

ISU-ISU BERBANGKIT DARI HAK *ḤAḌĀNAH* DAN HAK PERWALIAN ANAK¹

The Issues Arising from The Custody and Guardianship Rights of Children

Zanariah Noor²

ABSTRACT

The rights of custody and guardianship of the children are different from each other. Custody is primarily vested in the female, especially the mother, and guardianship is the right of the male, such as the father and grandfather. Both rights require different obligations from the mother and father. This article discusses the issues arising from custody and guardianship rights during marriage as well as after divorce. The issues that will be discussed are breach of duties by the custodian or guardian regarding child maintenance and access. The discussion also covers the issue of the choice of religion of the child, child habitual residence as well as the issue of travelling overseas with the child.

¹ Artikel ini adalah berasaskan kepada kertas kerja yang dibentangkan di International Seminar on Muslim Women (SEWANI 2005) anjuran Pusat Pengajian Islam dan Pembangunan Sosial, Universiti Teknologi Malaysia pada 2 – 3 April 2005 dan telah dibuat pindaan yang perlu bersesuaian dengan pindaan undang-undang berkaitan yang terkini.

² Senior Lecturer, Department of Islamic Studies, Faculty of Human Sciences, Universiti Pendidikan Sultan Idris, zanariah@fsk.upsi.edu.my

Keywords: *Child, custody, guardianship, parents' obligations, breach of duties.*

PENDAHULUAN

Kedudukan wanita dan lelaki dalam Islam adalah sama. Kedua-duanya mempunyai taraf kemanusiaan dan kehormatan yang sama sebagai khalifah di muka bumi yang dipertanggungjawabkan dengan tugas masing-masing. Namun begitu, wanita dan lelaki berbeza dari segi tugas dan peranan khusus, terutamanya membabitkan peranan mereka di dalam institusi kekeluargaan, bersesuaian dengan perbezaan bentuk fizikal dan emosi kedua-duanya. Wanita dengan bentuk fizikal yang lemah lembut, kurang tenaga fizikal berbanding lelaki umumnya, serta dianugerahkan keistimewaan dengan perasaan naluri keibuan yang penyayang, mudah merasa belas ihsan dengan anak-anak ditugaskan sebagai ibu yang bertanggungjawab menjaga, mengurus dan mengatur anak-anak. Sebaliknya lelaki yang mempunyai bentuk fizikal yang lebih tegap, bertenaga dan bersifat tegas ditugaskan sebagai ketua keluarga yang wajib mencari nafkah keperluan kehidupan isteri dan anak-anak serta bertanggungjawab terhadap kebajikan dan kemaslahatan ahli keluarga serta melindungi mereka dari perkara-perkara yang memudaratkan.

Walaupun berbeza dari segi fungsi utama tugas kekeluargaan, lelaki dan wanita berperanan secara saling lengkap melengkapi di antara satu sama lain, dan pelaksanaan tugas yang berbeza ini tetap dijanjikan balasan yang sama.

“Dan orang-orang yang beriman, lelaki dan perempuan, setengahnya menjadi penolong bagi setengahnya yang lain; mereka menyuruh berbuat kebaikan, dan melarang daripada berbuat kejahatan; dan mereka mendirikan sembahyang dan memberi zakat, serta taat kepada Allah dan RasulNya. Mereka itu akan diberi rahmat oleh Allah; sesungguhnya Allah Maha Kuasa, lagi Maha Bijaksana”.

(Surah al-Tawbah, 9: 71)

Hak, peranan serta tugas yang berbeza di antara lelaki dan wanita ini dapat dilihat dalam aspek perkahwinan, perceraian dan perkara-perkara yang berbangkit dari kedua-duanya termasuk yang melibatkan anak-anak. Artikel ini hanya akan memfokuskan perbincangan dalam aspek *ḥaḍānah* dan penjagaan anak serta perkara-perkara yang sering berbangkit menjadi isu pertikaian di

antara kedua-dua belah pihak sama ada ketika perkahwinan masih wujud ataupun selepas berlakunya pembubaran perkahwinan.

Hak dan tugas ibu bapa terhadap anak-anak dan hak anak-anak terhadap ibu bapa merupakan hak yang bersaling di antara satu sama lain. Kanak-kanak tidak berkeupayaan dalam segala hal, memerlukan seseorang lain bagi menjaga diri, mendidik jiwa dan menjaga hartanya. Oleh itu, hukum syarak telah menetapkan hak di antara kanak-kanak, ibu dan bapa bagi memastikan kebajikan diri dan harta kanak-kanak terjamin tanpa ada perbezaan sama ada kedua ibu bapa masih dalam ikatan suami isteri atau telah bercerai.

Hak ke atas kanak-kanak ini dapat dibahagikan kepada tiga kategori; Pertama, hak *ḥaḍānah*, iaitu kuasa pengasuhan anak yang diutamakan penyerahan hak tersebut kepada pihak wanita, terutamanya ibu; Kedua, hak penjagaan terhadap diri yang diletakkan di bawah tanggungjawab lelaki, khususnya bapa; dan ketiga hak penjagaan ke atas harta kanak-kanak, sekiranya kanak-kanak mempunyai harta. Tanggungjawab menjaga harta tersebut tertanggung ke atas pihak lelaki, terutamanya bapa.³

Ketiga-tiga bentuk hak ke atas kanak-kanak tersebut adalah suatu ketetapan syarak yang berkuatkuasa dengan berlakunya kelahiran kanak-kanak, tanpa mengambil kira wujudnya perkahwinan atau perceraian ibu bapa atau penjaga. Namun, pada kebiasaannya, hak-hak ini tidak menjadi suatu isu yang dipertikaikan apabila pihak-pihak, khususnya ibu bapa masih menjadi suami isteri dan tinggal bersama. Isu tentang hak-hak ini akan timbul apabila terjadi perceraian dan perbalahan di antara pihak-pihak yang berkepentingan dan masing-masing mempertikaikan kedudukan hak pihak yang lagi satu terhadap anak, sama ada hak *ḥaḍānah* atau hak perwalian ke atas diri atau harta kanak-kanak.

KONSEP *ḤAḌĀNAH* (PENGASUHAN) DAN PENJAGAAN (PERWALIAN)

Ḥaḍānah merupakan suatu bidang kuasa yang berasingan daripada penjagaan atau perwalian. *Ḥaḍānah* merujuk kepada jagaan fizikal dan asuhan diri kanak-kanak yang dilaksanakan oleh pengasuh (*ḥāḍin* atau *ḥāḍinah*). Pengasuh bertanggungjawab mengasuh kanak-kanak atau seseorang yang tidak mampu menguruskan dirinya sendiri, iaitu mengasuhnya dengan apa-apa yang

³ Pembahagian bentuk penjagaan kepada tiga kategori ini berdasarkan klasifikasi Zakariyyā al-Bārrī, *Aḥkām al-Awḷād fī al-Islām* (al-Qāhirah: al-Maktabah al-‘Arabiyyah, 1964), 75.

mendatangkan kebaikan dan melindunginya dari sesuatu yang memudaratkan. Pengasuhan juga merangkumi pengasuhan orang gila dan orang dungu walaupun dia telah dewasa.⁴

Aspek-aspek lain yang bersangkutan dengan diri kanak-kanak seperti pengawasan, pendidikan, nafkah dan perkahwinan adalah diluar bidang kuasa *ḥaḍānah*, tetapi terangkum di bawah bidang kuasa penjagaan atau perwalian diri. Kedua-dua bidang kuasa *ḥaḍānah* dan penjagaan ke atas diri adalah berkenaan dengan diri kanak-kanak, tetapi dari skop yang berbeza.

Kedua-dua bentuk bidang kuasa ini bermula secara serentak, iaitu dari saat kelahiran kanak-kanak ke dunia. Walau bagaimanapun, tempoh tamat *ḥaḍānah* dan penjagaan diri adalah tidak sama. *Ḥaḍānah* tamat apabila kanak-kanak mencapai umur mumaiyiz.⁵ Penjagaan diri pula tamat apabila kanak-kanak mencapai umur baligh bagi lelaki dan berkahwin bagi perempuan.⁶

Perbezaan yang ketara di antara *ḥaḍānah* dan penjagaan ke atas diri, antara lain ialah berkenaan dengan keutamaan pihak-pihak yang berhak terhadapnya. Perwalian diri kanak-kanak yang dipegang oleh bapa dari mula sampai akhir, keutamaan *ḥaḍānah* diserahkan kepada pihak perempuan dan selepas tamat tempoh *ḥaḍānah*, jagaan fizikal kanak-kanak berpindah kepada pihak lelaki.

Ibu lebih berhak terhadap *ḥaḍānah* berbanding pihak-pihak lain berasaskan kepada sifat dan perasaan semulajadi seorang ibu terhadap anaknya. Tautan hubungan hati antara ibu dengan anak adalah berbeza dengan hubungan hati di antara bapa dengan anak. Ibu yang menanggung segala susah payah dari saat mengandungkan anak hingga keperitan melahirkan anak, iaitu sesuatu yang tidak dialami oleh bapa. Ibu dapat bersabar di atas segala keperitan demi anak-anak yang dikasihinya. Perasaan kasih ibu kepada anak-anak ini dapat dirasai oleh kanak-kanak dan sebagai tindakbalas naluri kanak-kanak itu sendiri akan merasa lebih tenteram, lebih selesa dan lebih dikasihi apabila berada dalam pangkuan ibu.

⁴ Ibn Shihāb al-Dīn al-Ramlī, *Nihāyah al-Muḥtāj ilā Sharḥ al-Minhāj* (Miṣr: Maktabah al-Bābī al-Halabī, 7 vols., 1938), 214; Muḥammad al-Khātib al-Sharbīnī, *Mughnī al-Muḥtāj ilā Ma'ānī al-Fāz al-Minhāj* (n.np: Dār al-Fikr. 3 vols., 1978), 452.

⁵ 'Abd al-Raḥmān al-Jazīrī, *Kitāb al-Fiqh 'alā al-Madhāhib al-Arba'ah* (Miṣr : al-Maktabah al-Tijāriyyah al-Kubrā. 4 vols., 1969), 569; Ibn Ishāq Ibrāhīm bin 'Alī bin Yūsuf al-Shirāzī, *al-Muḥadhdhab* (Miṣr : Maṭba'ah 'Isā al-Bābī al-Ḥalabī, 2 vols., n.d.), 171; Abī Zakariyyā Yahyā bin Yūsuf al-Nawāwī, *Minhāj al-Ṭālibīn* (n.np: Dār Ihya' al-Kutub al-'Arabiyyah, n.d.), 110.

⁶ Zakariyyā al-Bārrī, *Aḥkām al-Awlad fī al-Islām*, 76.

Keutamaan ibu di dalam *ḥaḍānah* juga telah didasarkan kepada surah al-Baqarah, ayat 233 yang bermaksud:

“*Janganlah seorang ibu menderita kesengsaraan kerana anaknya, dan juga seorang bapa kerana anaknya*”.

(Surah al-Baqarah, 2:233)

Dalam tafsirannya, al-Jaṣṣāṣ⁷ menjelaskan ayat ini sebagai dalil ibu lebih berhak mengasuh anak yang masih kecil sama ada yang menyusu atau tidak menyusu. Walaupun sudah tidak perlu lagi menyusu kepada ibu, anak yang masih kecil masih memerlukan pengasuhan ibu yang lebih berlemah lembut dan lebih mengasihani anaknya. Dalam tempoh tersebut, *ḥaḍānah* adalah hak ibu, dan pada masa yang sama hak anak yang masih memerlukan sentuhan kasih sayang seorang ibu.⁸

Ibu atau pengasuh perempuan yang mendapat hak *ḥaḍānah* disebut *ḥadinah*, tetapi bapa atau penjaga lelaki yang tidak mendapat hak *ḥaḍānah* dipanggil sebagai wali kerana dia masih bertanggungjawab terhadap penjagaan diri kanak-kanak walaupun dia tidak tinggal bersama kanak-kanak. Sekiranya *ḥaḍānah* diserahkan kepada bapa, maka bapa berperanan sebagai *ḥadīn* dan pada masa yang sama dia juga adalah wali kepada kanak-kanak. Walau bagaimanapun, mana-mana pihak yang mendapat hak jagaan fizikal sama ada dalam tempoh *ḥaḍānah* atau selepasnya tidak berhak menghalang akses pihak yang lagi satu.⁹

⁷ Abī Bakr Aḥmad bin ‘Alī al-Razī al-Jaṣṣaṣ, *Aḥkām al-Qur’ān* (n.np: Dār al-Khilafah al-‘Aliya, 1 vols., 1335/1916), 405.

⁸ Kedudukan keutamaan ibu ini juga dapat dirujuk dalam keputusan bagi kes *ḥaḍānah* yang berlaku pada zaman sahabat. al-Qasim bin Muḥammad meriwayatkan bahawa ‘Umar al-Khaṭṭāb telah menceraikan isterinya seorang perempuan Ansar selepas melahirkan anak ‘Umar yang bernama Asim. Pada suatu hari, ‘Umar terlihat Asim sedang bermain-main, lantas dirangkul dan dinaikkannya ke atas kenderaan. Apabila nenek sebelah ibu datang, dia meminta ‘Umar mengembalikan anak tersebut kepadanya. Kedua-dua belah pihak mendakwa mereka berhak terhadap *ḥaḍānah*. Kes ini kemudian dikemukakan kepada Khalifah Abū Bakar al-Ṣiddīq. Khalifah memutuskan supaya anak tersebut diserahkan kepada nenek. Abu Bakar memberitahu ‘Umar yang bermaksud, “*Baunya, sentuhannya, sapuannya dan air liurnya adalah lebih baik dari madu di sisi engkau wahai ‘Umar*”. Abī Dāwūd al-Sajistānī, Sulayman bin Ashcath, *Sunan*, ‘Bāb man aḥaq bi al-walad’ (Kāfūr: Matba’ah al-Majidī, 1 vols., 1387/1968).

⁹ Manṣūr bin Yūnus bin Idrīs al-Bāhī, *Kashhaf al-Qina’an Matn al-Iqna’* (Beirūt: Dār al-Fikr, 5 vols., 1982), 502; Muḥammad al-Khātīb al-Sharbīnī, *Mughnī al-Muḥtāj ‘ilā Ma’ānī al-Fāz al-Minhāj*, 457 ; Ibn Ishāq Ibrāhīm bin ‘Alī bin Yūsuf al-Shirāzi, *al-Muhadhdhab*, 171.

Bentuk penjagaan kedua yang dipegang oleh bapa atau pihak lelaki adalah penjagaan ke atas harta kanak-kanak yang bermula serentak dengan penjagaan ke atas diri dan *ḥaḍānah* dan tamat serentak dengan penjagaan ke atas diri, iaitu apabila kanak-kanak mencapai umur dewasa.¹⁰ Walaupun ibu mendapat hak *ḥaḍānah* kanak-kanak, namun dia tidak berhak terhadap perwalian ke atas diri dan harta kanak-kanak kerana dia bukan penjaga hakiki yang sah di sisi undang-undang.

Perwalian diri berbeza dengan perwalian perkahwinan. Perwalian perkahwinan dipegang oleh kerabat lelaki kepada kanak-kanak. Bapa dan datuk sebelah bapa mempunyai bidangkuasa mengahwinkan anak-anak perempuan walaupun tanpa persetujuan mereka.¹¹ Jika bapa atau datuk tiada, perwalian jatuh kepada kerabat lelaki lain seperti adik beradik lelaki, bapa saudara sebelah bapa dan sepupu, tetapi bidangkuasa perwalian golongan ini tidak setaraf kuasa perwalian yang dimiliki oleh bapa dan datuk sebelah bapa. Mereka tidak boleh mengahwinkan perempuan tersebut tanpa izin. Sekiranya saudara mara yang terdiri dari kerabat lelaki tiada, maka pemerintah adalah walinya.¹²

Walaupun bentuk penguasaan ibu dan bapa terhadap anak-anak dari aspek yang berbeza, tetapi matlamat utamanya adalah untuk kebajikan kanak-kanak dan bukannya memenuhi keperluan dan kepentingan peribadi ibu dan bapa. Kedua-dua belah pihak mesti bekerjasama dan melaksanakan tugas masing-masing. Islam melarang tindakan mana-mana pihak yang menafikan hak kanak-kanak dan juga hak ibu atau bapa dalam melaksanakan tugas masing-masing terhadap kanak-kanak tersebut.

“Janganlah menjadikan seseorang ibu itu menderita kerana anaknya, dan (jangan juga menjadikan) seseorang bapa itu menderita kerana anaknya.”

(Surah al-Baqarah, 2: 233)

¹⁰ Dewasa bagi maksud pengurusan harta diistilahkan sebagai '*al-rushd*' iaitu cerdik, matang dan bijaksana dalam membuat apa-apa transaksi membabitkan harta sesuai dengan peraturan agama. Sila rujuk Zakariyyā al-Bārī, *Aḥkām al-Awlad fī al-Islām*, 116.

¹¹ Shams al-Dīn Muḥammad bin Abī al-'Abbas Aḥmad bin Hamzah Ibn Shihab al-Dīn al-Ramlī, *Nihāyah al-Muḥtāj 'ila Sharḥ al-Minhāj* (Miṣr: Maktabah Muṣṭafā al-Bābī al-Ḥalabī, 6 vols., 1938), 223; Muḥammad al-Khātīb al-Sharbīnī, *Mughnī al-Muḥtāj 'ilā Ma'ānī al-Fāz al-Minhāj*, 149.

¹² Shams al-Dīn Muḥammad bin Abī al-'Abbas Aḥmad bin Hamzah Ibn Shihab al-Dīn al-Ramlī, *Nihāyah al-Muḥtāj 'ila Sharḥ al-Minhāj*; Muḥammad al-Khātīb al-Sharbīnī, *Mughnī al-Muḥtāj 'ilā Ma'ānī al-Fāz al-Minhāj*, 151-153.

Keputusan secara bersama yang membabitkan kanak-kanak adalah sesuatu yang penting dalam pelaksanaan tugas dan tanggungjawab masing-masing.

“Kemudian jika keduanya (suami isteri mahu menghentikan penyusuan itu dengan persetujuan (yang telah dicapai oleh) mereka sesudah berunding, maka mereka berdua tidaklah salah (melakukannya).”

(Surah al-Baqarah, 2: 233)

ḤAḌĀNAH DALAM UNDANG-UNDANG KELUARGA ISLAM DI MALAYSIA

Undang-undang Keluarga Islam di Malaysia memperuntukkan secara khusus hak *ḥaḍānah* dan perwalian. Keutamaan ibu terhadap *ḥaḍānah* berbanding pihak-pihak lain, termasuk bapa dinyatakan dalam seksyen 81 (1), Akta 303 yang memperuntukkan bahawa ibu adalah orang yang paling berhak berbanding orang lain bagi menjaga anak kecilnya sama ada dalam masa ibu itu masih dalam perkahwinan atau selepas perceraian.

Walau bagaimanapun hak ini tertakluk jika seseorang pengasuh memenuhi syarat-syarat kelayakan iaitu mestilah seorang yang beragama Islam, sempurna akal, layak dari segi umur, berakhlak baik dan tinggal di tempat yang terjamin selamat dari segi akhlak dan fizikal kanak-kanak yang dijaga.¹³

Perlantikan seseorang sebagai penjaga dan pemegang amanah kepada kanak-kanak melalui wasiat bapa atau penjaga hakiki, bukan bermakna orang tersebut berhak untuk mendapat hak *ḥaḍānah* dan mengeneppikan hak keutamaan ibu. Di antara penjaga yang dilantik melalui wasiat dan ibu, hak ibu masih diutamakan. Ini terbukti dalam penghakiman yang diberikan oleh Hakim dalam satu kes yang berlaku di Kedah, iaitu kes *Rosnah lwn Mohamed Nor*.¹⁴ Fakta kes menunjukkan selepas kematian bapa kepada seorang kanak-kanak perempuan, bapa saudaranya telah mengambil kanak-kanak tersebut dari jagaan ibunya dengan mendakwa bahawa bapa kanak-kanak tersebut telah melantiknya sebagai penjaga dan pemegang amanah kepada kanak-kanak. Ibu mengemukakan permohonan hak jagaan ke mahkamah.

Mahkamah memutuskan bahawa ibu berhak terhadap *ḥaḍānah* kanak-kanak tersebut. Penghakiman merujuk kepada kitab fiqh yang menyatakan, jika terdapat pertikaian di antara pihak lelaki dengan pihak perempuan, keutamaan

¹³ Seksyen 82, Akta 303.

¹⁴ (1975) 1 *Jurnal Hukum* (1) 42 ; (1978) *Jurnal Undang-undang* 355.

akan diberikan kepada ibu, kemudian kepada nenek sebelah ibu hingga ke atas. Bapa saudara merayu ke Mahkamah Rayuan tetapi telah ditolak.

Teori bahawa kanak-kanak kecil lebih baik diletakkan di bawah jagaan ibu bukanlah sesuatu yang mutlak. Ia hanyalah suatu anggapan yang boleh dipatahkan atau dipertikaikan. Keputusan akhir penentuan hak *ḥaḍānah* adalah mengikut budi bicara mahkamah yang akan menilai dan mempertimbangkan fakta-fakta kes dan apa yang terbaik bagi kanak-kanak tersebut dengan memegang prinsip kebajikan kanak-kanak dengan mengambil kira; kemahuan atau keinginan kedua ibu bapa kepada kanak-kanak tersebut; dan kehendak kanak-kanak itu sendiri jika dia telah mencapai usia yang membolehkannya memberi pendapatnya sendiri.¹⁵

Tempoh hak *ḥaḍānah* yang diutamakan kepada pihak perempuan tamat apabila, kanak-kanak mencapai umur tujuh tahun bagi lelaki dan sembilan tahun bagi kanak-kanak perempuan dan boleh dilanjutkan oleh mahkamah atas permohonan sehingga sembilan tahun bagi kanak-kanak lelaki dan sebelas tahun bagi perempuan. Mengikut prinsip biasa, setelah tempoh *ḥaḍānah* tamat, penjagaan kanak-kanak diturunkan kepada bapa. Namun begitu, undang-undang memberi pilihan kepada kanak-kanak tersebut dengan syarat dia mumayyiz untuk membuat pilihan sama ada untuk tinggal dengan ibu atau bapa.¹⁶

PERWALIAN (PENJAGAAN) ANAK DALAM UNDANG-UNDANG KELUARGA ISLAM DI MALAYSIA

Hak *wilāyah* atau hak penjagaan anak dapat didefinisikan sebagai keupayaan seseorang untuk membuat keputusan berkenaan dengan orang lain, sama ada orang tersebut bersetuju atau tidak.¹⁷

Bentuk penjagaan atau perwalian ini, terbahagi kepada dua, iaitu penjagaan terhadap diri kanak-kanak dan keduanya, penjagaan terhadap harta kanak-kanak. Penjaga diri kanak-kanak dan harta mungkin orang yang sama, dan mungkin juga orang yang berlainan. Hak perwalian ke atas diri dan harta kanak-kanak diutamakan kepada pihak bapa. Seksyen 88, Akta 303 memperuntukkan, walaupun *ḥaḍānah* anak dipegang oleh pihak lain, namun, bapa adalah penjaga hakiki yang pertama dan utama bagi diri dan harta anaknya yang belum

¹⁵ Seksyen 86 (2), Akta 303.

¹⁶ Seksyen 84 (2), Akta 303.

¹⁷ Wahbah al-Zuhaylī (1418H/1997), *al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuhu* (Dimashq: Dār al-Fikr, 4th ed., 7 vols., 1418/1997).

dewasa. Selepas kematian bapa, hak tersebut diturunkan kepada datuk lelaki sebelah bapa; wasi yang dilantik menurut wasiat bapa; wasi kepada wasi bapa; wasi datuk lelaki di sebelah bapa; dan wasi kepada wasi datuk di sebelah bapa mengikut susunan keutamaan. Perlantikan sebagai wali atau penjaga diri dan harta kanak-kanak ini tertakluk dengan syarat orang tersebut adalah seorang yang beragama Islam, dewasa, siuman dan seorang yang boleh dipercayai.

Prinsip perwalian diri kanak-kanak diserahkan kepada bapa atau kerabat lelaki sebelah bapa telah dinyatakan oleh hakim dalam kes *Rashida Begum lwn Shahab din & Ors*.¹⁸ Diputuskan, sekiranya bapa tiada, maka hak penjagaan terhadap diri dan harta kanak-kanak berpindah kepada datuk sebelah bapa. Jika semua waris sebelah pihak lelaki tiada, maka mahkamah berbidangkuasa menguruskan harta kanak-kanak, atau melantik penjaga lain.

Dinyatakan bapa sebagai orang yang paling berhak terhadap harta kanak-kanak kerana bapa dianggapkan sebagai orang yang paling mempunyai perasaan belas kasihan dan kasih sayang terhadap kanak-kanak berbanding kerabat lelaki lain. Jika bapa tiada, tanggungjawab ini diambil alih oleh datuk kerana sifat datuk itu menggantikan sifat bapa.¹⁹

Sekiranya, penjaga-penjaga yang tersebut dalam senarai di atas tiada, mahkamah mempunyai bidang kuasa melantik mana-mana orang sebagai penjaga bagi melindungi harta kanak-kanak. Dalam membuat perlantikan ini, mahkamah akan mempertimbangkan kebajikan kanak-kanak, iaitu dengan cara melihat kepada umur dan jantina kanak-kanak, watak dan kebolehan penjaga yang dicadangkan, keakraban persaudaraan di antara penjaga dengan kanak-kanak, kehendak ibu atau bapa yang sudah meninggal dunia, hubungan di antara penjaga dengan kanak-kanak dan kehendak kanak-kanak jika dia pada tahap umur boleh membuat pilihan yang bijak.²⁰

Dalam membuat perlantikan, mahkamah tidak semestinya melantik saudara mara sebelah bapa sebagai penjaga. Mahkamah juga boleh melantik ibu atau saudara mara sebelah ibu sekiranya ia perlu bagi kebajikan kanak-kanak. Apabila mahkamah melantik ibu sebagai penjaga harta, mahkamah boleh melantik orang lain menjadi penjaga bersama dengan ibu.²¹

¹⁸ (1984) *Syariah Law Journal*, 97.

¹⁹ Muḥammad Abū Zuhrah, *al-Aḥwāl al-Shakhṣiyyah* (n.n.p: Dār al-Fikr al-'Arabī, 3rd ed., 1377/1957), 495; Muḥammad Yūsuf Mūsā, *Aḥkam al-Aḥwal al-Shakhṣiyyah fī al-Sharī'ah al-Islāmiyyah* (Miṣr: Dār al-Kitāb al-'Arabī, 1958), 436.

²⁰ Seksyen 90, Akta 303.

²¹ Seksyen 92, Akta 303.

Jika mahkamah melantik seorang penjaga, pihak-pihak lain yang tidak dilantik seperti ibu atau saudara mara ibu contohnya, tidak berhak untuk campur tangan dalam pentadbiran harta kanak-kanak.²² Walau bagaimanapun, ibu boleh memulakan prosiding atas namanya sendiri bagi melindungi harta kanak-kanak sekiranya penjaga tersebut melakukan khianat atau menggelapkan atau membazirkan harta kanak-kanak. Ibu boleh meminta bantuan mahkamah untuk mengeneipkan atau memecat atau menahan penjaga tersebut.²³

Kedudukan ibu berkaitan dengan harta kanak-kanak di sisi undang-undang telah dijelaskan oleh Hakim dalam kes *Imambandi Iwn Mutsaddi*,²⁴ iaitu satu kes yang dibicarakan di Pakistan. Fakta kes menunjukkan bapa telah meninggal dunia dan mewariskan hartanahnya kepada tiga orang balu dan anak-anaknya. Seorang daripada balu yang bernama Zohra (ibu kepada dua orang anak hasil perkongsian hidup dengan si mati) telah menjualkan bahagiannya dan anak-anaknya yang bernilai Rs 10 000. Pembeli memohon penukaran hak milik di Pejabat Pendaftaran Tanah. Tuntutan ini ditentang oleh dua orang balu yang lain dan anak-anak mereka. Pembeli mengemukakan permohonan ke mahkamah agar Zohra, sebagai isteri yang sah dan ibu kepada anak-anak si mati diiktiraf sebagai berkuasa bertindak bagi pihak anak-anaknya untuk menjual harta tersebut. Majlis Privy memutuskan, ibu tidak ada kuasa untuk menjual atau melupuskan harta anak-anaknya, kerana dia bukan penjaga yang sah di sisi undang-undang.

Mahkamah juga pada bila-bila masa dan dari semasa ke semasa memecat seseorang penjaga sama ada seorang bapa, ibu atau orang lain dan melantik seorang lain.²⁵ Mahkamah juga mempunyai bidangkuasa untuk membuat perintah menghalang bapa atau datuk atau wasi kepada wasi mereka daripada:

²² Seksyen 91, Akta 303.

²³ Syed Ameer, *Mahommedan Law* (New Delhi: Ahad Enterprise, 5th Ed., 2 vols., 1982), 545; Dalam Akta/Enakmen Keluarga Islam di negeri-negeri dalam Malaysia tidak terdapat peruntukan bahawa pihak-pihak lain, iaitu bukan penjaga harta kanak-kanak boleh memulakan prosiding atas nama mereka sendiri bagi mengeneipkan penjaga yang tidak amanah. Namun, dari segi amalannya, Mahkamah boleh setakat mana yang perlu bagi kebajikan kanak-kanak mengeluarkan perintah menyekat kuasa penjaga dan Mahkamah juga boleh pada bila-bila masa dan dari semasa ke semasa memecat seseorang penjaga dan boleh melantik seseorang lain menjadi penjaga menggantikannya. Lihat Seksyen 93-94, Akta 303.

²⁴ (1918) 45 73; AIR 1918 P.C 11.

²⁵ Seksyen 94, Akta 303.

- (a) menjual, menggadaikan, menggadaijanji, menukar ataupun dengan cara lain melepaskan milik sebarang harta alih atau tak alih kanak-kanak itu; atau
- (b) memajakkan mana-mana tanah kepunyaan kanak-kanak itu selama tempoh lebih daripada satu tahun tanpa mendapat kebenaran dari mahkamah.

Sebarang pelupusan harta yang berlawanan atau bertentangan dengan perintah boleh diisytiharkan sebagai tidak sah oleh mahkamah, dan mahkamah boleh membuat apa-apa perintah untuk mengembalikan harta yang dilupuskan itu kepada kanak-kanak itu.²⁶ Peraturan-peraturan yang ditetapkan oleh syarak menunjukkan undang-undang Islam telah meletakkan satu kod undang-undang yang ketat bagi tujuan menjaga dan mengawal harta kepunyaan kanak-kanak. Terdapat banyak peringatan dan amaran terhadap mereka yang khianat terhadap harta kanak-kanak dengan dijanjikan balasan yang pedih di akhirat.²⁷

ISU-ISU BERBANGKIT DARI *ḤADĀNAH* DAN PERWALIAN

Perkara-perkara yang sering menjadi isu pertikaian yang sering berbangkit dari hak *ḥaḍānah* dan perwalian dapat dikategorikan kepada beberapa aspek; iaitu membabitkan sikap bapa yang enggan menyara nafkah sara hidup, pendidikan dan pelajaran anak, keengganan pengasuh atau penjaga (wali) melarang pihak yang tidak mendapat hak *ḥaḍānah* melawat anak yang berada dalam jagaan mereka, konflik menentukan agama anak terutama bagi mereka yang baru memeluk agama Islam, hak menentukan tempat tinggal anak bagi pengasuh dan penjaga yang berlainan mastautin, melancong atau musafir bersama anak dan kejadian melarikan anak.

(i) Nafkah Sara Hidup, Pendidikan dan Pelajaran Anak

Anak-anak yang diserahkan hak *ḥaḍānah*nya kepada ibu oleh mahkamah, ataupun atas kehendak anak-anak yang mumayyiz memilih tinggal dengan ibu, kewajipan menanggung nafkah yang merangkumi perbelanjaan sara hidup, pendidikan dan pelajaran anak adalah ke atas pihak yang memegang hak perwalian. Pihak ini wajib menyediakan nafkah yang merangkumi tempat tinggal, pakaian, makanan, perubatan dan pelajaran. Nafkah anak dapat diadakan sama ada dengan menyediakan keperluan tersebut atau dengan bayaran kos

²⁶ Seksyen 101, Akta 303; *Mohd Ali Jahn bin Yusop Sahibjahn lwn Zaleha bt Mat Zin & YL*, (1994) 6 KANUN (4) 118.

²⁷ Surah al-Baqarah 2:188; Surah al-Nisā' 4:29; Surah al-Nisā' 4:10.

secara munasabah berdasarkan kepada kemampuan dan taraf kehidupan orang yang bertanggung di bawah hukum syarak (Akta 303, seksyen 72).

Hak pengasuhan ibu kekal walaupun bapa yang membayar segala keperluan perbelanjaan hidup anak. Dalam kes *Hurbai lwn Usman* PLD 1963 (WP) Kar 888, ibu telah diceraikan oleh bapa dan terpaksa membuat kerja sebagai orang suruhan. Isu ini telah digunakan oleh bapa sebagai hujah mendakwa ibu sebagai tidak layak terhadap jagaan anak. Ketika membuat penghakiman, hakim mengakui hakikat bahawa ibu adalah seorang yang miskin berbanding bapa yang lebih mewah, dan disebabkan kemiskinan itu menyebabkan ibu terpaksa bekerja. Hakim menegaskan bahawa semata-mata miskin, tidak boleh menjadi alasan menafikan hak ibu terhadap hak jagaan anak sebagaimana yang telah ditetapkan oleh undang-undang Islam. Prinsip bahawa kanak-kanak lelaki berumur di bawah tujuh tahun, dan perempuan di bawah umur baligh diletakkan di bawah jagaan ibu mengikut undang-undang Islam adalah berdasarkan pertimbangan kemanusiaan, kerana hanya ibu yang mampu menjaga anak-anak kecil dan yang lebih mampu memberikan kasih sayang, kemanjaan dan tunjuk ajar yang perlu kepada kanak-kanak. Seorang ibu mampu melakukan ini semua walaupun dia seorang yang miskin.

Menyentuh persoalan kemampuan ibu menyediakan persekolahan yang baik bagi anak, Hakim menegaskan bahawa tugas tersebut tertanggung ke atas bapa yang bertanggungjawab membayar nafkah anak. Kewajiban ini tidak terjejas walaupun anak tersebut tinggal dengan ibu. Diputuskan, anak diserahkan kepada ibu, dan hakikat bahawa ibu sanggup membuat kerja-kerja sebagai orang suruhan patut diberi pujian yang menunjukkan kesungguhannya untuk menyara hidupnya sendiri.

Bapa atau penjaga bertanggungjawab memastikan kanak-kanak mendapat pelajaran dan didedahkan dengan ilmu pengetahuan sebagai persediaan diri ke arah kehidupan berdikari. Mendapat pelajaran yang mencukupi adalah hak asasi kanak-kanak. Oleh itu, ia perlu dipenuhi oleh penjaga yang bertanggungjawab dalam hal ini.

Walaupun peruntukan bagi persekolahan dan pelajaran anak-anak tidak dinyatakan dengan khusus oleh fuqaha, namun aspek ini boleh dikaitkan dengan tanggungjawab bapa dalam soal pendidikan anak-anak (*ta'dib*).²⁸ Begitu juga, tanggungjawab bapa terhadap pelajaran kanak-kanak dapat dilihat

²⁸ Siti Zalikah Md Nor, 'Perlindungan Terhadap Kanak-Kanak: Penjagaan, Pemeliharaan dan Nafkah', Kertas kerja dibentangkan dalam Seminar Wanita dan Undang-undang. Bangi: Fakulti Pengajian Islam, Universiti Kebangsaan Malaysia, 24-26 Ogos 1981.

dari prinsip asal *ḥaḍānah* yang menetapkan anak-anak diserahkan kepada bapa selepas tamat tempoh *ḥaḍānah* bagi tujuan penjagaan, pengajaran dan persiapan diri anak-anak kepada tugas-tugas yang bersesuaian dengan jantina masing-masing.²⁹

Walaupun, anak melebihi usia lapan belas tahun, bapa berkewajipan menanggung perbelanjaan persekolahan anak tersebut.³⁰ Peruntukan ini menepati prinsip syarak yang menekankan kewajipan menuntut ilmu ke atas setiap orang Islam. Pada kebiasaannya anak-anak yang tamat pelajaran selepas tingkatan lima, iaitu pada usia tujuh belas tahun. Peringkat umur anak-anak di peringkat pengajian tinggi seperti kolej atau universiti kebanyakannya bermula pada usia lapan belas tahun hingga ke atas. Walaupun, pada tahap umur ini mereka dianggap sebagai dewasa dalam kebanyakan perkara dan dari segi fizikal mereka memang boleh mencari pekerjaan, tetapi dalam soal nafkah tanggungan pelajaran, bapa masih perlu menyokong anak tersebut kerana kesibukan mereka mencari ilmu tidak memungkinkan mereka bekerja menampung kos pengajian dan sara hidup. Walau bagaimanapun, jika anak mendapat pinjaman atau tajaan bayaran pengajian, bapa tidak perlu menanggung keseluruhan kos pengajian. Bayaran nafkah yang berpatutan boleh dikenakan ke atas bapa sesuai dengan keperluan anak tersebut.³¹

Wanita (ibu) yang mendapat hak *ḥaḍānah*, dalam kes-kes tuntutan nafkah anak terpaksa berdepan dengan pelbagai masalah dan alasan yang digunakan oleh pihak lelaki (wali/bapa) bagi mengelakkan diri dari menanggung nafkah anak tersebut. Ini termasuklah tindakan bapa yang memberi kata dua kepada ibu sama ada untuk memelihara anak tanpa menuntut nafkah atau menyerahkan anak kepada pihak yang sanggup secara sukarela menjaga anak tanpa apa-apa bayaran. Isu ini telah digunakan oleh bapa dalam kes yang berlaku di Mesir, iaitu kes *Abd al-Mutallib al-Hamzawi & Sunjuk Abu Faraj lwn Aishah Basheer Salam*.³² Pihak Menuntut (PM) memohon dari mahkamah supaya memberi kata dua kepada Pihak Kena Tuntut (PKT) iaitu ibu sama ada memelihara sendiri dua orang anak hasil perkahwinan PKT dengan PM pertama atau menyerahkan anak-anak tersebut untuk dipelihara oleh PM kedua, iaitu ibu

²⁹ Khālīd, Ḥasan & Naja, 'Adnan, *Aḥkām al-Aḥwal al-Shakhṣiyyah fī al-Sharī'ah al-Islāmiyyah* (Beirut : al-Maktab al-Tijārī, 1964).

³⁰ Akta 303, seksyen 79.

³¹ *Ermy binti Shamsul Bahari lwn Mazlan bin Mahiddin*, (1997) KANUN 9 (2) 145)

³² Wan Yahya Wan Mamat, *Majallah al-Muḥamat al-Sharī'ah* (Terj. Kumpulan Kes-kes Nafkah di Mesir Tahun 1931-35, Petaling Jaya: Latihan Ilmiah, Universiti Islam Antarabangsa, 1989), 1-6.

kepada PM pertama yang sanggup menjaga anak-anak secara sukarela tanpa apa-apa bayaran.

Mahkamah berpendapat tuntutan dan dakwaan yang dikemukakan oleh PM adalah dengan tujuan tipu muslihat semata-mata, iaitu untuk merampas anak-anak dari ibu kandungnya atau mengekalkan anak di bawah jagaan ibu kandung tanpa perlu memberi nafkah kepada anak-anak. Niat tidak baik PM ini dapat difahami oleh hakim berdasarkan *qarīnah* yang mana PM mengemukakan permohonan ini selepas tujuh belas hari mahkamah memerintahkan PM pertama membayar nafkah kedua-dua orang anak sedangkan PM pertama telah disahkan sebagai seorang yang berkemampuan membayar nafkah anak.

Sekiranya PM kedua ikhlas dan sanggup menyara nafkah anak-anak tersebut, dia boleh berbuat demikian tanpa perlu mengambil anak dari ibu mereka. Cara ini yang lebih baik, kerana dia tidak akan menyakiti hati ibu dengan tidak merampas anak-anak dari tangan ibu dan juga tidak menyeksa anak-anak dengan memisahkan mereka dari ibu kandung yang menyayangi mereka. Mahkamah memutuskan bahawa ia tidak perlu melayan kehendak PM kedua yang sanggup menjaga anak-anak tersebut tanpa nafkah.

Pendapat ini berdasarkan *Kitāb al-Fatāwā al-Mahdiyyah* yang menghendaki hakim menggunakan kebijaksanaan dalam membicarakan tuntutan-tuntutan seumpama ini, dan larangan kepada hakim dari melayan tuntutan sukarelawan seperti dalam kes ini kerana mereka mempunyai muslihat tertentu.

Adakalanya perasaan dendam dan sakit hati di antara ibu dan bapa yang telah bercerai menjadi faktor penyebab keengganan bapa memberi nafkah kepada anak yang tinggal dengan ibu atau keluarga ibu. Contohnya dalam kes *N lwn IJ*,³³ PKT (bapa) mengaku kewajipan bapa menanggung nafkah anak-anak, tetapi beliau tidak memberi nafkah kerana beliau tidak mampu dan juga kerana beliau merasa sakit hati terhadap keluarga PM.

Antara alasan lain yang menyebabkan bapa enggan membayar nafkah anak ialah disebabkan ada pihak lain yang telah menanggung sara hidup anak. Bapa dalam kes *Ghulam Nabi lwn Muhammad Asghar*,³⁴ berhujah bahawa memandangkan anak-anak selama ini telah ditanggung dan disara oleh datuk dan nenek sebelah ibu sebelum ibu membuat tuntutan nafkah anak dari bapa, maka dalam keadaan ini bapa tidak lagi perlu dibebankan dengan perbelanjaan untuk anak-anak.

³³ Mahkamah Tinggi Syariah Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur, Kes Mal 72/1997.

³⁴ PLD 1991 SC 543

Persoalan yang dipertimbangkan oleh mahkamah ialah, pihak manakah yang lebih utama menanggung nafkah anak di antara bapa dengan datuk dan nenek sebelah ibu? Mahkamah berpendapat keutamaan menanggung nafkah anak tersebut adalah menjadi tanggungjawab bapa. Rayuan bapa bahawa beliau tidak bertanggungjawab terhadap nafkah anak ditolak.

Keengganan bapa bertanggungjawab atas kedudukannya sebagai wali untuk menyara keperluan hidup anak berkait rapat dengan tahap penghayatan tanggungjawab keagamaan yang cetek dan sikap mementingkan diri sendiri bapa.

(ii) Penentuan Agama

Persoalan mengenai siapa yang berhak menentukan pegangan agama anak sering diutarakan dalam kes ibu atau bapa yang pada asalnya berkahwin mengikut upacara bukan Islam dan kemudiannya salah seorang dari mereka, sama ada ibu atau bapa memeluk agama Islam dan menuntut hak jagaan anak.

Oleh kerana perkara ini membabitkan salah seorang pihak adalah orang bukan Islam, maka mahkamah yang layak memutuskan tuntutan hak jagaan anak adalah Mahkamah Tinggi Sivil dan bukannya Mahkamah Syariah.

Kedudukan ibu bapa sebagai pihak yang berkuasa menentukan pegangan agama kanak-kanak diperuntukkan dalam Perkara 12 (4), Perlembagaan Persekutuan yang menyatakan bahawa agama bagi seseorang yang berumur kurang dari lapan belas tahun adalah ditetapkan oleh ibu bapa atau penjaganya. Hak ini juga dinyatakan dengan jelas di dalam seksyen 3, Akta Penjagaan Kanak-kanak 1961 yang menyebut penjaga adalah berhak kepada pemeliharaan dan bertanggungjawab terhadap tanggungan atau saraan, kesihatan dan pendidikan. Ini menunjukkan mahkamah tidak ada bidangkuasa untuk memutuskan agama bagi seseorang kanak-kanak, kerana ini adalah hak dan bidangkuasa ibu bapa atau penjaga. Kuasa ibu bapa atau penjaga dalam menentukan anutan agama anak ini dapat dilihat dengan jelas dalam keputusan mahkamah dalam kes *Re Chee Peng Quek*.³⁵ Mahkamah tidak membezakan antara kuasa ibu atau bapa sebagai pihak yang berhak menentukan pegangan agama anak. Namun, andaian dapat dibuat iaitu, apabila mana-mana pihak, sama ada ibu atau bapa yang mendapat hak jagaan anak, maka hak pegangan agama akan lebih memihak kepada pihak tersebut. Walaupun begitu, terdapat

³⁵ (1963) 1 MLJ 1 xxix.; *Re Susie Teoh; Teoh Eng Huat lwn Kadhi of Pasir Mas Kelantan & Majlis Ugama Islam & Adat Istiadat Melayu Kelantan*. (1990) 2 CLJ 11.

juga kes yang mana walaupun hak jagaan anak diserahkan kepada penjaga (ibu angkat) yang beragama Islam, tetapi mahkamah tidak membenarkan pihak tersebut mengubah anutan agama anak angkat mereka sebagaimana yang berlaku dalam kes *Tan Kong Meng lwn Zainon bte Md Zain & Anor*.³⁶

(iii) Lawatan Anak

Kanak-kanak yang berada dalam *ḥaḍānah* pengasuh atau dalam penjagaan wali (penjaga) tidak bermaksud pihak yang tidak mendapat hak jagaan fizikal kanak-kanak terhalang dari berjumpa dan menghabiskan masa bersama-sama dengan anak. Hak *ḥaḍānah* atau hak penjagaan yang diberikan kepada pengasuh atau penjaga bukanlah satu bentuk pemilikan pihak tersebut terhadap kanak-kanak. Halangan akses ataupun lawatan adalah antara perkara yang terpaksa dihadapi oleh ibu atau bapa yang tidak mendapat hak *ḥaḍānah* anak.

Akta 303, seksyen 87 memperuntukkan bahawa mahkamah boleh, apabila membuat suatu perintah jagaan mengadakan peruntukan bagi kanak-kanak itu melawat ibu atau bapa yang tidak diberi jagaan atau seseorang dari keluarga ibu atau bapa yang telah mati atau tidak diberi jagaan pada masa-masa dan bagi apa-apa tempoh yang difikirkan munasabah oleh mahkamah atau mahkamah juga boleh memberi hak untuk berjumpa kepada ibu atau bapa yang tidak diberi jagaan atau seseorang dari keluarga ibu atau bapanya yang telah mati atau tidak diberi jagaan pada bila-bila masa dan dengan seberapa kerap yang difikirkan munasabah oleh mahkamah.

Penafian hak lawatan ini boleh berlaku dalam pelbagai keadaan, sama ada pihak-pihak tersebut belum bercerai atau telah bercerai atau sama ada mahkamah telah mengeluarkan perintah mahkamah atau belum.

Adakalanya tindakan bapa yang mendapat hak *ḥaḍānah* melarang pihak ibu dari melawat anak mendorong ibu menuntut hak *ḥaḍānah*. Fakta kes dalam *RB lwn RS*,³⁷ menunjukkan pihak-pihak berkahwin pada 1 Julai 1985. Hasil dari perkahwinan tersebut mereka dikurniakan dua orang anak, masing-masing berumur lapan dan sembilan tahun. Ketika berlaku perceraian, pihak-pihak tersebut telah bersetuju bahawa anak lelaki tinggal dengan PM dan anak perempuan dengan PKT.

Walau bagaimanapun, PM memohon pertukaran hak *ḥaḍānah* anak perempuan yang berada di bawah jagaan PKT kepada beliau. Alasan permohonan tersebut dibuat adalah kerana PM mendakwa PKT melarang beliau

³⁶ (1995) 3 MLJ 408.

³⁷ Mahkamah Tinggi Syariah Shah Alam, Kes Mal No. 91/1996

dari berjumpa dengan anak perempuan tersebut sehinggakan PKT sanggup menukar sekolah anak itu bagi mengelakkan PM menemui anak di sekolah. PM juga mendakwa bahawa PKT mengugut bahawa beliau akan memukul dan mencederakan PM sekiranya PM cuba untuk berjumpa dengan anak. PKT juga pernah membuat ugutan akan mengupah seseorang mencederakan PM bagi menghalang PM menemui anak itu. Hakim membuat keputusan mengekalkan anak tersebut di bawah jagaan bapa iaitu PKT. Keputusan ini dibuat berdasarkan kepada pilihan anak itu sendiri yang telah mencapai umur mumayyiz yang memilih untuk tinggal bersama bapa. PM diberikan hak lawatan.

Kemungkinan bagi ibu dihalang dari berjumpa anak juga adalah besar, jika kes melibatkan ibu yang memegang kerakyatan asing. Kerisauan bapa terhadap kemungkinan anak yang berada di bawah jagaan mereka dilarikan oleh ibu ke negara asal mendorong mereka mengenakan pelbagai sekatan dan halangan ke atas ibu dari berjumpa dan menghabiskan masa bersama anak-anak. Halangan akses yang terpaksa dihadapi oleh ibu ini dapat diperhatikan dalam kes *Tunku Mahmood Shah Tunku Mohammad lwn Noor Faridah Sutherland*,³⁸ Ibu berbangsa Amerika dikenakan pelbagai sekatan oleh pihak bapa dari berjumpa dengan dua orang anak mereka yang berada di bawah jagaan bapa. Situasi yang sama terpaksa dihadapi oleh pihak ibu berbangsa Inggeris dalam kes *AJA lwn IA*.³⁹

(iv) Tempat Mukim Kanak-Kanak, Hak Melancong atau Bermusafir Bersama Anak

Hak *ḥaḍānah* ibu berkait rapat dengan tempat mukim kanak-kanak. Ini berbeza dengan kedudukan wali, yang mana tempat mukim kanak-kanak adalah mengikut mukim wali. Mazhab Shāfi'ī meletakkan pemukiman ibu di tempat yang sama dengan kanak-kanak sebagai salah satu syarat kelayakan seseorang ibu terhadap *ḥaḍānah*. Perpindahan ibu ke tempat atau negeri yang jauh dari tempat mukim bapa boleh menyebabkan hak *ḥaḍānah* ibu gugur.⁴⁰

Walau bagaimanapun, Undang-undang Keluarga Islam di Malaysia tidak mensyaratkan ibu tinggal di tempat yang sama dengan wali kanak-kanak bagi melayakkannya mendapat hak *ḥaḍānah*. Hak *ḥaḍānah* hanya gugur jika dia menukar permastautinannya dengan tujuan untuk mencegah bapa kanak-kanak itu dari menjalankan pengawasan yang perlu ke atas kanak-kanak itu. Walau

³⁸ (1996) JH (1) 227.

³⁹ Mahkamah Tinggi Syariah Bandaraya George Town, Kes Mal No. 395 / 1996.

⁴⁰ Ibn Ishāq Ibrāhīm bin 'Alī bin Yūsuf al-Shirāzi, *al-Muhadhdhab*, 172; Muḥammad al-Khātib al-Sharbīnī, *Mughnī al-Muḥtāj 'ilā Ma'ānī al-fāz al-Minhāj*, 459.

bagaimanapun, seorang ibu yang diceraikan boleh membawa anak tersebut ke tempat kelahirannya.⁴¹

Keharusan ibu membawa anak berpindah ke tempat asalnya dalam Akta 303, seksyen 83 (c) adalah tidak mutlak. Tuntutan *ḥaḍānah* dalam kes yang melibatkan perpindahan ke negara lain akan diputuskan mahkamah berasaskan prinsip kebajikan kanak-kanak.⁴² Peluang pendidikan dan hak kerakyatan di negara yang lebih menjamin masa depan antara asas pertimbangan kebajikan kanak-kanak yang ditekankan oleh mahkamah ketika memutuskan kes yang melibatkan perpindahan kanak-kanak ke luar negara Malaysia.

Dalam kes *Nong Azman Shah lwn Ahood Thamar Badei*,⁴³ PM telah menceraikan PKT dengan talak tiga pada tahun 1993 dengan alasan PKT telah berlaku curang, tidak setia dan tidak menunaikan sembahyang. Kedua-dua belah pihak bertikai tentang hak jagaan tiga orang anak yang masih kecil. Antara alasan penghakiman yang dikemukakan mahkamah ialah tentang taraf kerakyatan PKT. PKT adalah warganegara Iraq yang tinggal di Kuwait dengan mendapat visa tinggal dan bukan warganegara Kuwait. Oleh itu, jika visa untuk tinggal di Kuwait tidak dapat dilanjutkan, sudah pasti PKT akan berhijrah atau musafir ke negeri lain, walaupun mungkin bukan ke negeri sendiri di Iraq. Jika anak-anak diletakkan di bawah jagaan PKT, keadaan ini akan menyukarkan PM sebagai bapa dan penjaga hakiki untuk menziarahi anak-anak.

Mahkamah juga berpendapat keselamatan anak-anak akan lebih terjamin dan terpelihara di Malaysia kerana tidak ada peperangan yang berlaku jika dibandingkan dengan negara Kuwait dan Iraq. Sebagai pemegang kerakyatan Malaysia, anak-anak akan mendapat keutamaan dan keistimewaan dalam pendidikan pelajaran sama ada di peringkat sekolah rendah, menengah atau institusi pengajian tinggi berbanding jika mereka disekolahkan di Kuwait yang mana mereka dianggap sebagai golongan kelas dua kerana bukan rakyat Kuwait.

Syarat permastautinan adalah antara sebab-sebab mengapa *ḥaḍānah* diberikan kepada bapa. Namun, perkara utama yang menjadi pertimbangan mahkamah adalah kebajikan kanak-kanak. Peluang pendidikan, pelajaran, tempat tinggal, persekitaran dan budaya di Malaysia menjadi faktor menyumbang kepada kebajikan kanak-kanak yang sedang membesar.

Hak perwalian diri yang dipegang oleh bapa meletakkan bapa sebagai orang berkuasa memohon kad pengenalan dan pasport kanak-kanak. Oleh

⁴¹ Seksyen 83 (c), Akta 303.

⁴² Seksyen 86 (1), Akta 303.

⁴³ (1996) 1 JH 165

itu, perjalanan kanak-kanak ke luar negara memerlukan persetujuan dan tandatangan bapa.⁴⁴ Perkara ini akan menjadi rumit apabila melibatkan ibu bapa yang bercerai. Pihak ibu hanya boleh memohon passport perjalanan sama ada bagi tujuan melancong atau menunaikan umrah atau haji, apabila mahkamah mengeluarkan perintah hak *ḥaḍānah* anak kepada ibu. Surat perceraian semata-mata tidak memadai bagi ibu memohon passport bagi pihak anak.⁴⁵ Ini bererti, dalam masa prosiding tuntutan hak *ḥaḍānah* masih belum tamat, ibu tidak boleh membawa anak musafir ke luar negara tanpa persetujuan wali.

Dalam kes-kes melarikan anak ke luar negara, persetujuan bapa membenarkan ibu membawa anak ke luar negara lazimnya diperolehi oleh ibu dilakukan dengan secara menipu. Contohnya dalam kes *In the Marriage of Raja Bahrin*,⁴⁶ ibu berjaya membawa dua anak ke Australia dengan alasan kononnya ingin melawat nenek sebelah ibu yang sedang sakit. Apabila berjaya sampai ke Australia, ibu berjaya mendapat hak penjagaan anak dan membuat pertukaran warganegara serta menukar agama anak-anak tersebut. Menyedari hakikat kuasa perwalian diri dipegang oleh bapa yang menyebabkan hanya bapa yang boleh menentukan sama ada anak dibenarkan dibawa ke luar negara atau tidak, mendorong ibu-ibu warganegara asing nekad melarikan anak ke tempat asal masing-masing. Kejadian ini dapat diperhatikan dalam kes di atas dan beberapa kes lain.⁴⁷

KESIMPULAN

Hak *ḥaḍānah* dan hak perwalian yang diperuntukkan dalam hukum syarak dan Undang-undang keluarga Islam bermatlamatkan satu tujuan, iaitu menjaga kemaslahatan dan kebajikan kanak-kanak. Aspek-aspek perwalian diri dan harta yang dipegang oleh pihak bapa bersesuaian dengan tugas bapa, begitu juga hak *ḥaḍānah* yang diutamakan kepada pihak wanita, terutamanya ibu menunjukkan syarak amat mementingkan perkembangan psikologi anak-anak yang memerlukan belaian dan kasih sayang serta kelembutan wanita

⁴⁴ Siti Zalikah Md Nor, 'Beberapa Aspek Dalam Hadanah', *Prosiding Seminar Undang-undang Keluarga Islam Melindungi Wanita: Di Mana Silapnya* (Kuala Lumpur: Sekretariat Hal Ehwal Wanita ABIM, 20 April, 2002)

⁴⁵ Mohammad Hashim Kamali, *Islamic law in Malaysia: Issues and Developments* (Kuala Lumpur : Ilmiah Publication, 2000), 117

⁴⁶ (1986) 11 Fam LR 233

⁴⁷ *AJA lwn IA*, Mahkamah Tinggi Syariah Bandaraya George Town, Kes Mal No. 395 / 1996 ; *RA lwn WAKWA*, Mahkamah Syariah Balik Pulau, Kes Mal No. 27 / 1997.

dalam didikan dan asuhan terutamanya melibatkan anak-anak yang masih kecil. Justeru, hak-hak yang berbangkit dari kedua-dua aspek perwalian dan *ḥaḍānah* ini sepatutnya tidak disalahgunakan atas kepentingan peribadi dan kehendak individu tanpa mengambilkira apa yang terbaik untuk kanak-kanak. Kedua-dua belah pihak, sama ada wanita (ibu) atau lelaki (wali) perlu bekerjasama untuk kebaikan dan kebajikan kanak-kanak. Hak dan kuasa yang diberikan kepada ibu dan bapa dalam bentuk perwalian dan *ḥaḍānah* ini bukanlah satu bentuk penguasaan pemilikan mutlak ke atas anak-anak, bahkan ini merupakan antara bentuk amanah yang diberikan kepada kedua-dua belah pihak tersebut. Perkara-perkara yang berbangkit dari kedua-dua bentuk *ḥaḍānah* dan perwalian akan dapat dijalankan dengan baik apabila pihak-pihak dapat meletakkan kepentingan kanak-kanak sebagai perkara yang utama dan pertama. Menafikan hak pihak-pihak bererti kanak-kanak itu sendiri telah dinafikan haknya. Kegagalan ibu bapa berfungsi dalam menjalankan amanah secara sempurna ada ketikanya dapat dikawal melalui peruntukan undang-undang yang mengenakan hukuman tertentu, tetapi apa yang penting ialah kesedaran pihak-pihak ini memberikan hak kepada pihak-pihak yang berhak atas dasar ianya satu bentuk obligasi keagamaan yang bakal diperhitungkan di akhirat kelak.

RUJUKAN

- ‘Abd al-Raḥmān al-Jazīrī, *Kitāb al-Fiqh ‘alā al-Madhāhib al-Arba’ah* (Miṣr : al-Maktabah al-Tijāriyyah al-Kubrā, 1969).
- Abī Bakr Aḥmad bin ‘Alī al-Razī al-Jaṣṣaṣ, *Aḥkām al-Qur’ān* (n.np: Dār al-Khilafah al-‘Aliya, 1335/1916).
- Abī Dāwūd al-Sajistānī, Sulayman bin Ashcath, *Sunan*, ‘Bāb man ahaq bi al-walad’ (Kāfūr: Matba’ah al-Majidī, 1387/1968).
- Abī Zakariyyā Yahyā bin Yūsuf al-Nawāwī, *Minhāj al-Ṭālibīn* (n.np: Dār Ihya’ al-Kutub al-‘Arabiyyah, n.d.).
- Ibn Ishāq Ibrāhīm bin ‘Alī bin Yūsuf al-Shirāzi, *al-Muhadhdhab* (Miṣr : Maṭba’ah ‘Isā al-Bābī al-Ḥalabī, n.d.).
- Ibn Shihāb al-Dīn al-Ramlī, *Nihāyah al-Muḥtāj ilā Sharḥ al-Minhāj*. Miṣr: Maktabah al-Bābī al-Halabī, 1938).
- Khālīd, Ḥasan & Naja, ‘Adnan, *Aḥkām al-Aḥwal al-Shakhṣiyyah fī al-Sharī‘ah al-Islāmiyyah* (Beirūt : al-Maktab al-Tijārī, 1964).
- Manṣūr bin Yūnus bin Idrīs al-Bāhī, *Kashhaf al-Qina’an Matn al-Iqna’* (Beirūt: Dār al-Fikr, 1982).

- Mohammad Hashim Kamali, *Islamic Law in Malaysia: Issues and Developments* (Kuala Lumpur: Ilmiah Publication, 2000).
- Muḥammad Abū Zuhrah, *al-Aḥwāl al-Shakhṣiyyah* (n.n.p: Dār al-Fikr al-‘Arabī, 3rd ed., 1377/1957).
- Muḥammad al-Khātīb al-Sharbīnī, *Mughnī al-Muḥtāj ‘ilā Ma‘ānī al-fāz al-Minhāj* (n.n.p: Dār al-Fikr, 1978).
- Muḥammad Yūsuf Mūsā, *Aḥkam al-Aḥwal al-Shakhṣiyyah fī al-Sharī‘ah al-Islāmiyyah* (Miṣr: Dār al-Kitāb al-‘Arabī, 1958).
- Shams al-Dīn Muḥammad bin Abī al-‘Abbas Aḥmad bin Hamzah Ibn Shihab al-Dīn al-Ramlī, *Nihāyah al-Muḥtāj ‘ila Sharḥ al-Minhāj* (Miṣr: Maktabah Muṣṭafā al-Bābī al-Ḥalabī, 1938).
- Siti Zalikhah Md Nor, ‘Beberapa Aspek Dalam Hadanah’, *Prosiding Seminar Undang-undang Keluarga Islam Melindungi Wanita: Di Mana Silapnya* (Kuala Lumpur: Sekretariat Hal Ehwal Wanita ABIM, 20 April, 2002).
- Siti Zalikhah Md Nor, ‘Perlindungan Terhadap Kanak-Kanak: Penjagaan, Pemeliharaan dan Nafkah’, Kertas kerja dibentangkan dalam Seminar Wanita dan Undang-undang. Bangi: Fakulti Pengajian Islam, Universiti Kebangsaan Malaysia, 24-26 Ogos 1981.
- Syed Ameer, *Mahomedan Law* (New Delhi: Ahad Enterprise, 5rd ed., 1982).
- Wahbah al-Zuhaylī (1418H/1997), *al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuhu* (Dimashq: Dār al-Fikr, 4rd ed., 1418/1997).
- Wan Yahya Wan Mamat, *Majallah al-Muḥamat al-Sharī‘ah* (Terj. Kumpulan Kes-kes Nafkah di Mesir Tahun 1931-35, Petaling Jaya: Latihan Ilmiah, Universiti Islam Antarabangsa, 1989).
- Zakariyyā al-Bārrī, *Aḥkām al-Awlād fī al-Islām* (al-Qāhirah: al-Maktabah al-‘Arabiyyah, 1964).

Kes-Kes

- AJA lwn IA*, Mahkamah Tinggi Syariah Bandaraya George Town, Kes Mal No. 395 / 1996.
- Ermy binti Shamsul Bahari lwn Mazlan bin Mahiddin*, (1997) KANUN 9 (2) 145)
- Ghulam Nabi lwn Muhammad Asghar*, PLD 1991 SC 543.
- Hurbai lwn Usman* PLD 1963 (WP) Kar 888.
- Imambandi lwn Mutsaddi*, (1918) 45 73; AIR 1918 P.C 11.

- In the Marriage of Raja Bahrin* (1986) 11 Fam LR 233.
- Mohd Ali Jahn bin Yusop Sahibjahn lwn Zaleha bt Mat Zin & YL*, (1994) 6 KANUN (4) 118.
- Nong Azman Shah lwn Ahood Thamar Badei*, (1996) 1 JH 165.
- N lwn IJ*, Mahkamah Tinggi Syariah Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur, Kes Mal 72/1997.
- Rashida Begum lwn Shahab din & Ors.* (1984) *Syariah Law Journal* 97.
- Re Chee Peng Quek.* (1963) 1 MLJ 1 xxix.
- Re Susie Teoh; Teoh Eng Huat lwn Kadhi of Pasir Mas Kelantan & Majlis Ugama Islam & Adat Istiadat Melayu Kelantan.* (1990) 2 CLJ 11.
- Rosnah lwn Mohamed Nor* (1975) 1 JH (1) 42 ; (1978) *Jernal Undang-undang* 355.
- RB lwn RS*, (Mahkamah Tinggi Syariah Shah Alam, Kes Mal No. 91/1996).
- Tan Kong Meng lwn Zainon bte Md Zain & Anor.* (1995) 3 MLJ 408.
- Tunku Mahmood Shah Tunku Mohammad lwn Noor Faridah Sutherland* (1996) JH (1) 227.