

## 1.1. PENDAHULUAN

Perebutan mengenai hak hadanah<sup>1</sup> bukan sahaja melibatkan ibu atau bapa atau penjaga yang beragama Islam, tetapi juga bagi mereka yang bukan Islam lebih-lebih lagi salah satu pihak yang terlibat berbeza agama. Persoalan hadanah merupakan satu persoalan yang rumit untuk diselesaikan sekiranya tiada panduan tertentu berkenaan dengannya. Oleh itu, Islam sebagai agama yang menyeluruh telah mengambil langkah awal menerangkan secara terperinci tentang persoalan tersebut. Panduan yang diberikan sama ada diambil daripada al-Qur'ān, hadīth atau ijtihād para 'ulamā' Islam dahulu dan sekarang merangkumi juga persoalan pertukaran agama dan kesannya kepada hadanah itu sendiri.<sup>2</sup>

Pertukaran agama seseorang bukan Islam kepada Islam ataupun ringkasnya disebut sebagai pemeluk Islam seseorang menyebabkan dirinya akan ditadbir di bawah undang-undang Islam dalam keseluruhan aspek kehidupan terutamanya dalam perkara yang melibatkan hubungan perkahwinan dan hal ehwal kekeluargaan.<sup>3</sup> Fokus utama penulisan ini adalah untuk mengkaji implikasi terhadap hak hadanah dalam kes pemeluk Islam salah seorang pasangan perkahwinan sivil. Penulisan ini akan mengupas justifikasi mahkamah dalam menentukan hak hadanah kepada pihak yang berhak untuk mendapatkannya. Namun sebelum membincangkan tentang hak hadanah, perkara yang menyentuh mengenai pemeluk Islam salah seorang pasangan

---

<sup>1</sup> Penulisan ini menggunakan perkataan hadanah dengan ejaan hadanah seperti yang dieja dalam Kamus Dewan Bahasa Edisi Keempat.

<sup>2</sup> Zulkifly Muda, "Hak Hadanah dalam Konversi Agama: Kajian Perbandingan antara Islam dengan Perundangan Malaysia", *Kanun: Jurnal Undang-Undang Malaysia* 16.4 (2004): 14.

<sup>3</sup> Muhammad Altaf Hussain Ahangar, "Effects of Change of Religion on Marriage and Maintenance Obligation: Judicial Responses in Malaysia", [1995] 3 *CLJ* lxxvii.

perkahwinan sivil akan dikaji terlebih dahulu. Dua aspek yang dikenal pasti untuk dikaji mengenai isu ini ialah berkaitan dengan konsep kebebasan beragama di Malaysia dan juga bidang kuasa mahkamah dalam perkara pembubaran perkahwinan.

Kajian mengenai pertukaran agama akan dimulakan dengan mengupas konsep kebebasan beragama. Bagaimanakah kedudukan undang-undang mengenai kebebasan beragama digunapakai di Negara seperti Malaysia? Ini kerana ia merupakan satu isu yang sensitif memandangkan ia bukan hanya sekadar bersifat individu mahupun keluarga bahkan ia juga menyentuh masyarakat keseluruhannya. Lebih-lebih lagi dengan melihat kepada konteks negara Malaysia yang mempunyai kepelbagaian bangsa dan agama yang akan menyuntik sensitiviti masyarakatnya. Justeru pertimbangan yang wajar perlu dikupas dalam perkara ini untuk tidak memberatkan sebelah pihak dan menjadikan kupasan ini sebagai satu perkara akademik yang bernilai berdasarkan kepada kekuatan hujah yang boleh diterima.

Sistem perundangan yang menyentuh mengenai hal ehwal perkahwinan dan kekeluargaan di Malaysia adalah dibicarakan di dua mahkamah yang berbeza iaitu di Mahkamah Syariah dan di Mahkamah Sivil. Mahkamah Syariah adalah mahkamah yang akan mengendalikan perkara yang berkaitan dengan perkahwinan dan hal ehwal kekeluargaan bagi orang Islam mengikut Undang-Undang Keluarga Islam Negeri. Manakala bagi orang bukan Islam pula, Mahkamah Sivil yang mempunyai bidang kuasa untuk mengendalikan perkara yang melibatkan perkahwinan dan kekeluargaan berdasarkan Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976

(Akta 164)<sup>4</sup>. Maka apabila berbangkit kes yang melibatkan pemeluk agama Islam oleh salah seorang daripada pasangan dalam perkahwinan sivil, penyelesaian perlu melihat kepada bidang kuasa mahkamah yang kompeten untuk memutuskan perkara ini.

Secara umumnya perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan digubal sebagai rujukan untuk menyelesaikan isu pertikaian bidang kuasa antara Mahkamah Sivil dan Mahkamah Syariah. Namun, pertikaian bidang kuasa tersebut masih lagi wujud apabila pasangan yang memeluk Islam menfailkan tuntutan di Mahkamah Syariah dan pasangan yang tidak memeluk Islam menfailkan tuntutannya di Mahkamah Sivil. Kemudiannya, keputusan yang diberi oleh kedua-dua mahkamah kepada pihak-pihak yang bertikai adalah bertentangan. Bagaimanapun, keputusan yang diputuskan oleh Mahkamah Syariah tidak akan mengikat Mahkamah Sivil. Dengan erti kata yang lain, Mahkamah Sivil boleh memutuskan keputusan yang berbeza.

Keadaan yang begini telah menimbulkan konflik bidang kuasa antara Mahkamah Sivil dan Mahkamah Syariah. Untuk itu, penilaian penting berkaitan dengan undang-undang akan turut dibahas dalam penulisan ini bagi mengenal pasti mahkamah manakah yang mempunyai bidang kuasa dalam memutuskan tuntutan hak hadanah.

---

<sup>4</sup> Selepas ini akan dirujuk sebagai Akta 164 sahaja.

## 1.2. LATAR BELAKANG KAJIAN

Kajian ini akan memberi fokus kepada penghakiman-penghakiman yang diputuskan dalam kes *Shamala Sathiyaseelan v Dr. Jeyaganesh C Mogarajah dan Lain-lain*<sup>5</sup>. Kes ini dipilih sebagai tumpuan utama untuk dibincangkan kerana keputusan berkenaan dengan isu hak hadanah dinilai secara toleransi antara undang-undang Sivill dan undang-undang Syariah. Kebijakan Yang Arif Hakim untuk mencari titik pertemuan antara hak hadanah bagi ibu yang bukan Islam dan bapa yang telah memeluk Islam menunjukkan satu perkembangan positif kearah mengharmonikan undang-undang Sivill dan Syariah dalam membuat keputusan sekaligus tidak meminggirkan undang-undang Syariah.

Pihak isteri iaitu *Shamala*, selaku plaintif berkahwin dengan defendan iaitu *Dr. Jeyaganesh* mengikut undang-undang perkahwinan sivil pada 5 November 1998. Empat tahun kemudian, defendan memeluk agama Islam dan menukar nama kepada *Muhammad Ridzwan Mogarajah*. Defendan sebagai bapa turut menukar agama kedua-dua anak lelaki mereka yang ketika itu berumur empat dan dua tahun kepada agama Islam tanpa pengetahuan dan persetujuan plaintif selaku ibu dalam kes ini.

Plaintif yang tidak berpuas hati dengan tindakan itu kemudiannya, menfailkan permohonan di Mahkamah Tinggi dan memperoleh hak penjagaan sementara ke atas anak-anaknya. Manakala defendan pula menfailkan permohonan mengenai hak penjagaan anak di Mahkamah Syariah. Defendan berjaya dalam permohonan di

---

<sup>5</sup> [2003] 3 *CLJ* 690; [2004] 2 *MLJ* 241; [2004] 2 *MLJ* 648; [2004] 3 *CLJ* 516; [2011] 2 *MLJ* 281.

Mahkamah Syariah sehingga menyebabkan plaintif dikenakan waran tangkap di bawah undang-undang pentadbiran Islam kerana gagal hadir dan mengemukakan kedua-dua anak tersebut. Pada Julai 2004, Mahkamah Tinggi memutuskan berkenaan dengan hak penjagaan anak tersebut adalah secara bersama kepada ibu dan bapa mengikut undang-undang. Walaubagaimanapun plaintif selaku ibu memperoleh hak jagaan sebenar ke atas kedua-dua anak lelakinya itu. Mahkamah juga memerintahkan plaintif untuk tidak mengajar agama kepercayaannya kepada kedua-dua anaknya yang telah diislamkan oleh bapa atau memberi mereka mamakan makanan yang haram.

Antara isu lain yang timbul juga adalah plaintif memohon kepada mahkamah supaya pengislaman kedua-dua anak oleh defendan adalah tidak sah dan terbatal. Permohonan ini ditolak oleh Mahkamah Tinggi kerana mahkamah tidak mempunyai bidang kuasa untuk mendengarnya. Mahkamah menyatakan bahawa defendan yang telah pun Islam selaku bapa kepada kedua-dua anak tersebut berkelayakan untuk mengislamkan anak-anaknya berdasarkan kepada perkara 12(4) Perlembagaan Persekutuan. Peruntukan tersebut menyatakan agama seseorang yang di bawah umur 18 tahun hendaklah ditetapkan oleh ibu atau bapanya atau penjaganya. Manakala seksyen 95(b) Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam (Wilayah Persekutuan) 1993 (Akta 505) menjelaskan mengenai status kemasukan kepada agama Islam bagi seseorang yang berada di bawah umur iaitu jika seseorang belum mencapai umur 18 tahun, ibu atau bapa atau penjaganya mengizinkan kemasukannya.

Kes ini telah diputuskan pada tahun 2004 tetapi ia berlanjutan apabila pihak isteri membawa kedua-dua anak itu keluar dari Malaysia pada 16 April 2004 tanpa

memberikan hak lawatan kepada defendan. Ekoran daripada itu, beliau dikenakan tindakan menghina mahkamah yang dikeluarkan oleh Mahkamah Tinggi pada 6 Mei 2004 dan ternyata beliau mengelak daripada tindakan itu dengan kekal menetap di luar negara. Ekoran daripada itu *Muhammad Ridzwan* yang tidak mendapat haknya seperti diputuskan di Mahkamah pada 20 Julai 2004, telah memohon untuk mendapat keizinan bagi meneruskan prosiding penghinaan kepada pihak isteri kerana melanggar perintah mahkamah. Perintah tersebut juga tidak dapat dilaksanakan kerana beliau masih tetap berada di luar negara sehinggalah pada masa kajian ini dijalankan.

Pada tahun 2010, pihak-pihak yang terlibat membuat rayuan di Mahkamah Rayuan Putrajaya. Dalam rayuan tersebut telah dipersetujui bahawa pendengaran rayuan dan kesemua rayuan yang masih belum didengar yang berkaitan dengan tindakan-tindakan antara pihak-pihak melibatkan isu-isu yang berkaitan ditangguhkan sementara menunggu kemuktamadan rujukan ini. Terdapat lima persoalan rujukan yang dibangkitkan untuk didengar oleh Mahkamah Persekutuan iaitu seperti berikut:

- (a) Sama ada seksyen 95(b) Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam 1993 (Wilayah Persekutuan) adalah ultra vires perkara 12(4) dan perkara 8 Perlembagaan Persekutuan dibaca dengan konteks yang betul?
- (b) Sama ada seksyen 95(b) Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam 1993 (Wilayah Persekutuan), sebagai undang-undang negeri, dengan sebab perkara 75 Perlembagaan Persekutuan, tidak konsisten dengan undang-undang persekutuan iaitu seksyen 5(1) Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 adalah tidak sah?
- (c) Dalam konteks perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan, dimana perintah tentang penjagaan anak yang dikeluarkan oleh Mahkamah Syariah

atau Mahkamah Tinggi, yang mana kedua-duanya mempunyai bidang kuasa, sama ada wujud bidang kuasa untuk mahkamah yang selainnya untuk membuat perintah yang bercanggah?

- (d) Sekiranya berlaku pertukaran agama anak-anak dalam perkahwinan sivil kepada Islam oleh salah seorang daripada ibu bapa dengan tidak mendapat persetujuan daripada yang seorang lagi, sama ada hak remedi di bawah Bahagian II Perlembagaan Persekutuan untuk ibu bapa yang bukan Islam di baca bersama Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) terletak pada Mahkamah Tinggi?
- (e) Sama ada dalam konteks perkara 8, 11, 12(4) dan 121(1A) Perlembagaan Persekutuan, Mahkamah Syariah mempunyai bidang kuasa yang eksklusif untuk menentukan kesahan pertukaran agama kanak-kanak di bawah umur kepada Islam apabila kanak-kanak tersebut telah didaftarkan oleh Pendaftar untuk muallaf (Majlis Agama Islam)?

Semasa pendengaran rujukan ini di Mahkamah Persekutuan, pihak suami membangkitkan bantahan awalan bahawa pihak isteri tidak harus dibenarkan meneruskan rayuan-rayuannya kerana beliau sebelum ini gagal mematuhi perintah mahkamah. Dengan majoriti 4-1, Mahkamah Persekutuan memutuskan untuk membenarkan bantahan awalan dan menolak rujukan ini serta mengembalikan perkara ini ke Mahkamah Rayuan untuk diputuskan. Secara kesimpulannya setakat kajian ini dilakukan keputusan berkenaan dengan kes *Shamala* masih belum selesai dibicarakan. Oleh yang demikian kajian ini hanya membincangkan penghakiman yang diputuskan oleh Yang Arif Hakim diperingkat Mahkamah Tinggi sahaja.

Hakikatnya sebelum kes ini, terdapat beberapa kes yang telah pun diselesaikan oleh mahkamah mengenai pertikaian hak hadanah dalam kes pemeluk Islam oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil. Dalam kes *Lim Fang Keng v Toh Kim Choo*<sup>6</sup>, persoalan agama bukanlah isu yang timbul dalam menentukan hak hadanah anak walaupun defendan telah pun memeluk agama Islam. Keputusan mahkamah memberikan hak hadanah kepada defendan setelah mengambil kira kebajikan anak adalah perkara yang perlu diutamakan.

Berikutnya dalam kes *Nur Aisyah Suk Abdullah dengan Harjeet Singh*<sup>7</sup>, Mahkamah Tinggi memutuskan untuk mendengar permohonan plaintif mengenai hak hadanah walaupun plaintif ketika itu telah memeluk agama Islam. Mengambil kira kebajikan anak perempuannya itu yang perlu diutamakan, mahkamah yang sama memutuskan bahawa plaintif mempunyai hak penjagaan ke atas anaknya. Dalam kes ini, mahkamah mengambil keputusan untuk mendengar permohonan plaintif menuruti kes terdahulu yang telah diputuskan oleh Mahkamah Agung dalam *Tan Sung Mooi dengan Too miew Kim*<sup>8</sup> yang menyatakan bahawa:

*'ketidakadilan yang serius akan diakibatkan kepada pasangan (responden dalam kes sekarang) kanak-kanak yang tidak beragama Islam, kerana remedi tunggal mereka adalah di Mahkamah Sivil, jika Mahkamah Tinggi tidak lagi mempunyai bidang kuasa kerana Mahkamah Syariah tidak mempunyai bidang kuasa terhadap orang yang tidak menganut agama Islam'.*

Oleh itu, kebajikan dan kepentingan anak-anak akan diutamakan dalam menyelesaikan pertikaian yang melibatkan hak penjagaan anak. Ini merupakan

---

<sup>6</sup> [1995] 4 *CLJ* 733.

<sup>7</sup> [1999] 4 *CLJ* 566.

<sup>8</sup> [1994] 3 *MLJ* 117; [1994] 3 *CLJ* 708.



pendekatan terbaik untuk mengatasi perbalahan antara dua pihak baik dari sudut kaca mata undang-undang Islam mahupun undang-undang Sivil. Perkara inilah yang diulas dengan terperinci oleh Yang Arif Hakim dalam kes *Shamala* yang mana ia merupakan justifikasi mahkamah dalam menentukan hak hadanah.

Justeru itu, kes *Shamala* dipilih untuk dianalisis berbanding dengan dua kes yang disebutkan di atas adalah untuk mengkaji perincian hujahan Yang Arif Hakim dalam memutuskan perkara ini. Analisis ini juga adalah untuk menyoroti beberapa siri penghakiman kes *Shamala* bermula pada tahun 2003 sehingga tahun 2010 dan membuat kesimpulan berkenaan dengan pemeluk Islam salah seorang pasangan perkahwinan sivil dan implikasi terhadap hak hadanah.

Baru-baru ini dalam satu kajian yang dijalankan oleh Amanda J. Whiting mengenai perundangan di Malaysia, beliau telah membangkitkan isu ketidaksudahan undang-undang di Malaysia dalam menangani kes yang berkaitan dengan hak hadanah dalam situasi salah seorang pasangan perkahwinan sivil memeluk Islam.<sup>9</sup> Terdapat tiga kes utama yang diujahkan oleh beliau dalam membuat rumusan mengenai persoalan undang-undang dalam situasi ini iaitu bermula dengan kes *Shamala*, kemudiannya diikuti dengan kes *Subashini*<sup>10</sup> dan *Indira Gandhi*.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Amanda J. Whiting, "Secularism, the Islamic State and the Malaysian Legal Profession", *Asian Journal of Comparative Law*, Vol. 5, Issue 1, Article 10 (2010): 1.

<sup>10</sup> [2007] 2 *CLJ* 451; [2007] 3 *CLJ* 209; [2007] 7 *CLJ* 584; [2008] 2 *CLJ* 1.

<sup>11</sup> No. Kes Sivil SP 24-513-09.

Persoalannya ialah, apakah benar dalam penghakiman seperti ini, mahkamah di Malaysia mengambil sikap berat sebelah? Ataupun adakah mahkamah telah melakukan sebaik yang mungkin berdasarkan kepada bidang kuasa undang-undang yang dimilikinya? Oleh yang demikian persoalan ini akan ditelusuri sehingga ke akhirnya untuk mendapatkan satu kesimpulan yang terbaik.

### 1.3. PERMASALAHAN KAJIAN

Hakikatnya kebebasan beragama dijamin dalam Perlembagaan Persekutuan melalui perkara 11(1) yang menyatakan bahawa ‘tiap-tiap orang adalah berhak menganuti dan mengamalkan agamanya’. Persoalannya ialah, adakah kebebasan beragama yang diperuntukkan itu begitu terbuka tanpa ada sebarang pengawalan? Namun yang jelasnya, Yang Arif Hakim Dato’ Faiza Tamby Chik dalam memutuskan persoalan kebebasan beragama melalui penghakiman kes *Azlina Jailani*<sup>12</sup> menyatakan bahawa kebebasan beragama yang dimaksudkan oleh Perlembagaan Persekutuan bukanlah bermaksud kebebasan memilih agama tetapi sebaliknya kebebasan menganuti dan mengamalkan agama yang dianuti. Pentingnya kajian ini ialah, untuk melihat perspektif undang-undang di Malaysia mengenai implikasi pemelukan agama Islam dan sikap mahkamah dalam memutuskan kes yang berkaitan dengan pertukaran agama di Malaysia.

Persoalan berikutnya yang perlu dibincangkan ialah berkaitan dengan konflik perundangan yang wujud antara dua sistem mahkamah di Malaysia iaitu Mahkamah Sivil dan Mahkamah Syariah. Isu yang relevan ialah mahkamah manakah yang mempunyai bidang kuasa untuk menentukan kesahihan status perkahwinan dalam kes pemelukan Islam salah seorang pasangan perkahwinan sivil. Sekiranya, salah satu pasangan yang berkahwin mengikut undang-undang sivil ini memeluk Islam, adakah beliau mempunyai hak untuk menfailkan petisyen perceraian menurut mana-mana peruntukan di dalam Akta 164 itu?

---

<sup>12</sup> *Lina Joy lwn. Majlis Agama Islam Wilayah Persekutuan dan lain-lain* [2004] 6 CLJ 242.

Seksyen 51(1) Akta 164 hanya memberikan hak kepada pasangan yang bukan Islam untuk menfailkan perceraian selepas tempoh tiga bulan dari tarikh pemelukan Islam oleh pasangannya. Jika beliau tidak menfailkan petisyen perceraian, maka perkahwinan mereka masih dianggap sah menurut undang-undang kerana tidak ada peruntukan yang mewajibkan pasangan yang bukan Islam itu menfailkan perceraian. Sekiranya keadaan ini berlaku, perkahwinan tersebut seolah-olah tergantung dan masih mengikat sedangkan berdasarkan kepada seksyen 46(2) Akta Undang-Undang Keluarga Islam (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1984 (Akta 303)<sup>13</sup> menyatakan bahawa:

*'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'.*

Sekiranya diteliti peruntukan seksyen 46(2) Akta 303 di atas, Mahkamah Syariah mempunyai bidang kuasa untuk membubarkan perkahwinan bukan Islam tersebut. Persoalannya, sekalipun Mahkamah Syariah memutuskan bahawa perkahwinan tersebut dibubarkan namun keputusan ini tidak mengikat pasangan yang bukan Islam dan juga tidak akan mengikat Mahkamah Sivil untuk mengikut keputusan yang diputuskan.

Berikutnya, yang turut menjadi persoalan juga ialah tentang status agama anak kepada pasangan tersebut sama ada mengikut agama Islam atau kekal dalam agama bukan Islam? Pertikaian sebegini akan menjadi lebih rumit jika pasangan mempunyai

---

<sup>13</sup> Selepas ini dirujuk sebagai Akta 303 sahaja.

anak-anak di bawah umur kerana agama anutan mereka ditentukan sama ada oleh bapa ataupun ibu.

Hak hadanah ke atas anak-anak adalah fokus utama kajian ini dan persoalan siapakah yang layak untuk diberikan hak hadanah akan diperhalusi. Dalam perkara ini, sekiranya pihak yang memeluk Islam menfailkan tuntutan hak hadanah anak di Mahkamah Syariah dan mendapat perintah dari mahkamah tersebut berhubung hak penjagaan anak, maka akan timbul konflik diantara pasangan yang memeluk Islam dengan yang tidak memeluk Islam.

Konflik pertama adalah kerana pihak yang tidak memeluk Islam tidak boleh disaman untuk dibicarakan tuntutannya di Mahkamah Syariah. Justeru pertikaian mengenai keadilan akan timbul dalam hal ini kerana Mahkamah Syariah hanya mendengar keterangan daripada pihak yang memeluk Islam. Kedua, sekiranya Mahkamah Syariah memutuskan hak hadanah kepada individu yang memeluk Islam, maka Mahkamah Sivil tidak mempunyai bidang kuasa untuk mengeneipkan perintah yang dikeluarkan oleh Mahkamah Syariah. Oleh yang demikian masalah yang pertama timbul akan menjadi lebih rumit kerana seolah-olah hak individu yang tidak memeluk Islam diketepikan. Perbincangan mengenai perkara ini akan dikupas lebih lanjut untuk menganalisa ruang-ruang kekosongan atau kelompangan undang-undang (*lacuna*) yang wujud dan mencari titik noktah yang wajar dalam menyelesaikan perkara ini.

Ketiga, sekiranya tuntutan ini dibicarakan di Mahkamah Sivil dan hak penjagaan anak diberikan kepada isteri atau suami yang bukan Islam, maka akan wujud percanggahan dengan undang-undang keluarga Islam di Malaysia. Ini kerana seksyen 82(a) Akta 303 menyatakan bahawa antara syarat kelayakan bagi seseorang untuk mendapat hak hadanah adalah Islam. Manakala seksyen 83(d) pula memperuntukkan sekiranya seseorang itu keluar daripada Islam, maka hak hadanah baginya akan gugur.

Keempat, sekiranya mahkamah memutuskan keputusan seperti dalam kes *Shamala* iaitu dengan mengaplikasi undang-undang sivil dan syariah secara bersama, adakah keputusan ini sesuai diguna pakai? Dalam penghakimannya, Yang Arif Hakim berpandangan bahawa ibu yang bukan Islam tersebut adalah yang paling berkelayakan untuk mendapat hak hadanah. Walaubagaimanapun, ibu tersebut tidak boleh mengajarkan anak-anaknya tentang agama yang dianutinya, kerana anak-anak tersebut telah pun diislamkan oleh bapanya yang memeluk Islam. Namun, aplikasi yang sebegini sukar untuk dilaksanakan memandangkan mahkamah terpaksa membuat pemerhatian berterusan kepada status anak yang berada dalam pemeliharaan pihak yang bukan Islam. Perkara ini akan menyusahkan pihak mahkamah.

#### 1.4. OBJEKTIF KAJIAN

Objektif kajian merupakan salah satu perkara penting dalam melaksanakan kajian dan ia perlu diberikan perhatian memandangkan fungsinya sebagai kerangka rujukan untuk memastikan sesebuah kajian berjalan dengan lancar dan sistematik. Justeru, penulis telah menetapkan beberapa objektif yang ingin dicapai melalui kajian ini iaitu:-

- 1) Mengenal pasti kekosongan atau kelompangan undang-undang (*lacuna*) dalam undang-undang keluarga sivil dan syariah yang melibatkan kes pertukaran agama oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil kepada Islam.
- 2) Mengkaji bidang kuasa mahkamah yang berhak dalam membicarakan kes yang berkaitan dengan permohonan pembubaran perkahwinan dan tuntutan hak hadanah apabila berlakunya kes pertukaran agama oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil kepada agama Islam.
- 3) Menganalisis implikasi terhadap hak hadanah anak antara pasangan yang memeluk Islam dan yang kekal dalam agama asal.

## **1.5. KEPENTINGAN KAJIAN**

Kajian ini penting dilakukan supaya pihak-pihak berwajib yang menggubal undang-undang membuat penelitian yang lebih mendalam mengenai peruntukan undang-undang Sivil dan Syariah dalam perkara yang melibatkan penentuan bidang kuasa mahkamah untuk menyelesaikan isu-isu pertukaran agama, hak hadanah dan tuntutan sampingan lain yang timbul bilamana salah seorang dari pasangan dalam perkahwinan sivil memeluk Islam dan seorang lagi tidak berbuat demikian.

Kajian ini juga berpotensi untuk mengharmonikan peruntukan undang-undang keluarga Islam dan sivil dari segi prinsip-prinsip yang boleh dijadikan pertimbangan mahkamah dalam menentukan hak hadanah terhadap anak-anak dalam isu pemelukan kepada agama Islam oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil. Selain itu, ia dapat menambah khazanah penulisan disertasi dalam topik dan isu sebegini serta meningkatkan kefahaman penulis dan percambahan ilmu pengetahuan dalam hal ehwal undang-undang keluarga di Malaysia.



## 1.6. HURAIAN ISTILAH

Untuk memudahkan kefahaman terhadap kajian ini, maka penulis membawa pendekatan dalam kajian untuk memberi huraian definisi kepada setiap perkataan agar dapat membentuk satu teori mudah yang dapat difahami sebagai landasan kajian ini. Pemeluk diambil dari kata pemeluk yang membawa maksud penganut sesuatu agama. Pemeluk pula ialah proses menganuti sesuatu agama yang juga boleh dijelaskan dengan maksud pertukaran agama bagi kajian ini.<sup>14</sup> Pertukaran membawa maksud perihal bertukar, penggantian dan juga perubahan.<sup>15</sup>

Islam pula ialah agama yang disampaikan oleh Nabi Muhammad s.a.w.<sup>16</sup> Sarjana Barat seperti Schacht menyatakan bahawa Islam lebih daripada bersifat agama. Di dalamnya terdapat teori-teori mengenai siasah dan undang-undang. Ia lebih merupakan satu sistem yang lengkap merangkumi agama dan negara.<sup>17</sup> Dalam hal ini, Mahkamah Tinggi Amerika telah membuat tafsiran agama yang mana pendekatan agama Islam telah diberi tafsiran yang sempit dan agama itu dianggapkan sama seperti agama Kristian<sup>18</sup> seperti berikut:

*'Perkataan itu adalah berkaitan dengan pendapat-pendapat seseorang mengenai Tuhannya dan kewajipan-kewajipan yang dikenakan kepadanya untuk menghormati Tuhan dan Zatnya dan kewajipan seseorang itu untuk mematuhi kehendak-kehendak Tuhannya...'*

---

<sup>14</sup> *Kamus Dewan*, Edisi Keempat, (Kuala Lumpur : Dewan Bahasa dan Pustaka, 2007), 1167.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 1726.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 590.

<sup>17</sup> Musa, Muhammad Yusuf, *Nizam al-Hukm fi al-Islam*, (Kaherah: Dar al-Fikr al-‘Arabī, 1963), 19.

<sup>18</sup> Ahmad Mohamed Ibrahim, *Pentadbiran Undang-Undang Islam di Malaysia*, (Kuala Lumpur: Institut Kefahaman Islam Malaysia, 1997), 3.

Perkahwinan memberi erti pernikahan.<sup>19</sup> Perkahwinan sivil merupakan satu perkahwinan yang dijalankan dengan kontrak sivil tanpa mengikut upacara agama.<sup>20</sup> Manakala berdasarkan kepada seksyen 23 Akta 164 perkahwinan sivil juga termasuk perkahwinan yang dijalankan di dalam gereja atau mana-mana tempat berdasarkan kepada seksyen 24 Akta yang sama seperti yang dibenarkan agama, adat dan kebudayaan pihak-pihak yang mahu berkahwin kecuali bagi orang yang menganut agama Islam berdasarkan kepada seksyen 3(3) Akta 164.<sup>21</sup>

Justeru secara keseluruhannya frasa pertama tajuk ini iaitu pemeluk Islam salah seorang pasangan perkahwinan sivil menjelaskan mengenai kajian yang akan penulis lakukan untuk melihat keadaan pasangan perkahwinan sivil di mana salah seorang daripadanya memeluk Islam manakala seorang lagi masih kekal dalam agama asal iaitu bukan Islam.

Berikutnya, perkataan implikasi<sup>22</sup> yang bermaksud sesuatu tujuan atau maksud yang dibayangkan, tetapi tidak dinyatakan secara terus terang. Hak pula ditakrifkan sebagai kelebihan terhadap sesuatu atau keistimewaan yang diiktiraf dan dilindungi oleh undang-undang.<sup>23</sup> Manakala istilah ‘hadanah’ menjelaskan bahawa hak memelihara dan mengatur segala urusan anak yang belum *mumaiyyīz* selepas berlakunya perceraian suami isteri.<sup>24</sup> Oleh yang demikian frasa implikasi terhadap hak hadanah bermaksud bagaimanakah justifikasi yang akan menjadi pertimbangan undang-undang dalam

---

<sup>19</sup> *Kamus Dewan*, Edisi Keempat, (Kuala Lumpur : Dewan Bahasa dan Pustaka, 2007), 655.

<sup>20</sup> *Concise Oxford English Dictionary*, 11<sup>th</sup> Edition. (Oxford: Oxford University Press, 2007).

<sup>21</sup> Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976, Kuala Lumpur: International Book Services.

<sup>22</sup> *Kamus Dewan*, op. cit., 571.

<sup>23</sup> *Oxford Dictionary of Law*, 6<sup>th</sup> Edition, (Oxford: Oxford University Press, 2006).

<sup>24</sup> *Kamus Dewan*, op. cit., 496.

memberikan hak hadanah bagi kes pertukaran agama oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil kepada Islam.

## 1.7. SKOP KAJIAN

Pertamanya, perbahasan kajian ini akan menumpukan kepada justifikasi penentuan hak hadanah dalam kes pemeluk Islam salah seorang pasangan perkahwinan sivil. Untuk membincangkan mengenai justifikasi penentuan hak hadanah ini, keputusan Yang Arif Hakim dalam kes *Shamala Sathiyaseelan v Dr. Jeyaganesh C Mogarajah dan Lain-lain*<sup>25</sup> akan dikemukakan sebagai fokus perbincangan. Analisis kes ini akan dibincang secara mendalam dalam bab keempat kajian ini akan mengemukakan setiap siri penghakiman *Shamala* yang berkaitan dengan pemeluk Islam pasangannya dan juga implikasi terhadap hak hadanah.

Kedua, ia akan menyentuh beberapa isu yang timbul seperti bidang kuasa Mahkamah Sivil dan Mahkamah Syariah, status perkahwinan antara pasangan yang terlibat dan juga hak ibu atau bapa dalam menentukan agama anak-anak yang masih di bawah umur juga akan dibincangkan dalam kajian ini. Terdapat beberapa kes yang akan dibincangkan dalam kajian ini sebagai menjawab persoalan bidang kuasa mahkamah, status perkahwinan dan hak menentukan agama anak dalam kes pemeluk Islam oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil.

Ketiga, rujukan perbincangan ini adalah berdasarkan kepada undang-undang hal kekeluargaan di Malaysia. Antaranya ialah Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976, Akta Undang-Undang Keluarga Islam (Wilayah

---

<sup>25</sup> [2004] 2 *MLJ* 648; [2004] 2 *CLJ* 416.

Persekutuan) 1984, Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam (Wilayah Persekutuan) 1993, Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 dan beberapa akta-akta lain yang berkenaan.

Keempat, selain daripada rujukan undang-undang kajian ini juga melihat kepada pandangan *fuqahā'* Islam tentang hak hadanah terutamanya dalam situasi ibu bapa yang berbeza agama khususnya salah seorang daripadanya memeluk Islam. Rujukan khusus adalah berdasarkan kepada perbincangan yang dikupas dikalangan mazhab-mazhab yang terdapat dalam *Ahl al-sunnah wa Al-jamā'ah* iaitu Mazhab *Hanafi*, Mazhab *Maliki*, Mazhab *Syafii* dan Mazhab *Hanbali*.

## 1.8. METODOLOGI KAJIAN

Metodologi kajian adalah memainkan peranan yang penting dalam setiap penyelidikan yang hendak dijalankan. Ini kerana metodologi kajian dapat menentukan hala tuju sesuatu penyelidikan serta dapat mengumpul data yang tepat untuk menghasilkan kajian yang baik.

### 1.8.1 Jenis Penyelidikan

Bagi kajian ini, penulis mengengahkan metod penyelidikan secara kualitatif yang bermaksud sebarang penyelidikan yang menghasilkan dapatan yang bukan melalui prosedur statistik atau lain-lain bentuk pengiraan.<sup>26</sup> Selain itu, penyelidikan kualitatif juga bermaksud proses kefahaman penyelidikan yang berdasarkan kepada metodologi penyelidikan tradisi yang jelas untuk meneroka sosial masyarakat atau masalah manusia.<sup>27</sup>

Metod ini dapat mengenal pasti dan menjelaskan masalah sosial yang lebih kompleks. Sekiranya dilihat dalam kajian ini persoalan hak hadanah ke atas anak-anak yang ingin dikupas bukanlah satu perkara yang mudah kerana ia memerlukan kepada kajian yang menyeluruh dalam segala aspek yang berkaitan dengan isu yang dibincangkan. Oleh yang demikian metod penyelidikan kualitatif adalah dilihat relevan untuk digunakan dalam kajian ini.

---

<sup>26</sup> Strauss, A. dan Corbin, J., *Basic of Qualitative Research, Grounded Theory Procedures and Techniques*, (Sage: Newbury Park, 1998), 17.

<sup>27</sup> Creswell, J. W., *Qualitative Inquiry and Research Design, Choosing Among Five Traditions*, (Sage: Thousand Oaks, 1998), 15.

Untuk memastikan data dapat dikaji secara terperinci kaedah analisis teks ataupun juga dikenali sebagai analisis kandungan teks digunakan dalam perbincangan ini. Teks yang akan dianalisis secara mendalam adalah keputusan penghakiman dalam kes *Shamala Sathiyaseelan v Dr. Jeyaganesh C Mogarajah dan Lain-lain*<sup>28</sup>. Analisis teks secara kualitatif ini dapat mengesan pendekatan Yang Arif Hakim dalam membuat keputusan serta mengetahui kaedah-kaedah yang digunakan untuk menjelaskan sesuatu perkara.<sup>29</sup> Perkara yang paling utama yang akan dianalisis adalah di bahagian penghakiman yang menyentuh tentang penentuan hak hadanah dalam kes pemelukan Islam oleh salah seorang daripada ibu bapa perkahwinan sivil.

### **1.8.2 Pengumpulan data**

Kaedah pengumpulan data yang digunakan dalam kajian ini memberi fokus utama kepada pengumpulan data menerusi dokumen. Dokumen yang digunakan adalah antaranya seperti dokumen undang-undang iaitu Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976, Akta Undang-Undang Keluarga Islam (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1984 dan Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam (Wilayah Persekutuan) 1993. Kajian hanya tertumpu kepada beberapa peruntukan tertentu dalam Akta-Akta ini yang bersesuaian dengan kajian yang hendak dijalankan.

Selain daripada itu, penelitian juga dilakukan terhadap laporan beberapa kes yang berkaitan dalam laporan undang-undang, iaitu *Malayan Law Journal (MLJ)*, *Current Law Journal (CLJ)* dan juga *Jurnal Hukum*. Tujuannya adalah untuk membuat

---

<sup>28</sup> [2004] 2 *MLJ* 648; [2004] 2 *CLJ* 416.

<sup>29</sup> Idris Awang, *Penyelidikan Ilmiah Amalan Dalam Pengajian Islam*, (Selangor: Kamil dan Shakir Sdn. Bhd., 2009), 33.

perbandingan antara keputusan penghakiman yang dikeluarkan sekiranya menyentuh perkara subjek yang sama. Antara beberapa contoh laporan kes adalah seperti *Ng Siew Pian lwn. Abdul Wahid bin Abu Hassan dan lain-lain*,<sup>30</sup> *Douglas A. Pedley lwn. Majlis Ugama Islam Pulau Pinang dan Lain-lain*,<sup>31</sup> *Mastura Saeswathy Binti Abdullah*,<sup>32</sup> *Nur Adryana Qistina Binti Abdullah @ Audrey Christina Samuel*<sup>33</sup> dan beberapa kes yang lain lagi.

Kaedah pengumpulan data yang terakhir dilakukan adalah temu bual tematik ataupun juga dikenali sebagai temu bual tanpa struktur yang mana segala tema-tema yang hendak ditemu bual telah pun disenaraikan terlebih dahulu dengan selengkapnya. Temu bual ini bertujuan untuk melengkapkan maklumat dan mengesahkan data yang telah ada.<sup>34</sup> Setelah semua data dikumpul dan penyelidikan dihasilkan, penulis telah mengaturkan beberapa sesi temu bual dengan Dato' Faiza Thamby Chik yang merupakan Yang Arif Hakim yang telah membicarakan kes *Shamala* di Mahkamah Tinggi sekaligus membuat keputusan penghakiman dalam kes ini. Penulis memilih beliau bertujuan untuk mendapatkan kepastian dan pengesahan mengenai analisis teks penghakimannya dalam kes *Shamala* yang telah penulis lakukan khususnya terhadap keputusannya dalam menentukan hak penjagaan anak.

---

<sup>30</sup> [1993] 1 *CLJ* 391.

<sup>31</sup> [1990] 2 *MLJ* 307.

<sup>32</sup> Kes Mal Nombor: 05100-013-0623-2009.

<sup>33</sup> [2008] 25(1) *JH* 157.

<sup>34</sup> Idris Awang, *Penyelidikan Ilmiah Amalan Dalam Pengajian Islam*, (Selangor: Kamil dan Shakir Sd. Bhd.), 71.



### **1.8.3 Metod Analisis Data**

Untuk menganalisis data yang diperolehi, penulis menggunakan pendekatan induktif dimana maklumat dikumpul dari hal-hal yang bersifat khusus yang akhirnya akan membentuk satu kenyataan yang bersifat umum. Dalam erti kata yang lain kesimpulan kajian akan dirumuskan setelah maklumat dapat dikumpul dengan selengkapnya dan boleh dilihat hasilnya di bahagian terakhir kajian ini.

## 1.8. SOROTAN LITERATUR

Sorotan literatur dalam penulisan ini dimulakan dengan mengkaji perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan untuk melihat pembahagian bidang kuasa antara Mahkamah Syariah dan Mahkamah Sivil bagi menilai sejauh manakah perkara 121(1A) itu dilaksanakan. Pertamanya, perlu dilihat kepada kajian yang dilakukan oleh Faiza Thamby Chik<sup>35</sup> yang membincangkan mengenai kes-kes yang diputuskan yang tidak menurut undang-undang Islam walaupun perkara dan subjek yang terlibat adalah menyentuh undang-undang Islam. Beliau juga membincangkan mengenai kes-kes yang diputuskan selaras dengan matlamat pindaan 121 (1A) dan diakhir perbincangannya beliau membuat kesimpulan yang mana hakim Mahkamah Sivil pada hari ini telah bersedia untuk menggunakan *Malaysian Common Law* yang boleh diubah suai berdasarkan kepada keadaan masyarakat di Malaysia.

Berikutnya, yang menyentuh mengenai perkara 121(1A) juga ialah tulisan Abdul Monir Yaacob<sup>36</sup> yang banyak membicarakan tentang beberapa kes yang timbul konflik bidang kuasa antara Mahkamah Syariah dan Mahkamah Sivil. Percubaan yang menarik dalam kajian ini adalah melihat kepada pandangan penulis tentang kebanyakan hakim dan pengamal undang-undang yang terpengaruh dengan *English Common Law* adalah kerana mereka mendapatkan pendedahan awal pengajian undang-undang di England. Namun dewasa ini, perkembangan pendidikan undang-undang di Malaysia adalah tidak kurang hebatnya dan penulis menyatakan percubaan

---

<sup>35</sup> Faiza Thamby Chik, "Islamic Law in Civil Courts. How Far Do The Civil Courts Take Account of The Islamic Law in Coming To A Decision", *Sistem Kehakiman Islam*, disunting oleh Abdul Monir Yaacob (Kuala Lumpur: Institut Kefahaman Islam Malaysia, 2001).

<sup>36</sup> Abdul Monir Yaacob, "The Implementation of Syariah Law in The Civil and Syariah Courts in Malaysia", *Jurnal Undang-Undang IKIM*, vol. 2, no. 1 (Jan-Jun 1998).

untuk membina *Malaysian Common Law* perlu dipergiatkan termasuklah Undang-Undang Islam.

Perbincangan mengenai kebebasan beragama juga dijadikan rujukan dalam kajian ini berdasarkan kepada buku yang bertajuk *Freedom of Religion in Shari'ah: A Comparative Analysis*.<sup>37</sup> Perbincangan dalam buku ini dimulakan dengan menjelaskan tentang sejarah kewujudan konsep kebebasan hak asasi manusia dari dua perspektif iaitu perspektif Islam dan perspektif barat. Buku ini turut menganalisa skop kebebasan beragama dengan membahagikan konsep kebebasan beragama kepada tiga aspek iaitu menganuti, mengamalkan dan mengembangkan agama berdasarkan kepada takrifan yang dimuatkan dalam beberapa peruntukan undang-undang di dunia.<sup>38</sup> Kemudiannya tumpuan perbincangan adalah sepenuhnya mengenai kebebasan beragama yang berkaitan dengan institusi agama, undang-undang diri dan hak asasi manusia yang lain-lain seperti kebebasan bersuara dan berkumpul. Perbincangan ini membuat perbandingan diantara perspektif Islam dan bukan Islam.

Bagi memastikan penulisan ini dapat dikupas dengan baik, rujukan terhadap kajian yang membincangkan tentang pertukaran agama dan kesannya turut diketengahkan seperti yang ditulis oleh Ahmad Mohamed Ibrahim.<sup>39</sup> Di bahagian permulaan penulisan tersebut, beliau meneroka tentang perspektif Islam mengenai pertukaran agama dari bukan Islam kepada Islam. Berikutnya diketengahkan pula

---

<sup>37</sup> Dr. ABM. Mahbulul Islam, *Freedom of Religion in Shari'ah: A Comparative Analysis*, (Kuala Lumpur: Percetakan Zafar Sdn. Bhd., 2002).

<sup>38</sup> Lihat Perkara 18 Pengisytiharan Hak Asasi Sejagat, Perkara 25 Perlembagaan India, Perkara 41 Perlembagaan Bangladesh dan Perkara 11 Perlembagaan Persekutuan Malaysia.

<sup>39</sup> Ahmad Mohamed Ibrahim, "Effect of Conversion on Marriage-Section 51 of the Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976" dalam *The Administration of Islamic Law in Malaysia*. (Kuala Lumpur: Institut Kefahaman Islam Malaysia, 2000).

huraian pertukaran agama pada perspektif undang-undang Malaysia. Ia turut membincangkan mengenai tujuan dan matlamat seksyen 51 ini dibuat oleh kerajaan dan akhirnya memuatkan tentang pandangan yang boleh memperbaiki ruang kekosongan yang timbul dalam undang-undang ini untuk memberi keadilan kepada pihak yang terlibat.

Turut membincangkan tentang perkaitan antara murtad dan kebebasan beragama ialah kajian yang dilakukan oleh Abdul Aziz Bari.<sup>40</sup> Beliau menjelaskan bahawa betapa Islam telah tidak diberikan kedudukan yang sepatutnya dalam pelaksanaan hak-hak asasi, khususnya dalam konteks kebebasan beragama dan menimbulkan keraguan mengenai tindakan Mahkamah Sivil yang masih belum menghormati bidang kuasa yang diberikan kepada Mahkamah Syariah.

Satu lagi kajian yang melihat perspektif perundangan Malaysia mengenai kes pertukaran agama adalah penulisan Mohamed Azam Mohamed Adil.<sup>41</sup> Dalam kajian ini beberapa perkara yang dibincangkan adalah menyentuh mengenai pembubaran perkahwinan bagi kes pertukaran agama oleh salah seorang pasangan, pemelukan agama Islam oleh kanak-kanak di bawah umur dan juga perbincangan mengenai kes keluar dari Islam. Beberapa kes yang pernah berlaku diujahkan dalam perbincangan ini.

---

<sup>40</sup> Abdul Aziz Bari, "Hak Asasi dalam Perlembagaan Malaysia: Ruang Lingkup dan Masalahnya", *Jurnal Syariah*, 10, 1 (2002): 53-70.

<sup>41</sup> Mohamed Azam Mohamed Adil, "Kesan dan Implikasi Pertukaran Agama dalam Perundangan Malaysia", *Undang-Undang Islam di Mahkamah-Mahkamah Syariah Malaysia*, disunting oleh Ahmad Hidayat Buang (Akademi Pengajian Islam: Universiti Malaya, 1998).

Untuk melengkapkan lagi penulisan ini, pandangan muktabar Imam mazhab empat dalam perkara hadanah dijadikan teras untuk melihat sejauh manakah perincian mengenai mereka yang berhak dalam hadanah dihuraikan dan dikembangkan. Justeru terdapat beberapa buku yang dikarang oleh ulama *fiqh* yang dijadikan rujukan dalam kajian ini antaranya adalah seperti *Nizām al-Ushrah fī al-Islām*<sup>42</sup>, *Sunan Abū Dāwūd*<sup>43</sup>, *Kashāf al-Qinā’ ‘an-matn al-Iqnā’*<sup>44</sup>, *Hāshiyah al-dusūqī ‘alā al-syarh al kabīr*<sup>45</sup> dan *Rawḍah al-ṭālibīn wa ‘umdāt al-muftīn*.<sup>46</sup> Perbincangan dalam kitab-kitab ini adalah berkenaan dengan beberapa pandangan mazhab-mazhab ahli sunnah wal jama’ah seperti Mazhab *Hanafī*, Mazhab *Maliki*, Mazhab *Syafii* dan Mazhab *Hanbali* yang berkaitan dengan hak hadanah anak-anak. Perbincangan ini mengengahkan beberapa isu yang menyentuh tentang kelayakan bagi seseorang untuk mendapat hak hadanah terhadap anak dan syarat-syarat seseorang bukan Islam untuk diberikan hak hadanah ke atas seseorang kanak-kanak yang beragama Islam.

Dalam membahaskan tentang hak hadanah bagi kes pertukaran agama oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil kepada Islam, terdapat satu kajian yang terperinci dihuraikan oleh Zulkifly Muda.<sup>47</sup> Beliau memulakan kajiannya dengan memberi takrifan hadanah dan kemudiannya melihat kepada pandangan para ulama mazhab empat mengenai hak hadanah ibu atau bapa yang memeluk Islam.

---

<sup>42</sup> ‘Uqlah, Muhammad, *Nizām al-Ushrah fī al-Islām*, (Āmman: Maktabah al-Risālah al-Hadīthah, 1984).

<sup>43</sup> *Abū Dāwūd, Sunan Abū Dāwūd*. (Beirut: Dar al-Fikr, 1984).

<sup>44</sup> Bahuti, Mansur b. Yunus b. Al-Idris, *Kashāf al-Qinā’ ‘an-matn al-Iqnā’*, j. 5. (Beirut: ‘Alam al-Kutub, 1983).

<sup>45</sup> Al-Dusūqī, Syams al-Dīn Muhammad al-‘Irfah, *Hāshiyah al-dusūqī ‘alā al-syarh al kabīr* j. 2. (Beirut: Dar Ihya’ al Kutub al ‘Arabiyah, t.t).

<sup>46</sup> Al-Nawawi, *Rawḍah al-ṭālibīn wa ‘umdāt al-muftīn*, Edisi kedua j. 9, (Beirut: al-Maktab al-Islami, t.t).

<sup>47</sup> Zulkifly Muda, “Hak Hadanah dalam Konversi Agama: Kajian Perbandingan antara Islam dengan Perundangan Malaysia”, *Kanun: Jurnal Undang-Undang Malaysia* 16.4 (2004): 14-31.

Beliau juga mengusulkan pandangannya setelah mengkaji perbezaan pendapat dikalangan Imam mazhab empat dengan mengambil pandangan yang dapat menyelesaikan situasi hak hadanah dalam kes pertukaran agama di Malaysia. Bukan ruang pandangan yang ditonjolkan dalam perbincangan ini sebenarnya memanfaatkan negara terutamanya dalam bidang perundangan kearah mencapai penyelesaian dalam perkara yang dibincangkan. Selain itu penulisan beliau ini dapat memberikan gambaran positif bahawa *fiqh* Islam sentiasa berkembang dan dapat mencari penyelesaian yang tidak memberatkan sebelah pihak dan juga tidak bersifat tertutup.

Kajian yang dijalankan oleh Najibah Mohd Zin<sup>48</sup> membincangkan mengenai konflik perundangan yang berkaitan dengan peruntukan seksyen 51 Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976 dan sekaligus menyokong saranan Prof. Ahmad Mohamed Ibrahim agar pindaan terhadap peruntukan seksyen 51 ini dilakukan untuk menyelesaikan pertikaian menfailkan pembubaran perkahwinan dalam isu salah seorang pasangan perkahwinan sivil memeluk agama Islam. Perbincangan mengenai hak penjagaan anak juga dikemukakan dengan menekankan prinsip kebajikan anak adalah pertimbangan yang utama bagi mahkamah yang mana prinsip ini adalah selaras dengan undang-undang Islam dan undang-undang sivil. Penghakiman dalam kes *Shamala Sathiyaseelan v Dr. Jeyaganesh C Mogarajah dan Lain-lain*<sup>49</sup> turut dibincangkan dengan melihat dari satu sisi yang berbeza dimana beliau menyatakan bahawa keputusan memberikan hak jagaan kepada pasangan yang tidak memeluk Islam adalah tidak selaras dengan prinsip syariah.

---

<sup>48</sup> Najibah Mohd Zin, "Resolving the Conflicts in Family Disputes Involving Conversion of A Spouse to Islam under the Malaysian Law", *The Law Review*, 1 (2007): 61-71.

<sup>49</sup> [2003] 3 CLJ 690; [2004] 2 MLJ 241; [2004] 2 MLJ 648; [2004] 3 CLJ 516; [2011] 2 MLJ 281.

Perbincangan yang menyentuh tentang hak hadanah anak dalam kes pemeluk Islam oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil juga boleh dilihat dalam penulisan Noor Aziah Haji Mohd Awal.<sup>50</sup> Beliau memulakan perbincangan dengan mengupas isu bidang kuasa antara Mahkamah Syariah dan Mahkamah Sivil yang menyentuh mengenai peruntukan 121(1A) Perlembagaan Persekutuan. Selain daripada itu penulisan ini dikembangkan dengan melihat peruntukan seksyen 51 Akta 164 dan implikasinya terhadap persoalan pembubaran perkahwinan antara pasangan yang memeluk Islam dan tidak memeluk Islam. Saranan supaya seksyen 51 Akta 164 ini dipinda, diketengahkan dalam perbincangan ini.

Berikutnya penulisan ini dikemaskan lagi dengan membincangkan tentang hak hadanah anak yang mana penghakiman dalam kes *Shamala Sathiyaseelan v Dr. Jeyaganesh C Mogarajah dan Lain-lain*<sup>51</sup> dibincangkan. Ini adalah untuk melihat apakah pendirian mahkamah dalam menentukan hak hadanah anak-anak dalam kes ini. Kesimpulan yang dapat dihasilkan adalah pertimbangan yang berhati-hati oleh Yang Arif Hakim dalam memutuskan kes ini ialah begitu bijaksana dengan mengaplikasi peruntukan undang-undang Syariah dan Sivil bagi menyelesaikan permasalahan hak penjagaan anak yang tersepit di antara dua ibu bapa yang berlainan agama. Pandangan daripada Mazhab *Maliki* diguna pakai oleh Yang Arif Hakim dalam memberikan hak jagaan anak kepada ibu yang bukan Islam setelah beberapa penelitian dilakukan.

---

<sup>50</sup> Noor Aziah Haji Mohd Awal, "Pertukaran Agama: Hak Penjagaan Anak – Isu dan Masalah", [2004] 3 *MLJ* xxxiv.

<sup>51</sup> [2003] 3 *CLJ* 690; [2004] 2 *MLJ* 241; [2004] 2 *MLJ* 648; [2004] 3 *CLJ* 516; [2011] 2 *MLJ* 281.

Terdapat juga kajian yang menyeluruh tentang kesan terhadap beberapa tuntutan sampingan dalam kes pemelukan kepada agama Islam dibincangkan, termasuk yang ditulis oleh Nuraisyah Chua Abdullah.<sup>52</sup> Perbincangan ini menyingkap mengenai pertukaran agama dari kacamata Syariah dan undang-undang Sivil Malaysia serta mengemukakan beberapa tuntutan yang sepatutnya boleh diputuskan. Yang demikian adalah kerana timbulnya salah faham dikalangan masyarakat iaitu apabila salah seorang pasangan dari perkahwinan sivil memeluk Islam maka terurailah segala tanggungjawab dan terputus secara automatik. Ternyata pandangan sebegini adalah sempit dan memperlihatkan bahawa Islam tidak mengamalkan keterbukaan dan toleransi serta kasih sayang yang sama sekali berlainan dengan prinsip Islam. Penulisan ini membuka ruang untuk menjelaskan bahawa Islam memberi kerjasama dan tidak mengabaikan tanggungjawab yang sepatutnya dipikul.

Secara kesimpulannya, terdapat banyak penulisan yang telah diterbitkan bagi membincangkan tentang kesan pemelukan Islam oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil dari pelbagai sudut. Kajian tentang perkara yang menyentuh mengenai bidang kuasa antara dua sistem mahkamah di Malaysia juga banyak dihasilkan. Beberapa saranan dan pandangan juga telah dikemukakan dalam perbincangan kajian-kajian lepas untuk membantu pihak yang berwajib yang menggubal undang-undang supaya dapat membuat peruntukan yang dapat membantu pihak yang bertikai menyelesaikan permasalahan yang timbul.

---

<sup>52</sup> Nuraisyah Chua Abdullah, *Conversion to Islam – Effect on Status of Marriages and Ancillary Reliefs*, (Kuala Lumpur: International Law Book Services, 2004).



Beberapa kajian yang dimuatkan dalam sorotan literatur ini menjelaskan beberapa pandangan agar seksyen 51 Akta 164 dipinda untuk menyelesaikan konflik bidang kuasa antara dua sistem mahkamah di Malaysia dalam kes pemelukan Islam salah seorang pasangan perkahwinan sivil. Manakala, perbincangan mengenai isu hak hadanah dalam kes pemelukan Islam oleh salah seorang pasangan perkahwinan sivil yang menekankan bahawa prinsip kebajikan adalah pertimbangan yang utama, wajar digunakan oleh mahkamah. Prinsip ini dilihat selaras dengan undang-undang Syariah dan undang-undang Sivil. Oleh itu, penulisan ini bertujuan untuk menggabung dan menyusun kajian-kajian terdahulu yang khusus berkaitan dengan pemelukan Islam salah seorang pasangan perkahwinan sivil dan implikasinya terhadap hak hadanah.

## **1.9. SUSUNAN BAB**

Kajian yang penulis lakukan ini secara keseluruhannya mengandungi lima bab. Bab pertama ialah bab pengenalan di mana penulis membincangkan tentang latar belakang kajian, permasalahan kajian, objektif dan kepentingan kajian. Selain itu, bab ini juga menjelaskan tentang skop atau batasan kajian yang dilakukan, penghuraian definisi istilah serta menghuraikan metodologi penyelidikan yang digunakan dalam kajian ini.

Dalam bab yang kedua pula penulis membincangkan mengenai pemeluk Islam salah seorang pasangan perkahwinan sivil: tinjauan mengenai kebebasan beragama dan isu pembubaran perkahwinan dengan membawakan beberapa contoh kes yang dilaporkan dalam jurnal undang-undang. Bab ini adalah untuk menilai mengenai konsep kebebasan beragama di Malaysia. Rujukan bukan hanya berdasarkan kepada Perlembagaan Persekutuan tetapi juga berdasarkan kepada Pengisytiharan Hak Asasi Manusia Sejangat 1948 dan juga Pengisytiharan Hak Asasi Manusia di Kaherah 1990. Antara tumpuan lain dalam bab ini juga adalah mengenai beberapa konflik perundangan yang menyentuh tentang bidang kuasa antara Mahkamah Sivil dan Mahkamah Syariah khususnya dalam kes pembubaran perkahwinan bagi salah seorang pasangan perkahwinan sivil yang memeluk Islam. Sekiranya sesuatu mahkamah mempunyai bidang kuasa dalam mendengar kes pembubaran perkahwinan tersebut, maka mahkamah itulah yang berkeelayakan untuk memutuskan hak hadanah yang menjadi pertikaian antara pihak yang terlibat.

Pada bab yang ketiga pula, kupasan tertumpu mengenai hak hadanah dalam kes pertukaran agama yang mana penulis mengolah mengenai isu hadanah dengan membawakan beberapa pendekatan yang dari sudut *fiqh* Islam, undang-undang pentadbiran Islam di Malaysia dan juga undang-undang sivil di Malaysia. Manakala di dalam bab yang keempat, penulis membuat analisis penghakiman bagi kes *Shamala Sathiyaseelan v Dr. Jeyaganesh C Mogarajah dan Lain-lain*<sup>53</sup> untuk melihat pendirian yang diambil oleh Mahkamah Sivil dalam memutuskan hak hadanah ke atas anak-anak yang terlibat.

Bab yang terakhir pula, penulis membuat beberapa kesimpulan terhadap hasil kajian yang dibuat dan seterusnya akan diikuti dengan cadangan dan saranan yang penulis ketengahkan dan perlu diberikan perhatian sewajarnya.

---

<sup>53</sup> [2003] 3 CLJ 690; [2004] 2 MLJ 241; [2004] 2 MLJ 648; [2004] 3 CLJ 516; [2011] 2 MLJ 281.