi.³

Para fuqaha mazhab Hanafi menggunakan istilah *al-istinad* bagi merujuk konsep kesan retrospektif. Menurut mereka *al-istinad* bermaksud menetapkan hukum pada waktu sekarang kemudian menyandarkan hukum itu pada sesuatu yang telah lalu. Sebagai contoh, seseorang yang merampas barang tetapi kemudiannya telah membayar pampasan kepada pemilik sebenar, maka barang tersebut dianggap menjadi milik perampas. Hak perampas itu juga diiktiraf secara retrospektif, iaitu hak pemilikan barang itu diiktiraf sebagai dimiliki oleh perampas semenjak barang itu dirampas.⁴

Pada pandangan jumhur fuqaha pula kesan retrospektif ini disebut sebagai *al-in'itafy* yang juga bermaksud menyandarkan hukum yang diputuskan ketika ini atas sesuatu perbuatan yang telah lalu. Pemerhatian terhadap istilah yang digunakan ini, dapat dilihat di sini bahawa khilaf antara mazhab Hanafi dengan jumhur fuqaha hanyalah khilaf pada lafaz sahaja dan bukan pada makna dan takrifan teknikal. Mereka sepakat mengenai maksud teknikal dan kefahaman sebenar konsep kesan retrospektif. Khilaf antara mereka hanya pada istilah yang digunakan bagi merujuk konsep kesan retrospektif.

Perbezaan antara mazhab Hanafi dengan jumhur itu pada dasarnya tidak memberi apa-apa kesan signifikan kerana terdapat kaedah fiqh yang berbunyi *لا مشاحة في الاصطلاح* yang bermaksud perbezaan pada istilah tidak memberi kesan kepada hukum hakam. Mengulas mengenai kaedah ini, Imam al-Shatibi menyatakan bahawa terdapat keadaan, apabila sesuatu yang dianggap sebagai perbezaan pendapat dalam kalangan fuqaha pada hakikatnya bukan suatu khilaf. Beliau memberikan contoh perbezaan pendapat fuqaha yang termasuk dalam kategori ini, iaitu berkaitan dengan penggunaan istilah yang berlainan sedangkan dari segi inti patinya istilah yang digunakan itu membawa maksud dan makna yang sama. Menurut Imam al-Shatibi lagi khilaf seperti ini tidak terbina hukum padanya.⁵

1 *Kamus Dewan* dlm. <http://prpm.dbp.gov.my/Search.aspx?k=kesan> [Capaian 22 Februari 2012].

2 *Kamus Dewan* dlm. <http://prpm.dbp.gov.my/Search.aspx?k=retrospektif> [Capaian 22 Februari 2012].

3 Perkara 7(1) Perlembagaan Persekutuan

4 Yusuf Abu Hamidah, 2009. *Al-athar Al-Rajie wa Tatbiqatuhu fi al-Ahkam al-Syari'yyah*. Jordan: Darul Nafais, hlm. 20

5 Ibrahim bin Musa al-Shatibi, 2005, *Al-Muwafaqat*, Kaherah: Dar al-Hadith, hlm. 448 - 449

KESAN RETROSPEKTIF DALAM PERBINCANGAN FUQAHA

Walaupun konsep kesan retrospektif ini telah menjadi topik perbincangan para ulama silam, namun tiada kitab klasik yang membicarakan secara mendalam mengenai persoalan retrospektif ini. Bahkan tiada bab yang khusus yang membicarakan persoalan ini dalam kitab fiqh klasik. Persoalan kesan retrospektif ini hanya dibincangkan oleh para ulama bersekali dengan perbincangan sesuatu perkara furuk.

Sebagai contoh Imam al-Suyuti membincangkan kesan retrospektif ketika membicarakan persoalan fadilat solat berjemaah bagi makmum yang mengikut imam pada pertengahan solat imam. Persoalan yang ditimbulkan oleh Imam al-Suyuti ialah, apakah fadilat atau pahala makmum itu retrospektif atau tidak? Maksudnya apakah pahala makmum itu dikira pada permulaan solat imam atau pada pertengahan solat imam. Imam al-Suyuti menjelaskan bahawa terdapat khilaf dalam persoalan ini. Sebahagian fuqaha *Syafi'iah* berpandangan pahala itu akan dikira secara retrospektif, manakala sebahagian yang lain pula berpandangan tidak memberi kesan secara retrospektif.⁶

Selain itu, kesan retrospektif ini telah dibincangkan apabila fuqaha Islam membincangkan perkahwinan mendatang antara penzina lelaki dengan pasangan zinanya sebagai satu bentuk keraguan (*syubhah*) yang menggugurkan hukuman hudud terhadap kedua-duanya. Pada pendapat Imam Abu Hanifah perkahwinan mendatang itu dianggap sebagai satu bentuk keraguan yang menggugurkan hukuman hudud,⁷ namun jumhur fuqaha berpendapat perkahwinan mendatang tersebut tidak boleh dijadikan sebagai suatu pembelaan kerana perkahwinan mendatang itu tidak mempunyai kesan ke belakang. Maksudnya pada masa zina itu dilakukan penzina lelaki dan penzina perempuan itu bukanlah suami isteri dan status tersebut tidak boleh diberikan kesan kebelakang kepada mereka dengan alasan mereka berkahwin selepas perlakuan zina tersebut.⁸

KESAN RETROSPEKTIF UNDANG-UNDANG JENAYAH ISLAM

Prinsip umum dalam undang-undang jenayah Islam ialah seseorang itu tidak boleh dihukum atas sesuatu perlakuan jenayah jika tiada undang-undang yang

6 Abdul Rahman al-Suyuti, 1983. *Al-Ashbah wa Al-Nazhoir fi Qawa'id wa Furu' Fiqh Al-Shafi'iah*. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyah, hlm. 26

7 Sila lihat seksyen 17(e), Enakmen Kesalahan Jenayah Syariah (Hudud & Qisas) Terengganu 1423/2002M, yang telah mengambil pendapat Imam Abu Hanifah sebagai salah satu faktor pengguguran hukuman Hudud.

8 Abdul Qadir Audah (1998), *al-Tasyri' al-Jana'ie al-Islami-Muqaranan bi al-Qanuni al-Wad'ie*, Muassasah al-Risalah, Beirut, hlm. 367.

menetapkan hukuman bagi jenayah tersebut ketika dilakukan.⁹ Prinsip asas ini jelas disebut di dalam Al-Quran di mana Allah SWT berfirman:

“dan tiadalah Kami mengazabkan sesiapaupun sebelum Kami mengutuskan seorang Rasul (untuk menerangkan Yang benar dan Yang salah)”¹⁰

Imam al-Qurtubi menyatakan bahawa ayat ini menjadi dalil bahawa hukum tidak sabit melainkan dengan syarak (kewujudan nas).¹¹ Dapat difahami daripada ayat ini bahawa Allah tidak sekali-kali berlaku zalim dengan mengenakan azab atau hukuman terhadap manusia mukalaf yang tidak sampai dakwah rasul kepadanya.

Selain itu dalam Surah al-Qasas Allah berfirman:

Yang bermaksud: “dan tidaklah menjadi kebiasaan Tuhanmu membinasakan mana-mana negeri sebelum Ia mengutus ke ibu negeri itu seorang Rasul yang akan membacakan kepada penduduknya ayat-ayat keterangan kami; dan tidaklah menjadi kebiasaan Kami membinasakan mana-mana negeri melainkan setelah penduduknya berlaku zalim”¹²

Menurut Imam al-Qurtubi, ayat ini jelas menunjukkan keadilan Allah serta maha suci Allah, selaku pembuat hukum, dari segala kezaliman.¹³ Apabila Imam al-Qurtubi menyebut persoalan kezaliman di sini maka jelaslah hal ini merujuk kezaliman dalam menetapkan dan mengenakan hukuman oleh Tuhan tanpa didahului dengan perutusan rasul. Dalam membahaskan perkara berkaitan, Abdul Qadir Audah menyebut bahawa kaedah asas dalam perundangan Islam ialah:

لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص¹⁴

Tiada hukuman bagi perbuatan orang yang berakal sebelum wujudnya nas.

Kaedah ini menjadi suatu yang disepakati dalam kalangan fuqaha. Walau bagaimanapun terdapat perselisihan yang signifikan antara muktazilah dengan Asyai’rah bertitik tolak daripada kaedah tersebut berkaitan dengan persoalan taklif terhadap manusia. Menurut muktazilah kaedah ini masih tertakluk atas penilaian akal. Pada dasarnya, mereka bersetuju sememangnya tiada hukum bagi perbuatan mukalaf jika tiada nas yang menentukan hukum perbuatan mukalaf itu, namun perbuatan mukalaf itu tetap ditegah

9 Anwarullah, 2002. *The Criminal Law of Islam*. A.S. Noordeen, Kuala Lumpur, hlm. 9.

10 Al-Isra’ : 15

11 Muhammad bin Ahmad Al-Qurtubi, 1986. *al-Jami’ Li Ahkamil Quran*. Beirut: Darul Fikr, Jld. 10, hlm. 231

12 Al-Qasas : 59

13 Muhammad bin Ahmad al-Qurtubi, 1986. *al-Jami’ Li Ahkamil Quran*. Beirut: Darul Fikr, Jld. 13, hlm. 302

14 Abdul Qadir Audah, 2008. *Al-Tashri’ Al-Jina’i Al-Islami*. Beirut: Muassasah al-Risalah al-Nasirun, hlm. 72.

dan dianggap haram jika didapati tidak elok dan tidak baik pada penilaian akal. Sebaliknya jika dianggap baik oleh akal maka perbuatan itu menjadi sunat dan digalakkan dan jika sesuatu perbuatan itu sama nilai baik dan buruknya menurut penilaian akal maka perbuatan itu diharuskan.

Berbeza dengan Asyai'rah yang melihat bahawa kaedah itu mesti dibaca secara literal, iaitu sesuatu perbuatan itu tiada padanya hukum melainkan setelah wujudnya nas atau peruntukan undang-undang berkaitan. Mereka menegaskan akal tidak berperanan dalam menentukan hukum sesuatu perbuatan. Pendapat Asyai'rah ini dilihat sangat tepat bagi menjaga keharmonian pelaksanaan undang-undang dan peraturan.¹⁵

Berdasarkan ayat al-Quran dan kaedah yang dibincangkan dapatlah disimpulkan bahawa dalam perundangan Islam, perlakuan jenayah seseorang itu tidak boleh dianggap sebagai jenayah serta tidak boleh dihukum selagi tiada peruntukan (nas) yang menetapkan sedemikian. Oleh itu, seseorang itu tidak boleh dihukum jika sewaktu sesuatu jenayah itu dilakukan tidak terdapat peruntukan undang-undang yang menjadikan perlakuan tersebut sebagai suatu jenayah.

PENGECCUALIAN KESAN RETROSPEKTIF

Sungguhpun begitu, pada pandangan sarjana Islam moden, kaedah umum di atas tidak terlepas daripada pengecualian. Malah dalam keadaan tertentu, hukuman boleh dikenakan terhadap sesuatu perbuatan jenayah walaupun tiada undang-undang mengenai jenayah tersebut diwujudkan ketika jenayah itu dilakukan. Hal ini bererti dalam keadaan tertentu, pemerintah boleh menggubal undang-undang bagi sesuatu kesalahan jenayah dan melaksanakan undang-undang tersebut secara retrospektif.

Antara yang membahaskan pengecualian kaedah ini ialah Abdul Qadir Audah dalam bukunya *At-Tasyri' al-Jina'i al-Islami*. Beliau menyebut terdapat dua pengecualian yang membolehkan pemakaian retrospektif undang-undang jenayah.

1. Sekiranya perlakuan jenayah tersebut berbahaya yang boleh menggugat keamanan dan kestabilan Negara.
2. Sekiranya undang-undang tersebut memberi kelebihan atau menyebelahi pelaku jenayah.¹⁶

15 Al-'Abdu Khali Abu A'id I, 1983. *Mabahith fi Usul al-Fiqh al-Islami*. Amman: Dar al-Furqan, hlm. 119-121

16 Abdul Qadir Audah, 2008. *Al-Tashri' Al-Jina'i Al-Islami*. Beirut: Muassasah al-Risalah al-Nasirun, hlm. 158.

Berdasarkan pengecualian yang pertama, pada pandangan Abdul Qadir Audah, pemerintah dibenarkan untuk melaksanakan sesuatu undang-undang jenayah secara retrospektif apabila pada pertimbangannya perlakuan jenayah itu merupakan jenayah berat yang berupaya menggugat keamanan negara atau ketenteraman awam.

Pada pandangan penulis, syarat atau proviso yang dinyatakan oleh Abdul Qadir Audah tersebut boleh dianggap sebagai bertepatan dengan kaedah fiqh yang memberi keutamaan kepada kemaslahatan masyarakat berbanding kemaslahatan individu atau kelompok tertentu.¹⁷ Dengan adanya proviso tersebut, maka undang-undang jenayah yang boleh dilaksanakan secara retrospektif adalah yang berkait dengan jenayah berat yang menggugat keamanan dan ketenteraman awam semata-mata. Oleh itu, sekiranya sesuatu jenayah itu tidak menggugat keamanan dan ketenteraman awam, maka kesan retrospektif tidak terpakai.

Dalam menerangkan pengecualian kedua, Abdul Qadir Audah membolehkan kesan retrospektif berlaku sekiranya undang-undang baharu digubal memberi kelebihan atau menyebelahi pelaku jenayah. Beliau menegaskan:

إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم في الجريمة و كان أصلح للجاني حوكم للجاني بمقتضاه و لو أنه ارتكب الجريمة في ظل التشريع القديم 18

Apabila wujud peraturan atau undang-undang baru sebelum dijatuhkan hukuman atas sesuatu jenayah dan undang-undang baru itu dilihat lebih baik (menyebelahi) bagi pelaku jenayah maka hendaklah penjenayah itu dihukum dengan undang-undang baru itu walaupun jenayah dilakukan sebelum undang-undang baru itu berkuat kuasa

Abdul Qadir Audah menjelaskan beberapa keadaan apabila sesuatu undang-undang itu boleh dikategorikan sebagai menyebelahi pelaku jenayah dan boleh dikuatkuasakan secara retrospektif seperti yang berikut:

1. Sekiranya undang-undang baharu memperuntukkan hukuman yang lebih ringan. Maka hukuman baharu hendaklah dikenakan walaupun pelaku jenayah telah dihukum dengan hukuman yang lebih berat mengikut peruntukan terdahulu.
2. Sekiranya undang-undang baharu tidak lagi menganggap perlakuan jenayah itu sebagai suatu jenayah, maka hendaklah pelaku jenayah

17 Ahmad Muhammad al-Zarqa', 1998. *Sharh al-Qawa'id al-Fiqhiyyah*. Damsyiq, Dar al-Qalam. hlm. 197.

18 Abdul Qadir Audah, 2008. *Al-tashri' Al-Jina'i Al-Islami*. Beirut:Muassasah al-Risalah al-Nasirun, hlm. 161.

tersebut dibebaskan walaupun beliau telah disabitkan salah dan dijatuhkan hukuman mengikut peruntukan terdahulu.

3. Sekiranya undang-undang baharu memperuntukkan hukuman yang lebih berat, maka hukuman baharu tersebut tidak boleh dikuatkuasakan secara retrospektif kerana tidak menyalahbelahi pelaku jenayah.

Pada pandangan penulis keadaan yang diberikan oleh Abdul Qadir Audah bersesuaian dengan prinsip dalam undang-undang jenayah. Pelaku jenayah perlu diperuntukkan ruang perundangan yang menyalahbelahinya. Hal ini termasuklah prinsip seperti faedah keraguan hendaklah diberi kepada tertuduh, dan sebagainya, yang telah menjadi prinsip yang tegas dalam perundangan jenayah Islam.

KESAN RETROSPEKTIF DALAM PERLEMBAGAAN PERSEKUTUAN MALAYSIA

Kesan retrospektif tidak terpakai dalam undang-undang jenayah menjadi prinsip asas di bawah sistem undang-undang Common Law. Larangan pemakaian kesan retrospektif dalam kes jenayah antaranya telah dinyatakan dalam kes *Liyanage*.¹⁹ Dalam kes ini mahkamah menyatakan bahawa adalah tidak adil untuk menghukum seseorang yang melakukan sesuatu perlakuan jenayah dalam keadaan si pelaku tersebut tidak mengetahui akan akibat perbuatannya kerana tiada undang-undang yang dibuat berkaitan kesalahan tersebut ketika kesalahan tersebut dilakukan.²⁰ Prinsip yang sama juga terkandung dalam pelbagai instrumen antarabangsa, seperti Universal Declaration of Human Right (UDHR),²¹ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR),²² European Convention on Human Rights (ECHR)²³ dan Universal Islamic Declaration on Human Right.²⁴

Di bawah undang-undang Malaysia, prinsip yang sama juga telah dinyatakan dengan jelas dalam Perkara 7(1) dan 66(5) Perlembagaan Persekutuan. Perkara 7(1) memperuntukkan seperti yang berikut:

Tiada sesiapa pun boleh dihukum kerana sesuatu perbuatan atau ketinggalan yang tidak menjadi kesalahan di sisi undang-undang pada masa perbuatan atau ketinggalan itu dilakukan dan kerana sesuatu kesalahan tiada sesiapa

19 *Liyanage lwn The Queen* [1967] 1 AC 259

20 Abdul Aziz Bari & Farid Sufian, 2006. *Constitution of Malaysia: Text and Commentary*. Petaling Jaya: Pearson, hlm. 28.

21 Article 11(2) UDHR

22 Article 15 ICCPR

23 Article 7 ECHR

24 Article 5 IUDHR

pun boleh menanggung hukuman yang lebih berat daripada yang telah ditetapkan oleh undang-undang pada masa kesalahan itu dilakukan

Peruntukan ini menjelaskan dua prinsip utama berkaitan undang-undang retrospektif jenayah, iaitu;

- (a) Seseorang individu tidak boleh disabitkan di bawah undang-undang bagi mana-mana perbuatan yang dilakukan sebelum undang-undang tersebut berkuat kuasa.

Dengan kata lain, sekiranya ada mana-mana undang-undang jenayah yang baharu diperkenalkan, undang-undang tersebut tidak mempunyai kesan retrospektif. Seseorang individu yang melakukan perbuatan yang merupakan satu kesalahan sebelum berkuat kuasa undang-undang tertentu tidak boleh disabitkan dengan menggunakan peruntukan undang-undang tersebut. Undang-undang hanya boleh dikuatkuasakan atas individu yang melakukan kesalahan selepas berkuatkuasanya undang-undang berkenaan.

- (b) Seseorang individu yang disabitkan dengan kesalahan di bawah undang-undang tidak boleh dikenakan hukuman yang lebih berat daripada hukuman undang-undang yang sedang berkuat kuasa semasa kesalahan tersebut dilakukan.

Perkara ini bermaksud mana-mana pesalah jenayah yang disabitkan di bawah peruntukan undang-undang jenayah tidak boleh dikenakan hukuman yang lebih berat daripada undang-undang yang sedang berkuat kuasa semasa kesalahan tersebut dilakukan. Sekiranya ada sebarang pindaan hukuman pada undang-undang tersebut selepas tarikh kesalahan dilakukan, pesalah mestilah dihukum berdasarkan undang-undang yang sedia ada semasa kesalahan dilakukan, dan bukannya berdasarkan hukuman di bawah undang-undang yang telah dipinda.

Seterusnya, Perkara 66(5) Perlembagaan Persekutuan memperuntukkan yang berikut:

but no law shall come into force until it has been published, without prejudice, however, to the power of Parliament to postpone the operation of any law or to make laws with retrospective effect.

Peruntukan ini memberi kuasa kepada parlimen menggubal undang-undang dan mengisytiharkan penguatkuasaannya adalah berbentuk retrospektif. Pelaksanaan peruntukan ini boleh dilakukan dengan menyatakan secara spesifik dalam statut bahawa undang-undang yang digubal akan berkuat kuasa secara retrospektif, merangkumi perbuatan yang dilakukan sebelum undang-undang tersebut berkuat kuasa.

Bagi mengetahui dengan lebih lanjut berkenaan pemakaian prinsip retrospektif khususnya dalam undang-undang jenayah, rujukan boleh dibuat kepada kes yang telah diputuskan oleh mahkamah berkaitan dengan isu ini.

Dalam kes *Looi Kooi Choon lwn Kerajaan Malaysia*²⁵ mahkamah menegaskan bahawa Perkara 7 ini mengandungi dua unsur penting berkenaan kesan retrospektif. Pertama, kesan retrospektif ini tidak boleh dilaksanakan bagi undang-undang baharu. Keduaanya, kesan retrospektif ini tidak boleh dilaksanakan dalam peruntukan baharu bagi pertambahan hukuman untuk sesuatu kesalahan jenayah. Mahkamah juga memutuskan bahawa undang-undang hanya akan mempunyai kesan retrospektif sekiranya dinyatakan ada peruntukan khusus di dalamnya yang memperuntukkan sedemikian. Raja Azlan Shah FJ menyatakan seperti yang berikut:

In so far as an Act of Parliament is concerned, the rule of construction is that in order to determine whether it is retrospective in its operation, the language of the Act itself must be looked into bearing in mind that an Act is not to be construed retrospectively unless it is clear that such was the intention of Parliament. If such was the intention that the Act was to be given retrospective effect even in respect of substantive right or pending proceeding, the courts have no alternative but to give effect to the Act even though the consequences might appear harsh and unjust.

Seterusnya, adalah penting untuk dinyatakan di sini bahawa bahawa larangan kesan retrospektif kepada undang-undang jenayah ini hanya terpakai bagi perkara yang melibatkan substantif undang-undang dan bukannya prosedur. Perkara ini telah disebut dalam kes *Gerald Fernandez lwn Peguam Negara, Malaysia*²⁶. Dalam kes ini mahkamah memutuskan bahawa:

Coming now to the substantive question whether or not the Commonwealth Fugitive Criminals (Amendment) Act, 1969, is void because it conflicts with article 7 (1) of the Constitution, I am of the opinion that it does not. As I have said, the Act did not create the offences with which the appellant was charged; it merely provided the procedure for arresting him here and surrendering him to Singapore

Seterusnya, keputusan mahkamah dalam kes *Chua Han Mow lwn Superintendent Penjara Pudu*²⁷ telah memberikan contoh kesan retrospektif boleh terpakai bagi kes jenayah dalam perkara berkaitan prosedur. Dalam kes ini, Mahkamah telah memutuskan seksyen 3A Ordinan Ekstradisi yang

25 *Looi Kooi Choon lwn Kerajaan Malaysia* [1977] 2 MLJ 187.

26 *Gerald Fernandez lwn Attorney-General, Malaysia* [1970] 1 MLJ 262

27 *Chua Han Mow lwn Superintendent Penjara Pudu* [1979] 2 MLJ 70

memberi kuasa *ad hoc* kepada menteri untuk menangani kes ekstradisi tanpa mengambil kira sama ada wujud atau tidak perjanjian antarabangsa berkenaan pengekstradisi penjenayah yang lari dari sesuatu negara sebagai sah dan tidak bertentangan dengan perlembagaan walaupun telah diberi kesan retrospektif. Hal ini kerana undang-undang tersebut hanya melibatkan prosedur dan bukan substantif. Mahkamah menegaskan:

seksyen ini adalah sah walaupun mempunyai kesan retrospektif kerana ia tidak berhubung dengan perkara substantif kesalahan jenayah tetapi hanya berkait dengan prosedur sahaja

Berdasarkan penelitian kepada peruntukan Perlembagaan Persekutuan dan juga keputusan mahkamah, dapatlah dirumuskan bahawa prinsip berkaitan kesan retrospektif di bawah undang-jenayah di Malaysia adalah seperti yang berikut:

1. Undang-undang jenayah tidak mempunyai kesan retrospektif jika perbuatan yang dilakukan bukan merupakan kesalahan jenayah di bawah undang-undang pada masa perbuatan tersebut dilakukan.
2. Undang-undang jenayah tidak mempunyai kesan retrospektif jika sekiranya hukuman yang diperuntukkan di bawah undang-undang substantif yang baharu adalah lebih berat daripada hukuman yang ditetapkan di bawah undang-undang substantif yang sebelumnya.
3. Prinsip larangan retrospektif dalam undang-undang jenayah hanya terhad kepada undang-undang substantif sahaja dan tidak terpakai kepada undang-undang prosedur.
4. Parlimen telah diberi kuasa mengikut Perkara 66(5) untuk memberi kesan secara retrospektif kepada undang-undang, namun mesti dinyatakan dengan jelas dalam undang-undang tersebut. Berkait dengan perkara ini timbul persoalan sama ada Parlimen berkuasa mutlak untuk memberi kesan retrospektif kepada sesuatu undang-undang atau masih tertakluk kepada peruntukan nyata Perkara 7(1). Pada peringkat ini dihujahkan bahawa kuasa Parlimen untuk berbuat demikian hanya boleh dilakukan untuk keadaan yang tidak dicakupi oleh peruntukan nyata Perkara 7(1) tersebut.

Di sebalik rumusan yang dinyatakan di atas, persoalan lain yang timbul ialah adakah prinsip retrospektif terpakai sekiranya undang-undang baharu yang dipinda memperuntukkan hukuman yang lebih ringan? Perkara ini

tidak dinyatakan dengan jelas dalam Perlembagaan Persekutuan. Perkara 7 secara spesifiknya hanya memperuntukkan bahawa prinsip retrospektif tidak terpakai pada undang-undang substantif yang memperuntukkan hukuman yang lebih berat. Tidak ada dinyatakan sama ada undang-undang larangan retrospektif akan terpakai atau sebaliknya jika sekiranya undang-undang baharu memperuntukkan hukuman yang lebih ringan. Rujukan kepada instrumen antarabangsa menunjukkan hanya instrumen International Covenant on Civil and Political Right yang memperuntukkan secara jelas berkenaan perkara ini. Perkara 15 instrumen tersebut menyatakan yang berikut:

No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby."

Perkara 15 ini jelas menyatakan jika sekiranya undang-undang yang baharu digubal memperuntukkan hukuman yang lebih ringan bagi kesalahan berbanding dengan undang-undang yang lama, maka pesalah yang terlibat perlu mendapat kelebihan daripada pindaan tersebut dan perlu dihukum berdasarkan peruntukan hukuman lebih ringan di bawah undang-undang yang baharu. Rujukan kepada amalan di negara Australia juga, menunjukkan bahawa seseorang pesalah akan mendapat kelebihan sekiranya undang-undang baharu yang digubal memperuntukkan hukuman yang lebih ringan daripada undang-undang yang sebelumnya.²⁸ Pendekatan ini harus diterima pakai dalam konteks undang-undang jenayah di Malaysia, dengan menerimanya sebagai pengecualian khusus kepada asas yang menghalang pemakaian kesan retrospektif dalam undang-undang jenayah.²⁹

Selain itu, peruntukan Perkara 7(1) Perlembagaan juga tidak menyinggung isu berkenaan kesan retrospektif undang-undang terhadap pesalah yang sedang menjalani hukuman di bawah undang-undang yang dibatalkan. Di bawah undang-undang Malaysia misalnya, kerajaan telah menghapuskan undang-undang Akta Kediaman Terhad 1933 dan juga Akta Keselamatan Dalam Negeri 1960. Namun, mengikut rekod, terdapat seramai 45 orang tahanan di bawah Akta Keselamatan Dalam Negeri masih lagi menjalani baki tempoh tahanan meskipun Akta tersebut telah pun

28 <http://www.ag.gov.au/RightsAndProtections/HumanRights/PublicSectorGuidanceSheets/Pages/Absoluterights.aspx>

29 Shamrahayu A Aziz, 2008. Nullum crimen, nulla poena sine lege: Non-retrospective Application of Law under the Malaysian Federal Constitution" dlm *The Law Review*, hlm. 558

dimansuhkan.³⁰ Memandangkan pihak penggubal undang-undang sendiri telah memutuskan bahawa kedua-dua undang-undang tersebut tidak lagi relevan dan sesuai dengan keperluan semasa, kewajaran untuk terus menahan pesalah di bawah undang-undang tersebut sehingga tamat tempoh yang ditetapkan mungkin boleh dinilai semula dalam konteks prinsip retrospektif undang-undang dan kuasa Parlimen yang dinyatakan di atas.

KESAN RETROSPEKTIF DALAM UNDANG-UNDANG JENAYAH: PERBANDINGAN ANTARA PERUNDANGAN ISLAM DENGAN PERLEMBAGAAN PERSEKUTUAN

Jelasnya, Perlembagaan Persekutuan melalui Perkara 7(1) telah menetapkan bahawa tiada kesan retrospektif boleh diberikan kepada undang-undang yang menjadikan sesuatu perlakuan sebagai suatu jenayah sedangkan pada masa kesalahan itu dilakukan perlakuan itu tidak dikira sebagai jenayah mengikut undang-undang sedia ada dan juga kepada undang-undang yang memperuntukkan hukuman yang lebih berat kepada penjenayah yang telah dibicarakan atau dihukum dengan undang-undang terdahulu.

Walau bagaimanapun larangan terhadap aplikasi kesan retrospektif dalam kes jenayah adalah tidak mutlak. Perlembagaan masih memberi pengecualian berdasarkan peruntukan Perkara 66(5) Perlembagaan Persekutuan. Peruntukan ini memberi kuasa kepada Parlimen menggubal undang-undang dan mengisytiharkan penguatkuasaannya adalah berbentuk retrospektif.

Yang menjadi isu di sini ialah terdapat kelompangan dalam peruntukan. Perlembagaan Persekutuan tidak memperuntukkan kebenaran atau larangan untuk pelaksanaan prinsip kesan retrospektif terhadap undang-undang baharu yang dipinda yang memperuntukkan hukuman yang lebih ringan. Perlembagaan Persekutuan juga didapati tidak memperuntukkan dengan jelas berkaitan dengan pemakaian prinsip kesan retrospektif terhadap undang-undang yang telah dimansuhkan.

Hakikatnya isu yang menjadi kelompangan tersebut telah ditanggapi secara jelas oleh Perundangan Islam. Walaupun Perlembagaan Persekutuan dan Perundangan Islam dilihat sepakat dalam larangan terhadap pelaksanaan kesan retrospektif secara umum dalam kes jenayah, namun Perundangan Islam dilihat lebih ke hadapan dalam menanggapi isu yang tersebut melalui “pengecualian-pengecualian” yang diperuntukkan dalam membenarkan aplikasi kesan retrospektif dalam keadaan tertentu.

Perundangan Islam sebagaimana ditunjukkan terdahulu telah menetapkan bahawa kesan retrospektif adalah tidak dibenarkan kecuali

30 http://www.malaysianbar.org.my/legal/general_news/suhakam_given_memo_on_45_isa_detainees.html

sekiranya perlakuan jenayah tersebut berbahaya yang boleh menggugat keamanan dan kestabilan negara dan sekiranya undang-undang tersebut memberi kelebihan atau menyebelahi pelaku jenayah. Pengecualian yang diterima pakai oleh perundangan Islam ini secara jelas telah menjawab isu tersebut. Dengan kata lain, berdasarkan pengecualian ini, maka kesan retrospektif boleh terpakai kepada undang-undang baharu yang dipinda yang memperuntukkan hukuman yang lebih ringan dan boleh terpakai kepada undang-undang yang telah dimansuhkan kerana kedua-dua keadaan ini memberi kelebihan kepada pelaku jenayah. Jelas bahawa pengecualian yang disebut oleh Perundangan Islam tersebut boleh menampung kelompangan Perkara 7(1) Perlembagaan Persekutuan yang tidak menyentuh isu tersebut sekiranya Parlimen berhasrat berbuat demikian menggunakan kuasanya di bawah Perkara 66(5) Perlembagaan Persekutuan.

Selain itu, Parlimen juga boleh mengambil panduan daripada instrumen antarabangsa seperti International Covenant on Civil and Political Right dalam menanggapi lakuna yang terdapat dalam Perkara 7(1). Perkara 15 International Covenant on Civil and Political Right telah membenarkan pelaksanaan kesan retrospektif oleh undang-undang baharu jika Parlimen memperuntukkan hukuman yang lebih ringan berbanding undang-undang lama. Perkara 15 ini selari dengan Perundangan Islam. Kedua-duanya meraikan undang-undang yang memberi kelebihan kepada pelaku jenayah. Oleh itu, perjalanan yang sama perlu diadaptasi oleh Parlimen bagi menampung kelompangan peruntukan Perlembagaan Persekutuan seperti yang telah dijelaskan dalam perbincangan.

KESIMPULAN

Umumnya Perundangan Islam dan Perlembagaan Malaysia berkongsi prinsip dan mekanisma yang sama dalam menanggapi pelaksanaan kesan retrospektif undang-undang jenayah. Kedua-duanya bersetuju bahawa sesuatu yang tidak adil bagi pelaku jenayah dihukum bagi sesuatu kesalahan yang masih belum diperundangan ketika jenayah dilakukan. Begitu juga kedua-duanya melarang hukuman yang lebih besar dikenakan berbanding hukuman yang diperuntukkan semasa perlakuan jenayah dilakukan. Namun, perundangan Islam telah memberikan perhatian yang lebih luas dan khusus dalam isu ini. Perundangan Islam meletakkan pengecualian yang lebih jelas dan mencakupi terhadap prinsip umum tersebut dengan membenarkan pemakaian kesan retrospektif kepada undang-undang jenayah yang sangat berbahaya dan mengganggu ketenteraman dan kestabilan masyarakat, dan juga kepada undang-undang yang bersifat menyebelahi pelaku jenayah dalam skop yang telah dinyatakan. Selaras dengan itu, mungkin Perkara 7 Perlembagaan boleh dinilai semula untuk dimasukkan pengecualian sebagaimana perundangan

Islam mengambil kira kejadian perlakuan jenayah yang boleh menjejaskan keamanan dan ketenteraman awam yang didapati semakin menjadi-jadi dewasa ini.

RUJUKAN

- Abdul Aziz Bari dan Farid Sufian, 2006. *Constitution of Malaysia: Text and Commentary*. Petaling Jaya: Pearson.
- Abdul Rahman al-Suyuti, 1983. *Al-Ashbah wa al-Nazhoir fi Qawa'id wa Furu' Fiqh al-Shafi'iah*. Beirut: Dar al-Kutub.
- Abdul Qadir Audah, 1998. *Al-Tasyri' al-Jana'ie al-Islami-Muqaranan bi al-Qanuni al-Wad'ie*. Muassasah al-Risalah, Beirut,
- Abu A'id, Al-A'bdul Khalil, 1983. *Mabahith fi Usul al-Fiqh al-Islami*. Amman: Dar al-Furqan.
- Abdul Qadir Audah, 2008. *Al-tashri' Al-Jina'I Al-Islami*. Beirut: Muassasah al-Risalah al-Nasirun.
- Al-Quran Al-Karim (mushaf Al-Madinah An-Nabawiyah), t.t. *Majma' Al-Malik Fahad*. Arab Saudi.
- Al-Qurtubi, Muhammad bin Ahmad, 1986. *Al-Jami' li Ahkamil Quran*. Beirut: Darul Fikr.
- Al-Zarqa', Ahmad Muhammad, 1998. *Sharh al-Qawa'id al-Fiqhiyyah*. Damsyiq, Dar al-Qalam.
- Anwarullah, 2002. *The Criminal Law of Islam*. A.S. Noordeen, Kuala Lumpur, Chua Han Mow *lwn* Superintendent Penjara Pudu [1979] 2 *MLJ* 70.
- Enakmen Kesalahan Jenayah Syariah (Hudud & Qisas) Terengganu 1423/2002M.
- Gerald Fernandez *lwn* Attorney-General, Malaysia [1970] 1 *MLJ* 262.
- <http://www.ag.gov.au/RightsAndProtections/HumanRights/PublicSectorGuidanceSheets/Pages/Absoluterights.aspx>
- http://www.malaysianbar.org.my/legal/general_news/suhakam_given_memo_on_45_isa_detainees.html
- Ibrahim bin Musa al-Shatibi, 2005. *Al-Muwafaqat*. Kaherah: Dar al-Hadith.
- International Covenant on Civil and Political Rights, , dlm. <http://swiged76.hcrnet.ch/refworld/docid/3ae6b3aa0.html>.
- Kamus Dewan* dlm. <http://prpm.dbp.gov.my/Search.aspx?k=kesan> [Capaian 22 Februari 2012].

Liyanage *lwn* The Queen [1967] 1 AC 259.

Looh Kooi Choon *lwn* Kerajaan Malaysia [1977] 2 MLJ 187.

Muhammad bin Ahmad Al-Qurtubi, 1986. *Al-Jami' Li Ahkamil Quran*. Beirut: Darul Fikr.

Perlembagaan Persekutuan.

Shamrahayu A. Aziz, "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Non-Retrospective Application of Law Under the Malaysian Federal Constitution" dlm. *The IIUM Law Review* hlm.554-64, 2008.

Yusuf Abu Hamidah, 2009. *Al-athar Al-Rajie wa Tatbiqatuhu fi al-Ahkam al-Syari'yyah*. Jordan: Darul Nafai.