

BAB I

PENJAJAAN SACARA AM

I. Dfinasi Perkataan Penjaga (Guardian).

(1) Di bawah Common Law

Dalam memperkatakan tentang istilah penjaga, kita akan melihat dua istilah yang berlainan yaitu "custody" dan "guardianship". Sabenarnya dua istilah ini mempunyai pengertian yang berbeda tetapi sukar hendak dibezakan. Sachs LJ⁵ mengatakan:

" In its wider meaning the word "custody" is used as if it here almost the equivalent of "guardianship" in the fullest sense. Adapting the convenient phraseology of counsel, such guardianship embraces a bundle of right or to be more exact a bundle of power which continue^{nu} until a male attains (18) or a female infant marries. These include the power to control education the choice of religion and the administration of infant's property. They include entitlement to veto the issue of passport and to withhold the consent of marriage. They include also both the personal power^{ss} physically to control the infant until the years of

⁵ Hover v Bryant (1969) 3 All ER 578 585 CA; (1970) 1QB 357 373

discretion and the right ... to apply the court to exercise the power of the crown as parens patriae. It is thus clear that some what confusingly one of the power conformed by custody it it's, wide meaning is custody it it's limited meaning, namely such personal power or physical control as a parent or guardian may have"

Jadi di sini agak sukar hendak dibuat garis pemisah yang dapat memberikan erti yang jelas kepada dua istilah tadi. Mengikut Sachs dalam kes tadi "guardianship" dan custody merupakan satu "bundle of power" atau "bundle of right" terhadap seseorang anak dalam perkara-perkara mengenai pelajaran, agama, penjagaan harta dan sebagainya. "Custody" juga boleh diertikan sebagai "physical possession" kanak-kanak itu tapi ini merupakan satu aspek sahaja dari konsep custody⁶.

Sementara itu istilah guardian adalah cukup luas untuk meliputi ibubapa dimana menurut common law ibubapa adalah "natural guardian". Menurut Bromley⁷ ibubapa dan guardian adalah berbeza-beda. Hak dan tanggungan ibubapa wujud sebaik-baik sahaja anak itu lahir tapi "guardian" adalah satu keadaan perhubungan in loco parentis dengan kanak-kanak itu. Guardian mungkin bukan

⁶ Per Lord Karmineki dalam kes Hower v Bryant dihalaman 588.

⁷ Bromley - Family Law, 4rd. Edition, Butterworth London 1971 Bab 12.

⁸ L

ibubapa (natural guardian) kanak-kanak itu tapi adalah orang yang dilantik oleh mahkamah, wasiat dan lain-lain. Sebaik-baik sahaja "guardian" itu dilantik⁸ semua hak dan tanggungan yang dipunyai oleh Ibubapa akan diletak hak kepada "guardian" tadi.

(ii) Di bawah Undang-Undang Islam.

Disisi undang-undang islam juga masalah yang sama timbul. Adalah sukar untuk dicari arti yang tepat tentang taarif istilah "custody" dan guardianship. Kebanyakan penulis undang-undang islam tidak memberikan taarif perkataan "custody" dan "guardianship" dengan tepat. Di bawah undang-undang Islam "custody" dikenali sebagai hidanat atau hisanat sementara "guardianship" dikenali dengan wilayah atau wali.

Anwar Quadri⁹ memberi tafsiran wilayah sebagai:-

" Guardianship is define in law as the exercise of power by words over another person as wilayah it is a right to control the movements and action of the person who owing to mental defects, remains in capable of taking care of himself in relation to his own interest. The persons needing the intervention of guardian do suffer from defective capacity and they are thus the minors, the idiots or the insane etc"

⁸ Lihat kes Mathew v Brise (1851) 14 Beav 341, 345

⁹ Ahmad Anwar Quadri - Islamic Jurisprudence in The Morden World Lahore 1970, halaman 406.

Sementara itu perkataan "custody" dikenali sebagai al-hidamat atau hizamat. Seterusnya Anwar A. Qadri¹⁰ memberi definisi hidamat sebagai:-

" The term al-hidamat means the rearing or breeding of a little child derived from hidn or basson. The hadinah is the woman to whom belongs the rearing up of the child. The mother is more entitled than any one else to the custody of her little child whether before or subsequent to her accupation provided she did not marry another husband according to all doctnine."

Jadi di sini walaupun prima facie ada perbezaan antara "custody" dan "guardianship", tetapi adalah sukar untuk diberi satu garis pemisah yang jelas kerana kadang-kadang kedua-dua istilah itu adalah bercampur aduk antara satu sama lain. Jadi untuk maksud rencana ilmiah ini, kedua-dua perkataan itu akan digunakan untuk maksud yang sama yaitu penjagaan. Tambahan lagi tiada istilah bahawa Malaysia yang tepat ma'ananya untuk kedua-dua perkataan tersebut kerana kalau kita lihat secara literal kedua-dua istilah itu bermaksud penjagaan. Tambahan lagi tanggapan sebagai "custodian" dan "Guardian" adalah serupa sahaja walaupun ada perbezaan-perbezaan kecil seperti mana menurut kata sach LJ¹¹ "Custody is used as if it were almost the equivalent of guardianship in the fullest sense..."

¹⁰ Ibid., pada muka surat 406, 407.

¹¹ Hover v Bryant (1969) 3 All ER 578, 585

Ekelaar ¹³ mengatakan "the right to custody protected by common law was the right to physical possession while terminology may not have been always exact, it was used thus way by the Chancery Courts. The right was often expressed on the right to custody, care and control. The confusion between custody and guardianship began to treat care and control as seperable (from custody.)"

Sementara itu Syed Ameer Ali ¹⁴ mengatakan "guardianship or tutelage comprehends.

(a) the direction or care of the person of the infant and this arises when the hizanat and the guardianship are vested in one and the same person.

(b) A simple supervisory direction over the person of the Infant when the hizanat is vested in another person.

(c) The administration and care of the property of the minor.

Dari sini dapat lah kita membuar kesimpulan bahwa "custodian" dan "guardian" itu mungkin orang yang berlainan. Sebagai perbandingannya "custody" biasanya diberikan kepada si-ibu sementara "guardianship" terhadap kanak-kanak itu termasuk harta kanak-kanak itu adalah terletak kepada si bapa.

¹³ Ekelaar, J. M. What are Parental Rights ? LCP. Vol 89
Stevens, London, 1973.

¹⁴ Syed Ameer Ali, Muhammads Law, 1965, Vol 11. 6th. Edition PLD
halaman 496.

II: Siapa Yang Berhak Terhadap Penjagaan.

(1) Kedudukan Di Bawah Undang-Undang Bertulis

Guardianship of Infant Act 1961¹⁵ membuat peruntukan bahawa bapa kepada kanak-kanak itu akan menjadi penjaga kepada kanak-kanak itu dan harta kanak-kanak itu, tetapi mahkamah atau pun hakim boleh mengeluarkan perintah sekiranya difikirkan sesuai mengenai penjagaan kanak-kanak kepada salah satu pihak sama ada bapanya atau ibu sekiranya ada permohonan mahkamah dibuat. Bila seorang kanak-kanak itu tiada mempunyai bapa yang sah. Si ibu itu akan menjadi penjaga kanak-kanak dan harta kanak-kanak itu dan mahkamah tinggi diberi bidang kuasa untuk melantik penjaga untuk bertindak bersama-sama si ibu sebagai penjaga kanak-kanak itu. Sekiranya kedua ibubapa, telah mati, penjaga yang dilantik di bawah wasiat akan menjadi penjaga kanak-kanak itu. Sekiranya kedua ibu bapa itu mati tanpa wasiat mahkamah juga diberi kuasa untuk membuat perintah supaya kanak-kanak itu di letak di bawah jagaan orang lain¹⁶.

(ii) Kedudukan Di Bawah Undang-Undang Islam.

Di bawah mazhab Shafii, sekiranya kedua ibu bapa telah berpisah dan si ibu berkhawin lagi penjagaan kanak-kanak perempuan akan tetap di bawah si ibu sahingga anak perempuan itu berkhawin dan anak laki-laki pula sahingga ia mencapai umur tujuh tahun.

¹⁵ Akta No. 13 1961*

¹⁶ Guardianship of Infant Act 1961 Seksyen 5 - 11.

Anak laki-laki atau perempuan yang sudah baligh atau sudah tahu menggunakan budi bicaranya dibenarkan memilih yang mana ia suka sama ada si ibu atau bapa dengan syarat kedua ibu bapa itu siuman atau tidak berkelakuan kasar atau pun si ibu itu tidak berkhawin lagi¹⁷. Saorang ibu akan hilang haknya untuk penjagaan anak itu sekiranya ianya:-

- (i) Berkhawin lagi dengan saorang laki-laki yang tiada hubungan atau pertalian darah dengan anak itu.
- (ii) Tinggal berjauhan dengan si bapa, anak itu atau pun ia gagal untuk memberi perhatian atau kawalan terhadap anak itu¹⁸.

III: Sekop dan Penakaian Guardianship of Infant Act 1961

Saora Am Di Malaysia Barat.

Hak, tanggungan dan tugas ibubapa berkenaan dengan anak-anak mereka adalah terkandung dalam Guardianship of Infant Act¹⁹. Tetapi ini ada kecualiannya di mana:

- (i) Akta itu tidak bolih dikenakan kepada orang-orang Islam²⁰, kecuali dengan beberapa syarat tertentu.
- (ii) Akta itu tidak bolih dikenakan kepada anak yang tak sah taraf²¹.

¹⁷ Hawawi, Minhaj - et - Talibin, diterjemahkan oleh EO Howard London 1914 pada muka surat 391 - 393.

¹⁸ Sir R. K. Wilson, Anglo - Muhammadan Law 1930 London, halaman 185

¹⁹ Lihat Mallal, Supreme Court Practice Vol I MLJ, halaman 865

²⁰ Guardianship of Infant Act 1961, seksyen 2(2); Juga Lihat Kes Maryam v Mehd Arif (1971) 1 MLJ 265.

²¹ Lihat Kes Kannamah v Palani (1970) 2 MLJ 74.

Jadi nampaknya akta itu dikenakan kepada semua pihak kecuali kepada dua golongan yang tersebut di atas.

(1) Penaklukan Guardianship of Infant Act Kepada Orang-Orang Islam

Walaupun pada asalnya Akta tersebut membuat peruntukan yang akta itu tidak boleh dikenakan kepada orang Islam²² tetapi ianya boleh juga dikenakan kepada pihak-pihak yang menganut Agama Islam dengan syarat. Akta itu telah diterima oleh Dewan Undangan Negeri menjadi undang-undang negeri dan peruntukan akta-akta itu mestilah:-

(1) tidak bertentangan dengan ajaran atau perinsip-perinsip islam atau adat kelaziman orang-orang melayu

(2) Sekiranya bertentangan dengan perinsip-perinsip Islam dan adat orang melayu, akta-akta tersebut tidak terpakai lagi.²³

Tetapi hari ini akta tersebut telah diterima di negeri-negeri melayu dengan membuat pengubah suaian terhadap akta itu²⁴. Salah satu contoh yang dapat kita liha di mana akta itu dikenakan kepada orang Islam ialah dalam kes Maryam v Mohd Arif²⁵.

²² Lihat Akta tersebut, seksyen 1 (2)

²³ Ibid, seksyen 1 (2)

²⁴ Ahmad Ibrahim - Islamic Law in Malaysia. MSRI Publication 1965, Singapore, halaman 236.

²⁵ 1971, 1 MLJ 265, Juga Lihat In Re Omar Shaikh Salleh (1948) MLJ 186.

Di dalam kes itu si ibu telah bercerai dengan si bapa mengikut undang-undang Islam, semasa kathi membuat perentah penceraian kedua-dua pihak telah bersetuju dihadapan kathi supaya kedua-dua orang anak mereka diletakan di bawah si bapa. Salepas itu si ibu berkhawin dengan seorang lain. Samasa permohonan ini dibawa ka Mahkamah Tinggi, pihak bapa berhajjah antara lainnya:-

(a) Si ibu telah dikecualikan dari mendapatkan hak penjagaan kerana ia telah membuat persetujuan dihadapan kathi memberi jagaan anak-anak itu kepada pihak bapa.

(b) Guardianship of Infant Act tidak bolih dikenakan kerana pihak-pihak tersebut adalah Islam.

Mahkamah telah memutuskan bahwa mengikut seksyen 45(6) Enakmen Pentadbiran Agama Islam Selangor 1952, mahkamah Tinggi tidak terjejas bidangnya untuk mendengar kes-kes di mana pihaknye adalah beragama Islam dan dengan itu si ibu ada hak walaupun ia telah membuat persetujuan di mahkamah kathi.

Mengenai perkara sama ada akta itu bolih dikenakan kepada orang Islam atau tidak, mahkamah memutuskan, ianya bolih dikenakan kepada orang Islam. Seksyen 5 hingga 11 akta tersebut tidak bertentangan dengan perinsip-perinsip Islam dan adat melayu. Di sini mahkamah memutuskan dengan membuat rujukan kepada undang-undang Islam dan juga undang-undang Inggeris. Di bawah undang-undang Inggeris, undang dengan terang menyebutkan bahawa kebajikan kanak-kanak itu harus diberi pertiabangan utama Di bawah Undang Islam pun kebajikan sasaorang kanak-kanak itu mesti diberi perhatian

yang utama. Hakim dalam kes itu telah merujuk kepada teks "Mohammadden Law oleh Syed Ameer Ali, Vol dimuka surat 225 - 226 yang antara lainnya mengatakan:-

" Though the period of hisanat varies among the different schools, the general principle which governs its duration is founded essentially on the interest of the child".

Jadi berdasarkan daripada sinilah mahkamah membuat kesimpulan bahwa undang-undang Inggeris dan Islam itu mempunyai persamaan dan oleh itu Akta tersebut yang berasaskan kepada undang-undang Inggeris tidak bertentangan dengan undang-undang Islam dan oleh itu ia boleh dikenakan kepada orang-orang Islam.