

4.1. PENDAHULUAN

Secara keseluruhannya bab ini akan membincangkan tentang kes *Shamala Sathiyaseelan v Dr. Jeyaganesh C Mogarajah*¹³⁵ yang dibicarakan di Mahkamah Tinggi Malaya, Kuala Lumpur. Kes ini dijadikan sebagai rujukan kerana penghakiman yang ditulis oleh Yang Arif Hakim menghuraikan secara terperinci tentang hak hadanah antara ibu bapa dalam keadaan hanya salah seorang daripada mereka memeluk Islam. Dalam kes ini juga Yang Arif Hakim dengan berhati-hati menjelaskan bahawa kriteria utama dalam memutuskan hak hadanah anak adalah kebajikan anak tersebut perlu diutamakan. Apa yang ditelusuri adalah penghujahan hakim dalam memutuskan persoalan hak hadanah yang menjadi rebutan antara plaintif dan defendan.

Plaintif merupakan isteri dan suami adalah defendan dalam kes ini, yang mana ketika melangsungkan perkahwinan kedua-duanya beragama Hindu. Perkahwinan itu diadakan di Kuil Hindu pada 5 November 1998 dan didaftarkan di bawah Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan & Perceraian) 1976. Mereka mempunyai dua orang anak lelaki yang masih di bawah umur iaitu Saktiswaran yang berusia 3 tahun 11 bulan dan Theiviswaran berusia 2 tahun 5 bulan ketika kes ini mula dibicarakan.

Defendan kemudiannya memeluk Islam pada 19 November 2002 dan memakai nama Islam, Muhammad Ridzwan bin Mogarajah. Berikutnya defendan turut mengislamkan kedua-dua anaknya iaitu Saktiswaran dengan nama Muhd. Firdaus Jeya

¹³⁵ [2003] 3 CLJ 690; [2004] 2 MLJ 241; [2004] 2 MLJ 648; [2004] 3 CLJ 516; [2011] 2 MLJ 281.

manakala Theiviswaran diberi nama Muhd. Asraf Jeya pada 25 November 2002 yang mana pengislaman kedua-dua anak tersebut adalah tanpa pengetahuan plaintif selaku ibu. Plaintif kemudiannya menfailkan hak penjagaan anak secara *inter parte* di Mahkamah Tinggi Kuala Lumpur pada 31 Disember 2002 manakala defendan menfailkan hak penjagaan anak secara *ex parte* di Mahkamah Tinggi Syariah Selangor pada 7 Januari 2003. Beberapa perkara utama telah dibangkitkan dan kes ini seperti yang dirumuskan dalam perbincangan berikut.

4.2. ANALISIS PENGHAKIMAN

4.2.1. Status Pihak yang Memeluk Islam

Melalui saman pemula bertarikh 31 Disember 2002, persoalan awalan yang dipohon untuk diputuskan di Mahkamah Tinggi Malaya Kuala Lumpur adalah sama ada defendan, setelah memeluk Islam, tidak lagi tertakluk di bawah bidang kuasa Mahkamah Sivil? Perbincangan berikut akan menghuraikan jawapan yang berkaitan dengan status pihak yang memeluk Islam.

Hujahan peguam defendan yang mengatakan bahawa Mahkamah Sivil tidak mempunyai bidang kuasa untuk mendengar permohonan plaintif berdasarkan kepada beberapa kes¹³⁶ adalah ditolak kerana Yang Arif Hakim berpendapat bahawa isu sebenar dalam bantahan awal ini bukanlah untuk Mahkamah Sivil mengenyepikan apa-

¹³⁶ *Mohd. Habibullah bin Mahmood v Faridah bte Dato' Talib* [1993] 1 CLJ 264, *Genga Devi Chelliah v Santanam Damodaram* 2001] 2 CLJ 359 dan *Nor Kursiah Baharudin v Shahril Lamin & Anor* [1997] 1 CLJ Supp 599.

apa perintah Mahkamah Tinggi Syariah, tetapi sama ada Mahkamah Sivil mempunyai bidang kuasa untuk mendengar relif-relif ansilari yang dipohon oleh plaintif.

Persoalan ini telah dengan jelas diputuskan oleh Mahkamah Agong dalam kes *Tan Sung Moi v. Too Miew Kim*¹³⁷ di mana presiding yang melibatkan permohonan untuk relif ansilari di antara kedua-dua belah pihak yang telah berkahwin di bawah Akta tersebut boleh didengar oleh Mahkamah Tinggi melalui bidang kuasa yang diberi di bawah seksyen 24(a) Akta Mahkamah Kehakiman 1964¹³⁸ walaupun sesuatu pihak telah memeluk agama Islam sebelum permohonan tersebut dibicarakan.

¹³⁷ [1994] 3 *CLJ* 708.

¹³⁸ 24A. “(1) Mahkamah Tinggi boleh merujuk apa-apa soal yang berbangkit dalam apa-apa kausa atau perkara, selain sesuatu prosiding jenayah oleh Pendakwa Raya, bagi siasatan atau laporan kepada mana-mana referi khas. Laporan seseorang referi khas boleh diterima pakai keseluruhannya atau sebahagiannya oleh Mahkamah Tinggi dan dikuatkuasakan sebagai suatu dekri, penghakiman atau perintah yang memberikan kesan yang sama.

(2) Dalam apa-apa kausa atau perkara selain sesuatu prosiding jenayah oleh Pendakwa Raya—

(a) jika semua pihak yang berkepentingan yang tidak menanggung ketidakupayaan bersetuju;

(b) jika kausa atau perkara itu menghendaki apa-apa pemeriksaan dokumen yang berpanjangan atau apa-apa penyiasatan saintifik atau tempatan yang, pada pendapat Mahkamah Tinggi, tidak dapat dijalankan dengan mudah oleh Mahkamah itu melalui pegawai biasanya; atau

(c) jika soal yang dipertikaikan itu terdiri, keseluruhannya atau sebahagiannya, daripada perkara akaun, Mahkamah Tinggi boleh pada bila-bila masa memerintahkan supaya seluruh kausa atau perkara itu atau apa-apa soal atau persoalan fakta yang berbangkit dalam kausa atau perkara itu dibicarakan di hadapan seorang referi khas atau penimbang tara yang dipersetujui masing-masingnya oleh pihak itu atau di hadapan seorang pegawai Mahkamah itu.

(3) (a) Dalam segala hal, rujukan kepada seseorang referi khas atau penimbang tara di bawah sesuatu perintah Mahkamah Tinggi dalam apa-apa kausa atau perkara, referi khas atau penimbang tara itu hendaklah disifatkan sebagai seorang pegawai Mahkamah dan hendaklah mempunyai kuasa dan hendaklah menjalankan rujukan

itu mengikut apa-apa cara yang ditetapkan oleh kaedah-kaedah mahkamah, dan tertakluk kepada yang diarahkan oleh Mahkamah Tinggi.

(b) Laporan atau award mana-mana referi khas atau penimbang tara atas apa-apa rujukan itu hendaklah, melainkan jika diketepikan oleh Mahkamah Tinggi, menjadi setara dengan dekri, penghakiman atau perintah Mahkamah itu.

(c) Saraan yang hendaklah dibayar kepada mana-mana referi khas atau penimbang tara yang kepadanya apa-apa perkara dirujuk di bawah perintah Mahkamah Tinggi hendaklah ditentukan oleh Mahkamah itu.

(4) Mahkamah Tinggi hendaklah, tentang rujukan di bawah perintah Mahkamah, mempunyai segala kuasa yang diberikan oleh Akta Timbang Tara 1952 [*Akta 93*] kepada Mahkamah Tinggi tentang rujukan dengan persetujuan di luar Mahkamah”.

Sememangnya telah jelas dalam seksyen 3(3) Akta 164 yang menyebut bahawa Akta tersebut tidak terpakai kepada orang Islam, tetapi fakta kes telah menunjukkan bahawa plaintif dan defendan telah berkahwin di bawah Akta 164 dan kesahihan perkahwinan keduanya masih tertakluk di bawah Akta tersebut walaupun defendan telah memeluk Islam. Seksyen 8 Akta 164 memperuntukkan seperti berikut:

Every marriage solemnized in Malaysia, after the appointed date, other than a marriage which is void under the Act, shall continue until dissolve:

a) by death of one of the parties

b) by the order of a court of competent jurisdiction, or

c) by a decree made by a court of competent jurisdiction that the marriage is null and void.

Oleh yang demikian, Yang Arif Hakim menghujahkan bahawa perkahwinan antara keduanya masih dianggap berterusan sehinggalah ia dibubarkan di bawah mana-mana keadaan seperti yang tertakluk dalam peruntukan di atas. Oleh kerana perkahwinan masih berterusan, defendan adalah tertakluk kepada bidang kuasa Mahkamah Sivil.¹³⁹

4.2.2. Status Perkahwinan

Kes yang dibicarakan ini adalah satu pertelagahan yang melibatkan sebuah perkahwinan Hindu diantara plaintif dan defendan yang berkahwin pada 5 November 1998. Berdasarkan kepada Akta 164, defendan masih mempunyai tanggungjawab di bawah perkahwinan Hindu yang tidak boleh dielakkan dengan pemelukan defendan kepada agama Islam.

¹³⁹ Lihat juga *Subashini Rajasingam v. Saravanan Thangathoray & Lain-lain* [2008] 2 CLJ 14.

Berkenaan dengan pembubaran perkahwinan antara plaintif dan defendan, kedua-dua pihak hendaklah merujuk kepada peruntukan seksyen 51 Akta 164, yang antara lain memeperuntukkan seperti berikut:

“Where one party to a marriage has converted to Islam, the other party who has not so converted may petition for divorce...”

Oleh itu, defendan dikira melakukan kesalahan matrimoni yang membolehkan isteri iaitu plaintif yang tidak memeluk Islam, menfailkan perceraian. Kesan daripada undang-undang ialah defendan sebagai suami tidak boleh mendapatkan perceraian di bawah Akta 164 seperti yang diperuntukkan dalam seksyen 51, yang hanya memberikan hak permohonan perceraian kepada pihak yang tidak memeluk Islam.

Defendan juga tidak boleh memohon perceraian di bawah Akta Undang-Undang Keluarga Islam kerana Mahkamah Syariah tidak mempunyai bidang kuasa untuk membicarakan kes, apabila salah satu pasangan adalah bukan Islam. Walaupun seksyen 46(2) Akta Undang-Undang Keluarga Islam 1984 memberikan kuasa kepada Mahkamah Syariah untuk mengesahkan pemeluk Islam pasangan yang memeluk Islam, ini tidak bermaksud Mahkamah Syariah boleh menamatkan perkahwinan itu selagi pasangan yang belum Islam tidak menerimanya.

Namun dari dimensi yang berbeza kajian yang diketengahkan dalam buku *Powers and Jurisdiction of Syariah Courts in Malaysia* mengatakan adalah tidak bertepatan sekiranya menyatakan bahawa Mahkamah Syariah hanya mempunyai bidang

kuasa ke atas orang Islam sahaja.¹⁴⁰ Ini kerana keputusan dalam kes *Dalip Kaur*¹⁴¹ adalah berbeza apabila Mahkamah Persekutuan memutuskan bahawa Mahkamah Syariah adalah forum yang berkelayakan untuk menentukan agama si mati walaupun si ibu iaitu pihak yang membuat tuntutan adalah bukan Islam.

Namun kes ini adalah khusus untuk mengesahkan status Islam si mati yang mana sememangnya mahkamah yang berkelayakan untuk menentukannya adalah Mahkamah Syariah. Isu yang dibincangkan dalam kajian ini adalah berbeza sama sekali kerana perkara pokok kes Shamala ini adalah berkaitan dengan pembubaran perkahwinan bukan Islam. Mahkamah manakah yang berbidang kuasa untuk membicarakan mengenai pembubaran perkahwinan bukan Islam ini. Bagi menjawab persoalan ini, adalah jelas bahawa Mahkamah Sivil yang mempunyai bidang kuasa untuk membicarakannya.

Bagaimanapun Farid Sufian Shuaib, seorang pemerhati undang-undang, semasa mengulas mengenai penghakiman yang diputuskan dalam kes *subashini* dengan menjelaskan bahawa pihak yang memeluk Islam tidak boleh disekat haknya untuk meneruskan apa-apa prosiding di Mahkamah Syariah.¹⁴² Prinsip ini adalah sejajar dengan apa yang diputuskan dalam kes *Tan Sung Mooi* dimana pihak yang memeluk Islam tidak boleh menyekat hak pihak yang tidak memeluk Islam daripada meneruskan apa-apa tuntutan di Mahkamah Sivil.

¹⁴⁰ Farid Sufian Shuaib, *Powers and Jurisdiction of Syariah Courts in Malaysia*, (LexisNexis: Petaling Jaya, 2008), 131.

¹⁴¹ [1992] 1 *MLJ* 1, SC.

¹⁴² Farid Sufian Shuaib, "Parallel Court Systems and Conversion of one Spouse to Islam: A Case Commentary on *Saravanan Thangathoray v Subashini Rajasingam and Another Appeal*", *The Law Review* 2007, 251.

Oleh yang demikian, Mahkamah Syariah boleh mendengar dan memutuskan perkara yang berada di bawah bidang kuasa Mahkamah Syariah yang berkaitan dengan pembubaran perkahwinan seorang bukan Islam dan pemelukannya kepada agama Islam. Apa yang menjadi permasalahan dalam isu ini ialah penghakiman yang diputuskan oleh Mahkamah Syariah tidak akan mengikat pihak yang bukan Islam.

Yang Arif Hakim dalam kes *Shamala* ini juga bagaimanapun menjelaskan bahawa pemeluk Islam defendan memberi kesan kepada status perkahwinannya daripada perkahwinan monogami kepada poligami. Walaupun defendan tidak boleh menfailkan perceraian ke atas plaintif, defendan boleh mempunyai isteri lain kerana defendan dibenarkan untuk mengamalkan poligami. Keputusan ini adalah sama seperti yang diputuskan dalam kes *Attorney General, Ceylon v Reid*,¹⁴³ yang mana Lord Upjohn menyatakan dalam penghakimannya:

'Dalam pendapat kami di dalam negeri-negeri seperti itu semestinya terdapat hak semulajadi bagi penduduk yang berdomisil disana untuk menukar agama dan undang-undang peribadi mereka dan dengan itu mengadakan perkahwinan poligami yang sah jika diiktiraf oleh undang-undang negeri sungguhpun terdapat sesuatu perkahwinan sebelum itu.'

Mengikut agama Hindu, plaintif kekal sebagai isteri dan defendan perlu menanggung nafkah plaintif dan anak-anak sehingga perkahwinan sivil tersebut dibubarkan dengan penfailan perceraian oleh plaintif di bawah seksyen 51 Akta 164.¹⁴⁴

¹⁴³ [1965] 2 *MLJ* 34.

¹⁴⁴ Ketika peruntukan seksyen 51 Akta 164 diperkenalkan di Parlimen, Datuk Athi Nahappan berkata seperti berikut:

“The purpose of this, as I understand it, is that if a non-Muslim husband becomes a Muslim, then what is to happen to the wife? Now she has more than one choice. She can convert herself, if she wishes, in which case both the husband and wife, even under the Islamic law, are allowed and they are recognised as

Mahkamah Sivil mempunyai bidang kuasa untuk mendengar kes ini yang melibatkan pihak-pihak yang berkaitan dengan perkahwinan sivil. Fakta bahawa defendan telah memeluk Islam tidak mengubah status perkahwinan sivilnya. Tanggungjawab defendan di bawah perkahwinan Hindu tidak boleh diketepikan dengan pemelukannya ke dalam agama Islam.

4.2.3. Hak Hadanah Anak

Di bawah seksyen 5 Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961, ibu kepada anak yang di bawah umur mempunyai hak yang sama di mahkamah dalam apa jua perkara yang berkenaan dengan anak-anak seperti bapa. Dalam hal yang berkaitan dengan penjagaan dan membesarkan anak-anak, seorang ibu juga mempunyai hak yang sama seperti yang dibenarkan oleh undang-undang kepada bapa dan hak yang sama rata kepada ibu dan

Muslims. Under the Islamic law, on the other hand, she can wait for about three menstruation periods, roughly about three months, and during that time she can consider whether she wishes to become a Muslim. The provision here gives discretion. It only uses the word "may" petition for divorce. It does not make it mandatory on her to part to break away from her husband merely because he has changed religion, but it gives her the option to join the Islamic religion with her husband or remain out of conversion. If she merely remains as a wife – under the law she remains to be a wife – because under this law she is not technically divorced. She stands married to her husband. Under section 3 of the Maintenance of Married Women's and Children's Ordinance, 1950, she is entitled to maintenance. So are her children. But it is not very clear, as it stands, whether she would be entitled to maintenance under this Bill, as has been rightly raised by the Honourable Member for Telok Kemang. So the right that is given to the wife, Tuan Yang Di Pertua, is a discretion. She "may" exercise it, she "may not" exercise it. But this has been given as a ground. If she wants, she can seek a divorce and in which case the normal rule, as provided in clauses 50 and 55 would not be applicable – she does not have to wait two years to file her petition for divorce. She is given three months to ponder over it. That is the rationale of the three months mentioned in the proviso to clause 51. The word "Islam" is mention there – it is unfortunate. I only assume that this was put in there because there is a situation here of two types of marriages in this country when this become law. One type is the polygamous system and the other type would be the monogamous system. The monogamous system would cover nearly half the population and would cover the non-Muslims except the natives of East Malaysia and the aborigines of West Malaysia. So by and large, the non-Muslims would be adopting the monogamous system under this law and the Muslims will continue under their religious law. So the possibility of converting to a polygamous system in this country can only be from any one of the existing religions like Hinduism or Buddhism or Christianity – from one of these into Islam which allows the polygamous system. So in order to be precise, the word "Islam" has been put in here in so far as Malaysians are concerned and within the context of our country. I am sure our Government would never, never do anything anywhere and particularly in a legislation to derogate the Islamic religion because it knows that Islam is the State religion and we have the greatest of respect for that religion and it is not the intention at all. The intention is merely to provide clarity, to show the juxtaposition of the two sets of religion which would provide two types of marriages in this country".

bapa. Dalam perkara ini, anak-anak dalam perkahwinan tersebut masih di bawah umur berdasarkan kepada Akta ini.

Prinsip yang dipertimbangkan dalam pertikaian mengenai hak penjagaan anak dalam kes ini ialah kebajikan kedua-dua anak bawah umur yang menjadi pertimbangan utama oleh mahkamah ini.¹⁴⁵ Untuk mengguna pakai prinsip ini, mahkamah keluarga telah mengklasifikasikan beberapa perkara yang relevan, walaupun bukan menyeluruh ia mesti dinilai secara terperinci:

- i) Memastikan keinginan dan perasaan kedua-dua anak tersebut*
- ii) Berkenaan dengan keperluan fizikal, emosi dan pendidikan kedua-dua anak tersebut*
- iii) Kesan terhadap kedua kanak-kanak tersebut mengenai apa-apa perkara yang berubah*
- iv) Berkenaan dengan umur, jantina dan latar belakang dan apa-apa karakter kedua-dua anak adalah dalam pertimbangan mahkamah*
- v) Apa-apa bahaya yang dideritai oleh kedua-dua anak dan apa-apa risiko yang ditanggunginya mereka*
- vi) Sejauh mana kedua ibu dan bapa kedua-dua anak tersebut memenuhi kehendak mereka*
- vii) Keinginan kedua ibu dan bapa kanak-kanak tersebut*

Dalam kes *J v C*¹⁴⁶ Yang Arif Hakim Mc Dermott's cuba untuk mendefinisikan maksud "utama" (*paramount*) iaitu:

The words must mean more than that the child's welfare is to be treated as the top item in a list of items relevant to the matter in question. I think that they connote a process whereby when all relevant facts, relationships, claims and wishes of the parents, risks, choices and other circumstances are taken into account and weighed, the course to be followed will be that which is most in the interest of the child's welfare as that term has now to

¹⁴⁵ Lihat juga *Lim Fang Keng v. Toh Kim Choo* dalam [1995] 4 CLJ 733 dan *Nur Aisyah Suk Abdullah v. Harjeet Singh* dalam [1999] 4 CLJ 566.

¹⁴⁶ [1970] 2 AC 668.

be understood. That is the paramount consideration because it rules on or determines the course to be followed.

Untuk memastikan keinginan dan perasaan kedua-dua anak tersebut, adalah boleh dilihat dalam aspek umur dan kefahaman. Walaupun Yang Arif Hakim tidak menemuramah kedua-dua anak itu, namun berdasarkan kepada seksyen 88(3) Akta 164 bahawa boleh menjadi andaian yang boleh disangkal untuk kedua-dua anak yang di bawah umur 7 tahun untuk tinggal dengan ibunya. Tetapi dalam memutuskan sama ada andaian tersebut boleh digunakan dalam fakta kes ini, mahkamah perlu bersandarkan kepada perkara yang mengganggu kehidupan mereka yang patut dibantah sekiranya berlaku perubahan dari segi penjagaan.

Dalam kes yang dibincangkan ini, kedua-dua anak tersebut adalah secara fizikalnya berada di dalam jagaan ibunya yang beragama Hindu sejak dari lahir. Walaupun seksyen 88(3) Akta 164 adalah andaian yang boleh dibantah, Yang Arif Hakim berpandangan bahawa ia memerlukan kepada alasan yang kuat untuk membantah andaian tersebut. Yang Arif Hakim Donovan dalam kes *Re B*¹⁴⁷ memutuskan bahawa seorang anak berusia 4 tahun adalah tertakluk kepada jagaan ibu, seperti berikut:

Prima facie a child of this age ought to remain with his mother and strong grounds are required to justify taking it away.

Kedua-dua anak itu adalah di bawah jagaan ibunya dalam tempoh yang amat panjang. Oleh itu, hakim berpandangan yang kebiasaannya kepentingan kedua-dua anak

¹⁴⁷ [1962] 1 ALL ER 872.

ini adalah untuk mengekalkan *status quo* di mana trauma dari segi emosi adalah begitu signifikan kerana persekitaran mereka berubah sekiranya berlaku perubahan dari segi penjagaan daripada ibu di Alor Star kepada bapa di Kuala Lumpur. Yang Arif Hakim merujuk kepada laporan kesihatan yang disediakan oleh Dr. Kasmini Kassim, seorang pakar psikiatri kanak-kanak, seperti berikut:

- 1) Saktiswaran is an intelligent boy. Theiviswaran merely follows whatever his brother says or does;*
- (2) Saktiswaran does not hate his father but is fearful of him;*
- (3) Saktiswaran does not want his new (Muslim) name or live with his father and father's lady friend;*
- (4) Saktiswaran does not want to follow his father in Kuala Lumpur or see his father in Kuala Lumpur unless his mother is with him;*
- (5) Saktiswaran does not mind his father visit him in Alor Setar;*
- (6) Saktiswaran does have a wish that his parents Appa and Amma should live together like before.*

Terdapat bukti bahawa Saktiswaran menghadiri Tadika Super Kid di Alor Star yang berhampiran dengan rumah ibunya. Ini menguatkan lagi permohonan ibu tersebut untuk mendapatkan anak-anak itu. Adalah perlu diketahui bahawa perubahan *status quo* akan mengganggu kanak-kanak tersebut dan ia membawa kepada kesusahan untuk mereka menyesuaikan diri dengan perpisahan kedua ibu bapa mereka. Dalam kes ini, ibu tersebut yang telah sediakala menjaga kedua-dua anak itu dan boleh menyediakan kehidupan yang stabil untuk mereka akan mengukuhkan lagi permohonannya

Selain daripada pertukaran agama, Hakim berpandangan bahawa kebajikan anak-anak adalah sebaiknya dilindungi dengan memastikan mereka kekal berhubung dengan ibu dan bapanya agar mereka tahu walaupun ibu dan bapa telah berpisah tetapi keduanya masih bersama dengan mereka dan menyayangi mereka. Ibu dan bapa tersebut adalah masih suami isteri berdasarkan kepada undang-undang dan perkahwinan

keduanya masih sah dan kekal di mata undang-undang berdasarkan seksyen 8 Akta 164 walaupun si ibu beragama Hindu dan si bapa beragama Islam.

Kesan yang dramatik dalam menerima prinsip kebajikan adalah dilihat sebagai menghakis pandangan konsep tradisional yang memberikan autoriti kepada ibu dan bapa. Oleh itu autoriti ibu dan bapa adalah menyusut menjadikan keputusannya sebagai bersifat minor. Ini bermaksud kebajikan anak-anak mengatasi keinginan ibu bapa kandungnya dan kebajikan anak-anak adalah mengatasi pertimbangan keadilan antara ibu dan bapa.

Percakaran mengenai hak penjagaan anak-anak adalah untuk pertimbangan yang berpanjangan yang bukan hanya berkaitan dengan fizikal tetapi adalah juga mengenai jiwa mereka. Dalam kes ini, kedua-dua anak itu sejak lahir adalah dibesarkan dalam agama Hindu oleh ibu bapa yang juga beragama Hindu sehinggalah bapanya memeluk Islam pada 19 November 2002 dan 6 hari kemudian mengislamkan kedua-duanya pada 25 November 2002. Dalam keadaan ini, hakim menyatakan seperti berikut:

I will attach considerable importance to the continuance of the two infant children's religious belief since birth and will refuse to pass judgment on the conversion to Islamic faith of the two infant children.

Hakim juga menyatakan bahawa adalah kanak-kanak itu masih dipengaruhi kehidupannya oleh ibunya. Tekanan terhadap mereka adalah cukup memadai terutamanya apabila ibu bapa mereka tinggal berasingan dan bapa telah keluar meninggalkan rumah dan menjadi Muslim. Mahkamah mesti melihat kesemua fakta

yang relevan, perhubungan dan permohonan serta keinginan antara ibu dan bapa untuk mencapai keputusan yang akan melindungi kebajikan anak-anak tersebut.

Kedua-dua anak itu tidak dilahirkan ketika bapanya bergelar muallaf kerana pengislaman bapanya itu adalah pada 19 November 2002 iaitu lama setelah mereka dilahirkan, dan hanya 6 hari selepas tarikh pengislaman bapanya anak-anak itu diislamkan. Hakim menyatakan bahawa beliau tidak perlu berkeras terhadap identiti agama antara ibu tersebut dan kedua-dua anaknya. Malaysia adalah negara yang pelbagai bangsa dan agama yang masyarakatnya tinggal secara harmoni.

Hakim berpandangan bahawa ibu adalah orang yang terbaik untuk menjaga kedua-dua anak itu. Tidak ada apa-apa yang boleh menafikan perkara ini melainkan si ibu mempunyai masalah dari segi sikap dan hakim berpandangan bahawa tidak ada perbezaan sama ada ibu itu adalah Hindu atau tidak. Perlu ditegaskan bahawa anak-anak itu tidak dilahirkan oleh ibu bapa yang Islam. Ibu bapa itu adalah Hindu ketika anak tersebut dilahirkan dan sehinggalah bapa itu menjadi muallaf pada 19 November 2002. Fakta yang kekal adalah bapa dan ibu itu masih lagi berada dalam perkahwinan mengikut undang-undang. Di bawah seksyen 5 Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961, kedua ibu dan bapa mempunyai hak yang sama rata dan autoriti mengikut undang-undang berkenaan dengan kedua-dua anak mereka.

Hakim berpandangan bahawa di dalam perbicaraan ini, hal yang berkaitan dengan hak penjagaan, pemeliharaan dan kawalan serta kebajikan anak-anak tersebut

menjadi perkara yang paling utama. Manakala persoalan tentang agama adalah hanya satu faktor seimbang untuk menentang antara satu sama lain dalam menentukan pihak yang mana seharusnya diberikan hak penjagaan. Hakim juga merujuk kepada perbincangan ahli-ahli akademik dalam membuat keputusan bagi kes ini.

Berdasarkan kepada pandangan Mazhab *Syafii* seorang perempuan yang bukan Islam tidak mempunyai kelayakan untuk mendapatkan penjagaan anak yang dilahirkan kepada seorang bapa yang beragama Islam. Walaubagaimanapun dalam kes ini, kedua-dua anak yang masih di bawah umur itu adalah tidak dilahirkan kepada seorang bapa yang Islam. Bapa itu masih lagi beragama Hindu ketika anak-anak itu dilahirkan.

Hakim memberikan pandangannya secara umum bahawa mazhab selain Mazhab *Syafii* yang terdapat dalam Ahli Sunnah tidak berkeras mengenai identiti agama antara ibu dan anak yang masih di bawah umur, dengan syarat mereka mestilah dibesarkan mengikut kepercayaan bapanya. Jadi, dalam kes ini sekiranya ada beberapa kemungkinan yang boleh difikirkan ialah ibu yang bukan Islam itu akan mempengaruhi kedua-dua anaknya mengenai agama kepercayaannya, sebagai contoh mengajar anaknya mengenai kepercayaan atau membenarkan untuk memakan *khinzir*, barulah kedua-dua anak itu perlu dikeluarkan dari jagaan ibunya.

Selain dari itu, hakim berpandangan bahawa ibu tersebut adalah orang yang terbaik untuk menjaga anak-anak itu dalam hubungan perkahwinan. Tiada yang boleh menghalanginya melainkan sekiranya ibu itu bermasalah dan untuk itu tiadalah beza

sama ada ibu itu beragama Islam atau tidak. Berdasarkan kepada pandangan cendekiawan Islam hak itu akan berterusan sehinggalah anak lelaki itu berusia tujuh tahun. Selepas berusia tujuh tahun, bapa adalah berhak untuk mendapatkan penjagaan anak lelaki itu.¹⁴⁸

Oleh itu, tidak ada alasan untuk menjauhkan anak-anak itu daripada ibunya hanya kerana bapanya menjadi muallaf pada 19 November 2002 dan mengislamkan kedua-dua anaknya secara bersendirian pada 25 November 2002. Hakim berpandangan bahawa ibu yang bukan Islam itu berhak menjaga anak-anaknya sehingga kedua-duanya mula memahami tentang agama. Hakim menjelaskan bahawa ibu itu tidak sepatutnya kehilangan hak penjagaan ke atas kedua-dua anaknya yang Muslim selagi mana tidak timbul kegusaran terhadapnya untuk membesarkan anak-anak tersebut mengikut agama yang selain daripada bapanya.

4.2.4. Hak Sama Rata Ibu Bapa Terhadap Agama Anak

Penggunaan perkataan “ibu bapa” dalam perkara 12(4) Perlembagaan Persekutuan dan seksyen 95(b) Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam (Wilayah Persekutuan) 1993 (Akta 505) membawa maksud keizinan salah seorang daripada ibu bapa adalah mencukupi untuk mengesahkan pemelukkan Islam oleh kanak-kanak di bawah umur.¹⁴⁹

Manakala seksyen 5 Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 (Akta 351) yang memberikan

¹⁴⁸ Lihat juga dalam seksyen 84(1) Akta 303 yang menyatakan bahawa ‘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 tahun, 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’.

¹⁴⁹ Lihat juga *Nedunchelian V Uthiradam v Nurshafiqah Mah Singai Annal & Lain-lain* [2005] 2 CLJ 306 dan *Subashini Rajasingam v. Saravanan Thangathoray & Lain-lain* [2008] 2 CLJ 14.

hak yang sama rata antara kedua ibu bapa adalah tidak terpakai kepada suami berdasarkan kepada peruntukan seksyen 1(3) Akta yang sama, kerana suami sudah menjadi seorang Islam.

Pihak isteri memohon kepada Mahkamah Sivil untuk mendapatkan satu deklarasikan bahawa pemelukannya Islam oleh kedua-dua anaknya adalah tidak sah dan terbatal. Dia menyatakan bahawa pengislaman anak-anak tersebut adalah tanpa pengetahuannya dan kebenarannya. Dia juga menyatakan bahawa berdasarkan kepada perintah sementara pada 17 April 2003, dia juga mempunyai hak yang sama seperti suaminya untuk menentukan agama kedua-dua anaknya yang masih di bawah umur bertepatan dengan perkara 12(4) Perlembagaan Persekutuan dan seksyen 5 Akta 351.

Adalah perlu diperhatikan bahawa seksyen 5 Akta 351 memberikan hak yang sama kepada ibu bapa dan perkara 12(4) Perlembagaan Persekutuan memperuntukkan bahawa agama seseorang yang berada di bawah umur 18 tahun adalah diputuskan oleh ibu bapanya atau penjaga. Isteri tersebut mempertikaikan tentang pengislaman anak-anak yang dilakukan oleh suaminya secara berseorangan tanpa kebenarannya. Untuk menyokong pengujahannya dia menggunakan kes *Chang Ah Mee v Jabatan Hal Ehwal Agama Islam, Majlis Ugama Islam Sabah & Ors.*,¹⁵⁰ yang mana hakim memutuskan seperti berikut:

“(2) The Federal Constitution does not discriminate against the sexes and since the father and the mother have equal rights over the person and property of an infant, the term ‘parent’ in art. 12(4) must necessarily mean both the father and mother if both are living. To allow just the father or mother to choose the

¹⁵⁰ [2003] 5 MLJ 106.

religion would invariably mean depriving the other of the constitutional right under art. 12(4). Thus the term “parents” in s. 68 of the Enactment (ie, the Sabah Administration of Islamic Law Enactment 1992) does not conflict with art. 12(4) as art. 12(4) confers the right on both the father and the mother”.

Dengan hormatnya, Yang Arif Hakim Faiza Thamby Chik, tidak bersetuju dengan pentafsiran ke atas perkara 12(4) yang telah dibuat oleh Yang Arif Hakim dalam kes tersebut dan harus dijelaskan bahawa seksyen 68 Enakmen Pentadbiran Undang-Undang Islam Sabah 1992 menggunakan perkataan “parents” yang membawa maksud jamak (*plural*). Manakala, perkara 12(4) Perlembagaan Persekutuan menggunakan perkataan “parent” yang membawa maksud satu. Pada awalnya pentafsiran tersebut adalah tidak konsisten dengan peraturan yang biasa mengawal bacaan dan pentafsiran Akta Parlimen.

Kes yang sekarang ialah isteri tersebut menimbulkan pertikaian bahawa seksyen 95(b) berkehendakkan persetujuannya untuk mengislamkan kedua-dua anak yang berada di bawah umur. Seksyen 95(b) Akta 505 memperuntukkan bahawa:

“untuk tujuan keupayaan masuk Islam dan menyatakan seseorang yang tidak beragama Islam boleh masuk Islam jika dia sempurna akal dan jika dia belum mencapai umur lapan belas tahun, ibu atau bapa atau penjaganya mengizinkan kemasukannya.”

Yang Arif Hakim Faiza menyatakan bahawa peruntukan tersebut adalah tegas dan harus diguna pakai. Perkataan yang digunakan dalam seksyen 95(b) Akta 505 adalah jelas. Persetujuan salah seorang daripada ibu atau bapa adalah mencukupi untuk mengesahkan pengislaman seseorang di bawah umur. Apa-apa sahaja pentafsiran yang

tidak tepat mengenai peruntukan seksyen 95(b) tersebut akan membawa kepada keputusan yang tidak adil. Walaupun dalam seksyen 5 Akta 351 menjelaskan bahawa ibu dan bapa mempunyai hak yang sama rata dimana subseksyen (1) menyatakan:

In relation to the custody or upbringing of an infant or the administration of any property belonging to or held in trust for an infant or the application of the income of any such property, a mother shall have the same rights and authority as the law allows to a father, and the rights and authority of mother and father shall be equal.

Namun Yang Arif Hakim berpandangan bahawa seksyen 5 Akta 351 adalah tidak terpakai kepada suami dalam kes ini kerana beliau adalah seorang Islam kerana seksyen 1(3) Akta 351 memperuntukkan:

(3) Nothing in this Act shall apply in any State to persons profession the religion of Islam until this Act has been adopted by a law made by the Legislature of that State; and any such law may provide that:

(a) nothing in this Act which is contrary to the religion of Islam or the custom of the Malays shall apply to any person under the age of eighteen years who professes the religion of Islam and whose father professes or professed at the date of his death that religion or, in the case of an illegitimate child, whose mother so professes or professed that religion; and

(b) in the case of any other person, this Act, so far as they are contrary to the religion of Islam, shall cease to apply to such person upon his professing the religion of Islam, if at the date of such professing he has completed his age of eighteen years or, if not having completed such age, he professes the religion of Islam with the consent of the person who under this Act is the guardian of the person of the infant.

Fakta dalam kes ini ialah suami sudah menjadi seorang Islam. Hakim telah melihat surat yang ditulis oleh Mufti Wilayah Persekutuan, Prof. Dr. Mohammed Yusoff bin Hussain bertarikh 2 Januari 2004 yang menyatakan seperti berikut:

(2) Sukacita dimaklumkan bahawa di dalam hukum syarak, sekiranya salah seorang daripada ibu/bapa telah memeluk

agama Islam, maka anak-anak dari kedua-dua ibu/bapa berkenaan adalah menjadi Islam.

(3) Ini bermakna, anak-anak berkenaan secara automatik menjadi Islam walaupun salah seorang daripada ibu/bapa mereka tidak mengizinkan.

Walaubagaimanapun, pandangan mufti dalam surat tersebut adalah tidak dicetak dalam warta, untuk menjadikannya sebagai fatwa atau arahan berdasarkan seksyen 34(1) Akta 505. Seksyen 34(4) Akta yang sama menyatakan sesuatu fatwa hendaklah diperakui oleh semua Mahkamah di Wilayah Persekutuan sebagai suatu autoriti. Walaupun pihak Mufti menyatakan bahawa surat itu bukanlah permintaan daripada mahkamah ini untuk pendapatnya, dalam masa yang sama ia adalah permintaan daripada defendan kedua dalam kes ini dan pihak Mufti telah mengesahkan pendapatnya melalui surat, selaras dengan peruntukan seksyen 38 Akta 505.

Hakim berpandangan bahawa autoriti seorang mufti adalah di bawah peruntukan seksyen 33 Akta 505 yang mana Mufti hendaklah membantu dan menasihati Yang di-Pertuan Agong berkenaan dengan semua perkara Hukum Syarak, dan dalam semua perkara sedemikian hendaklah menjadi pihak berkuasa utama di Wilayah-Wilayah Persekutuan selepas Yang di-Pertuan Agong. Oleh itu, walaupun Hakim mengakui dengan sebenarnya bahawa pandangan Mufti mengenai suami dalam kes ini adalah seorang muallaf yang boleh secara sendiri mengislamkan kedua-dua anaknya tanpa kebenaran isteri, surat tersebut adalah bukan fatwa berdasarkan peruntukan seksyen 34(4) yang boleh diperakui sebagai autoriti dalam semua perkara.

Pandangan daripada Hamid Jusoh, seorang pensyarah universiti tempatan yang menulis mengenai Fatwa dan bidang kuasa Mahkamah Sivil menyatakan bidang kuasa fatwa dalam Mahkamah Sivil bergantung pada ketiadaan peruntukan yang jelas dalam undang-undang tersebut¹⁵¹ sebagaimana yang diputuskan dalam kes *Letchumy v Ramadason*.¹⁵² Plaintiff menfailkan petisyen untuk mendapatkan tuntutan nafkah daripada suaminya yang telah memeluk Islam berdasarkan peruntukan seksyen 77 Akta 1976. Adalah jelas bahawa seksyen ini tidak terpakai ke atas orang Islam, jika didasarkan kepada peruntukan seksyen 3(3) Akta yang sama.

Oleh itu Yang Arif Hakim Vohrah telah mengambil kira fatwa yang dikeluarkan oleh Mufti Wilayah Persekutuan bahawa mengikut undang-undang Islam pihak pempetisyen tidak mempunyai hak untuk menuntut nafkah kerana beliau tidak menganut agama Islam bersama-sama dengan suaminya ketika waktu *'iddah*. Namun sekiranya plaintiff menfailkan tuntutan berdasarkan kepada peruntukan seksyen 51 Akta 164 maka plaintiff berhak ke atas nafkah yang dipohon dan fatwa yang dikeluarkan tidak akan digunakan. Ini kerana penerimaan sesuatu fatwa di Mahkamah Sivil adalah bergantung kepada keizinan daripada undang-undang Sivil.¹⁵³

Dalam kes yang dibincangkan ini, Yang Arif Hakim berpendapat perkara 12(4) Perlembagaan Persekutuan yang di baca bersama dengan seksyen 95(b) Akta 505 menyatakan suami sebagai bapa kandung dimana seorang bapa Muslim mempunyai keupayaan untuk mengislamkan kedua-dua anaknya yang masih di bawah umur. Dan

¹⁵¹ Hamid Jusoh, *The Position of Islamic Law in The Malaysian Constitution with Special Reference to The Conversion Case in Family Law*, (Percetakan Dewan Bahasa dan Pustaka: Selangor, 1991), 80.

¹⁵² [1984] 1 *MLJ* 143.

¹⁵³ *Op.cit.*, 84.

ini selari dengan keputusan Mahkamah Agung dalam kes *Teoh Eng Huat v Kadhi Pasir Mas & Anor.*,¹⁵⁴ dimana Yang Amat Arif Hakim Abdul Hamid berkata:

“memandang kepada semua keadaan, kami berpendapat bahawa untuk kepentingan negara yang lebih luas, seorang kanak-kanak tidak mempunyai hak dengan sendirinya menerima pengajaran mana-mana agama selain daripada agamanya sendiri tanpa keizinan ibu bapa atau penjaganya”. Dan Yang Arif Hakim menambah “kami menyebutkan bahawa perayu mungkin berhak mendapat deklarasi yang ia mohon akan tetapi kami tidak membuat deklarasi itu kerana anak itu sudah dewasa. Rayuan dibenarkan tanpa perintah mengenai kos”.

4.2.5. Sijil Perakuan Pemeluk Islam

Dua sijil sementara pemeluk Islam anak-anak adalah bukti yang konklusif sebagai fakta yang nyata berdasarkan seksyen 90 Akta 505 yang menyebabkan, ‘(1) Pendaftar hendaklah memberikan kepada tiap-tiap orang yang kemasukan Islamnya telah didaftarkan suatu Perakuan Masuk Islam dalam borang yang ditetapkan, dan peruntukan seterusnya yang menyebut (2) Perakuan Masuk Islam hendaklah menjadi bukti muktamad akan hal-hal yang dinyatakan di dalamnya’. Seksyen 91 Akta yang sama memperuntukkan bahawa “seseorang yang telah masuk Islam dan telah didaftarkan dalam Daftar Muallaf hendaklah, bagi maksud mana-mana undang-undang Persekutuan atau Negeri, dan untuk semua masa, diperlakukan sebagai seorang Islam”.

Walaupun dalam kes ini, pihak isteri telah mencabar kesahihan pengislaman kedua-dua kanak-kanak itu. Beliau berpandangan bahawa mahkamah ini mempunyai bidang kuasa untuk mendengar permohonannya. Untuk menyokong

¹⁵⁴ [1990] 2 CLJ 11; [1990] 1 CLJ (Rep) 277.

pandangannya beliau memetik kes *Ng Wan Chan v Majlis Agama Islam Wilayah Persekutuan & Anor.*,¹⁵⁵ di mana Hakim Eusoff Chin memutuskan seperti berikut:

“(4) Since there is nothing to show that the Syariah Court has the jurisdiction conferred on it by any written law to determine the issue of whether a person was or was not a Muslim at the time of his death, the High Court is not precluded from determining the issue.”

Namun begitu, dalam kes ini terdapat undang-undang bertulis yang digubal oleh Mahkamah Syariah Wilayah Persekutuan untuk menentukan isu tersebut. Ia boleh didapati dalam seksyen 92 Akta 505 yang merujuk kepada penentuan sama ada seseorang yang tidak mendaftar memeluk Islam dikira sebagai muallaf.

Seksyen 92. Menentukan sama ada orang yang tak didaftarkan ialah seorang muallaf.

Jika apa-apa soalan timbul dalam Wilayah-Wilayah Persekutuan sama ada seseorang itu adalah seorang muallaf, dan orang itu tidak didaftarkan dalam Daftar Muallaf atau di bawah mana-mana undang-undang mana-mana Negeri sebagai seorang muallaf, soalan itu hendaklah diputuskan berdasarkan kepada merit kes itu megikut seksyen 85.

Peruntukan di atas menyatakan sekiranya apa-apa persoalan yang berbangkit di Wilayah Persekutuan sama ada seseorang itu adalah muallaf atau tidak, dan orang itu tidak mendaftar sebagai muallaf, persoalan tersebut perlulah diputuskan berdasarkan kepada seksyen 85 Akta 505 yang merujuk kepada syarat-syarat pemelukan Islam seperti berikut:

Seksyen 85. Kehendak-kehendak bagi masuk Islam.

(1) Kehendak-kehendak yang berikut hendaklah dipatuhi bagi kemasukan sah seseorang itu ke dalam agama Islam :

(a) orang itu mestilah mengucapkan dua kalimah Syahadah dalam bahasa Arab secara semunasabahnya jelas;

¹⁵⁵ [1991] 3 MLJ 487.

(b) pada masa mengucap dua kalimah itu, orang itu mestilah sedar bahawa ia bermakna "Aku naik saksi bahawa tiada tuhan melainkan Allah dan aku naik saksi bahawa Nabi Muhammad s.a.w. ialah Pesuruh Allah"; dan

(c) pengucapan itu mestilah dibuat dengan kerelaan hati orang itu sendiri.

(2) Seseorang yang tidak dapat bercakap boleh, bagi maksud memenuhi kehendak perenggan (a) subseksyen (1), mengucapkan dua kalimah Syahadah dengan cara isyarat yang menunjukkan makna yang dinyatakan dalam perenggan (b) subseksyen itu.

Walaupun bagaimanapun dalam kes ini, isteri adalah bukan Islam dan beliau tidak boleh bertindak berdasarkan seksyen 92 Akta 505. Sebagai orang bukan Islam, Mahkamah Syariah tidak mempunyai bidang kuasa untuk mendengarnya. Apa yang tinggal kepadanya? Jawapannya ialah bukanlah mahkamah ini yang menggubal perundangan dan memberikan bidang kuasa kepada Mahkamah Sivil tetapi untuk Parlimen memberikan remedi. Seperti yang dikemukakan dengan benarnya oleh Hakim Haidar Mohd Noor dalam *Majlis Agama Islam Pulau Pinang dan Seberang Prai v Shaik Zolkaffily bin Shaik Natar & 2 Ors.*¹⁵⁶:

*The question that may flow from the judgment of Abdul Kadir Sulaiman J, which we agree, would be what happens when a party may not have his remedy expressly stated in the state law pertaining to Muslims? The answer, in our view, is not for the courts to legislate and confer jurisdiction to the civil courts but the state legislature to provide the remedy. The role of the courts is to interpret the laws and whenever necessary to give effect to the purpose or object of the laws enacted by the legislatures, (see *United Malacca Bhd. v. Pentadbir Tanah Daerah Alor Gajah and Other Applications* [2002] 4 CLJ 177; *Chor Phaik Har v. Farlim Properties Sdn. Bhd.* [1994] 4 CLJ 285). We need therefore to give effect to the purpose stated by Abdul Kadir Sulaiman J for which we agree, we requote what his Lordship said at p. 429: 'The fact that the Plaintiff may not have his remedy in the syariah court would not make the jurisdiction exercisable by the civil court.'*

¹⁵⁶ [2003] 3 CLJ 289.

Hakim menyatakan bahawa hanya ada satu jalan yang boleh dibuat oleh isteri iaitu mendapatkan pertolongan daripada Majlis Agama Islam Wilayah Persekutuan seperti yang telah diputuskan oleh Hakim dalam kes *Majlis Agama Islam Negeri Sembilan dengan Hun Mun Meng*¹⁵⁷:

“Oleh kerana Mahkamah Sivil tidak mempunyai bidang kuasa berkenaan dengan apa-apa perkara dalam bidang kuasa Mahkamah Syariah selepas berkuatkuasa Akta Perlembagaan (Pindaan) 1988 (Akta 704) maka soal akidah atau kepercayaan dan keyakinan Cik Nurul Ain Hun terhadap agama Islam selepas menjadi seorang muallaf atau saudara baru, hanya boleh ditentukan oleh pemohon sendiri dan bukan mahkamah ini.” Yang Arif Hakim menyambung “seseorang yang berhasrat untuk meninggalkan ugama Islam tidak dianggap keluar daripada Islam melainkan beliau telah melaporkan keputusannya (kepada Majlis Agama Islam Negeri Sembilan) dan keputusan tersebut telah didaftarkan (oleh Majlis tersebut)”.

Dalam kes ini, memandangkan kedua-dua anak yang masih di bawah umur adalah “saudara baru atau muallaf” isteri boleh membawa mereka kepada Majlis Agama Islam Persekutuan untuk mendapatkan pertolongan dan nasihat untuk menyelesaikan isu tersebut. Namun ia bukanlah satu saranan yang mudah yang boleh diikuti oleh si isteri.

4.2.6. Mahkamah Berbidangkuasa Membicarakan Isu Agama Anak

Tujuan dan objektif perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan adalah untuk menyingkirkan bidang kuasa Mahkamah Sivil terhadap perkara yang termasuk di dalam bidang kuasa Mahkamah Syariah.¹⁵⁸ Dalam konteks ini, hakim berpandangan bahawa pembahagian kuasa perundangan antara Parlimen dan Dewan Undangan Negeri adalah perlu difahami untuk memudahkan isu yang berkaitan dengan konflik bidang kuasa.

¹⁵⁷ [1993] 1 CLJ 179.

¹⁵⁸ Lihat juga *Mohamed Habibullah b. Mahmood v Faridah bt. Dato' Talib* [1992] 2 MLJ 793.

Bidang kuasa ke atas sesuatu perkara yang hakim mempunyai kuasa untuk bertindak sebagai hakim seharusnya dibezakan daripada kuasa yang diberikan kepada hakim di bawah undang-undang. Ini adalah pandangan Mahkamah Rayuan Malaya dalam *Lee Lee Chang (f) v Seow Peng Kwang*¹⁵⁹ yang mana Hakim Thomson ketika membincangkan seksyen 47 Ordinan Mahkamah dan Jadual kedua iaitu:

It is axiomatic that when different words are used in a statute they refer to different things and this is particularly so where the different words are, as here, used repeatedly. This leads to the view that in the Ordinance there is distinction between the jurisdiction of a Court and its powers, and this suggests that the word "jurisdiction" is used to denote the types of subject matter which the Court may deal with and in relation to which it may exercise its powers. It cannot exercise its powers in matters over which, by reason of their nature or by reason of extra-territoriality, it has no jurisdiction. On the other hand, in dealing with matters over which it has jurisdiction, it cannot exceed its powers.

Dalam kes ini, bidang kuasa mengenai sesuatu perkara yang Hakim Syarie mempunyai kuasa untuk bertindak sebagai hakim adalah berdasarkan kepada perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan. Perkara 74(2) Perlembagaan Persekutuan merujuk kepada kuasa Badan Perundangan Negeri untuk membuat undang-undang mengenai apa-apa perkara yang disebut satu persatu dalam senarai negeri. Perkara 77 Perlembagaan Persekutuan, merujuk kepada kuasa Badan Perundangan sesuatu Negeri membuat undang-undang mengenai apa-apa perkara yang tidak disebut satu persatu dalam mana-mana Senarai yang dinyatakan dalam Jadual Kesembilan, iaitu yang bukan suatu perkara yang berkenaan dengannya Parlimen berkuasa membuat undang-undang.

¹⁵⁹ [1960] 1 *MLJ* 26.

Item 4(b) Jadual Kesembilan Senarai 1 Perlembagaan Persekutuan, merujuk kepada undang-undang dan tatacara sivil dan jenayah dan pentadbiran keadilan termasuk bidang kuasa dan kuasa semua mahkamah. Ini bermakna, niat Parlimen terhadap perundangan ini adalah untuk menggunakan terma bidang kuasa dan kuasa secara berasingan. Ini bermaksud, walaupun sesebuah mahkamah diberikan sesuatu kuasa, itu tidaklah bererti mahkamah tersebut boleh menggunakan kuasa sekiranya ia tidak mempunyai bidang kuasa. Sekiranya mahkamah mempunyai bidang kuasa ke atas sesuatu perkara, mahkamah tersebut tidak boleh melebihi kuasa dalam sesuatu perkara.

Oleh itu, hakim berpandangan apabila merujuk kepada perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan, Mahkamah Sivil tidak perlu memikirkan persoalan mengenai Mahkamah Syariah mempunyai kapasiti atau kuasa untuk membenarkan permohonan yang dipohon atau tidak. Dalam menentukan bidang kuasa Mahkamah Syariah, persoalan mengenai kuasa untuk membenarkan permohonan yang dipohon adalah tidak relevan. Ini adalah kerana maksud terma bidang kuasa dan kuasa seperti yang termaktub dalam Perlembagaan Persekutuan berdasarkan kepada kes di Mahkamah Rayuan iaitu *Lee Lee Chang* adalah berbeza. Untuk menyokong pandangan ini, ia boleh didapati dalam kes *Majlis Agama Islam Pulau Pinang dan Seberang Prai v. Shaik Zolkiffly bin Shaik Nater & 2 Ors.*¹⁶⁰

Penghakiman dalam kes *Isa Abdul Rahman*,¹⁶¹ boleh juga membangkitkan kesan yang patut dibantah, yang mana pihak-pihak boleh, dengan memasukkan permohonan untuk remedi yang tidak diperuntukkan di dalam undang-undang yang dapat digunakan

¹⁶⁰ [2003] 3 CLJ 289.

¹⁶¹ *Majlis Agama Islam Pulau Pinang v Isa Abdul Rahman dan Satu Yang Lain* [1992] 2 MLJ 244.

di Mahkamah Syariah, mengeluarkan sesuatu perkara, perkara subjek yang didalam bidang kuasa Mahkamah Syariah kepada Mahkamah Sivil. Yang Arif Hakim dengan itu, sepatutnya menggunakan pendekatan perkara subjek berbanding dengan pendekatan permohonan remedi. Dalam *Azizah Shaik Ismail & Anor. v Fatimah Shaik Ismail & Anor.*¹⁶² Hakim Mahkamah Persekutuan Abdul Hamid Mohamad memutuskan seperti berikut:

“(1) ... it is now beyond question that in determining the jurisdiction of the Syariah Court the “subject matter” approach is preferred.”

Berdasarkan kepada pertimbangan yang begitu berhati-hati yang melihatkan kepada semua bukti dan keadaan sekeliling hakim memutuskan bahawa berdasarkan perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan, Mahkamah Syariah adalah forum yang berkecualan untuk menentukan status kedua-dua anak yang masih di bawah umur itu. Hanya Mahkamah Syariah mempunyai kearifan dalam Hukum Syarak, mempunyai kompeten dan berkebolehan untuk menentukan sama ada pengislaman kedua-dua anak itu sah atau tidak.

4.3. PENUTUP

Secara kesimpulannya Hakim memerintahkan hak penjagaan ke atas kedua-dua anak tersebut adalah secara bersama mengikut undang-undang antara ibu dan bapa, yang membawa maksud ibu dan bapa itu mestilah berbincang dan bersetuju mengenai isu-isu

¹⁶² [2003] 4 *CLJ* 281.

yang melibatkan kedua-dua anak mereka sebagai contoh mengenai cara pendidikan, pemilihan agama dan pentadbiran harta anak-anak.

Pemeliharaan dan pengawalan terhadap kedua-dua anak itu yang mencakupi jagaan harian dan tanggungjawab untuk menjaga adalah diserahkan kepada si ibu. Ini disebut sebagai penjagaan sebenar kerana kedua-dua anak itu tinggal bersama ibunya. Ibu itu akan kehilangan hak penjagaan sebenar sekiranya anak-anak itu didapati dipengaruhi agamanya oleh ibu yang beragama Hindu. Apabila anak-anak itu telah mencapai umur *mumaiyīz* mereka mesti diberikan pilihan untuk memilih tinggal bersama ibu atau bapa melainkan mahkamah memerintahkan selainnya. Bapa itu dibenarkan untuk melawat anak-anak tersebut pada tarikh yang ditetapkan oleh mahkamah. Namun keputusan ini tidak dapat dilaksanakan kerana *Shamala* telah bertindak untuk keluar dari Malaysia dengan membawa kedua-dua anaknya pada 16 April 2004 iaitu sebelum keputusan berkenaan dengan hak hadanah di atas diputuskan oleh mahkamah.