

ULASAN PERUNDANGAN

AKTA MEMBAHARUI (PERKAHWINAN DAN PERCERAIAN) (PINDAAN) AKTA 1976

Najibah Mohd. Zin
najibah@iiium.edu.my

Kulliyyah Undang-undang Ahmad Ibrahim,
Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.

PENDAHULUAN

Pindaan Akta 164 yang melibatkan pindaan beberapa peruntukan undang-undang mendapat perhatian masyarakat bukan Islam di Malaysia sejak sekian lamanya, terutama perkara yang berkaitan dengan pertukaran agama salah satu pihak dalam perkahwinan bukan Islam kepada agama Islam. Kemelut tentang pertukaran agama salah satu pihak dalam perkahwinan bukan Islam akhirnya mendapat persetujuan di parlimen untuk diluluskan demi mengatasi masalah bidang kuasa antara mahkamah sivil dengan mahkamah syariah untuk mendengar permohonan pembubaran perkahwinan yang melibatkan perbezaan agama. Di samping meminda beberapa peruntukan yang berkaitan dengan pertukaran agama, Akta 164 juga turut meminda peruntukan tentang tempoh had umur anak yang berhak mendapat nafkah daripada bapa. Penambahbaikan juga dilihat dalam isu harta sepencarian dengan memberikan pengiktirafan yang lebih meluas terhadap konsep “sumbangan” yang menjadi faktor utama untuk menentukan pembahagian harta sepencarian.

PINDAAN SEKSYEN 3 DAN SEKSYEN 51 TENTANG PERTUKARAN AGAMA SEBAGAI CARA MEMBUBARKAN PERKAHWINAN

Pindaan dibuat terhadap seksyen 3 Akta 164 disebabkan pemakaiannya

yang terhad kepada orang bukan Islam sahaja dan seksyen ini tidak terpakai kepada mereka yang memeluk Islam. Tafsiran ini pernah diputuskan dalam kes *Letchumy lwn Ramadason*¹ apabila pihak isteri menuntut cerai atas alasan suaminya meninggalkannya dalam suatu tempoh yang berterusan.² Setelah mendapat *dekri nisi*, pihak isteri membuat tuntutan nafkah dan perkara ini dibawa kepada Pesuruhjaya Kehakiman untuk mendapatkan keputusan. Pihak suami memohon supaya tuntutan tersebut diketepikan kerana Undang-undang Membaharui 1976 tidak terpakai terhadap beliau setelah memeluk Islam. Atas alasan tersebut, mahkamah menolak permohonan isteri atas alasan seksyen 3(3) Akta 1976 tidak terpakai kepada orang Islam (termasuk yang memeluk Islam). Tambahan pula, pembubaran perkahwinan berlaku bukan atas alasan memeluk Islam tetapi atas alasan meninggalkan isteri dalam suatu tempoh yang berterusan mengikut seksyen 53 Akta 1976. Oleh itu, bidang kuasa yang diberikan kepada mahkamah untuk mengeluarkan perintah nafkah seperti yang diperuntukkan dalam seksyen 51(2) Akta 1976 tidak terpakai.

Keputusan tersebut mencetuskan pelbagai reaksi dan ada pihak yang mempersoalkan bahawa pemeluk Islam boleh dijadikan sebagai jalan keluar untuk melepaskan diri daripada tanggungjawab yang perlu dilaksanakan sebelum memeluk Islam.³ Persoalan yang sama dikemukakan dalam kes *Tang Soon Mooi lwn Too Miew Kim*⁴ apabila isterinya memohon untuk membubarkan perkahwinan selepas mereka tidak tinggal bersama lebih dari enam tahun.⁵ Mahkamah Tinggi Kuala Lumpur membubarkan perkahwinan tersebut dan dalam tempoh tiga bulan sebelum *dekri nisi* menjadi mutlak, pihak isteri

1 [1984] 1 *MLJ* 143.

2 Lihat seksyen 54 (I)(c) Akta 1976.

3 Muhammad Altaf Hussain Alhangar. (1995, 10 Oktober). *Effects of Change of Religion on Marriage and Maintenance Obligation: Judicial Responses in Malaysia*. Kertas kerja dalam kuliah umum, Kulliyah Undang-undang Ahmad Ibrahim, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia.

4 [1994] 3 *MLJ* 117.

5 Alasan tersebut terkandung dalam seksyen 53 Akta 1976.

6 [1994] 3 *MLJ* 117.

membuat permohonan kepada responden (suami) untuk mendapatkan perintah pembahagian aset perkahwinan dan nafkah seperti yang diperuntukkan dalam seksyen 76 dan 77 Akta 1976.

Pihak responden membangkitkan isu bahawa Mahkamah Tinggi Kuala Lumpur tidak mempunyai bidang kuasa terhadapnya berkaitan dengan relief sampingan yang wujud akibat perceraian kerana beliau memeluk Islam. Jika alasan tersebut diterima, maka isteri responden tidak mempunyai remedi di sisi undang-undang kerana beliau tidak berada di bawah bidang kuasa mahkamah syariah. Atas alasan itu juga, pihak isteri mempersoalkan seksyen 3(3) Akta 1976 sebagai tidak mengikut perlembagaan kerana menghalang Mahkamah Tinggi Kuala Lumpur daripada membuat perintah. Konflik tersebut dirujuk kepada mahkamah agung untuk mendapatkan penjelasan. Mahkamah agung dalam keputusannya menegaskan bahawa Mahkamah Tinggi Kuala Lumpur mempunyai bidang kuasa untuk mendengar tuntutan tersebut kerana pembubaran perkahwinan berlaku sebelum pihak yang satu lagi memeluk Islam. Tambahan pula, tuntutan sampingan yang diperuntukkan di bawah seksyen 51(2) Akta 1976 bertujuan memberikan relief sampingan kepada pasangan dan kanak-kanak yang bukan beragama Islam jika sebelah pihak yang lain memeluk Islam. Mahkamah agung juga menyentuh isu ketidakadilan jika Mahkamah Tinggi Kuala Lumpur tidak diberikan bidang kuasa kerana pihak yang tidak memeluk Islam tidak dapat dirujuk ke mahkamah syariah yang bidang kuasanya terhad kepada orang Islam sahaja.

Pendekatan tersebut juga tidak bercanggah dengan perkara 121 (1A) Perlembagaan Persekutuan yang mengehendkan bidang kuasa Mahkamah Tinggi Kuala Lumpur dalam perkara yang melibatkan undang-undang Islam di Malaysia.⁶ Tambahan pula, seksyen 24 Akta Mahkamah-mahkamah 1964 memberikan bidang kuasa kepada Mahkamah Tinggi Kuala Lumpur termasuk dalam perkara yang berkaitan dengan pembubaran perkahwinan. Keputusan tersebut juga menunjukkan bahawa perkahwinan antara plaintif dengan defendan masih wujud selagi tidak ada pembubaran perkahwinan

6 [1994] 3 *MLJ* 117.

dibuat oleh pihak yang tidak memeluk Islam.

Pindaan seksyen 3 Akta 164 memperluas kuasa mahkamah untuk mendengar permohonan perceraian yang melibatkan pertukaran agama sama ada menggunakan peruntukan seksyen 51 atau seksyen lain yang bertujuan membubarkan perkahwinan melalui persetujuan bersama atau pecah-belah perkahwinan masing-masing di bawah seksyen 52 dan seksyen 53. Pindaan ini juga membenarkan mahkamah sivil mendengar tuntutan lain yang berkaitan dengan perceraian seperti harta sepencarian dan juga hak jagaan anak.

Ekoran pindaan seksyen 3 Akta 164, pindaan juga dibuat pada seksyen 51 Akta 164 yang merupakan peruntukan yang sangat penting dipinda dalam Akta 164 bagi menangani kemelut bidang kuasa mahkamah syariah dan mahkamah sivil dalam kes pertukaran agama pasangan bukan Islam yang berkahwin.⁷ Pindaan tersebut membolehkan pihak yang memeluk Islam atau yang tidak memeluk Islam mengemukakan petisyen perceraian melalui mana-mana cara yang munasabah seperti pertukaran agama di bawah seksyen 51, iaitu petisyen boleh dibuat selepas tiga bulan dari tempoh memeluk Islam. Pemohon juga boleh membuat petisyen perceraian melalui persetujuan bersama di bawah seksyen 52 dan juga kepecahbelahan perkahwinan di bawah seksyen 53. Walau bagaimanapun, permohonan tersebut hanya boleh dibuat selepas dua tahun perkahwinan.

Pindaan tersebut dibuat untuk memberikan peluang kepada mana-mana pihak untuk membuat petisyen perceraian selepas tiga bulan dari tarikh memeluk Islam. Hujah yang dikemukakan adalah berdasarkan fakta bahawa apabila salah satu pihak memeluk Islam, keadaan tersebut menunjukkan bahawa berlakunya pecah-belah dalam perkahwinan (*irretrievably broken down*) yang tidak dapat dipulihkan lagi seperti yang diujahkan dalam kes *Tey Siew Choo*

7 Lihat Ahmad Ibrahim. (1992, 2 – 4 Disember). *Dissolution on ground of conversion to Islam*. Kertas kerja dalam Conference on reform of the Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia (p. 12). Kertas kerja ini diterbitkan semula dalam *Malaysian Law News*, Mac 1993, pp. 29 – 34.

*lwn Teo Eng Hua*⁸ apabila permohonan perceraian dibuat mengikut seksyen 54(1)(d) Akta 164 berdasarkan kes yang dibincangkan sebelum ini⁹. Kedua-dua pihak tidak lagi tinggal bersama disebabkan berlainan kepercayaan dan cara hidup. Oleh itu, menjadi suatu keperluan meminda undang-undang supaya kedua-dua pihak yang bertelingkah boleh membuat petisyen perceraian dan tuntutan lain. Cadangan ini bukan sahaja dapat memberikan keadilan kepada kedua-dua pihak yang bertelagah, tetapi juga dapat menyelesaikan konflik bidang kuasa antara mahkamah sivil dengan mahkamah syariah.

Konflik yang timbul akibat pertukaran agama ialah suatu perkara yang serius, terutama terhadap status perkahwinan dan juga tuntutan relief sampingan yang berkaitan dengan perceraian. Ketiadaan remedi kepada pihak yang memeluk Islam dalam Akta 1976 seolah-olah menjadikan pertukaran agama sebagai penalti (hukuman) terhadap pihak yang memeluk Islam. Walaupun kepincangan ini disuarakan pada peringkat perbahasan rang undang-undang Akta 1976 di parlimen pada suatu ketika dahulu, tidak ada suatu usaha untuk menyelesaikan masalah ini sebelum akta ini diluluskan dan dilaksanakan pada tahun 1982. Ternyata, konflik ini timbul disebabkan ketiadaan undang-undang yang jelas merangkumi kedua-dua pihak yang terlibat dalam perkahwinan tersebut. Ketidaktepatan ini membawa pelbagai interpretasi undang-undang, terutama terhadap bidang kuasa mahkamah syariah. Keadaan ini menjelaskan lagi bahawa suatu pindaan undang-undang perlu disegerakan kerana bukan hanya melibatkan penentuan status perkahwinan, tetapi juga tuntutan lain yang berkaitan dengan pembubaran perkahwinan.

Konflik ini menjadi lebih serius jika melibatkan hak penjagaan anak dan menentukan agama anak selepas perceraian. Hal ini dinyatakan lagi dalam keputusan Hakim Mahkamah Persekutuan

8 [1999] 6 *CLJ* 308.

9 *Pedley lwn Majlis Ugama Islam Pulau Pinang & Anor* [1990] 2 *MLJ* 307; *Ng Siew Pian lwn Abdul Wahid bin Abu Hassan, Kadi Daerah Bukit Mertajam & Satu yang lain* [1992] 2 *MLJ* 425.

dalam kes *Subashini Rajasingam lwn Saravanan Thangathoray & Other Appeals*¹⁰ bahawa mahkamah sivil mempunyai bidang kuasa eksklusif untuk menentukan status perkahwinan bukan Islam dan perkara sampingan, walaupun salah satu pihak memeluk agama Islam. Oleh itu, pindaan terhadap seksyen 51(1) Akta 1976 perlu dan perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan hendaklah diperjelas.

Dalam kes *Indira Gandhi a/p Mutho lwn Patmanathan a/l Krishnan (anyone having and control over prasana diksa)*¹¹, Hakim Mahkamah Tinggi Ipoh berhujah bahawa berdasarkan seksyen 3(3) difahami bahawa tidak terpakai kepada orang Islam yang tidak boleh berkahwin di bawah akta ini, namun pada masa yang sama tidak bermaksud akta ini tidak terpakai kepada pihak yang berkahwin di bawah akta tersebut yang kemudiannya memeluk agama Islam. Jika seksyen 3(3) diinterpretasikan sebaliknya akan membawa ketidakseragaman dengan seksyen 51, iaitu mahkamah sivil mempunyai bidang kuasa untuk memberikan perintah penjagaan anak walaupun salah satu pihak memeluk agama Islam. Jelaslah bahawa seksyen 51 menunjukkan pemakaian akta ini sebenarnya terpakai dalam semua urusan perceraian dan relief sampingan, seperti penjagaan anak daripada perkahwinan yang didaftarkan di bawah akta ini, walaupun berlakunya pertukaran agama oleh salah satu pihak selepas perkahwinan.

Pindaan juga menyebabkan berlakunya penambahan peruntukan terhadap seksyen 51a Akta 164 yang memberikan kuasa kepada mahkamah untuk membuat perintah pembahagian harta perkahwinan, jika pihak yang memeluk Islam mati sebelum perkahwinan dibubarkan. Pembahagian akan dibuat berdasarkan tahap sumbangan sesuatu pihak dalam perkahwinan kepada pihak yang satu lagi. Pembahagian ini juga meliputi hak anak dalam perkahwinan, serta hutang si mati dan juga ibu bapa si mati. Walaupun isu tentang pembahagian harta sepencarian tidak menjadi halangan disebabkan pertukaran agama, penambahan peruntukan

10 [2008] 2 *MLJ* 147.

11 [2014] *MLJU* 547.

baharu ini menjelaskan lagi kuasa mahkamah dan hak pihak yang berkepentingan sebelum pembubaran perkahwinan berlaku dan pihak yang memeluk Islam meninggal dunia.

PINDAAN TENTANG TEMPOH BAYARAN NAFKAH UNTUK ANAK

Tujuan pindaan seksyen 95 Akta 164 adalah untuk memanjangkan tempoh nafkah anak yang masih meneruskan pengajian pada peringkat yang lebih tinggi. Pindaan ini dibuat berikutan peruntukan undang-undang di bawah seksyen yang sama hanya memberikan hak kepada seorang anak untuk mendapat nafkah daripada bapanya sehingga mencapai umur 18 tahun atau mengalami kecacatan fizikal atau mental, walhal tempoh pembelajaran pada peringkat pengajian tinggi bermula selepas umur 18 tahun. Keadaan ini menyebabkan kehidupan anak yang masih belajar selepas umur 18 tahun menjadi sukar kerana memerlukan duit untuk membayar yuran pengajian dan juga sara hidup. Hal ini ditimbulkan dalam kes *Ching Seng Woah lwn Lim Shook Lin*¹² apabila mahkamah rayuan memutuskan bahawa ketidakupayaan kewangan juga termasuk dalam maksud ketidakupayaan fizikal. Oleh sebab itu, mahkamah memerintahkan bapa perayu membayar yuran pengajian sehingga beliau tamat pengajian pada peringkat ijazah.

Mahkamah rayuan juga memutuskan sedemikian dalam kes *Punithambigai a/p Ponniah lwn Karunairajah a/l Rasiah*¹³. Bapanya bertanggungjawab membayar yuran pengajian anaknya hingga ke peringkat pengajian tinggi. Walau bagaimanapun, keputusan tersebut diubah pada peringkat mahkamah persekutuan¹⁴ apabila mahkamah memilih untuk memakai tafsiran secara literal dan memutuskan bahawa ketidakupayaan kewangan tidak termasuk dalam tafsiran ketidakupayaan fizikal.

12 [1997] 1 *MLJ* 109.

13 [2003] 2 *MLJ* 529.

14 [2004] 2 *MLJ* 401.

Jelasnya, pindaan seksyen 95 Akta 164 menghapuskan ketidakjelasan undang-undang tentang tanggungjawab bapa untuk melaksanakan tanggungjawab menyara anak yang masih belajar sehingga tamat pengajian. Selepas tamat pengajian, diharapkan anak tersebut mampu mencari pekerjaan dan menyara diri.

PINDAAN TENTANG ELEMEN SUMBANGAN DALAM PEMBAHAGIAN HARTA PERKAHWINAN SELEPAS PEMBUBARAN PERKAHWINAN

Pindaan seksyen 76 Akta 164 memperlihatkan kuasa mahkamah yang lebih luas untuk membuat pembahagian harta perkahwinan. Pindaan ini menghapuskan konsep sumbangan harta perkahwinan berdasarkan usaha sama ataupun usaha tunggal salah satu pihak dalam perkahwinan. Pindaan ini memberikan ruang kepada mahkamah untuk membuat penilaian secara menyeluruh (*broad brush principle*) terhadap perolehan aset perkahwinan dengan mengambil kira sumbangan secara langsung atau tidak langsung, termasuklah memberikan pengiktirafan terhadap sumbangan rumah tangga sebagai suatu pekerjaan dan boleh diterima pakai untuk tujuan pembahagian aset perkahwinan selepas perceraian. Kelangsungan tempoh perkahwinan juga dimasukkan sebagai salah satu faktor yang mesti diambil kira oleh mahkamah semasa membuat pembahagian harta perkahwinan.

Sebelum pindaan,¹⁵ jika ada permohonan pembahagian harta sepencarian, mahkamah akan melihat sama ada pihak atau setiap individu dalam perkahwinan ada menyumbang untuk memperoleh aset tersebut. Penilaian seterusnya ialah mengenal pasti sama ada perolehan aset itu diperolehi secara usaha sama atau hanya usaha tunggal. Jika kedua-dua pihak, iaitu suami dan isteri menyumbang dalam perolehan aset tersebut secara usaha sama, maka sangkaan undang-undang ialah kedua-duanya akan mendapat pembahagian

15 Lihat seksyen 76 Akta Undang-undang Membaharui (Perkahwinan dan Perceraian).

yang sama rata, iaitu satu perdua bahagian. Jika hanya salah seorang sahaja yang menyumbang, maka pihak yang tidak menyumbang akan mendapat jumlah yang kurang atau secara umumnya, satu pertiga daripada keseluruhan aset perkahwinan. Dalam kebanyakan kes, seorang suri rumah yang menguruskan rumah tangga dan keluarga mendapat jumlah yang kurang walaupun pada hakikatnya menguruskan rumah tangga juga merupakan suatu pekerjaan. Dalam keadaan yang lain juga, ukuran sumbangan selalunya dibuat dalam bentuk kewangan atau harta fizikal dan tidak memberikan penekanan yang sama dalam bentuk sumbangan yang lain, seperti “kerja” (*labour*) atau apa-apa bentuk pengorbanan suami atau isteri untuk kebajikan keluarga yang selalunya agak sukar untuk dibuat pengiraan. Dengan kata lain, seorang ibu yang bekerja dan pada masa yang sama menguruskan rumah tangga tidak mendapat perhatian sewajarnya dalam undang-undang sebelum ini.¹⁶

Oleh itu, justifikasi yang menuntut pindaan ini dibuat ialah undang-undang yang melibatkan kekeluargaan hendaklah selari dengan perubahan sosial, iaitu selari dengan kehendak masyarakat untuk memenuhi keperluan semasa, termasuklah undang-undang tentang harta perkahwinan. Pelibatan wanita yang meluas dalam pelbagai bidang memerlukan penilaian yang berbeza supaya undang-undang yang dipakai dapat memberikan keadilan kepada pihak terbabit, terutama selepas berlakunya pembubaran perkahwinan atau kematian untuk menjaga kebajikan keluarga, terutama jika pihak tersebut mempunyai anak. Oleh itu, undang-undang yang menjurus kepada sumbangan semata-mata hendaklah diperluas dengan mengambil kira apa-apa jua bentuk sumbangan suami dan isteri semasa mereka masih sebagai suami isteri. Perkara ini

16 Lihat Norlia Ibrahim. (2009). Masalah Tuntutan Harta Sepencarian. Dalam Najibah Mohd. Zin (Ed.), *Siri Pengembangan Undang-undang Keluarga Islam* (Jilid 14) (p. 24). Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka; Lihat juga Noorul Huda Sahari. (2016). *Division of Harta Sepencarian in the Malaysian Civil Courts: An Analysis of Judicial Approaches* (Tesis, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia, Kuala Lumpur).

disebutkan dalam kes *Yow Mee Lan Iwn Chen Kai Buan*¹⁷ apabila hakim di sebuah mahkamah di Singapura memutuskan bahawa kehidupan berkeluarga mestilah dibezakan dengan aktiviti yang lain kerana suami dan isteri bekerjasama untuk menjaga kesejahteraan keluarga mengikut usaha dan keupayaan masing-masing. Perbezaan dari aspek usaha dan keupayaan ini tidak boleh dijadikan sebab untuk mereka mendapat habuan yang berbeza, apatah lagi jika sumbangan tersebut dibuat secara berterusan sepanjang tempoh perkahwinan. Undang-undang di Singapura mengguna pakai prinsip yang lebih luas untuk mencapai keadilan dalam pembahagian harta perkahwinan dengan mentafsirkan konsep sumbangan dalam konteks yang lebih luas.

PENENTUAN AGAMA ANAK DALAM KES PEMELUKAN ISLAM SALAH SATU PIHAK DALAM PERKAHWINAN BUKAN ISLAM

Isu menentukan agama anak dalam kes pemelukan Islam salah satu pihak daripada perkahwinan bukan Islam mendapat perhatian dalam pindaan Akta 164 pada peringkat awal. Walau bagaimanapun, kemasukan seksyen tambahan ini ditarik balik disebabkan oleh kedudukan undang-undang yang meletakkan agama anak tersebut kekal status agamanya sebelum berlakunya pembubaran perkahwinan sehingga anak tersebut mencapai umur 18 tahun dan mereka boleh memilih agama yang hendak dianuti. Pengecualian diberikan jika kedua-dua ibu bapa anak tersebut bersetuju memeluk agama Islam.

Jika pendekatan ini diterima pakai didapati pindaan tersebut bertentangan dengan prinsip kebajikan kanak-kanak (*the best interest of the child*) seperti yang terkandung dalam Konvensyen Hak Kanak-kanak dan juga undang-undang yang terpakai untuk menentukan jagaan anak selepas berlaku perceraian. Anak-anak yang berumur di bawah 18 tahun ditentukan hak penjagaan selepas perceraian melalui perintah mahkamah, kecuali jika terdapat persetujuan pihak

¹⁷ [2000] 4 *SLR* 466 (kes di Singapura).

ibu bapa. Walau bagaimanapun, persetujuan tersebut juga tertakluk pada prinsip memelihara kebajikan kanak-kanak. Kekangan dalam undang-undang yang sedia ada ialah wujudnya pengislaman anak daripada perkahwinan berlainan agama sehingga menimbulkan keresahan dan ketidakadilan kepada pihak yang satu lagi, sama ada ibu atau bapa yang tidak memeluk Islam.¹⁸ Hujah yang diberikan adalah berdasarkan peruntukan dalam artikel 12(4) Perlembagaan Persekutuan yang hanya menyebut ibu atau bapa sahaja yang berhak menentukan agama anak mereka. Namun, hakikatnya peruntukan ini tidak memberikan masalah kepada keluarga yang normal. Persoalannya adakah peruntukan ini boleh diterima pakai atau tidak dalam keadaan anak yang masih di bawah umur dan ibu bapanya sudah berpisah.

Penentuan agama anak akibat perceraian hendaklah mengambil kira peruntukan dalam undang-undang keluarga yang memberikan hak kepada pihak yang mendapat hak jagaan untuk menentukan kebajikan anak dari aspek pembelajaran dan pendidikan yang merangkumi semua aspek tumbesaran, termasuklah keperluan spiritual.¹⁹ Oleh itu, dalam kes berbeza agama, sesiapa yang diberikan hak penjagaan anak hendaklah juga menentukan hal spiritual anak tersebut. Keputusan meletakkan penjaga dan anaknya dalam situasi berbeza agama adalah tidak praktikal dan boleh mencetus kekeliruan. Pendekatan ini juga diputuskan dalam kes *Strum lwn Strum* bahawa untuk menentukan agama anak antara pasangan yang berlainan agama, mahkamah tidak berkuasa untuk memutuskannya

18 Lihat kes *Genga Devi a/p Chelliah lwn Santanam a/l Damodaram* (2001) 1 MLJ 526; *Chang Ah Mee lwn Jabatan Hal Ehwal Agama Islam, Majlis Ugama Islam Sabah & Ors*, 2003 5 MLJ 106; *Nedunchelian lwn Uthiradam lwn Nurshafiqah Mah Singai Annal & Ors* (2005) 2 CLJ 306; *Shamala Sathiyaseelan lwn Dr. Jeyaganesh C. Mogarajah* (2004) 3 CLJ 516; *Subashini Rajasingam lwn Saravanan Thangathoray & Other Appeals* (2008) 2 CLJ 1.

19 Lihat seksyen 89(1) Akta 164.

tetapi terpulang kepada pihak yang mendapat hak jagaan anak.²⁰ Mahkamah dalam kes ini memakai prinsip kemanusiaan untuk memahami realiti semasa yang melibatkan hubungan yang sangat rapat antara ibu bapa dengan anak.

Prinsip ini juga boleh diterima pakai dalam undang-undang Islam meskipun terdapat perbezaan pandangan ulama Islam tentang hak penjagaan kanak-kanak selepas berlakunya perceraian yang melibatkan pasangan ibu bapa berlainan agama.²¹ Bagi mencari penyelesaian terbaik, prinsip kebajikan kanak-kanak hendaklah menjadi keutamaan supaya dapat memandu mahkamah menentukan hak jagaan dan seterusnya menentukan agama anak mereka. Faktor agama tidak menjadi faktor utama untuk menentukan hak jagaan dalam keadaan konflik rumah tangga yang melibatkan perbezaan agama, jika kedua-dua pihak tidak dapat menyelesaikan kes melalui persetujuan bersama. Pendekatan tersebut tidak memerlukan pindaan mana-mana undang-undang, terutamanya Perlembagaan Persekutuan kerana dalam kes perceraian hanya satu pihak sahaja yang akan diperintahkan oleh mahkamah untuk mengambil tanggungjawab menjaga kebajikan anak tersebut. Pada hakikatnya, kedua-dua ibu bapa mesti bertanggungjawab memberikan kasih sayang kepada anak mereka tanpa mengambil kira batasan agama.

20 Lihat *Strum lwn Strum* (1969) 14 *F.L.R.* 284. Dipetik daripada Mehrun Siraj dan Haji Sulaiman Abdullah. (1991, 10 – 12 Oktober). *Islamic law and civil law in Malaysia: Constitutional confusion and curial curiosities*. Kertas kerja ini diterbitkan oleh INSAF dalam 9th Malaysian Law Conference, Kuala Lumpur, Malaysia.

21 Sebagai contoh, lihat 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; Ibn Qudamah, *al-Mughni, wa al Sharh al Kabeer* (Jilid 10). Dar al Kutub al Arabi, p. 96; Lihat juga Badran Abu al-Ainaini Badran. (n.d.). *Al-alaqah al-ijtimaiyyah baina al-Muslimin wa ghairi al-Muslimin*. Dar al-Nahdhah al-Arabiyyah, p.165.

PENUTUP

Pindaan Akta 164 boleh dilihat sebagai suatu usaha yang dilakukan oleh pihak kerajaan terhadap saranan yang dibuat beberapa tahun lalu untuk menyelesaikan masalah pertindanan bidang kuasa antara mahkamah syariah dengan mahkamah sivil. Kedua-dua pihak perlu diberikan ruang untuk menyelesaikan konflik melalui forum, dan mahkamah boleh membuat apa-apa perintah yang berkaitan dengan pembubaran perkahwinan tersebut. Oleh sebab perundangan di negara ini tidak membenarkan perkahwinan berlainan agama, termasuk yang memeluk Islam, maka pindaan ini memakai prinsip penyelesaian di satu mahkamah (*one court solution*), termasuk mengguna pakai prinsip pengantara (*mediation*) untuk menyelesaikan konflik keluarga. Keputusan ini juga memberikan ruang kepada mahkamah mengembangkan prinsip perundangan sama ada dari aspek sivil dan syariah, serta meluaskan pendekatan harmonisasi undang-undang dalam perkara yang melibatkan konflik agama.