

3.1. PENDAHULUAN

Perbincangan dalam bahagian ini mengupas tentang hak hadanah dalam kes pemeluk Islam oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil dari dua sudut iaitu undang-undang Syariah dan undang-undang Sivil di Malaysia. Berikutnya, kupasan dari perspektif undang-undang perlembagaan mengenai pengislaman anak yang dilakukan oleh ibu atau bapa yang memeluk Islam akan turut dibincangkan. Kajian dalam bab ini juga akan mengemukakan beberapa kes yang telah dibicarakan di mahkamah sebagai autoriti untuk menganalisis justifikasi mahkamah dalam menentukan kriteria pihak yang mendapat hak hadanah.

3.2. HAK HADANAH

Di Malaysia terdapat dua sistem perundangan yang berasingan dalam masalah jagaan anak iaitu untuk orang Islam dan bukan Islam. Badan Perundangan Negeri (kecuali Wilayah Persekutuan) mempunyai bidang kuasa untuk membuat undang-undang yang berkenaan dengan diri orang Islam seperti yang diperuntukkan dalam Senarai II, Jadual Kesembilan.

Bagi orang bukan Islam, Parlimen mempunyai bidang kuasa untuk mengadakan undang-undang yang berkaitan dengan undang-undang diri orang bukan Islam. Antara akta yang terlibat ialah Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961, Akta Membaharui Undang-

Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976, Ordinan Penjagaan Kanak-Kanak Sabah, Ordinan Penjagaan Kanak-Kanak Sarawak dan Akta Umur Dewasa 1971.

3.2.1. Perspektif Undang-Undang Syariah

a. Definisi Hadanah

Berdasarkan kepada pandangan Mazhab *Maliki*, hadanah bermaksud sebagai penjagaan kanak-kanak dalam soal kehidupan seperti bangun tidurnya dan dalam hal kemaslahatannya seperti menjaga makan minum dan kebersihannya. Pandangan yang hampir sama dikemukakan oleh Mazhab *Hanafi* yang mana hadanah ialah penjagaan terhadap kanak-kanak oleh orang yang berhak menjaganya.⁹⁶

Mengikut pandangan Mazhab *Syafii*, hadanah ditakrifkan sebagai menjaga dan mendidik orang yang tidak mampu bersendirian menguruskan dirinya daripada perkara yang menyakitkannya. Ketidakmampuan tersebut disebabkan oleh ketidakupayaan dalam membezakan sesuatu atau dengan lain perkataan menjaga seseorang dengan melakukan untuknya perkara yang mendatangkan kebaikan seperti menjaga makan minum dan sebagainya.⁹⁷

Manakala Mazhab *Hanbali*, mendefinisikan hadanah sebagai menjaga kanak-kanak, orang gila dan orang cacat pada akalinya daripada terkena sebarang mudarat dan

⁹⁶ Al-Dusūqī, Shams al-Dīn Muhammad al-‘Irfah, *Ḥāshiyah al-dusūqī ‘alā al-syarh al kabīr* j. 2. (Beirut: Dar Ihya’ al Kutub al ‘Arabiyah, t.t), 526.

⁹⁷ Muhammad al Khātīb al-Sharbānī, *Mughni al Muhtāj ilā Ma’rifāt Ma’ānī Alfāz al-Minhāj*, jil 3 (Kaherah: Maṭba’ah Muṣṭafā al-Halabī, 1958), 452.

melakukan perkara yang mendatangkan kebaikan untuk mereka.⁹⁸ Sekiranya diteliti secara mendalam didapati bahawa pengertian hadanah dalam Mazhab *Maliki* dan Mazhab *Hanafī* lebih mengkhususkan kepada penjagaan kanak-kanak sahaja. Sementara Mazhab *Syafii* dan Mazhab *Hanbali* meluaskan maksud hadanah kepada penjagaan orang dewasa yang tidak mampu menguruskan dirinya seperti orang gila dan sebagainya.⁹⁹

b. Siapa yang Berhak Mendapat Hak Hadanah.

Dalam membicarakan siapakah yang lebih berhak mendapat hak hadanah, para ulama telah sepakat mengatakan bahawa ibu adalah orang yang paling berhak untuk mendapat hak hadanah kanak-kanak yang masih kecil. Ini adalah berdasarkan kepada hadis Rasulullah s.a.w. yang bermaksud:

Amr b. Shuib dari ayahnya berkata bahawa seorang perempuan pernah mengadu, Ya Rasulullah S.A.W, sesungguhnya anakku ini adalah perutku ini yang mengandungnya dan susuku yang menjadi minumannya dan meribanya, sedang bapanya telah menceraikan aku dan bapanya itu mahu mengambilnya daripadaku. Lalu Rasulullah S.A.W. bersabda kepadanya, Engkau lebih berhak dengan anak itu, selama mana engkau belum berkahwin lagi.¹⁰⁰

Prinsip ini juga dipakai oleh Abū Bakar ketika membuat keputusan dalam kes pertikaian hadanah ‘Umar Al-Khatāb dan isterinya yang mana hak hadanah pada akhirnya telah diberikan kepada isteri ‘Umar. Abū Bakar telah berkata kepada ‘Umar:

⁹⁸ Bahūtī, Manṣūr b. Yunus b. Al-Idris, *Kashāf al-Qinā’ ‘an-matn al-Iqnā’*, j. 5. (Beirut: ‘Alam al-Kutub, 1983), 495-496.

⁹⁹ Zulkifly Muda, “Hak Hadanah dalam Konversi Agama: Kajian Perbandingan antara Islam dengan Perundangan Malaysia”, *Kanun: Jurnal Undang-Undang Malaysia* 16.4 (2004): 15.

¹⁰⁰ *Abū Dāwud, Sunan Abū Dāwud*, jil. 2, Terjemahan oleh Prof. Ahmad Hassan, (Lahore: Sh. Muhammad Ashraf Publisher & Booksellers, 1984), 616.

*Baunya dan kebaikannya (isteri) lebih baik untuk anak ini daripada kamu.*¹⁰¹

Daripada penerangan ini, dapatlah disimpulkan bahawa ibu lebih berhak untuk mendapatkan hak hadanah anak yang kecil kerana pada *ghalibnya* ibu lebih penyayang, lebih rapat dan lebih memahami selok-belok penjagaan anak kecil, lebih-lebih lagi jika si anak masih menyusu susu ibunya.¹⁰²

Walaupun ibu merupakan orang yang berhak terhadap hak hadanah, namun sekiranya hak ini bertembung dengan kepentingan dan kebajikan anak, maka kebajikan anak itulah yang diutamakan seperti yang diputuskan dalam kes *Wan Abdul Aziz dengan Siti Aishah*¹⁰³, bahkan hak anak adalah lebih besar daripada hak orang yang berhak untuk mendapatkan hadanah dan hak ini tidak akan terlucut daripada anak tersebut.¹⁰⁴ Seperti yang di sebut oleh Syed Sabiq dalam *Kitab Fiqh As-Sunnah* iaitu sesungguhnya setiap penjaga dan anak jagaan masing-masing mempunyai hak. Akan tetapi hak anak atau kemaslahatan anak adalah lebih penting daripada penjaganya.¹⁰⁵

c. Perspektif Fiqh

Ulama bersepakat bahawa seseorang Islam mempunyai hak hadanah ke atas kanak-kanak yang beragama Islam atau yang bukan Islam dalam kalangan keluarganya dan hak hadanah seseorang yang bukan Islam ke atas kanak-kanak yang bukan Islam dalam

¹⁰¹ Ibn Rushd, Muhammad bin Ahmad, *Kitāb al-Muqaddimāt al-Mumahhidāt*, Edisi pertama, jil. 2, (Al-Maṭba'ah al-Khairiyyah, 1324 h), 247.

¹⁰² Normi Abdul Malek, "Hadanah", dalam *Undang-Undang Keluarga Islam*, jil. 14, disunting oleh Najibah Mohd Zin et al., (Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka, 2007), 180.

¹⁰³ [1975] 1 *JH* (1) 47.

¹⁰⁴ Al-Sayyīd al-Sābiq, *Fiqh al-Sunnah*, jil. 2 (Beirut: Dar al-Kitab al-‘Arabi, 1987), 302.

¹⁰⁵ Al-Sayyīd al-Sābiq, *Fiqh Al-Sunnah*, Cetakan 21, Jil. 4, (Qaherah: Dar al-Fatih lil ‘Ilam al-‘arabī, 1999) 161.

keluarganya dibenarkan.¹⁰⁶ Hal demikian kerana hadanah merupakan hak perwalian dan seseorang Islam mempunyai hak perwalian ke atas orang Islam atau orang yang bukan Islam dalam kalangan keluarganya.

Bagi hak hadanah seseorang yang bukan Islam ke atas kanak-kanak yang beragama Islam dalam kalangan keluarganya, para ulama telah berselisih pendapat kepada dua pandangan. Para ulama daripada Mazhab *Syafii*,¹⁰⁷ Mazhab *Hanbali*¹⁰⁸ dan sebahagian Mazhab *Maliki*¹⁰⁹ berpandangan bahawa seseorang yang bukan Islam tidak mempunyai hak hadanah ke atas kanak-kanak Islam dalam kalangan keluarganya. Antara dalil yang dirujuk ialah firman Allah yang bermaksud, seperti berikut:

...وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا

...Dan Allah tidak sekali-kali akan memberi jalan kepada orang-orang kafir untuk membinasakan orang-orang yang beriman.

*(An-Nisa': 141)*¹¹⁰

Mereka berhujah bahawa yang dimaksudkan dengan memberi jalan dalam ayat di atas ialah berkenaan dengan perwalian atau penguasaan. Hadanah ialah sebahagian hak perwalian sama seperti perwalian dalam perkahwinan dan harta. Oleh itu, tidak

¹⁰⁶ Al-Nawawi, *Rawdah al-tālibīn wa 'umdāt al-muftīn*, Edisi kedua j. 9, (Beirut: al-Maktab al-Islami, t.t), 99.

¹⁰⁷ Husaynī, Taqiy al-Din Abu Bakar b. al-Muhammad, *Kifāyāt al-Akhyar fī Hil Ghāyāt al-Ikhtisār*, jil. 2 (Bandung: Syarikat al-Ma'arif, t.t), 286.

¹⁰⁸ Bahuti, Mansur b. Yunus b. Al-Idris, *Kashāf al-Qinā' 'an-matn al-Iqnā'*, j. 5. (Beirut: 'Alam al-Kutub, 1983), 495-498.

¹⁰⁹ Salih, 'Abd al-Sami' al-Abī, *Jawāhir al-Iklīl*, jil. 9 (Beirut: Dar al-Ma'rifah, t.t), 409.

¹¹⁰ *Al-Qur'ān: Tafsir Pimpinan Ar-Rahman Kepada Pengertian Al-Qur'ān*, (Kuala Lumpur: Bahagian Agama Jabatan Perdana Menteri Malaysia, 1994), 185.

wajar bagi seseorang yang bukan Islam mengendalikan hak perwalian ke atas kanak-kanak yang beragama Islam.¹¹¹

Hak hadanah boleh gugur sekiranya orang Islam itu *fasiq*,¹¹² maka menggugurkannya daripada orang bukan Islam itu lebih wajar. Bahkan seseorang yang bukan Islam sekiranya diberikan hak penjagaan ke atas anak yang beragama Islam, berkemungkinan besar akan memesongkan anak tersebut daripada agama dan akidah Islam.¹¹³

Berikutnya, *fuqahā'* Islam daripada Mazhab *Hanafi*¹¹⁴, Mazhab *Maliki*¹¹⁵ dan Mazhab *Zahiri*¹¹⁶ berpendapat bahawa seseorang yang bukan Islam berhak ke atas penjagaan kanak-kanak beragama Islam dalam kalangan keluarganya. Hal ini kerana perasaan kasih sayang tidak akan memberi kesan dengan berbezanya agama antara mereka berdasarkan kepada hadis Rasulullah s.a.w.. yang bermaksud:

*Rasulullah ketika menyelesaikan hak penjagaan anak yang menjadi rebutan antara sahabatnya Rafi' Ibn Sinan dengan isterinya yang tidak memeluk Islam, Rasulullah telah memberi hak kepada anak tersebut untuk memilih salah seorang antara ibu bapanya. Apabila si anak memilih si ibu, lantas Rasulullah berdoa agar Allah memberi petunjuk kepada si anak tersebut. Akhirnya si anak memilih bapanya.*¹¹⁷

¹¹¹ 'Uqlah, Muhammad, *Niẓām al-Uṣrah fī al-Islām*, (Āmman: Maktabah al-Risālah al-Hadīthah, 1984), 360

¹¹² Al-Dusūqī, Shams al-Dīn Muhammad al-'Irfah, *Hāshiyah al-dusūqī 'ala al-syarh al kabīr* j. 2. (Beirut: Dar Ihya' al Kutub al 'Arabiyah, t.t), 456.

¹¹³ Zulkifly Muda, "Hak Hadanah dalam Konversi Agama: Kajian Perbandingan antara Islam dengan Perundangan Malaysia", *Kanun: Jurnal Undang-Undang Malaysia* 16.4 (2004): 16.

¹¹⁴ Sarakhshī, Sham al-Dīn, *Al-Mabsūṭ*, jil. 5 (Beirut: Dar al-Ma'rifah, 1986), 210.

¹¹⁵ Al-Dusūqī, Shams al-Dīn Muhammad al-'Irfah, *Hāshiyah al-dusuqi 'ala al-syarh al kabīr* j. 2. (Beirut: Dar Ihya' al Kutub al 'Arabiyah, t.t), 529.

¹¹⁶ Ibnū Hazm, 'Alī Ibn Muhammad, *al-Muḥallā*, jil. 10 (Beirut: Dar al-Turath, t.t), 323.

¹¹⁷ Abū Dāwūd, *Sunan Abū Dāwūd*, jil. 2 (Beirut: Dar al-Fikr, 1984), 273.

Walau bagaimanapun, Mazhab *Hanafi* menghadkan hak hadanah kepada ibu dan kaum kerabat wanita sahaja. Ini bermakna bapa dan kaum kerabat lelaki yang tidak beragama Islam adalah tidak layak untuk mendapatkan hak hadanah kerana hak seorang lelaki ke atas hadanah adalah bersandarkan kepada hukum pewarisan harta dimana seorang yang bukan Islam tidak layak mewarisi harta orang Islam dan sebaliknya.¹¹⁸

Fuqahā' Mazhab *Hanafi* dan Mazhab *Zahiri* juga menyatakan bahawa hak hadanah seorang bukan Islam hanyalah terhadap anak kecil yang belum mengerti tentang agama dan tidak ada tanda-tanda yang menunjukkan bahawa anak ini akan cenderung kepada agama yang lain. Tetapi jika si anak telah sampai ke peringkat mengenal agama dan dibimbingi akan terpengaruh maka ketika itu ibunya tidak berhak ke atas anak tersebut.¹¹⁹

Juga sekiranya terdapat bukti yang si ibu telah mengambil kesempatan untuk memesongkan akidah anaknya atau cuba memberi makan kepadanya sesuatu yang haram seperti daging *khinzir*, arak dan sebagainya maka tindakan yang paling wajar ialah menarik balik haknya dengan apa jua cara sekalipun.

Pandangan muktamad dalam Mazhab *Maliki* pula menyatakan bahawa si ibu berkenaan masih berhak memelihara anaknya sama seperti berhaknya seorang ibu beragama Islam menjaga anaknya yang Islam. Hal ini adalah kerana Mazhab *Maliki* tidak mensyaratkan persamaan agama antara penjaga dan anak peliharaannya.

¹¹⁸ Muhammad Abū Zahrah, *Al-Aḥwāl al-Shakṣīyyah*, (Beirut: Dar al-Fikr al-Arabi, 1957), 409.

¹¹⁹ 210.

Jika sekiranya si ibu mengambil kesempatan untuk memesonkan agama dan akhlak si anak, maka menjadi kewajipan pihak berkuasa Islam untuk memastikan anak tersebut berada di bawah pengawasan orang-orang Islam pada masa yang sama hak hadanah kepada si ibu masih terpelihara. Mazhab *Maliki* juga mengharuskan hak hadanah kepada bapa yang bukan Islam ke atas anaknya yang beragama Islam.¹²⁰

d. Undang-Undang Keluarga Islam

Dalam perbincangan ini rujukan undang-undang adalah berdasarkan kepada Akta Undang-Undang Keluarga Islam (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1984 (Akta 303). Di dalam Akta ini terdapat peruntukan berkaitan dengan hak penjagaan anak-anak atau hak hadanah yang perlu dipatuhi bagi sesebuah pasangan sekiranya terdapat pertikaian antara ibu bapa. Seksyen 81(1) Akta 303 menyatakan bahawa ibu adalah orang yang paling berhak dari segala orang bagi menjaga anak kecilnya dalam masa ibu itu masih dalam perkahwinan dan juga selepas perkahwinannya dibubarkan.

Namun dalam subseksyen (2) menyatakan sekiranya mahkamah berpendapat bahawa ibu telah hilang kelayakan di bawah *Hukum Syarak* dari mempunyai hak terhadap hadanah atau jagaan anaknya, maka hak itu, tertakluk kepada subseksyen (3), hendaklah berpindah kepada salah seorang yang disenaraikan mengikut susunan keutamaan dengan syarat jagaan orang demikian tidak menjejaskan kebajikan kanak-kanak itu. Subseksyen (3) memuatkan peruntukan berkenaan dengan tiada seseorang lelaki berhak terhadap jagaan seseorang kanak-kanak perempuan melainkan lelaki itu

¹²⁰ Al-Dusūqī, Shams al-Dīn Muhammad al-‘Irfah, *Hāshiyah al-dusūqī ‘ala al-syarḥ al kabīr* j. 2. (Beirut: Dar Ihya’ al Kutub al ‘Arabiyah, t.t), 529.

adalah seorang muhrim iaitu dia mempunyai pertalian dengan kanak-kanak perempuan itu dalam mana dia dilarang berkahwin dengannya.

Dalam seksyen 82 menyatakan bahawa diantara kelayakan bagi seseorang untuk mendapat hak hadanah adalah Islam, sempurna akal, berumur yang melayakkan dia memberikan kepada kanak-kanak itu jagaan dan kasih sayang yang mungkin diperlukan oleh kanak-kanak itu, berkelakuan baik dari segi akhlak Islamiah dan tinggal di tempat di mana kanak-kanak itu tidak mungkin menghadapi apa-apa akibat buruk dari segi akhlak atau jasmani.

Berkenaan dengan tempoh jagaan anak juga perlu diambil kira oleh Mahkamah dimana seksyen 84(1) Akta 303 memperuntukkan hak *hadhinah* bagi menjaga seseorang kanak-kanak adalah tamat setelah kanak-kanak itu mencapai umur tujuh tahun, jika kanak-kanak itu lelaki dan umur sembilan tahun¹²¹, jika kanak-kanak itu perempuan tetapi mahkamah boleh, atas permohonan *hadhinah*, membenarkan dia menjaga kanak-kanak itu sehingga kanak-kanak itu mencapai umur sembilan tahun, jika kanak-kanak itu lelaki, dan umur sebelas tahun, jika kanak-kanak itu perempuan. Subseksyen (2) pula menyentuh tentang tamatnya hak *hadhinah*, dimana jagaan adalah turun kepada bapa, dan jika kanak-kanak itu telah mencapai umur kecerdikan (*mumaiyiz*), maka kanak-kanak itu adalah berhak memilih untuk tinggal dengan sama ada ibu atau bapanya, melainkan jika mahkamah memerintahkan selainnya.

¹²¹ Ibn Qudāmah, *Al-Mughnī wa Sharḥ al-Kabīr*, vol. 9 (Dar Al Kitab al Arabi, t.t), 300-304.

3.2.2. Perspektif Undang-Undang Sivil

a. Penentuan Umur dewasa bagi Kanak-Kanak

Menurut seksyen 2 dan seksyen 4(c) Akta Umur Dewasa 1971, seseorang yang telah mencapai umur 18 tahun adalah dewasa melainkan diperuntukkan selainnya dalam mana-mana undang-undang bertulis. Pentakrifan kanak-kanak adalah mereka yang di bawah umur 18 tahun juga terdapat dalam seksyen 87 Akta 164.

Walaupun bagaimanapun Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 mentakrifkan kanak-kanak Islam sebagai yang berumur di bawah lapan belas tahun sedangkan umur dewasa bagi kanak-kanak bukan Islam pula adalah dua puluh satu tahun. Ini menampakkan ketidakseragaman undang-undang mengenai umur kanak-kanak dari segi definisinya dan adalah lebih baik sekiranya berlaku penyeragaman umur kepada lapan belas tahun bagi kepentingan kanak-kanak sendiri.¹²²

b. Penentuan Hak Hadanah Anak

Perbicaraan mengenai hak hadanah anak dalam kes pemelukan Islam oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil adalah dengan jelasnya tertakluk di bawah bidang kuasa Mahkamah Sivil berdasarkan kepada peruntukan seksyen 51 Akta 164.

(2) Mahkamah boleh apabila membubarkan perkahwinan itu, membuat peruntukan untuk isteri atau suami dan untuk nafkah, pemeliharaan dan penjagaan anak-anak daripada perkahwinan

¹²² Noor Aziah Haji Mohd Awal, "Hak Penjagaan dan Jagaan Anak di Bawah Undang-Undang Sivil dan Islam" dalam *Koleksi Essei Undang-Undang sempena 25 tahun UKM*, disunting oleh Fakulti Undang-Undang UKM (Bangi: Universiti Kebangsaan Malaysia, 1995), 87.

itu, jika ada dan boleh mengenakan apa-apa syarat ke atas dekri pembubaran itu sebagaimana yang difikirkan patut.

Pendekatan yang digunakan oleh undang-undang Sivil di Malaysia dalam menentukan hak hadanah ialah melihat kepada kebajikan anak-anak yang perlu diutamakan. Ini adalah seperti yang dijelaskan dalam Akta Penjagaan Anak 1961 menerusi seksyen 11, seperti berikut:

'The Court or a Judge, in exercising the powers conferred by this Act, shall have regard primarily to the welfare of the infant and shall, where the infant has a parent or parents, consider the wishes of such parent or both of them, as the case may be'.

Justifikasi yang sama dalam memberikan hak penjagaan anak juga telah dijelaskan dalam seksyen 88(2) Akta 164 yang berbunyi:

Dalam menentukan jagaan hak anak ini mahkamah perlu meletakkan pertimbangan utama kepada kebajikan kanak-kanak dan mahkamah juga akan mengambil perhatian kepada perkara-perkara berikut:-

- (a) Kehendak ibu bapa anak itu; dan*
- (b) Kehendak anak itu sendiri, sekiranya dia telah mencapai tahap di mana ia mampu memberi pendapatnya sendiri.*

Peruntukan berkenaan dengan agama ibu atau bapa dalam menentukan hak penjagaan anak-anak tidak disentuh secara jelas di dalam Akta 164. Cuma apa yang disentuh ialah berkenaan dengan agama manakah anak-anak tersebut akan dididik seperti yang tercatat dalam seksyen 89(2)(a). Walau bagaimanapun agama untuk didikan seseorang anak boleh dimasukkan di dalam suatu perintah jagaan.

3.3 PENGISLAMAN ANAK

Apabila mengupas tentang hak hadanah anak dalam kes pemeluk Islam oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil, maka kupasan terhadap pengislaman anak-anak oleh salah seorang daripada ibu atau bapa yang memeluk Islam juga adalah wajar untuk ditelusuri. Perbincangan ini akan menyentuh tentang status pengislaman anak-anak oleh ibu atau bapa yang memeluk Islam untuk menjawab persoalan adakah hanya salah seorang daripada ibu bapa boleh menentukan agama anak ataupun tidak.

3.3.1 Status Anak Sebagai Orang Islam

Pemahaman terhadap status Islam anak pada kaca mata undang-undang Malaysia boleh dilihat daripada beberapa kes yang telah diputuskan Mahkamah. Antara isu utama yang timbul ialah pengislaman anak-anak hasil daripada perkahwinan sivil oleh salah seorang daripada ibu bapa yang telah memeluk Islam. Dalam kes *Chang Ah Mee v Jabatan Hal Ehwal Agama Islam, Majlis Ugama Islam Sabah & Ors*,¹²³ ia berkaitan dengan kesahan pengislaman seorang kanak-kanak perempuan yang telah memeluk agama Islam dan bidang kuasa Mahkamah Tinggi mentafsir undang-undang negeri berkaitan pentadbiran undang-undang Islam. Dalam kes ini, bapa kanak-kanak tersebut telah memeluk agama Islam pada 23 Januari 1998 tanpa pengetahuan isteri beliau yang merupakan plaintif dan ibu kanak-kanak tersebut.

¹²³ [2003] 5 *MLJ* 106.

Pada 17 Julai 1998, kanak-kanak tersebut juga telah memeluk Islam tanpa persetujuan plaintif iaitu isteri. Pada 28 Julai 1998, pihak bapa telah memperoleh satu perintah daripada Mahkamah Rendah Syariah yang mengisytiharkan perkahwinan beliau batal dan tidak sah dan memberikan beliau hak penjagaan ke atas kanak-kanak tersebut. Pada 13 November 1998, Mahkamah Tinggi telah memberikan plaintif hak penjagaan ke atas kanak-kanak tersebut. Plaintif kemudiannya telah memohon untuk membatalkan pemeluk Islam kanak-kanak tersebut pada 17 Julai 1998 yang terdahulu oleh defendan pertama. Dalam permohonan beliau, plaintif mempersoalkan kesahan pemeluk agama kanak-kanak tersebut manakala defendan-defendan telah mempersoalkan bidang kuasa Mahkamah Tinggi untuk mendengar dan menentukan permohonan tersebut.

Dalam memutuskan kes tersebut, Mahkamah Tinggi mentafsirkan perkataan '*parents*' dalam seksyen 68 Enakmen Undang-Undang Islam Pentadbiran Sabah 1992 di mana peruntukan tersebut memerlukan persetujuan ibu bapa untuk pemeluk agama Islam bagi seseorang di bawah 18 tahun. Defendan-defendan telah berhujah bahawa perkataan '*parents*' dalam seksyen 68 harus ditafsirkan sebagai ibu bapa tunggal (*single parent*). Menurut defendan, jika seksyen 68 dibaca sebagai memerlukan persetujuan kedua ibu-bapa, ia adalah tidak konsisten dengan Perkara 12(4) Perlembagaan Persekutuan. Defendan juga menyatakan persetujuan seorang ibu atau bapa sahaja diperlukan bagi perkara-perkara berkaitan pilihan agama seorang kanak-kanak.

Mahkamah memutuskan untuk memberi deklarasi yang dipohon dengan kos kepada plaintif atas alasan terma *parents* dalam seksyen 68 adalah berbentuk jamak

(*plural*) dan tidak bertentangan dengan Perlembagaan Persekutuan. Mahkamah menyatakan bahawa Perlembagaan tidak membuat perbezaan jantina dan memandangkan seorang bapa dan seorang ibu mempunyai hak yang sama ke atas diri dan hartanah kanak-kanak. Plaintiff juga mempunyai hak penjagaan ke atas anak beliau, termasuklah hak menentukan pendidikan agama kanak-kanak tersebut.

Selain dari itu, keperluan kepada lafaz syahadah mengikut seksyen 69 Enakmen mestilah harus boleh dilakukan oleh kanak-kanak tersebut. Namun jika dilihat kepada keadaan semasa kanak-kanak itu yang masih belum *baligh* dan penukaran agama adalah bertentangan dengan Enakmen. Secara kesimpulannya hakim mengulas bahawa Mahkamah Sivil mempunyai bidang kuasa untuk berbuat demikian walaupun undang-undang Negeri adalah berkaitan dengan pentadbiran undang-undang Islam.

Bagaimanapun, satu kes terkemudian telah diberi keputusan yang berlainan oleh mahkamah, iaitu kes *Nedunchelian Uthiradan v Nurshafiqah binti Mah Singai Annal @ Valarmathy a/p Mah Singai Annal & 9 Ors.*¹²⁴ Ini merupakan permohonan oleh plaintiff sebagai ayah untuk membatalkan perintah Mahkamah Syariah yang diperolehi oleh defenden pertama iaitu ibu yang telah menukar agama anak mereka yang kecil daripada Hindu kepada Islam. Defenden pertama telah menukar agama anaknya selepas beliau menukar agamanya dari Hindu kepada Islam. Satu bantahan awal telah dikemukakan oleh defendan, iaitu sama ada Mahkamah Tinggi Sivil mempunyai bidang kuasa untuk mendengar permohonan atau tidak.

¹²⁴ [2005] 2 *CLJ* 306.

Diputuskan bahawa bantahan diterima oleh mahkamah dan permohonan ditolak atas beberapa alasan. Pertama, Mahkamah Sivil tidak mempunyai bidang kuasa ke atas perkara yang termasuk di dalam bidang kuasa Mahkamah Syariah berdasarkan kepada perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan dan juga kes-kes yang diputuskan. Dalam menentukan sama ada sesuatu perkara berada di dalam bidang kuasa Mahkamah Sivil atau Mahkamah Syariah, Mahkamah Sivil mengambil pendekatan untuk melihat perkara subjek (*subject matter approach*) selain daripada pendekatan remedy (*remedial approach*). Pendekatan perkara subjek adalah didokong melalui keputusan Mahkamah Persekutuan dalam kes *Soon Singh a/l Bikar Singh*.¹²⁵ Mahkamah Persekutuan dalam kes tersebut sebulat suara berpandangan bahawa persoalan mengenai pertukaran agama adalah di bawah bidang kuasa Mahkamah Syariah dan oleh kerana itu Mahkamah Sivil tidak mempunyai bidang kuasa.

Kedua, perkara subjek yang menjadi permohonan pihak plaintif adalah untuk membatalkan perintah Mahkamah Syariah. Seksyen 5 dan 11(b) Enakmen Mahkamah Syariah Johor 1993 dengan jelasnya memperuntukkan bidang kuasa Mahkamah Syariah untuk mendengar perkara ini dan kesannya Mahkamah Sivil tidak mempunyai bidang kuasa dalam perkara tersebut. Perintah tersebut adalah seperti berikut:

- (1) *Pembubaran perkahwinan defenden pertama dengan alasan memeluk Islam;*
- (2) *Memastikan status Islam kepada anak keempat mereka;*
- (3) *Anak keempat memeluk agama Islam adalah mengikut defenden;*
- (4) *Hak penjagaan anak keempat yang berada di bawah defenden pertama dan menghalang Plaintif daripada mengganggu dan masuk campur.*

¹²⁵ [1999] 2 CLJ 5.

Ketiga, perkara 121(1A) diperkenalkan adalah untuk mengelak konflik bidang kuasa dan bukan untuk memburukkan konflik sedia ada. Justeru, mekanisma yang digunakan untuk menyelesaikan konflik ini mestilah tidak menghilangkan maksud perundangan tersebut. Mekanisma yang digunakan mestilah dijelaskan dengan perkara subjek bukannya agama seseorang yang mencabar bidang kuasa Mahkamah Syariah. Faktanya ialah sesorang bukan Islam tidak boleh menfailkan permohonan di Mahkamah Syariah dan bukanlah bermakna untuk merunding bidang kuasa Mahkamah Syariah.

Keempat, perkara 12(4) Perlembagaan Persekutuan memperuntukkan bahawa hanya kebenaran salah seorang daripada ibu bapa sahaja yang diperlukan untuk menentukan agama anak-anak yang di bawah umur 18 tahun. Perkataan '*parent*' adalah merujuk kepada *singular* (satu). Walaupun *singular* adalah termasuk *plural* (majmuk) di bawah perkara 160(1) Perlembagaan Persekutuan, perkataan '*parent*' dalam *singular* adalah jelas untuk dibaca sebagai *singular* dan perkara 160B Perlembagaan Persekutuan memuatkan teks yang autoriti dalam perlembagaan di dalam Bahasa Melayu yang menyamai 'ibu bapa' yang ditafsirkan sebagai *singular*. *Plural* dalam Bahasa Melayu adalah sebagai kedua ibu bapa. Justeru, ia menjelaskan kehendak Perlembagaan bahawa perkataan '*parent*' di dalam Perlembagaan Persekutuan versi Bahasa Inggeris adalah bermaksud *singular*.

Kelima, Anak keempat yang di bawah 18 tahun adalah dilarang untuk memilih agamanya dan pemelukannya ke dalam Islam adalah semata-mata menuruti tindakan ibunya dan tidak bercanggah dengan perkara 12(4) Perlembagaan Persekutuan. Selain itu, seksyen 2(1) Enakmen Keluarga Islam Johor 1990 telah memberikan ruang kepada

Mahkamah Syariah ke atas kanak-kanak tersebut. Tambahan lagi kes-kes yang lain telah menjelaskan bahawa Mahkamah Sivil melalui bidang kuasanya tidak boleh mencabar, mempertikai, berbeza, mengeneipkan, mengisytihar atau menahan perintah Mahkamah Syariah.¹²⁶

Justeru berdasarkan kepada dua kes yang telah dibincangkan di atas, mahkamah memutuskan keputusan yang berbeza. Perbezaan yang ketara dapat dilihat dalam penentuan bidang kuasa Mahkamah Sivil untuk mendengar dan memutuskan isu yang berkaitan dengan pertukaran agama. Keputusan mahkamah dalam kes *Nedunchelian* dilihat dapat menjawab persoalan bidang kuasa antara Mahkamah Sivil dan Mahkamah Syariah. Sekiranya Mahkamah Syariah mempunyai bidang kuasa dalam sesuatu perkara maka tatkala itu Mahkamah Sivil adalah tidak mempunyai bidang kuasa.

Bagi menjawab persoalan tentang pengislaman anak oleh ibu atau bapa yang memeluk Islam, Mahkamah Sivil dalam kes *Chang Ah Mee* memutuskan bahawa kebenaran kedua-dua ibu bapa adalah diperlukan bagi membuat pertukaran agama anak. Sebaliknya dalam kes *Nedunchelian*, Mahkamah Sivil memutuskan bahawa kebenaran salah seorang daripada ibu bapa sahaja adalah mencukupi dalam menentukan agama anak. Oleh kerana keputusan mahkamah adalah tidak seiring dalam menentukan agama anak, perbincangan lanjut akan dikemukakan pada bab yang berikutnya.

¹²⁶ Sukma Darmawan Sasmitaat Madja v Ketua Pengarah Penjara Malaysia [1999] 1 *CLJ* 481; Kamariah bt Ali v Kerajaan Negeri Kelantan, Malaysia dan Yang Lain (dan 3 Rayuan Yang Lain) [2002] 3 *CLJ* 766.

3.4 SOROTAN KES HAK HADANAH

Kes terkini, iaitu *M. Indira Gandhi*¹²⁷ yang merupakan isteri dalam kes ini, telah menuntut hak penjagaan ke atas tiga orang anaknya. Kes ini adalah mengenai pemeluk Islam oleh suami manakala isteri kekal dalam agama asal iaitu Hindu. Pada 11 Mac 2009 suami dikenali sebagai K. Patmanathan telah menganut Islam dengan gelaran Muhammad Ridzuan Abdullah serta turut mengislamkan ketiga-tiga anak hasil daripada perkahwinannya dengan *M. Indira Gandhi*.¹²⁸

Pada 8 April 2009 Mahkamah Tinggi Syariah Ipoh telah mengeluarkan perintah hak jagaan kekal ke atas ketiga-tiga anak mereka kepada *Muhammad Riduan* sebagai suami, secara *ex parte*. Berikutnya pada 24 April 2009, Mahkamah Tinggi Ipoh melalui Pesuruhjaya Kehakiman membenarkan permohonan *ex-parte* oleh *Indira* untuk mendapatkan hak penjagaan sementara tiga anaknya dan injunksi menghalang suaminya daripada memasuki rumah mereka.¹²⁹

Kemudiannya pada 5 Mei 2009, Mahkamah Tinggi Ipoh membenarkan permohonan Mohd. Ridzuan Abdullah untuk menangguhkan perintah hak penjagaan sementara tiga anak yang diperoleh isterinya dan pada 1 April 2010 Hakim Mahkamah Tinggi Datuk Wan Arfah menolak permohonan penangguhan perintah hak penjagaan anak tersebut. Oleh yang demikian ini bermakna hak penjagaan ke atas anak-anak

¹²⁷ Nombor Kes Sivil SP 24-513-09

¹²⁸ Nombor Kes Sivil SP 24-513-09 dan lihat juga di <http://ngo-islam.blogspot.com/2009/11/kronologi-keadaan-terkini-kes-riduan.html>. 24 November 2009.

¹²⁹ Nombor Kes Sivil SP 24-513-09 dan lihat juga di Utusan Malaysia. Perintah Hak Penjagaan Anak ditangguh. 6 Mei 2009.

tersebut adalah diberikan kepada ibunya. Pada 28 Julai 2010 Mahkamah Tinggi Ipoh membenarkan perbicaraan secara penuh bagi permohonan semakan kehakiman yang difailkan oleh *M. Indira Gandhi* untuk membatalkan keputusan penukaran agama bagi ketiga-tiga anaknya.¹³⁰

Manakala dalam kes *Tan Kong Meng v Zainon bt. Md. Zain*¹³¹ iaitu kes yang membabitkan pertelingkahan antara plaintif dan defendan tentang hak penjagaan anak tidak sah taraf plaintif bernama Alvina yang telah diserahkan oleh ibunya *Choong Mo Moi* yang akhirnya memeluk Islam kepada defendan iaitu *Zainon* untuk dijadikan anak angkat. Mahkamah akhirnya telah memutuskan bahawa defenden berhak buat sementara waktu ke atas jagaan Alvina, tetapi bukan mendapat penjagaan sepenuhnya.

Defendan tidak dibenarkan sama sekali untuk mendidik Alvina dengan didikan Islam kerana hak tersebut termasuk dalam hak penjagaan sebenar. Hak akses kepada *Tan Kong Meng* dan *Choong Mo Mooi* dibenarkan oleh mahkamah pada masa dan waktu yang telah ditetapkan. Pemeluk Islam si ibu langsung tidak memberi kesan terhadap hak hadanah Alvina. Perkara utama yang menjadi penilaian kepada mahkamah dalam kes ini adalah mengenai kebajikan si anak iaitu Alvina.

Manakala dalam kes terbaru yang berlaku di Pulau Pinang, Hakim Mahkamah Tinggi Yang Arif Yaacob Md. Sam, pada 4 Januari 2011, memberikan hak penjagaan sementara seorang anak perempuan yang berumur 7 tahun kepada ibunya, *Fatimah*

¹³⁰ Nombor Kes Sivil SP 24-513-09 dan lihat juga di Utusan Malaysia. "Mahkamah Tolak Tangguh Perintah Hak Penjagaan Anak". 2 April 2010.

¹³¹ [1995] 4 *CLJ* 409.

Fong Abdullah yang baru memeluk Islam pada 13 Ogos 2010. *Fatimah* juga turut mengislamkan anak perempuannya itu pada 9 November 2010 di Jabatan Agama Islam Selangor. Dalam penghakiman ini Yang Arif Hakim juga mengambil kira pandangan daripada kanak-kanak perempuan ini yang lebih sayangkan ibunya dan mahu tinggal bersama ibunya dan hak akses diberikan kepada bapanya *Tan Chew Hong* pada waktu yang telah ditetapkan.¹³²

Selain daripada itu, terdapat juga kes yang dibicarakan di Mahkamah Syariah. Ini adalah berdasarkan kepada penghakiman yang diputuskan oleh Mahkamah Syariah dalam kes *Siti Zubaidah Chew Binti Abdullah @ Chew Yin Yin*¹³³. Pemohon telah berkahwin dengan suaminya *Hoo Ying Soon* mengikut upacara Budha Sebelum memeluk Islam pemohon dan suami tinggal bersama, namun sejak Julai 2007 pemohon telah berpindah rumah kerana tidak tahan sering dipukul dan didera secara mental dan fizikal oleh suaminya setiap kali berlaku pertengkaran dan perselisihan faham.

Pemohon telah memeluk Islam pada 28 Januari 2009 dengan memakai nama *Siti Zubaidah* dan disahkan oleh Penolong Pegawai Hal Ehwal Islam, Pusat Dakwah Islam, Paroi Negeri Sembilan. Pemohon turut sama mengislamkan anaknya *Hoo Joey* dengan memakai nama Islam *Nurul Syuhada Chew Abdullah* yang berusia 15 bulan ketika itu. Sepanjang tinggal berasingan, tidak timbul masalah penjagaan anak. Walaubagaimanapun pada pertengahan Februari 2009, iaitu setelah suami pemohon

¹³² Kosmo. "Wanita Peluk Islam diberi Hak Penjagaan Sementara Pelajar Tahun Dua". Rabu 5 Januari 2011.

¹³³ [2009] 29(1) *JH* 65.

mendapat tahu pemohon telah memeluk Islam, suaminya telah bertindak menghalang dan menyembunyikan anak tersebut dari pengetahuan pemohon.

Setelah pemohon Berjaya mendapatkan kembali anaknya pemohon telah hadir ke Mahkamah Tinggi Syariah Seremban untuk mendapatkan satu perintah interim hadanah bagi memastikan kebajikan dan keselamatan anak tersebut daripada dilarikan, disembunyikan ataupun dihalang dari menemui pemohon selaku ibu kepada anak tersebut. Mahkamah setelah membuat penelitian telah memberikan hak penjagaan sementara kepada pemohon. Bapa kepada anak tersebut dibenarkan untuk berjumpa atau melawat anak tersebut dengan notis yang munasabah terlebih dahulu dan dengan kehadiran pemohon atau kawalan pemohon.

Kes ini, menunjukkan bahawa Mahkamah Syariah telah menggunakan bidang kuasa yang diberikan kepadanya untuk mengeluarkan perintah berkaitan dengan hak penjagaan anak walaupun dalam situasi perkahwinan sivil tersebut belum dibubarkan. Yang Arif Hakim berhujah bahawa seksyen 201 (1) dan (2) Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah (Negeri Sembilan) 2003 memperuntukkan berkenaan dengan perintah interim tentang hadanah dan juga perintah *ex-parte* merujuk kepada seksyen 201(3).¹³⁴

¹³⁴ “Peruntukan berkenaan menyatakan; (1) Tertakluk kepada Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam (Negeri Sembilan) 2003, jika Mahkamah berpuas hati, atas permohonan mana-mana pihak untuk mendapatkan *hadhanah* seseorang kanak-kanak dalam apa-apa kausa atau perkara, bahawa hal keadaan memerlukan dibuat suatu perintah interim tentang *hadhanah* kanak-kanak itu, maka Mahkamah boleh membuat perintah sedemikian yang hendaklah berkuat kuasa serta-merta dan hendaklah terus berkuat kuasa sehingga Mahkamah membuat keputusan atas kausa atau perkara itu. (2) Permohonan di bawah seksyen ini tidak boleh dibuat sebelum tindakan dimulakan kecuali dalam hal yang mendesak dan demi kepentingan keadilan atau perlindungan pemohon atau kanak-kanak itu didapati bahawa campur tangan serta-merta Mahkamah perlu. (3) Jika pemohon ialah plaintif dan kes itu suatu kes yang mendesak, permohonan itu boleh dibuat secara *ex parte* yang hendaklah disokong dengan affidavit dan affidavit itu hendaklah mengandungi suatu pernyataan yang jelas dan ringkas lagi padat— (a) tentang fakta-fakta yang

Apa yang dapat disimpulkan daripada perbincangan di atas ialah masih wujud konflik bidang kuasa antara Mahkamah Sivil dan Mahkamah Syariah dalam membicarakan perkara yang berkaitan dengan hak hadanah anak bagi kes pemeluk Islam oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil. Sekiranya kedua-dua mahkamah mempunyai bidang kuasa untuk mendengar perkara ini, isu yang berbangkit adalah keputusan mahkamah manakah yang akan diikuti, sama ada Mahkamah Syariah atau Mahkamah Sivil.

Memandangkan undang-undang keluarga Islam bukanlah digunapakai sebagai penetapan hak penjagaan anak di Mahkamah Sivil, maka pasti syarat Islam yang ditetapkan dalam seksyen 82, Akta 303 tidak terpakai di Mahkamah Sivil. Ini adalah antara kekangan yang timbul dalam pelaksanaan pertimbangan penentuan hak hadanah. Persoalan ini akan dianalisa dalam bab yang berikutnya dan juga pada bab rumusan kajian ini.

3.5 PENUTUP

Berdasarkan kepada perbincangan di atas, sekiranya salah seorang daripada ibu atau bapa memeluk Islam, maka dari perspektif Syariah adalah jelas menyatakan bahawa anak tersebut dijaga oleh pihak yang memeluk Islam sekiranya masih di bawah umur.

membawa kepada tuntutan terhadap defendan dalam prosiding itu; (b) tentang fakta-fakta yang membawa kepada tuntutan untuk mendapatkan perintah interim itu; (c) tentang fakta-fakta yang menjadi sandaran bagi mewajarkan permohonan secara *ex parte* itu; (d) tentang apa-apa fakta yang diketahui oleh pemohon yang mungkin menyebabkan Mahkamah tidak memberikan perintah interim itu; (e) tentang sama ada mana-mana permohonan *ex parte* terdahulu yang seumpamanya telah dibuat kepada mana-mana Hakim dan, jika demikian, perintah yang dibuat dalam permohonan terdahulu itu; dan (f) tentang relief yang sebenarnya dipohon.”

Namun terdapat juga pandangan yang membenarkan pihak yang bukan Islam untuk menjaga anak tersebut sekiranya penjagaan itu tidak merosakkan akidah anak tersebut. Ini adalah kerana keutamaan dalam menentukan siapakah yang layak menjaga anak adalah berdasarkan kepada kebajikan anak tersebut. Ia dilihat selari dengan undang-undang sivil yang juga meletakkan kebajikan anak adalah sebagai kayu ukur yang utama untuk menentukan hak hadanah.

Manakala, perbincangan tentang status pengislaman anak yang dilakukan oleh hanya salah seorang daripada ibu bapa, memerlukan perbincangan yang lebih lanjut. Ini adalah kerana dua contoh kes yang dibawakan dalam perbincangan di atas menemui penyelesaian yang berbeza melalui keputusan penghakiman yang telah dikemukakan. Berikutnya, isu pertikaian bidang kuasa juga tidak terhenti kepada isu pembubaran perkahwinan sebaliknya isu penentuan hak hadanah juga timbul. Sekali lagi kedua-dua mahkamah iaitu Mahkamah Sivil dan Mahkamah Syariah menyifatkan masing-masing mempunyai bidang kuasa untuk memutuskan perkara yang berkaitan dengan hak hadanah. Persoalan yang sama juga timbul iaitu keputusan mahkamah manakah yang akan diikuti? Kupasan lanjut tentang perkara-perkara ini adalah pada bab yang berikutnya.