

## 5.1. PENUTUP

Perbincangan mengenai pemelukan Islam oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil dan implikasi terhadap hak hadanah bukanlah perkara remeh yang boleh dibiarkan begitu sahaja. Setelah meneliti dan menganalisa beberapa kes yang berkaitan dengan kajian ini terdapat beberapa rumusan yang dapat penulis simpulkan.

### (1) Prinsip Kebajikan Kanak-Kanak Merupakan Pertimbangan Utama

Prinsip kebajikan kanak-kanak yang merupakan pertimbangan yang paling utama dalam penentuan hak hadanah adalah dilihat selari diantara Mahkamah Sivil<sup>163</sup> dan Mahkamah Syariah. Untuk mengguna pakai prinsip ini, Mahkamah telah mengklasifikasikan beberapa perkara yang berkaitan, walaupun bukan menyeluruh ia mesti dinilai secara terperinci<sup>164</sup>:

- 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 ditanggung mereka*
- vi) Sejauh mana kedua ibu dan bapa kedua-dua anak tersebut memenuhi kehendak mereka*
- vii) Keinginan kedua ibu dan bapa kanak-kanak tersebut*

---

<sup>163</sup> Lihat juga *Lim Fang Keng v Toh Kim Choo* [1995] 4 CLJ 733 dan *Nur Aisyah Suk Abdullah v Harjeet Singh* dalam [1999] 4 CLJ 566.

<sup>164</sup> *Shamala Sathiyaseelan v Dr. Jeyaganesh C Mogarajah* [2004] 3 CLJ 523.

Kebajikan kanak-kanak adalah pertimbangan yang utama dapat dilihat di dalam peruntukan Akta 164 menerusi seksyen 88(2) yang menyatakan:

*(2) In deciding in whose custody a child should be placed the paramount consideration shall be the welfare of the child and subject to this the court shall have regard -*  
*(a) to the wishes of the parents of the child; and*  
*(b) to the wishes of the child, where he or she is of an age to express an independent opinion.*

Begitu juga dengan peruntukan dalam seksyen 11 Akta Penjagaan Kanak-kanak 1961 yang menyatakan:

*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.*

Kebajikan kanak-kanak adalah juga merupakan pertimbangan yang utama oleh Mahkamah Syariah. Ini boleh dijelaskan berdasarkan kepada peruntukan seksyen 86(2) Akta 303.

*2) Untuk memutuskan dalam jagaan siapakah seseorang kanak-kanak patut diletakkan, pertimbangan yang utama ialah kebajikan kanak-kanak itu dan, tertakluk kepada pertimbangan itu, Mahkamah hendaklah memberi perhatian kepada :-*

*(a) kemahuan-kemahuan ibu bapa kanak-kanak itu; dan*

*(b) kemahuan-kemahuan kanak-kanak itu, jika dia telah meningkat umur dapat menyatakan sesuatu pendapatnya sendiri.*

Terdapat kes yang boleh menyokong hujahan ini iaitu dalam *Wan Abdul Aziz dengan Siti Aishah*.<sup>165</sup> Ibu dan bapa dalam kes ini telah berkahwin pada tahun 1965 dan kemudiannya telah berlaku perselisihan faham antara keduanya sekitar tahun 1972 dan mereka mula tinggal berasingan dengan kedua-dua anak tinggal bersama bapanya. Pada tahun 1973, anak pertama mereka mula tinggal bersama dengan ibunya manakala anak yang kedua tetap tinggal bersama bapanya. Pada tahun 1974 pula, pasangan ini sah bercerai dan ibu kanak-kanak ini memohon kepada Mahkamah untuk mendapatkan hak hadanah anaknya yang kedua.

Mahkamah Kadi telah membenarkan permohonan ini berdasarkan kepada fakta kes yang menunjukkan bahawa kanak-kanak itu berumur empat tahun pada waktu itu. Bapa kanak-kanak ini tidak berpuas hati dan membuat permohonan rayuan. Jemaah pengadilan telah menerima rayuan ini dan berkata:

*“Menurut catitan perbicaraan kes ini ternyata Wan Anita Kartini iaitu anak kedua pasangan ini telah mulai menetap duduknya di bawah jagaan dan pengawasan bapanya dalam pemeliharaan dan asuhan Hajjah Wan Zabidah iaitu ibu kepada bapanya merangkap nenek kepada kanak-kanak ini dari masa dia berumur dua tahun tiga bulan dan setelah menetap kira-kira setahun setengah barulah dituntut oleh ibunya. Sehingga hari ini, Wan Anita Kartini telah duduk bersama Hajjah Wan Zabidah lebih daripada dua tahun setengah, iaitu suatu tempoh yang dipercayai menjadikan Wan Anita Kartini telah bermesraan penuh dengan neneknya. Maka dengan berdasarkan kepada keadaan tersebut Jemaah Pengadilan berpendapat akan tersentuh jiwa hati Wan Anita Kartini kalau dipisahkan dari neneknya itu.”*

---

<sup>165</sup> [1975] 1 JH (1) 47; [1977] 1 JH 50.

Antara lain, kes *Nooranita bte Kamaruddin dengan Faeiz bin Yeop Ahmad* adalah sokongan terhadap hujahan yang menyatakan bahawa kebajikan anak adalah menjadi keutamaan dalam pertikaian mengenai hak hadanah. Dalam kes ini mahkamah menyatakan bahawa:

*“...pertimbangan utama yang terpakai dalam semua kes-kes hadanah ialah hak kanak-kanak yang dipertikaikan mestilah diberikan keutamaan daripada hak orang yang menuntut hadanah kerana tujuan hadanah itu sendiri ialah untuk kebajikan kanak-kanak dan bukanlah untuk kebajikan pihak-pihak yang bertelingkah.”<sup>166</sup>*

Dalam kes *Abdul Rahman dengan Husna dan lain-lain*<sup>167</sup>, pertelingkahan yang berlaku adalah diantara seorang ayah sebagai pemohon dan Ibu saudara sebelah ibu bertindak sebagai responden yang mana anak dalam kes ini adalah dalam jagaan responden setelah ibu dan bapanya bercerai. Jagaan sebenar ke atas anak ini telah diberikan kepada ibunya ketika anak ini berusia dua tahun. Setelah ibu tersebut berkahwin semula, dia menyerahkan anaknya untuk dijaga oleh kakaknya memandangkan anak itu telah berada dalam jagaan kakaknya sejak dari usia lima bulan.

Ketika mengetahui yang ibu tersebut telah berkahwin semula, pemohon telah memohon kepada mahkamah untuk mendapatkan hak jagaan tersebut yang mana ketika itu anak tersebut berusia 4 tahun. Mahkamah menolak permohonan pemohon dan kemudiannya rayuan dilakukan yang mana tidak dapat didengar sehinggalah anak tersebut berusia tujuh tahun. Semasa dalam sesi temubual, anak tersebut selesa menyatakan bahawa beliau berkehendakkan untuk tinggal bersama dengan responden. Tambahan pula terdapat bukti yang menunjukkan bahawa anak tersebut adalah

---

<sup>166</sup> [1989] 2 *MLJ* cxxiv.

<sup>167</sup> [1998] *XII JH* (II) 221.

mendapat jagaan yang baik daripada responden. Untuk itu hak hadanah anak tersebut diserahkan kepada responden.

Oleh itu, dapatlah disimpulkan sekiranya hak antara ibu atau bapa atau penjaga untuk mendapatkan hadanah ke atas seseorang anak bertembung dengan kepentingan dan kebajikan anak itu, maka kebajikan anak itulah yang diutamakan.

## **(2) Kecharusan Hak Hadanah Kepada Ibu Atau Bapa Yang Bukan Islam**

Pandangan sebahagian *fuqahā'* Islam mengenai ibu atau bapa yang bukan Islam dibenarkan untuk mendapatkan hak hadanah adalah boleh dilaksanakan di Malaysia. Perkara ini telah pun dikupas secara jelas di bab ketiga disertasi ini. Secara rumusannya *fuqahā'* Mazhab *Syafii*<sup>168</sup> menyatakan bahawa hak hadanah tidak boleh jatuh kepada orang yang bukan Islam. Namun berbeza pula dengan pandangan daripada Mazhab *Hanafi* dan juga Mazhab *Maliki* yang membenarkan hak hadanah diberikan kepada orang yang bukan Islam berdasarkan kepada syarat tertentu.

*Fuqahā'* 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.<sup>169</sup> Hak hadanah

---

<sup>168</sup> Husaynī, Taqiy al-Din Abu Bakar b. al-Muhammad, *Kifāyāt al-Akhyar fi Hil Ghāyāt al-Ikhtisār*, jil. 2 (Bandung: Syarikat al-Ma'arif, t.t), 286.

<sup>169</sup> Muhammad Abū Zahrah, *Al-Aḥwāl al-Shakṣīyyah*, (Beirut: Dar al-Fikr al-Arabi, 1957), 409.

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 dibimbangi akan terpengaruh maka ketika itu ibunya tidak berhak ke atas anak tersebut.<sup>170</sup>

Pandangan muktamad dalam Mazhab *Maliki* pula menyatakan bahawa si ibu berkenaan masih berhak memelihara anaknya sama seperti berhaknya seorang ibu yang beragama Islam menjaga anaknya yang Islam. Hal ini adalah kerana mereka tidak mensyaratkan persamaan agama antara penjaga dan anak peliharaannya. Jika sekiranya si ibu mengambil kesempatan untuk memesongkan 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.<sup>171</sup>

Untuk itu, sekiranya dilihat kepada perbezaan pandangan yang wujud dikalangan *fuqahā'* mazhab dalam Islam terdapat kelonggaran yang ditonjolkan untuk menyeimbangi hak hadanah antara pasangan bagi kes salah seorang sahaja yang memeluk Islam. Adalah bersesuaian pandangan yang memberi hak hadanah kepada pasangan yang bukan Islam untuk dipraktikkan di Malaysia sekiranya terbukti dengan hujah-hujah yang menunjukkan bahawa yang bukan Islam tersebut adalah berkelayakan

---

<sup>170</sup> Sarahshī, Sham al-Dīn, *Al-Mabsūṭ*, jil. 5 (Beirut: Dar al-Ma'rifah, 1986), 210.

<sup>171</sup> Al-Ḍasuqī, Shams al-Dīn Muhammad al-'Irfāh, *Ḥāshiyah al-ḍasuqī 'ala al-syarḥ al kabīr* j. 2. (Beirut: Dar Ihya' al Kutub al 'Arabiyah, t.t), 529.

untuk mendapatkan hak tersebut<sup>172</sup> seperti juga yang telah diputuskan Yang Arif Hakim Faiza dalam kes *Shamala*. Keputusan tersebut adalah berdasarkan kepada pertimbangan yang cukup teliti berdasarkan kepada hujahan pihak-pihak yang terlibat. Namun bukanlah dalam semua situasi hak hadanah boleh diberikan kepada yang bukan Islam.

Terdapat juga kekhuatiran yang timbul dalam penentuan yang sebegini kerana bukanlah satu perkara yang dapat dipastikan tanpa sebarang keraguan bahawa si ibu atau si bapa yang bukan Islam tidak akan mendidik anak tersebut mengenai agama yang dianutinya kerana adalah sukar untuk mereka mengikuti prinsip yang digariskan oleh *fuqahā'* Islam. Ia terbukti melalui kes *Shamala* yang mana beliau tidak berpuas hati dengan keputusan mahkamah yang memberikan hak jagaan kepadanya tetapi tidak dalam penentuan agama anak-anak yang telah diislamkan oleh bapanya. Satu garis panduan berdasarkan kepada undang-undang perlu digubal untuk menyelesaikan pertikaian seperti ini sekiranya terdapat lagi kes yang sebegini pada masa akan datang agar pihak yang terlibat jelas dengan hak masing-masing.

### **(3) Peranan Badan Perundangan Negeri**

Peranan Badan Perundangan Negeri sebagai penggubal undang-undang Islam di Malaysia bagi menentukan bidang kuasa Mahkamah Syariah. Telah diperuntukkan di dalam Perlembagaan Persekutuan melalui perkara 74(2) dan 77 bahawa ia memberi kuasa kepada Badan Perundangan Negeri membuat undang-undang untuk memberi bidang kuasa kepada Mahkamah Syariah.

---

<sup>172</sup> Noor Aziah Hj. Mohd Awal, "Pertukaran Agama: Hak Penjagaan Anak – Isu dan Masalah", [2004] 3 *MLJ* xxxiv.

*Perkara 74. Hal perkara undang-undang persekutuan dan Negeri.*

*(2) Tanpa menjejaskan apa-apa kuasa untuk membuat undang-undang yang diberikan kepadanya oleh mana-mana Perkara lain, Badan Perundangan sesuatu Negeri boleh membuat undang-undang mengenai apa-apa perkara yang disebut satu persatu dalam Senarai Negeri (iaitu Senarai Kedua yang dinyatakan dalam Jadual Kesembilan) atau Senarai Bersama.*

*Perkara 77. Kuasa baki perundangan.*

*Badan Perundangan sesuatu Negeri berkuasa 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.*

Mahkamah Syariah adalah ditubuhkan di bawah undang-undang negeri dan kuasa kerajaan negeri membuat undang-undang berkenaan adalah tertakluk kepada Jadual Kesembilan Senarai II, item 1 Perlembagaan Persekutuan dimana kuasa negeri-negeri berhubung dengan Hukum Syarak dengan tidak mengeneipkan 3 perkara iaitu:

- i. Mahkamah Syariah hanya mempunyai bidang kuasa ke atas orang yang beragama Islam,*
- ii. Bidang kuasa Mahkamah Syariah adalah mengenai perkara yang setakat diperuntukkan menerusi item 1 Senarai Negeri,*
- iii. Bidang kuasa Mahkamah Syariah yang menyentuh tentang kesalahan yang melanggar Hukum Syarak adalah seperti apa yang diberikan oleh Perlembagaan Persekutuan menerusi item 1 Senarai Negeri<sup>173</sup>.*

---

<sup>173</sup> Senarai II- Senarai Negeri: “Kecuali mengenai Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur, Labuan dan Putrajaya, hukum Syarak dan undang-undang diri dan keluarga bagi orang yang menganut agama Islam, termasuk hukum Syarak yang berhubungan dengan pewarisan, berwasiat dan tidak berwasiat, pertunangan, perkhawinan, perceraian, mas kahwin, nafkah, pengangkatan, kesahtarafan, penjagaan, alang, pecah milik dan amanah bukan khairat; Wakaf dan takrif serta pengawalseliaan amanah khairat dan agama, pelantikan pemegang amanah dan pemerbadanan orang berkenaan dengan derma kekal agama dan khairat, institusi, amanah, khairat dan institusi khairat Islam yang beroperasi keseluruhannya di dalam Negeri; adat Melayu; Zakat, Fitrah dan Baitulmal atau hasil agama Islam yang seumpamanya; masjid atau mana-mana tempat sembahyang awam untuk orang Islam, pewujudan dan penghukuman kesalahan yang dilakukan oleh orang yang



Adalah jelas bahawa tujuan Parlimen menggubal perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan ialah untuk menyingkirkan bidang kuasa Mahkamah-Mahkamah Tinggi di dalam mana-mana perkara yang termasuk di dalam bidang kuasa Mahkamah Syariah.

*121(1A) Mahkamah yang disebut dalam Fasal (1) tidaklah mempunyai bidang kuasa berkenaan dengan apa-apa perkara dalam bidang kuasa Mahkamah Syariah.*

Oleh kerana itu apabila ada konflik bidang kuasa, pendekatan yang betul ialah pertama sekali melihat sama ada Mahkamah Syariah mempunyai bidang kuasa dan bukan sama ada Badan Perundangan Negeri mempunyai kuasa memperuntukkan undang-undang yang memberi kuasa kepada Mahkamah Syariah.<sup>174</sup> Ini kerana kesahan undang-undang negeri hanya boleh dipersoalkan di prosiding berasingan di bawah perkara 4(3) Perlembagaan Persekutuan yang mana setakat berkaitan memperuntukkan:

*(3) Kesahan mana-mana undang-undang yang dibuat oleh Parlimen atau Badan Perundangan mana-mana Negeri tidak boleh dipersoalkan atas alasan bahawa undang-undang itu membuat peruntukan berkenaan dengan apa-apa perkara yang berkenaan dengannya Parlimen atau, mengikut mana-mana yang berkenaan, Badan Perundangan Negeri itu tidak mempunyai kuasa untuk membuat undang-undang, kecuali dalam prosiding untuk mendapatkan suatu penetapan bahawa undang-undang itu adalah tidak sah atas alasan itu atau—*

*(a) jika undang-undang itu telah dibuat oleh Parlimen, dalam prosiding antara Persekutuan dengan satu atau beberapa Negeri;*

*(b) jika undang-undang itu telah dibuat oleh Badan Perundangan sesuatu Negeri, dalam prosiding antara Persekutuan dengan Negeri itu.*

---

menganut agama Islam terhadap perintah agama itu, kecuali berkenaan dengan perkara yang termasuk dalam Senarai Persekutuan; keanggotaan, susunan dan tatacara Mahkamah Syariah, yang hendaklah mempunyai bidang kuasa hanya ke atas orang yang menganut agama Islam dan hanya berkenaan dengan mana-mana perkara yang termasuk dalam perenggan ini, tetapi tidak mempunyai bidang kuasa berkenaan dengan kesalahan kecuali setakat yang diberikan oleh undang-undang persekutuan; mengawal pengembangan doktrin dan kepercayaan di kalangan orang yang menganut agama Islam; penentuan perkara mengenai hukum dan doktrin Syarak dan adat Melayu”.

<sup>174</sup> *Mohamed Habibullah bin Mahmood lwn. Faridah bte Dato' Talib* [1992] 2 MLJ 800.

Dengan perkara 4(4) di baca bersama perkara 128, Mahkamah Agong sahaja boleh mengisytiharkan bahawa undang-undang itu tidak sah di dalam prosiding-prosiding yang dirujukkan di dalam perkara 4(3).

Sesungguhnya keadaan bahawa orang-orang Islam di negeri ini telah tertakluk kepada undang-undang diri dan undang-undang keluarga Islam telah wujud dengan kedatangan Islam ke negeri ini pada kurun ke 15. Undang-undang seperti ini bukan sahaja ditadbirkan oleh Mahkamah Syariah tetapi juga oleh mahkamah-mahkamah awam. Apa yang telah dibuat oleh perkara 121(1A) ialah memberi kuasa eksklusif kepada Mahkamah-Mahkamah Syariah di dalam mentadbirkan undang-undang Islam seperti itu. Dengan perkataan yang lain, perkara 12(1A) adalah peruntukan untuk mengelakkan bidang kuasa bercanggah antara Mahkamah-Mahkamah Sivil dan Mahkamah-Mahkamah Syariah.<sup>175</sup>

## **5.2. CADANGAN**

Berdasarkan kepada perbincangan di atas, beberapa cadangan adalah relevan dan berkaitan sebagaimana berikut:

---

<sup>175</sup> Ahmad Mohamed Ibrahim, *Bidang kuasa dan Kuasa Mahkamah-Mahkamah Syariah: Hakim dan Pegawai Syariah dalam Pentadbiran Undang-Undang Islam*, (Kuala Lumpur: Institut Kefahaman Islam Malaysia, 1997), 267-270.

## **(1) Mahkamah Syariah tidak perlu memutuskan isu hadanah anak**

Setelah beberapa penelitian dilakukan dalam kajian ini, penulis memberikan cadangan bahawa Mahkamah Syariah tidak perlu memutuskan tentang isu yang berkaitan dengan penentuan hak hadanah ke atas anak-anak khusus dalam kes pemeluk Islam oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil. Ini adalah kerana keputusan Mahkamah Syariah tidak akan mengikat pihak yang bukan Islam serta Mahkamah Sivil dalam membuat penghakimannya.

Ia adalah berbeza dengan pengesahan pembubaran perkahwinan yang diputuskan oleh Mahkamah Syariah sekiranya salah seorang daripada pasangan perkahwinan sivil memeluk Islam. Sekalipun pembubaran perkahwinan yang diputuskan di Mahkamah Syariah tidak mengikat pasangan yang bukan Islam dan Mahkamah Tinggi, namun Mahkamah Syariah mempunyai peruntukan dari segi undang-undang untuk membuat pengesahan pembubaran tersebut. Perkara ini juga merupakan hak ke atas pihak yang memeluk Islam dari segi undang-undang untuk diadili menerusi seksyen 46(2) Akta 303 dimana:

*Jika salah satu pihak kepada sesuatu perkahwinan bukan Islam memeluk agama Islam, maka perbuatan yang demikian tidak boleh dengan sendirinya berkuat kuasa membubarkan perkahwinan itu melainkan dan sehingga disahkan sedemikian oleh Mahkamah.*

Setelah diperhalusi berkenaan dengan peruntukan undang-undang bagi Mahkamah Syariah untuk memutuskan mengenai penentuan hak hadanah, tidak ada peruntukan dalam Akta Undang-Undang Keluarga Islam yang memberikan bidang kuasa kepada Mahkamah Syariah untuk mendengar tentang permohonan

kes hadanah sekiranya salah seorang pasangan perkahwinan sivil memeluk Islam. Oleh yang demikian untuk mengelak daripada konflik bidang kuasa terus berlanjutan, sekurang-kurangnya apabila Mahkamah Syariah tidak membicarakan tuntutan hak hadanah yang sebegini mengurangkan konflik bidang kuasa. Justeru, apabila Mahkamah Syariah tidak perlu mendengar dan memutuskan perkara ini cadangan berikut yang sering diketengahkan dalam penulisan-penulisan adalah perlu untuk dikemukakan.

## **(2) Seksyen 51 Akta 164 perlu dipinda**

Sesungguhnya, dalam membincangkan tindakan seseorang bukan Islam yang memeluk agama Islam, begitu rumit dan berlaku konflik dalam sistem undang-undang di Malaysia, terutamanya apabila ia berkaitan dengan pemelukan Islam oleh salah seorang pasangan suami isteri perkahwinan bukan Islam pada asalnya. Malah ia menimbulkan suatu pertentangan bidang kuasa yang tidak jelas dalam sistem *dualisme* Mahkamah Malaysia.<sup>176</sup>

Ini adalah kerana pasangan yang memeluk Islam tidak boleh menfailkan pembubaran perkahwinan di Mahkamah Sivil memandangkan peruntukan seksyen 51 Akta 164 telah menyatakan pihak yang boleh membuat petisyen perceraian adalah hanya pihak yang kekal dalam agama asal. Sekiranya pembubaran perkahwinan tersebut difailkan di Mahkamah Syariah, maka keputusan yang dikeluarkan tidak akan mengikat

---

<sup>176</sup> Suwaid b. Tapah. "Pemelukan Islam: Perbincangan Daripada Perspektif Undang-Undang di Malaysia", *Jurnal Syariah* 4, bil. 1, (1996): 114.

pasangan yang satu lagi kerana mahkamah tersebut tidak mempunyai bidang kuasa ke atas orang bukan Islam.

Persoalannya, adakah terdapat mekanisme untuk mengharmonikan dan memurnikan bidang kuasa Mahkamah Sivil dan Mahkamah Syariah apabila terdapat kes seperti ini? Namun begitu, Perlembagaan Persekutuan telah menyatakan bahawa Mahkamah Sivil tidak mempunyai bidang kuasa mendengar apa-apa perkara yang berada dalam bidang kuasa Mahkamah Syariah seperti yang diperuntukkan dalam perkara 121(1A).

Mekanisme harmonisasi ini boleh berlaku sekiranya peruntukan seksyen 51 Akta 164 dipinda. Sekiranya ia dipinda maka seksyen 3 dalam Akta yang sama juga mesti dipinda agar keadilan kepada semua pihak yang terlibat terlaksana<sup>177</sup> seperti yang dicadangkan di atas. Ini adalah kerana, setakat ini apa yang dapat dibuat oleh Mahkamah Syariah hanyalah mengesahkan yang perkahwinan tersebut adalah terungkuai.<sup>178</sup>

Pandangan yang sama mengenai pindaan terhadap seksyen 51 Akta 164 turut dizahirkan oleh Yang Amat Arif Hakim Ismail Yahya dalam memutuskan kes *Aisyah*

---

<sup>177</sup> Prof. Tan Sri Datuk Ahmad b. Mohamed Ibrahim, "Pertukaran Agama Islam", *Tinjauan Kepada Perundangan Islam*, disunting oleh Abdul Monir Yaacob dan Sarina Othman, (Kuala Lumpur: Institut Kefahaman Islam Malaysia, 2000), 77-78.

<sup>178</sup> Mohamed Azam Mohamed Adil, "Kesan dan Implikasi Pertukaran Agama dalam Perundangan Malaysia", *Undang-Undang Islam di Mahkamah-Mahkamah Syariah di Malaysia*, disunting oleh Ahmad Hidayat Buang (Universiti Malaya: Jabatan Syariah Undang-Undang, 1998), 32.

*Salman Sian*<sup>179</sup> mengenai permohonan secara *ex parte* untuk membubarkan perkahwinan sivilnya kerana beliau telah memeluk Islam manakala suaminya Ee Lian Kuan masih kekal dalam agama asal iaitu agama Buddha. Yang Amat Arif Hakim menyatakan bahawa:

*[46] berdasarkan kepada pendapat-pendapat yang telah dijelaskan, eloklah Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976 itu dimansuhkan seberapa segera dan diganti dengan satu Akta yang lebih mesra kepada pemeluk Islam. Atau paling tidaknya dibuat pindaan serta merta bagi membolehkan pemeluk Islam mempetisyenkan perceraian akibat dari pasangannya tidak ikut sama memeluk Islam.*

Pindaan perlu dilakukan terhadap beberapa seksyen dalam Akta 164, kerana setakat ini hanya dilihat bahawa melalui ruang undang-undang ini sahajalah yang akan dapat menyelesaikan masalah ini kerana Mahkamah Syariah tidak ada bidang kuasa ke atas seseorang yang bukan Islam. Pindaan yang dimaksudkan ialah<sup>180</sup>:

- a. Supaya menyebutkan bahawa Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwina dan Perceraian) 1976 tidak terpakai jika kedua-dua pihak orang Islam.*
- b. Supaya memperuntukkan jika sesuatu pihak kepada suatu perkahwinan telah menukar agamanya melalui pertukaran agama selepas perkahwinan itu, ini akan menjadi suatu fakta yang boleh dipertimbangkan oleh Mahkamah apabila memutuskan sama ada perkahwinan itu telah pecah belah dengan tidak dapat dipulihkan*

Dikemukakan di sini draf pindaan oleh al-marhum Profesor Ahmad Ibrahim, pakar perundangan Malaysia seperti dilampiran 1.

---

<sup>179</sup> [2010] 2 *ShLR* 143.

<sup>180</sup> Ahmad Mohamed Ibrahim, "Effect of Conversion on Marriage – Section 51 of the Law Reform (Marriage and Divorce) Act, 1976", *The Administration of Islamic Law in Malaysia*. (Kuala Lumpur: Institut Kefahaman Islam Malaysia, 2000), 224.

### (3) Konteks Semasa Malaysia: Harmonisasi Undang-Undang Syariah dan Sivil

Menurut mantan Ketua Hakim Negara, hakikatnya, proses kearah mengharmonikan undang-undang Syariah dan Sivil telah berlangsung selama lebih kurang dua dekad yang lalu walaupun perkataan “harmoni” itu tidak digunakan ketika itu. Usaha untuk mengharmonikan kedua-dua undang-undang ini adalah menerusi pendekatan peraturan prosedur dan pembuktian yang ketika ini diaplikasikan di Mahkamah Syariah sebagai contoh, penggubalan Akta/Enakmen Tatacara Mal Mahkamah Syariah, Akta/Enakmen Prosedur Jenayah Syariah, Akta/Enakmen Keterangan Mahkamah Syariah.<sup>181</sup>

Kesemua ini adalah disesuaikan daripada Mahkamah Sivil dengan beberapa perubahan yang diselarikan dengan undang-undang Islam agar dapat diaplikasikan di Mahkamah Syariah. Selain itu Mahkamah Syariah juga kelihatan seperti Mahkamah Sivil dari segi nama mahkamah, jawatan hakim-hakim mahkamah, pakaian hakim ketika bersidang di dalam mahkamah dan cara memanggil gelaran hakim-hakim adalah dipinjam daripada Mahkamah Sivil.<sup>182</sup>

Cadangan Yang Arif Hakim Abdul Hamid Mohamed dalam kes *Lim Chan Seng*<sup>183</sup> telah dilihat dapat meminimalkan pertikaian antara Mahkamah Syariah dan Mahkamah Sivil, malahan juga berkemungkinan menyelesaikan pertikaian antara kedua mahkamah tersebut iaitu:

---

<sup>181</sup> Dato’ Abdul Hamid Mohamed. *Harmonization of Shariah and Civil Law in Malaysia: Present Reality and Future Actions*. Dibentangkan di International Conference on Harmonization of Shariah and Civil Law, (Hotel Legend Kuala Lumpur, 20-21 Oktober 2003).

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> [1996] 2 CLJ 234.

*(3) Satu jalan untuk mengatasi masalah percanggahan bidang kuasa ialah dengan memberi kuasa kepada Mahkamah Sivil untuk membicarakan dan memutuskan semua isu-isu dalam sesuatu kes seperti ini, termasuk persoalan Hukum Syarak. Tetapi semasa membicarakan kes tersebut Hakim Mahkamah Sivil hendaklah dibantu oleh seorang Hakim Syarie dan keputusan Hakim Syarie itu, mengenai Hukum syarak, haruslah mengikat Hakim Mahkamah Sivil tersebut. Satu lagi cara, yang lebih radikal, ialah dengan menyatukan Mahkamah Syariah dengan Mahkamah Sivil, yang bermakna, Hakim-Hakim Syarie hendaklah juga dilantik ke Mahkamah Sivil. Jika timbul persoalan yang melibatkan undang-undang sivil dan Hukum Syarak dalam satu kes, dua orang Hakim akan bersidang bersama-sama. Hakim Sivil akan memutuskan persoalan undang-undang sivil dan Hakim Syarie memutuskan persoalan Hukum Syarak.*

Antara sebab cadangan ini dikemukakan, adalah melihat kepada percanggahan bidang kuasa antara Mahkamah Syariah dan Mahkamah Sivil seperti tidak berkesudahan terutamanya apabila timbul beberapa isu penting iaitu, pertama Mahkamah Syariah cuma mempunyai bidang kuasa terhadap orang-orang Islam sahaja, sedangkan persoalan Hukum Syarak boleh timbul dalam kes-kes dimana salah satu pihak adalah bukan Islam. Keduaanya, Persoalan yang menyentuh Hukum Syarak juga boleh timbul bersekali dengan persoalan yang menyentuh undang-undang Sivil yang jelas terletak dalam bidang kuasa Mahkamah Sivil.

Adalah cukup jelas, ruang kepada tafsiran-tafsiran yang sesuai dengan konteks semasa dan masyarakat setempat terbuka luas. Cumanya, ia terpulang kepada pihak-pihak yang berkuasa untuk menggubal undang-undang supaya selaras dengan keperluan semasa tanpa melanggar batasan syarak. Sehubungan dengan itu, mahkamah yang kompeten untuk mengendalikan perkara yang berkaitan dengan hak hadanah dalam kes pemelukan Islam salah seorang pasangan perkahwinan sivil adalah Mahkamah Sivil.



Walaupun begitu diharapkan agar ia tidak mengeneikan perkara 3(1) Perlembagaan Persekutuan yang memartabatkan bahawa Islam adalah agama persekutuan. Oleh itu, apa yang dapat disimpulkan dari kajian ini ialah tindakan segera perlu diambil agar masyarakat tidak keliru dengan konflik perundangan yang wujud serta memantapkan keyakinan masyarakat terhadap kredibiliti sistem kehakiman di Negara Malaysia.