

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/311912804>

# Akses Kepada Keadilan Dalam Komuniti Pelbagai Agama

Article · January 2016

---

CITATIONS

0

READS

15

11 authors, including:



**Faridah Jalil**

National University of Malaysia

17 PUBLICATIONS 4 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Modul Literasi Undang-undang untuk Muallaf [View project](#)

All content following this page was uploaded by [Faridah Jalil](#) on 27 December 2016.

The user has requested enhancement of the downloaded file. All in-text references [underlined in blue](#) are added to the original document and are linked to publications on ResearchGate, letting you access and read them immediately.

## RESEARCH ARTICLE

# Akses Kepada Keadilan Dalam Komuniti Pelbagai Agama

<sup>1</sup>Faridah Jalil, PhD and <sup>2</sup>dan Rohizan Halim, PhD

<sup>1</sup>Fakulti Undang-Undang, Universiti Kebangsaan Malaysia, Bangi, Selangor, Malaysia.

<sup>2</sup>Pusat Pengajian Undang-Undang, Kerajaan dan Kajian Antarabangsa, Universiti Utara Malaysia, Sintok, Kedah, Malaysia.

### Address For Correspondence:

Faridah Jalil, Fakulti Undang-undang, Universiti Kebangsaan Malaysia, 43600 UKM, Selangor, Malaysia Tel: +6019-3326-415; E-mel: [faridah@ukm.edu.my](mailto:faridah@ukm.edu.my)

Received 1 March 2016; accepted 22 May 2016; published 28 May 2016

## ABSTRACT

**Latar belakang:** Kelembagaan ini sistem kehakiman negara sedang berada di persimpangan berikutan dari keputusan kes Indira Gandhi yang mendapat liputan meluas di akhbar perdana tempatan dan laman sosial negara ini. Kebimbangan yang berbangkit dari kes beliau ialah perasaan ragu yang ditimbulkan oleh Indira Gandhi terhadap peluang untuk beliau mendapat pengadilan yang adil dan saksama di bawah sistem keadilan negara ini. Persoalan yang dibangkitkan oleh beliau dan banyak pihak ialah adakah terdapat mahkamah yang kompeten, adil dan sesuai untuk membicarakan kes-kes yang melibatkan pihak dari pelbagai agama sepertimana yang berlaku dalam kes Indira Gandhi ini. Polemik yang timbul dari kes Indira Gandhi dan beberapa kes sebelumnya dikatakan timbul akibat dari Perkara (Per) 121(1A) yang difahami sebagai memberikan bidang kuasa eksklusif kepada Mahkamah Syariah untuk membicarakan kes-kes yang melibatkan orang Islam dan mengenyepikan orang bukan Islam. Kertas kerja ini bertujuan untuk melihat adakah benar Per 121(1A) menyebabkan akses kepada keadilan menjadi terhad dan apakah pilihan yang ada untuk memastikan semua rakyat Malaysia tanpa mengira etnik dan agama mempunyai akses kepada keadilan. Artikel ini mendapati Per 121(1A) memerlukan sokongan dari pelbagai pihak untuk merealisasikan tujuan peruntukan tersebut diadakan dan pihak bertikai boleh mendapatkan akses yang efektif terhadap keadilan. Kedua-dua Mahkamah Sivil dan Mahkamah Syariah perlu membantu pihak-pihak untuk mendapatkan keadilan dan dalam masa yang sama dihormati bidangkuasanya.

**Key words:** Akses kepada keadilan – Per 121(1A) Perlembagaan Persekutuan – Bidangkuasa Mahkamah Sivil dan Syariah – komuniti pelbagai agama

## INTRODUCTION

Polemik mengenai bidangkuasa mahkamah sivil dan syariah melibatkan pihak pelbagai agama dan kepercayaan, serta pertukaran agama kanak-kanak apabila salah seorang penjaga memeluk agama Islam kelihatan tidak berkesudahan dan masih belum terlerai. Pada 30 Disember 2015 Mahkamah Rayuan telah memutuskan rayuan Indira dan keputusan tersebut yang tidak memihak kepada Indira telah disambut oleh persoalan; Adakah wujud mahkamah yang kompeten, adil dan sesuai untuk memutuskan pertikaian yang melibatkan dua pihak yang berbeza agama [23]? Keputusan kes ini menjadikan perkara mendapatkan hak dan remedi untuk pihak berbeza agama semakin kusut dan kontroversi kerana menjejaskan akses kepada keadilan. Adalah membimbangkan apabila terdapat rakyat negara ini merasakan bahawa akibat perbezaan agama akses untuk keadilan dinafikan [17] Kertas kerja ini tidak membincangkan mengenai aspek substantif seperti hak penjagaan anak atau konflik bidang kuasa Mahkamah Sivil dan Syariah, tetapi menjurus kepada mencari mekanisme yang sesuai supaya pihak terkilan boleh mendapatkan akses kepada keadilan.

### Open Access Journal

Published BY AENSI Publication

© 2016 AENSI Publisher All rights reserved

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

**To Cite This Article:** Faridah Jalil, PhD and dan Rohizan Halim, PhD., Akses Kepada Keadilan Dalam Komuniti Pelbagai Agama. *Research Journal of Social Sciences*, 9(3): 86-92, 2016

*Maksud akses kepada keadilan:*

Akses kepada keadilan amat penting untuk memastikan setiap pihak yang terlibat dalam pertikaian mempunyai peluang untuk mendapatkan remedi bagi diri mereka. Menurut UNDP, akses kepada keadilan bukan hanya bermaksud akses kepada mahkamah tetapi juga meliputi adjudikasi yang bersifat tradisional atau tidak rasmi bagi membolehkan pihak terbabit mendapatkan perlindungan yang bersesuaian [18]. UNDP juga mengesakan bahawa salah satu halangan kepada akses terhadap keadilan ialah batasan yang terdapat kepada remedi yang diperuntukkan oleh undang-undang atau amalan kehakiman. Kebanyakan sistem sering gagal untuk menyediakan remedi yang tepat, tidak mendiskriminasi, mencukupi, adil dan bersifat mencegah. Misalnya, masyarakat yang masih menjalani kehidupan bercorak tradisional berkemungkinan tidak berpeluang untuk menuntut hak keatas pemilikan tanah tradisional kerana hak pemilikan secara adat tidak diiktiraf oleh undang-undang. Dari perspektif hak asasi, akses kepada keadilan dilihat bukan semata-mata mengenai peluang untuk ke mahkamah atau hak representasi, tetapi meliputi jaminan bahawa hasil tuntutan mahkamah atau undang-undang adalah adil serta mempunyai nilai ekuiti (*equitable value*) di mana pihak yang bertikai mempunyai remedi yang memuaskan dan bermakna [3]. Mengambil maksud ini dan sentimen yang dizahirkan oleh Indira Gandhi kelihatan seolah-olah tiada remedi yang dapat ditawarkan untuk Indira Gandhi dalam sistem kehakiman sedia ada dan jikapun beliau tidak berhak kepada remedi tersebut tiada mekanisma yang membuatkan beliau berasa bahawa keadilan telah diberikan kepada beliau. Samada dakwaan ini benar atau sebaliknya akan dapat dilihat dari sistem penyelesaian konflik yang disediakan di negara ini.

*Sistem Penyelesaian Konflik di Malaysia:*

Penyelesaian konflik secara umumnya adalah merupakan tugas Mahkamah dan kebiasaannya hanya terdapat satu hirarki mahkamah sahaja yang beroperasi dikebanyakan negara. Akibat dari pentadbiran Inggeris yang berlangsung di negara ini untuk tempoh masa lebih dari 500 tahun, sistem pengurusan konflik Malaysia terbahagi kepada dua, iaitu pertama, penyelesaian perbalahan yang diurus di Mahkamah Sivil berdasarkan undang-undang sivil dan kedua, penyelesaian perbalahan yang diurus di Mahkamah Syariah menggunakan undang-undang Syariah [14]. Selain faktor sejarah, hal ini berlaku disebabkan oleh dua faktor lain, iaitu:

a) Amalan federalism di Malaysia yang mengagihkan kuasa eksekutif dan legislatif persekutuan dan negeri seperti yang digariskan oleh Jadual 9 Senarai Negeri dan Per 75 Perlembagaan Persekutuan berhubung bidangkuasa pentadbiran dan pembuatan undang-undang persekutuan dan negeri; dan

b) Agihan kuasa kehakiman menurut Per 121(1A) Perlembagaan yang menetapkan bahawa mahkamah sivil tidak mempunyai bidang kuasa berkenaan dengan apa-apa perkara yang terjumlah dibawah bidangkuasa mahkamah Syariah khususnya yang melibatkan:

*Hukum Syarak dan undang-undang diri dan keluarga bagi orang yang menganut ugama Islam*, termasuk Hukum Syarak berhubung dengan mewarisi harta berwasiat dan tak berwasiat, pertunangan, perkahwinan, perceraian, mas kahwin, nafkah, pengambilan anak angkat, taraf anak, penjagaan anak, pemberian, pembahagian harta dan amanah bukan khairat; Wakaf Islam dan takrif serta peraturan mengenai amanah khairat dan khairat ugama, perlantikan pemegang-pemegang amanah dan perbadanan bagi orang-orang mengenai pemberian ugama Islam dan Khairat, yaysan, amanah, khairat dan yayasan khairat yang dijalankan kesemuanya sekali dalam Negeri; adat istiadat Melayu; Zakat, Fitrah dan Baitulmal atau hasil ugama yang seumpamanya; masjid atau mana-mana tempat sembahyang awam untuk orang Islam; mengadakan dan menghukum kesalahan-kesalahan yang dilakukan oleh orang-orang yang menganut ugama Islam terhadap rukun-rukun Islam, kecuali mengenai perkara-perkara yang termasuk dalam Senarai Persekutuan; keanggotaan, penyusunan dan cara bagi mahkamah-mahkamah Syariah, yang akan mempunyai bidangkuasa hanya ke atas orang-orang yang menganut ugama Islam dan hanya mengenai mana-mana perkara yang termasuk dalam perenggan ini, tetapi tidak mermpunyai bidang kuasa mengenai kesalahan-kesalahan kecuali setakat yang diberi oleh undang-undang persekutuan; mengawal pengembangan iktikad dan kepercayaan antara orang-orang yang menganut ugama Islam; menentukan perkara-perkara Hukum Syarak dan iktikad dan adat istiadat Melayu” (Item 1 Senarai Negeri Jadual 9, Perlembagaan Persekutuan)

*Pentafsiran Mahkamah:*

Berlaku perbahasan yang hebat mengenai maksud Per 121(1A) yang pada awalnya dimasukkan kedalam perlembagaan untuk tujuan memastikan Mahkamah Sivil tidak mengubah keputusan mahkamah syariah, apabila orang Islam yang tidak berpuas hati dengan keputusan Mahkamah Syariah mengemukakan rayuan ke Mahkamah Sivil seperti berlaku dalam kes *Myriam v Ariff* [1971] 1 MLJ 275 dan *Tengku Mariam & Anor v Commissioner for Religious Affairs, Trengganu 7 Ors* [1971] 1 MLJ 265 atau Mahkamah Sivil keliru dalam mengaplikasi undang-undang Islam seperti dalam kes *Ainan bin Mahmud v Syed Abu Bakar* [1939] MLJ 209 dan *Nafisah v Abdul Majid* [1962] 2 MLJ 174 [4].

Adanya Per 121(1A) pada takat tertentu menghentikan campurtangan Mahkamah Sivil dalam perkara-perkara *hukum Syarak dan undang-undang diri dan keluarga ... orang yang menganut ugama Islam* seperti yang diputuskan oleh kes *Mohamed Habibullah b Mahmood v Faridah bte Dato Talib* [9] dimana Hakim

Mahkamah Agung (HMA) Harun Hashim menyatakan, oleh kerana kedua-dua pihak adalah beragama Islam dan perkara yang diadukan adalah terjumlah di bawah s127 Akta Undang-undang Keluarga Islam, dan Mahkamah Syariah mempunyai kuasa untuk mengeluarkan perintah injunksi menurut s 107 akta yang sama, adalah tanpa keraguan Mahkamah Syariah telah dianugerah bidangkuasa eksklusif. Bidangkuasa eksklusif, berdasarkan kes ini boleh dihujahkan timbul apabila (a) pihak adalah beragama Islam, (b) perkahwinan berlangsung menurut undang-undang Islam, dan (c) terdapat peruntukan undang-undang yang menyatakan Mahkamah Syariah mempunyai bidang kuasa dalam perkara yang dipertikai. Ini dipersetujui oleh kes *Haji Raimi* [4] telah memutuskan bahawa Mahkamah Syariah akan hanya mempunyai bidang kuasa eksklusif jika pihak-pihak adalah beragama Islam dan perkahwinan bukan dimasuki dibawah undang-undang sivil dan diikuti oleh kes *Viran* (22) yang diputuskan oleh Mahkamah Rayuan. Kes *Viran* ini telah dirayu ke Mahkamah Persekutuan dan mahkamah telah mengekalkan keputusan bahawa bagi perkahwinan yang dimasuki menurut undang-undang sivil, mahkamah yang mempunyai bidang kuasa adalah mahkamah sivil [21].

Namun satu perkara yang tidak dijangkau oleh pindaan pada tahun 1988 ini ialah, bagaimanakah perkara *hukum Syarak dan undang-undang diri dan keluarga ... orang yang menganut ugama Islam* akan diselesaikan apabila berlaku perbezaan agama pasangan akibat salah satu pasangan bertukar agama, seperti salah satu pihak dalam perkahwinan sivil bertukar kepada agama Islam dan pasangannya kekal beragama asal. Ini akan yang menyebabkan berlaku perbezaan undang-undang yang akan mentadbir hal penjagaan anak, pemberian nafkah dan agihan harta. Abdul Hamid Mohamed, Hakim Mahkamah Persekutuan (HMP) dalam kes *Latifah* [8] menyatakan; “...*problem has arisen and become more serious over the last two decades. Courts and the civil courts as well as the Syariah Courts have had to grapple with this problem. While a judgment settles the case before the court, it creates other problems in subsequent cases.*” Perbezaan agama menjadikan ada dua Mahkamah yang mempunyai bidang kuasa, namun keputusan kedua mahkamah ini tidak mengikat pihak yang berbeza agama. Dalam perkara ini boleh berlaku dua prosiding berjalan serentak, di Mahkamah Sivil dan Mahkamah Syariah sebelum keputusan muktamad dapat diberikan. Hal ini menyebabkan litigant terpaksa menanggung kos yang tinggi dan masa yang panjang. Kemungkinan juga berlaku perkara dipertikai adalah di luar bidang kuasa kedua-dua mahkamah. Apabila ini berlaku, akses kepada keadilan adalah dinafikan.

Hakim Nik Hashim and Hakim Azmel dalam kes *Subhashini* [17] yang dibicara di Mahkamah Persekutuan cuba untuk menjawab perkara yang dibangkitkan oleh Abdul Hamid Mohamed HMP dalam kes *Latifah* dengan menyatakan bahawa, kedua-dua Mahkamah Sivil dan Syariah adalah bebas dari satu sama lain, mempunyai kedudukan yang setara dan beroperasi dalam bidang kuasa yang ditetapkan oleh undang-undang. Fakta bahawa Mahkamah Syariah adalah ditubuhkan oleh undang-undang negeri tidak menjadikan status Mahkamah tersebut lebih rendah dari Mahkamah Sivil. Mahkamah Sivil oleh itu tidak boleh menghalang perintah Mahkamah Syariah yang dibuat berasaskan bidang kuasa yang sah. Untuk membolehkan remedi diperolehi oleh *Subhashini*, kedua-dua hakim menetapkan bahawa pemelukan agama Islam tidak menjadikan suami kebal dari tuntutan di Mahkamah Sivil. Mahkamah menjadikan status pasangan pada masa perkahwinan sebagai penentu bidang kuasa mahkamah. Prinsip ini akan mencegah dari pihak yang memeluk Islam menggunakan dalihan tiada bidang kuasa untuk lari dari tanggungan yang berbangkit dari perkahwinan sivil. Sementara itu, adalah jelas bahawa pihak yang beragama Islam tidak mempunyai halangan untuk hadir di Mahkamah Sivil, sedangkan pasangan bukan Islam tiada hak didengar di Mahkamah Syariah.

Berdasarkan keluasaan bidangkuasa, Mahkamah Sivil mempunyai bidangkuasa yang lebih baik. Ini bukan berlaku akibat kelemahan Mahkamah Syariah, tetapi disebabkan batasan yang dikenakan oleh undang-undang yang hanya boleh diperbaiki melalui penilaian semula terhadap sistem perundangan dan kuasa kehakiman negara. Dalam masa yang sama bagi kes pasangan meninggalkan agama Islam, bidang kuasa menentukan status agama pihak yang mendakwa meninggalkan Islam, status perkahwinan, penjagaan anak, pendidikan serta pembahagian harta adalah terletak kepada Mahkamah Syariah, kerana ini adalah *reciprocal* dari ketetapan yang disebut sebelumnya.

#### *Undang-undang terpakai:*

Selain dari penghakiman yang disebutkan diatas, perkara ini telah cuba diselesaikan dengan meminda beberapa peruntukan undang-undang penting untuk menangani masalah akses kepada keadilan untuk tuntutan pasangan pelbagai agama. Antaranya s51 Undang-undang Perkahwinan dan Perceraian 1976 (Pindaan 2004) yang membolehkan mana-mana pihak yang tidak memeluk Islam untuk membuat permohonan perceraian setelah tamat tempoh tiga bulan dari pemelukan Islam berlaku. Berdasarkan peruntukan itu juga, Mahkamah Sivil apabila membubarkan perkahwinan boleh ‘*membuat peruntukan untuk isteri atau suami, dan untuk nafkah, pemeliharaan dan penjagaan anak-anak dari perkahwinan itu, jika ada, dan boleh mengenakan apa-apa syarat ke atas dekri pembubaran itu sebagaimana yang difikirkannya patut*’.

Masalah yang berbangkit dari peruntukan ini, berdasarkan kes-kes yang dibawa ke Mahkamah ialah, pengiraan tempoh tiga bulan setelah pemelukan agama Islam sukar untuk ditentukan. Ini kerana kebanyakan pihak yang memeluk Islam melakukannya secara rahsia dan anak yang dilahirkan dalam perkahwinan akan ditukar menganut agama Islam. Tidak disebutkan rasional ketetapan tempoh tiga bulan setelah pemelukan

agama Islam untuk memulakan permohonan perceraian. Kebaikan tempoh tiga bulan ini ialah supaya pasangan boleh berbincang dan menyelesaikan perkara berbangkit dari perkahwinan terdahulu seperti penjagaan anak, nafkah anak, pembahagian harta dan termasuklah agama anak-anak dari perkahwinan dahulu. Berdasarkan undang-undang Islam, jika suami memeluk Islam, isteri akan mempunyai tempoh iddah iaitu selama tiga bulan, dan boleh memutuskan untuk memeluk Islam dalam tempoh tersebut. Seandainya isteri memeluk Islam, perkahwinan terdahulu adalah kekal. Hal yang sama adalah juga terpakai kepada isteri [13]. Oleh itu, tempoh tiga bulan yang ditetapkan oleh s51 sewajarnya digunakan untuk berunding antara pasangan sebelum keputusan memfailkan perceraian dibuat. Walau bagaimanapun, amalan sekarang adalah pihak yang memeluk Islam kebiasaannya merahsiakan pengislaman dan menyebabkan berlaku banyak masalah dari ikatan perkahwinan sebelumnya [6].

Namun begitu kemungkinan terdapat persaingan antara pasangan dalam membuat tuntutan, terutamanya berhubung dengan hak penjagaan anak. Dalam beberapa keadaan bapa yang memeluk Islam akan mendapatkan perintah dari Mahkamah Syariah untuk membubarkan perkahwinan dan mendaftarkan anak sebagai seorang Islam. Adalah disarankan bahawa, terdapat juga ketetapan di bawah undang-undang keluarga Islam, mengkehendaki pihak yang memeluk Islam untuk memfailkan permohonan mengenai kedudukan perkahwinan sebelumnya dan perkara berbangkit dari perkahwinan tersebut setelah tamat tempoh tiga bulan dan penyelesaian dari Mahkamah Sivil telah diperolehi.

Penyelesaian bagi perkara berbangkit seperti penjagaan anak juga telah ditetapkan oleh undang-undang. Apabila Malaysia menjadi pihak kepada *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*, undang-undang berkaitan hak yang melibatkan penjagaan anak telah diselaraskan dengan konvensyen tersebut. Oleh itu, hak penjagaan adalah diberi secara samarata. Berdasarkan semangat peruntukan undang-undang yang memberikan hak samarata tersebut seperti s5 Akta Penjagaan Kanak-kanak 1961, adalah mustahak untuk difahami bahawa tiada seorangpun samada ibu atau bapa mempunyai hak eksklusif dalam penjagaan anak, yang termasuk hak menentukan agama. Kedua-dua ibubapa hendaklah berunding dan mendapatkan persetujuan mengenai penjagaan dan pembesaran anak. Ini kerana tidak terdapat kesepakatan dalam hukum syara' berhubung gugurnya hak penjagaan anak jika penjaga adalah bukan Islam sementara penekanan terhadap kebajikan kanak-kanak adalah menjadi pertimbangan oleh undang-undang Syariah dan undang-undang sivil (Mohamed Azam, 2014). Dalam masa yang sama, jika telah terdapat kesepakatan mengenai hak jagaan adalah lebih mudah kes diputuskan oleh mahkamah. Dalam kes *Yip Fook Tai v Manjit Singh @ Mohd Iskandar Manjit Abdullah* [23], terdapat persetujuan diantara ibubapa bahawa anak yang sulung akan tinggal dengan bapa sementara yang bungsu akan tinggal dengan ibu setelah berlaku perceraian menurut s51 Akta Pembaharuan Perkahwinan dan Perceraian 1976 kerana suami telah memeluk Islam. Apabila ibu memohon untuk mendapatkan hak jagaan anak perempuan sulung, mahkamah telah memeriksa kesesuaian seorang ibu bukan Islam untuk menjaga anak yang beragama Islam. Mahkamah menggunakan prinsip bahawa agama anak adalah menurut agama bapa, oleh itu tidak sesuai untuk ibu tersebut membesarkan anak, tambahan lagi anak tersebut telah menyatakan keinginannya untuk tetap tinggal bersama bapa.

Dalam masa yang sama kedudukan agama Islam anak-anak belum baligh, menurut majoriti enakmen pentadbiran Islam ialah, anak-anak yang diserahkan hak penjagaannya oleh mahkamah kepada penjaga yang memeluk Islam akan dianggap sebagai telah memeluk Islam; jika hak jagaan anak diserahkan kepada pihak yang tidak memeluk Islam, agama kanak-kanak akan ditentukan oleh penjaganya [25]. Adalah jelas Enakmen Negeri mengiktiraf bidangkuasa Mahkamah Sivil untuk menentukan hak penjagaan anak.

#### *Amalan Pentadbiran:*

Buat masa ini tidak kelihatan amalan pentadbiran dibuat untuk membantu keinginan memeluk agama Islam dilaksanakan dengan harmoni jika berlaku keadaan terdapat penentangan dalam pertukaran agama tersebut atau untuk menghalang dari pertukaran agama dijadikan alat untuk melarikan dari tanggungjawab. Mekanisma menangani pertukaran agama terutamanya yang terlibat anak-anak bawah umur (minor) boleh dilihat ketika era pentadbiran Inggeris di Johor. Disebutkan bahawa terdapat 2 agensi yang akan berperanan untuk menangani pertikaian berhubung pertukaran agama, iaitu Jabatan Agama Islam Johor dan Department of Chinese Affairs Johore [13]. Proses yang perlu dilalui ialah:

- i. Kedua-dua jabatan akan melihat kebajikan kanak-kanak terlibat.
- ii. Adakah terdapat perkara-perkara yang menjadi halangan kehendak kanak-kanak untuk menjadi seorang Muslim.
- iii. Pemelukan agama Islam tidak akan menyebabkan hak 'legal guardian' kepada penjagaan, oleh itu keizinan penjaga diperlukan;
  - (a) Apabila pembedahan perlu dilakukan,
  - (b) Untuk perkahwinan,
  - (c) Apabila kanak-kanak ingin meninggalkan rumah.

iv. Berkaitan dengan perkara iii penjaga yang sah boleh memohon mahkamah sivil untuk menguatkuasakan haknya atau Pelindung menurut s15(i)(a) Enakmen 113 untuk menahan kenak-kanak di tempat yang selamat.

v. Ibubapa akan hilang hak jagaan apabila kanak-kanak mencapai umur 21 tahun,

vi. Chinese Affairs Officer hendaklah cuba untuk;

(a) mempengaruhi bapa supaya menerima pertukaran agama tersebut

(b) memujuk anak perempuan untuk tinggal dengan bapa;

(c) membincangkan kedudukan kanak-kanak dengan Pegawai Hal Ehwal Agama dan mendapatkan bantuan darinya.

vii. Usaha-usaha hendaklah diambil untuk menyelesaikan pertukaran agama dengan baik.

Telah terdapat ketetapan dibuat oleh Kabinet pada tahun 2009 yang menyatakan bahawa undang-undang Syariah hanya boleh digunakan terhadap perjanjian berkaitan perkahwinan yang dibuat bermula dari tarikh individu itu memeluk Islam dan bukannya sebelum itu [20]. Majlis Agama Islam Negeri Sembilan juga telah membuat ketetapan bahawa sebelum seseorang memeluk Islam mereka hendaklah menyelesaikan semua perkara berbangkit dari perkahwinan terdahulu[3].

#### *Pemerhatian:*

Masalah yang timbul berikutan sistem kehakiman yang diamalkan di Malaysia ialah pengasingan hak untuk membuat tuntutan di mahkamah. Amalan yang diterima pakai ialah bagi perkara yang bersifat peribadi serta melibatkan kekeluargaan atau kepercayaan orang Islam tertakluk kepada bidang kuasa Mahkamah Syariah sementara orang bukan Islam dan orang Islam bagi perkara yang tidak melibatkan *undang-undang diri dan keluarga* tertakluk kepada undang-undang sivil. Hal ini walaupun difahami sebagai sejajar dan memenuhi kebebasan beragama yang dijamin oleh Perlembagaan, mengundang masalah kerana kefahaman bahawa pembahagian tersebut adalah melambangkan kedudukan Mahkamah Syariah lebih rendah dari Mahkamah Sivil kerana dalam perkara tertentu orang Islam masih boleh diadili di Mahkamah Sivil. Perkara ini perlu difahami secara rasional supaya pihak berbeza agama yang terlibat dalam konflik boleh mendapat akses kepada keadilan dan menjalani kehidupan dengan tenang dan mendapat pembelaan terutamanya untuk menyara kehidupan.

Namun begitu, terdapat halangan untuk menyediakan penyelesaian bagi perkara ini kerana tiada mahkamah yang boleh mengadili kedua-dua pihak yang berbeza agama secara bersekali. Oleh itu berlaku keadaan dimana satu pihak akan ke Mahkamah Sivil dan satu pihak lagi akan ke Mahkamah Syariah. Kedua-dua mahkamah ini kemudiannya akan bertelingkah mengenai bidangkuasa, menyebabkan merit sebenar kes tidak diadili dan seterusnya keadilan tidak diberikan kepada pihak-pihak. Ilustrasi dari kes Indira Gandhi menunjukkan keadaan ini. Persoalan yang ditimbulkan oleh kes Indira Gandhi dan kes-kes yang serupa dengannya ialah, kes ini mengenai siapa? Hak jagaan anak atau kesahan tindakan pertukaran agama atau Mahkamah yang boleh membicara? Per 121(1A) walaupun boleh dilihat bertujuan memertabatkan Mahkamah Syariah, namun peruntukan ini memerlukan sokongan dari undang-undang lain atau arahan kehakiman serta keputusan kehakiman yang dapat menyediakan ruang bagi pihak berlainan agama menyelesaikan pertikaian mereka. Kelompangan yang terdapat dalam undang-undang untuk menyokong peruntukan ini menyebabkan Per 121(1A) dilihat sebagai punca penafian akses kepada keadilan oleh pihak yang terlibat dalam pertikaian dengan orang Islam dalam perkara *hukum Syarak dan undang-undang diri dan keluarga*. Persoalan tersebut tidak pernah berjawab dengan memuaskan hati pihak terlibat.

Pengasingan kuasa mahkamah berdasarkan agama menyebabkan berlaku ketidakadilan dan menafikan akses kepada keadilan. Hal ini perlu diperinci dan telah menyebabkan menurunnya kepercayaan orang awam kepada mahkamah sehingga mahkamah dilihat sebagai gagal memberi keadilan. Kegagalan memberi keadilan boleh menjurus kepada diskriminasi atau dakwaan kepada diskriminasi berlaku.

#### *Saranan:*

Berdasarkan kes mahkamah, peruntukan undang-undang dan sejarah pengendalian kes pemeluk Islam, terdapat beberapa aturan yang boleh dikenakan kepada pihak yang memeluk Islam dan pasangannya;

1. Pengislaman hendaklah tidak secara rahsia dan wajib didaftarkan di Majlis Agama Islam;

2. Pihak yang memeluk Islam hendaklah membuat deklarasi mengenai latarbelakang peribadi dan tanggungan terdahulu yang melibatkan status perkahwinan, pegangan harta serta ibubapa;

3. Pihak yang memeluk Islam dan pasangannya (berserta ahli keluarga) hendaklah menjalani sesi mediasi dan kaunseling untuk memperjelas kedudukan dan tanggungjawab semua pihak;

4. Jika telah berkahwin dan kemudiannya memeluk agama Islam, Mahkamah Sivil akan mempunyai bidangkuasa untuk menentukan perkara-perkara yang berbangkit dari perkahwinan terdahulu, serta;

(a) Pasangan yang tidak memeluk Islam hendaklah memfailkan permohonan perceraian setelah tamat tempoh 3 bulan dari pengislaman berlaku;

(b) Pasangan beragama Islam tidak membuat sebarang permohonan di Mahkamah Syariah, sehingga Mahkamah Sivil memutuskan status perkahwinan terdahulu serta perkara berkaitan;

(c) Jika terdapat anak, hendaklah diputuskan perkara berkaitan nafkah, penjagaan, pendidikan serta agama anak. Perkara ini hendaklah dirundingkan bersama ketika sesi mediasi dan kaunseling. Digalakkan persetujuan dibuat dan didaftarkan di mahkamah semasa permohonan perceraian didengar di Mahkamah Sivil;

(d) Jika terdapat keperluan suami membuat permohonan mengenai kedudukan disisi undang-undang Islam, hendaklah dilakukan setelah prosiding di Mahkamah Sivil selesai.

Aturan ini adalah bagi memastikan tiada tuntutan bertindih sehingga menyukarkan pihak yang bertanggungjawab untuk melaksanakan perintah yang dikeluarkan oleh Mahkamah serta demi menjaga keharmonian kaum dalam masyarakat majmuk seperti di Malaysia, seharusnya tiada pihak yang mengambil tindakan yang boleh mengeruhkan keadaan. Pihak-pihak berkenaan perlu menyelesaikan konflik secara berhemah dan mengambil ingatan bahawa setiap pihak dalam pertikaian mempunyai hak yang dilindungi oleh Perlembagaan dan undang-undang negara. Hakim Tun Azmi (Ketua Hakim Negara, KHN) mengingatkan dalam kes Shamala [16] bahawa dalam perkara di mana rakyat dianugerahkan hak oleh undang-undang, mereka juga hendaklah dibenarkan menuntut hak tersebut dan menjadi tugas mahkamah untuk membantu mereka mendapatkan hak tersebut. Pemuatan terhadap undang-undang adalah dituntut dari setiap rakyat dan jika seorang rakyat mempunyai hak di bawah perlembagaan, maka terdapat tugas di pihak lain untuk menghormati hak tersebut dan tidak menganggunya. Beliau juga mengingatkan mengambil pendekatan 'heads I win, tails you lose' tidak membantu. Berdasarkan pandangan ini, hak beragama serta penjagaan anak adalah dijamin oleh undang-undang dan setiap pihak bertanggungjawab memastikan hak ini dihormati dan diberi pertimbangan wajar, demi menjaga keharmonian kaum dalam masyarakat majmuk seperti di Malaysia. Mahkamah Sivil dan Syariah sebagai mahkamah yang kompeten juga hendaklah dihormati dan dipatuhi perintahnya.

## REFERENCES

1. AKTA 164 Akta 1976. Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan Dan Perceraian).
2. Cappelletti, M., 1978. *Access to Justice Vol 1 A World Survey*. Milan: Sijthoff and Noordhoff.
3. Divorce first, then convert., 2015. Feb 6. The STAR.
4. Farid Sufian, S., 2008. Constitutional Restatement of Parallel Jurisdiction between Civil Courts and Syariah Courts in Malaysia: Twenty Years on (1988-2008). *Malayan Law Journal*, 5, xxxiii.
5. Haji Raimi bin Adullah v Siti Hasnah Vangarama bt Abdullah and another appeal., 2014. MLJ, 3, 757.
6. John Witte Jr, & Joel A Nicholas., 2012. *The Frontiers of Marital Pluralism*. In J. A. Nichols, *Marriage and Divorce in Multicultural Context* (pp. 357-378). New York: Cambridge Uni Press.
7. Khairani, H. and S. Mohamed Al Adib, 2014. Kerahsiaan Kemasukan Islam: Isu Undang-undang Kes Pemeluk Islam Saudara Baru di Malaysia. *KANUN*, 26(1): 1-25.
8. Latifah bte Mat Zain v Rosmawati binti Sharibun & Anor., 2007. MLJ, 5: 101-124.
9. Mohamed Azam, M.A., 2014. *Penentuan Agama dan Hak Penjagaan Kanak-kanak Menurut Undang-undang Islam*. Kuala Lumpur: Jabatan Kemajuan Islam Malaysia.
10. Mohamed Habibullah b Mahmood v Faridah bte Dato Talib., 1992. MLJ, 2, 793.
11. Mohd Zin, N., 2012. Legal Disputes in Determining the Religion of the Child whenone Parent Converts to Islam under Malaysian Law. *Australian Journal of Basic Applied Sciences*, 6(11): 66-73.
12. Muda, Z., 2009. Hadanah dalam Kes-kes Pertukaran Agama. In N. M. Zin, *ndanh-undang Keluarga & Prosedur* (pp. 121-136). Gombak: Jabatan Undang-undang Islam.
13. Nordin, H., 1993. Conversion to Islamic Religion among Chinese Monors in Johore 1930-1950's. *JEBAT*, 21: 125-135.
14. Nuraisyah Chua, A., 2004. *Conversion to Islam, Effect on Status of Mariage and Anciliary Relief*. Kuala Lumpur: ILBS.
15. Shuaib, S.F., 2012, January. *The Islamic Legal System in Malaysia*. *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 21(1): 85-113.
16. Shamala a/p Sathiyaseelan v Dr Jeyaganesh a/l C Mogarajah., 2011. MLJ, 2, 281-301.
17. Subhashini a/p Rajasingham v Saravanan a/l Thangathray and other appeal., 2008. MLJ, 2, 147-231.
18. Thiru, S., 2016, January 13. *Malaysiakini*. Retrieved from Malaysiakini: <https://www.malaysiakini.com/news/326683>
19. UNDP., 2004. *Access to Justice, Practice Note*.
20. *Utusan Malaysia Online.*, 2009, 2 4. Retrieved 2 4, 2016, from [http://ww1.utusan.com.my/http://ww1.utusan.com.my/utusan/info.asp?y=2009&dt=0424&pub=Utusan\\_Malaysia&sec=Dalam\\_Negeri&pg=dn\\_08.htm](http://ww1.utusan.com.my/http://ww1.utusan.com.my/utusan/info.asp?y=2009&dt=0424&pub=Utusan_Malaysia&sec=Dalam_Negeri&pg=dn_08.htm)
21. Viran a/l Nagapan v Deepa a/p Subramaniam, 02(f)-5-01-2015 & 02(f)-6-01-2015 (Federal Court Feb 10, 2016).
22. Viran a/l Nagappan v Deepa a/p Subramaniam (Peguam Negara Malaysia & Anor. Intervener). 2215. *MLJ*, 3, 209.

23. Wai, W.C., 2016. Jan 11. *straitstimes*. Retrieved from <http://www.straitstimes.com/asis/se-asia/can-malaysias-indira-gandhi-expect-justice-the-star-columnist>
24. Yip Fook Tai v Manjit Singh @ Mohd Iskandar Manjit Abdullah., 1990. CLJ, 2, 605.
25. Zuliza, M.K., 2001. Pendaftaran Memeluk Agama Islam di Malaysia. *ISLAMIYYAT*, 22: 12-23.