

**MELARIKAN ANAK KE LUAR NEGARA:
KAWALAN UNDANG-UNDANG DI MALAYSIA
DAN DI BAWAH *THE HAGUE CONVENTION ON
THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD
ABDUCTION 1980***

Zanariah Noor*

ABSTRACT

The issue of international child abduction arose when non-custodial parents abduct their own children and brought them to their own countries. Since Malaysia is not a signatory-state to the Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction 1980, which facilitates the returning of children to their habitual residence, efforts to bringing back the children to Malaysian jurisdiction or foreign jurisdiction has been facing difficulties and has caused trauma to both conflicting parents as well as the children. This article focuses on the aspects of which will be considered by Malaysian and foreign court with regards to international child abduction cases involving the Muslims.

Keywords: *children, child abduction, Malaysian law, Hague Convention*

* Senior Lecturer, Department of Islamic Studies, Faculty of Social Sciences and Humanities, Sultan Idris Education University, Tanjong Malim, Perak, zanariah@fssk.upsi.edu.my

PENGENALAN

Isu melarikan anak ke luar negara secara tidak sah oleh ibu atau bapa sering menjadi paparan media. Perceraian atau pergolakan rumah tangga pasangan kahwin campur warganegara Malaysia dengan warganegara asing, kemudahan pengangkutan moden, serta kebimbangan *bias* keputusan kehakiman dalam kes perebutan hak *haḍānah* anak adalah antara faktor utama yang mencetuskan fenomena ini. Isu ini bukan sahaja menimbulkan konflik perundangan di antara dua buah negara terbabit tetapi adakalanya boleh menyebabkan hubungan dua hala antara Malaysia dengan negara tersebut turut terjejas.¹ Terdapat dua kemungkinan yang berlaku, pertama kanak-kanak warganegara Malaysia dilarikan dari Malaysia ke negara luar. Kedua, kanak-kanak dari negara luar dilarikan ke dalam negara Malaysia. Persoalan melarikan anak yang dibincangkan dalam artikel ini khusus membabitkan ibu atau bapa atau penjaga beragama Islam yang melarikan anak sendiri yang membabitkan undang-undang kekeluargaan dan secara langsung melibatkan persoalan undang-undang personal antarabangsa (*private international law*) sekiranya membabitkan bidang kuasa negara asing.

HAK HAḌĀNAH, HAK PERWALIAN DAN PENENTUAN TEMPAT TINGGAL KANAK-KANAK

Penentuan tempat tinggal kanak-kanak tidak menjadi isu ketika ibu dan bapa masih tinggal sebambung. Isu ini akan berbangkit apabila berlaku pertikaian hak *haḍānah* anak. Adakah ibu yang mendapat hak *haḍānah* berhak menentukan tempat tinggal anak, ataupun kuasa bapa sebagai wali melebihi kuasa ibu dalam persoalan ini? Penelitian terhadap pendapat Mazhab Shafi'i, Maliki dan Hanbali menunjukkan kedudukan bapa sebagai wali lebih diutamakan apabila melibatkan tempat tinggal kanak-kanak walaupun ibu mendapat hak *haḍānah*. Ibu yang ingin berpindah ke tempat atau negeri yang terletak jauh dari tempat mukim bapa, akan digugurkan haknya terhadap *haḍānah*. Hak ini akan berpindah kepada bapa. Ini adalah bagi menjamin hak bapa sebagai orang yang bertanggungjawab terhadap pendidikan, pembentukan akhlak, pemberian nafkah dan yang paling utama bagi menjaga keturunan.² Keutamaan kepada

¹ Rita Camilleri (2001), *Attitudes and Perceptions in Australia – Malaysia Relations: A Contemporary Profiles*, Bangi: Penerbit Universiti Kebangsaan Malaysia, hh. 131–139.

² Ibn Ishāq Ibrāhīm bin 'Alī bin Yūsuf al-Shīrāzī (t.t), *al-Muhadhdhab*, Mesir: Maṭba'ah 'Isā al-Bābī al-Halabī, Jil. 2, h. 172; Muhammad al-Khaṭīb al-Sharbīnī (1978), *Mughnī al-Muhtāj ilā Ma'ānī Alfāz al-Minhāj*. t.tt.: Dār al-Fikr, Jil.3, h. 459.

bapa dalam perkara ini memberikannya kuasa kepada wali jika ingin berpindah untuk membawa anak bersamanya walaupun masih dalam *haḍānah* ibunya.³

Sebaliknya, Mazhab Hanafi lebih terbuka dalam perkara ini dengan mengatakan bahawa ibu berhak membawa kanak-kanak bersamanya berpindah ke tempat atau negeri lain walaupun bapa tidak mengizinkan. Tindakan tersebut tidak menggugurkan haknya terhadap *haḍānah*. Namun, keharusan tersebut perlu memenuhi dua kriteria iaitu; (1) negeri atau tempat yang dituju dengan niat menetap itu mestilah negeri yang asal dan bukan negara *ḥarbi* dan (2) perkahwinan ibu dengan bapa kanak-kanak tersebut telah diadakan di tempat asal tersebut.⁴ Syarat-syarat perlu dipenuhi secara bersama. Jika negeri atau tempat itu bukan tempat tinggal asal ibu atau jika tempat itu memang tempat asal, tetapi pernikahan tidak diadakan di tempat itu, ibu tidak boleh membawa kanak-kanak berpindah ke tempat tersebut tanpa kebenaran bapa atau wali. Maksud di sebalik penetapan syarat ini ialah, apabila suatu perkahwinan telah diadakan di tempat asal tanah kelahiran isteri (ibu kanak-kanak), secara tersirat menunjukkan bahawa suami (bapa) redha dan mengakui tempat tersebut sebagai tempat mukim asal isteri dan anak-anaknya. Tindakan isteri mengikut suami cuma atas alasan perkahwinan. Apabila perkahwinan dibubarkan, dia berhak untuk kembali ke tempat asalnya.⁵ Kembali ke tempat asal ibu ini sebenarnya secara tidak langsung mendatangkan kebaikan kepada kanak-kanak kerana di tempat tersebut ahli keluarga kepada bekas isterinya (ibu kanak-kanak) akan turut sama menjaga kanak-kanak tersebut dan melimpahinya dengan kasih sayang hasil hubungan kekeluargaan yang wujud di antara mereka dengan kanak-kanak. *Maṣlahah* bagi kanak-kanak adalah lebih besar berbanding mudarat kepada bapa akibat berjauhan dengan anak-anaknya.⁶

Peruntukan undang-undang *haḍānah* di Malaysia tidak mengkhususkan syarat ibu atau pengasuh perempuan dimestikan tinggal di mukim yang sama dengan bapa atau wali kanak-kanak. Apa yang dinyatakan di dalam statut ialah seorang pengasuh kepada kanak-kanak disyaratkan tinggal di tempat yang selamat iaitu kanak-kanak itu tidak mungkin menghadapi apa-apa akibat buruk

³ *Ibid.*

⁴ Abū Bakr bin Mas'ūd al-Kasānī (1328H/1910), *Badā'i' al-Ṣanā'i' fī Tārīb al-Sharā'i'*, Mesir: Maṭba'ah al-Jamāliyyah. Jil. 4, h. 44.

⁵ *Ibid.*

⁶ Zakī al-Dīn Sha'bān (1971), *al-Aḥkām al-Sharī'ah li al-Aḥwāl al-Syakhsiyyah*, Libya: t.pt, h. 638.

dari segi akhlak atau jasmani.⁷ Diperuntukkan juga, antara syarat kehilangan atau pengguguran hak *hadānah* ialah apabila pengasuh perempuan menukar permastautinannya dengan tujuan untuk mencegah bapa dari menjalankan pengawasan yang perlu ke atas kanak-kanak itu. Walau bagaimanapun, seorang ibu yang diceraikan boleh membawa anak ke tempat kelahirannya.⁸ Dari segi amalan, penelitian kepada keputusan kes-kes *hadānah*, mahkamah pada kebiasaannya tidak menyentuh masalah perbezaan mukim tempat tinggal atau perbezaan negeri bapa dengan pengasuh sebagai satu sebab pengguguran hak *hadānah* seseorang ibu walaupun tempat perpindahan tersebut bukanlah tempat kelahiran asal ibu.⁹

Dalam kes *Tunku Mahmood Shah lwn Noor Faridah Sutherland Abdullah*,¹⁰ persoalan mastautin telah dikemukakan oleh plaintif sebagai hujah mempertikaikan kelayakan ibu, iaitu defendan sebagai pengasuh. Plaintif mendakwa dia lebih berhak menjaga kedua-dua anaknya kerana dia bermastautin di Malaysia atau lebih khusus lagi di Pulau Rawa, berbanding defendan yang merupakan seorang warganegara Amerika Syarikat yang tinggal di Malaysia atas visa pelancong dan hanya menumpang di rumah orang lain di Kuala Lumpur. Dalam keterangannya defendan mengaku balik ke Amerika Syarikat selepas visanya tamat, namun pemergiannya ke Amerika Syarikat bukan atas kehendaknya sendiri, tetapi disebabkan plaintif enggan menyambung visanya dan mengugutnya jika defendan tidak berangkat ke Amerika Syarikat, plaintif akan menghalang defendan dari berjumpa dengan anak-anak.

Mengulas isu mastautin, hakim berpendapat walaupun defendan bukan rakyat Malaysia, tetapi dia boleh tinggal di Malaysia sehingga dua puluh tahun. Hujah perpindahannya ke Amerika Syarikat dan tidak tinggal tetap di Malaysia tidak dapat diterima oleh hakim kerana keadaan itu berlaku disebabkan keengganan plaintif membenarkan defendan untuk terus tinggal di Pulau Rawa. Hakikat ini tidak boleh menjadi asas kepada gugurnya hak *hadānah* defendan. Hakim juga menegaskan bahawa memenuhi syarat-syarat pengasuh tidak boleh dijadikan alasan mutlak untuk mendapatkan hak *hadānah*.

⁷ Seksyen 83 (e), Enakmen Undang-undang Keluarga Islam Selangor 2003. Rujukan kepada enakmen negeri Selangor dilakukan dalam artikel ini, walaubagaimanapun peruntukan seumpama dinyatakan dalam enakmen-enakmen undang-undang keluarga Islam di negeri-negeri lain.

⁸ Seksyen 84 (c), Enakmen Undang-undang Keluarga Islam Selangor 2003.

⁹ *Abdul Ghani bin Awang lwn Sheriliza Yusuf* [1988] 3 MLJ 153.

¹⁰ [1996] JH (1) 227.

Penentuan akan dilakukan dengan melihat dan menimbangkan kepentingan-kepentingan lain yang lebih utama dan teratas.

Dalam kes *Nong Azman Shah lwn Ahood Thamar Badei*,¹¹ Mahkamah memutuskan hak jagaan anak diserahkan kepada bapa. Antara alasan penghakiman yang dikemukakan mahkamah ialah tentang taraf kerakyatan ibu. Ibu 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 ibu akan berhijrah atau musafir ke negeri lain walaupun mungkin bukan ke negeri sendiri di Iraq. Jika anak-anak diletakkan di bawah jagaan ibu, keadaan ini akan menyukarkan bapa sebagai 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 kerana mereka dianggap sebagai golongan kelas dua kerana bukan rakyat Kuwait.

KAWALAN UNDANG-UNDANG DI MALAYSIA BAGI KESALAHAN MELARIKAN ANAK

Suatu tindakan itu dikatakan sebagai “melarikan anak” apabila seseorang kanak-kanak dilarikan dari jagaan pihak yang berhak terhadap penjagaannya di sisi undang-undang tanpa keizinan pihak tersebut. Istilah ini juga terpakai terhadap kes kanak-kanak dilarikan tanpa keizinan pihak yang berhak terhadap kanak-kanak tersebut walaupun dia tidak memiliki hak jagaan fizikal.¹²Asas yang menjadikan tindakan melarikan anak yang dilakukan oleh ibu atau bapa hanya menjadi satu kesalahan di sisi undang-undang di Malaysia sekiranya ada perintah mahkamah secara bertulis memberikan hak jagaan atau penjagaan anak tersebut kepada pihak tertentu atau perintah mahkamah yang menegah kanak-kanak tersebut di bawa keluar dari Malaysia. Seksyen 105 Enakmen Undang-undang Keluarga Islam Selangor 2003 memperuntukkan bahawa pihak yang melarikan anak boleh menyebabkannya dikenakan hukuman atas kesalahan menghina mahkamah. Begitu juga peruntukan yang seumpama dinyatakan dalam seksyen 101 Akta Membaharui Undang-undang (Perkahwinan dan

¹¹ [1996] 1 JH 165.

¹² A.Hutchinson & H.Setright (1998), *International Parental Child Abduction*. Bristol: Jordan Publishing Ltd, h. 3.

Perceraian) 1976, iaitu statut yang terpakai ke atas pihak-pihak yang bukan beragama Islam yang memperuntukkan bahawa pihak yang melarikan anak dikenakan tindakan atas kesalahan menghina mahkamah. Tindakan dikenakan adalah kerana melanggar perintah mahkamah, dan bukan kerana perbuatan melarikan anak itu dengan sendirinya adalah satu kesalahan dari awal lagi.

Oleh itu, sebelum tindakan undang-undang boleh dimulakan, pihak yang dinafikan hak perlu membuat permohonan mendapatkan perintah hak jagaan anak dan perintah injunksi menghalang kanak-kanak di bawa keluar dari Malaysia. Kesalahan hanya dianggapkan telah berlaku apabila pihak tersebut melanggar perintah injunksi yang dikeluarkan mahkamah. Persoalannya ialah, adakah Mahkamah Tinggi mempunyai bidang kuasa mengeluarkan perintah mahkamah memberikan hak penjagaan anak kepada pihak yang beragama Islam kerana terdapat adakalanya pihak-pihak tersebut berjaya mendapatkan perintah hak penjagaan anak di Mahkamah Tinggi? Adakah perintah tersebut boleh diketepikan disebabkan Perkara 121 (1A) Perlembagaan Persekutuan yang memberikan kuasa kepada Mahkamah Syariah mengenai perkara-perkara yang tersenarai di bawah Jadual 9, Senarai Negeri?

Persoalan ini telah dibangkitkan dalam kes *Norlela Mohamad Habibullah lwn Yusuf Maldoner*.¹³ Pemohon dan responden berkahwin di Pusat Islam, Switzerland dan mendaftarkan perkahwinan di Austria pada tahun 2000. Mereka bercerai tiga bulan kemudian dan pemohon kembali ke Malaysia. Perkahwinan dan perceraian tidak pernah didaftarkan di Malaysia. Hasil dari perkahwinan tersebut, pemohon telah melahirkan seorang anak perempuan. Pada tahun 2002, responden melarikan anak tersebut ke Austria ketika lawatannya ke Malaysia. Pemohon mendapatkan perintah hak penjagaan anak dari Mahkamah Tinggi di Malaysia pada tahun 2003 dan dengan bantuan pihak berkuasa Austria berjaya membawa balik anak berkenaan ke Malaysia. Responden mengemukakan bantahan dan membangkitkan isu bahawa Mahkamah Tinggi tidak mempunyai bidang kuasa untuk mendengar permohonan untuk penjagaan anak tersebut memandangkan kedua-dua belah pihak adalah beragama Islam?

Dalam penghakimannya, Mahkamah Tinggi memutuskan bahawa perintah hak penjagaan anak tersebut adalah sah kerana perintah tersebut adalah satu perintah mahkamah yang mempunyai bidang kuasa yang kompeten dan kecuali dan sehingga ia diketepikan, ia kekal. Perkara 121 (1A) Perlembagaan Persekutuan tidak menolak bidang kuasa am Mahkamah Sivil. Mahkamah Sivil merupakan mahkamah yang mempunyai bidang kuasa am dan boleh mendengar kes-kes yang dimulakan oleh orang Islam dan bukan Islam, dan boleh membicarakan kesalahan-kesalahan terhadap orang Islam dan bukan

¹³ [2004] 2 MLJ 629.

Islam yang dibentuk oleh undang-undang negara tersebut. Mahkamah Tinggi adalah mahkamah yang mempunyai bidang kuasa sedia ada manakala bidang kuasa Mahkamah Syariah ditentukan oleh undang-undang negeri masing-masing. Sekiranya badan perundangan tidak memberikan Mahkamah Syariah apa-apa bidang kuasa untuk mengendalikan apa-apa perkara dalam senarai negeri maka Mahkamah Syariah dikecualikan daripada mendengar perkara tersebut.¹⁴

Ketiadaan peruntukan khusus yang memberikan hak kepada ibu atau bapa yang menjaga anak-anak mengemukakan tuntutan pengembalian anak secara automatik boleh menyebabkan tindakan penguatkuasaan undang-undang ke atas pihak yang melarikan anak lambat dilaksanakan. Malah, perintah injunksi yang dikeluarkan itu berkemungkinan hanya dikeluarkan apabila anak tersebut tidak lagi berada di Malaysia kerana lazimnya pemohon hanya akan memohon perintah apabila menyedari anak telah dilarikan.

Walau bagaimanapun, di bawah Akta Kanak-kanak 2001, pihak yang mendapat hak jagaan yang sah di sisi undang-undang termasuk melalui perintah yang dikeluarkan Mahkamah Syariah tidak perlu memohon perintah injunksi menghalang pemindahan kanak-kanak keluar Malaysia. Tindakan melarikan anak dalam keadaan ini serta merta menjadi satu kesalahan dan boleh dikenakan hukuman denda tidak melebihi RM10,000 atau penjara tidak lebih dari 5 tahun atau kedua-duanya sekali.¹⁵ Namun begitu, tindakan undang-undang hanya boleh dikuatkuasakan sekiranya pihak yang melakukan kesalahan tersebut berada di bawah kawalan undang-undang Malaysia. Sebaliknya, jika kanak-kanak tersebut berjaya dilarikan keluar negara, tiada mekanisme undang-undang yang dapat memastikan kanak-kanak tersebut dihantar kembali kepada pihak yang mendapat hak jagaan yang sah di sisi undang-undang.¹⁶

¹⁴ *Ibid.*, h. 631; rujuk juga penghakiman dalam kes *Mohd. Hanif Farikullah twn Bushra Chaudri* [2001] 5 MLJ 533.

¹⁵ Seksyen 52, Akta Kanak-kanak 2001.

¹⁶ Dalam kes *Raja Bahrin*, hak penjagaan dua orang anaknya yang dilarikan ke Australia dari Malaysia telah diberikan oleh Mahkamah Melbourne kepada ibu yang merupakan warganegara Australia. Enam tahun selepas perintah tersebut, *Raja Bahrin* berjaya melarikan kembali anak-anaknya ke Malaysia. Fakta kes selanjutnya sila rujuk *In the Marriage of Raja Bahrin* [1986] 11 Fam LR 233; *Raja Bahrin Shah dan Bryan Wickham* (1997), *The Raja Bahrin Story*, Singapore: Times Books International.

THE HAGUE CONVENTION ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION 1980

Di peringkat antarabangsa, antara mekanisme undang-undang yang ada bagi menangani masalah melarikan anak ke luar negara yang boleh dianggotai negara-negara seluruh dunia ialah *The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction 1980* (selepas ini disebut sebagai Konvensyen Hague). Perjanjian persefahaman di bawah Konvensyen Hague mewujudkan hubungan kerjasama antarabangsa antara negara-negara anggota bagi memastikan kanak-kanak yang dilarikan dihantar kembali ke tempat tinggal biasanya (*habitual residence*) sebelum dilarikan oleh ibu atau bapa.¹⁷

Beban pembuktian bahawa pengambilan atau penahanan seseorang kanak-kanak adalah salah terletak ke atas pemohon untuk membuktikannya. Hak penjagaan yang dimaksudkan termasuklah hak jagaan (*care*) fizikal kanak-kanak dan terutamanya hak menentukan tempat tinggal kanak-kanak tersebut.¹⁸ Kanak-kanak yang dimaksudkan dalam Konvensyen Hague ialah yang berusia enam belas tahun ke bawah yang mana pada ketika sebelum berlaku pengambilan atau penahanan yang salah, tempat tinggal biasanya (*habitual residence*) di negara anggota Konvensyen.¹⁹ Penghantaran kembali kanak-kanak ke negara tempat tinggal biasa tidak akan dilayan sekiranya pemohon tidak mempunyai hak penjagaan terhadap kanak-kanak. Hak penjagaan yang dimaksudkan tidak semestinya dibuktikan melalui wujudnya perintah mahkamah, tetapi juga melihat kepada hak-hak yang diberikan oleh undang-undang kepada pihak-pihak, contohnya ibu bapa terhadap penjagaan anak.²⁰

Kanak-kanak tidak perlu dihantar kembali jika dapat dibuktikan bahawa orang atau badan yang berhak terhadap hak penjagaan anak pada hakikatnya telah mengizinkan atau rela dengan pengambilan atau penahanan kanak-kanak tersebut.²¹ Perbezaan di antara keizinan dengan rela ialah dari segi

¹⁷ Perkara 1, Konvensyen Hague.

¹⁸ Perkara 5, Konvensyen Hague.

¹⁹ Perkara 4, Konvensyen Hague.

²⁰ *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] 2 AC 562 diputuskan bahawa tindakan ibu membawa anak keluar dari Australia ke England tidak bertentangan dengan undang-undang kerana di bawah undang-undang Australia Barat, hak jagaan dan penjagaan anak tak sah taraf adalah hak ibu secara mutlak dan antara hak-hak yang boleh dilaksanakan ibu ialah menentukan tempat tinggal anak tersebut. Walaupun sebelumnya bapa berkongsi tugas dalam menjaga kanak-kanak, tetapi dia tidak mempunyai hak jagaan yang diiktiraf di sisi undang-undang.

²¹ Perkara 13 (a) Konvensyen Hague.

waktu ia diberikan. Keizinan biasanya diberikan ketika atau sebelum berlaku pengambilan atau penahanan kanak-kanak. Kerelaan pula dianggap sebagai diperolehi selepas berlakunya pengambilan atau penahanan tersebut.²² Keizinan tidak semestinya dalam bentuk tulisan.²³ Keizinan juga boleh dilihat melalui perbuatan.²⁴ Keizinan yang diperolehi melalui penipuan tidak dianggap sebagai keizinan yang dimaksudkan di bawah Konvensyen Hague.²⁵

Selain itu, alasan kanak-kanak telah membiasakan diri dengan suasana persekitaran baru boleh dijadikan hujah untuk menolak permohonan penghantaran semula kanak-kanak ke tempat tinggal biasa. Namun begitu, alasan ini hanya terpakai jika tempoh kanak-kanak dilarikan lebih dari setahun bermula dari tarikh permulaan prosiding.²⁶ Maksud “membiasakan diri” ini bukan sekadar penyesuaian diri dengan keadaan sekeliling sahaja, tetapi ia perlu dipastikan memenuhi dua kriteria. Pertama, dari segi fizikal, iaitu kanak-kanak diterima kehadirannya di dalam sesuatu komuniti. Kedua, dari segi emosi, iaitu kanak-kanak tersebut dari segi emosinya merasa selamat dan stabil di dalam komuniti tersebut.²⁷

Mahkamah juga boleh menolak permohonan penghantaran semula kanak-kanak, sekiranya dapat dibuktikan bahawa penghantaran tersebut akan mendedahkan kanak-kanak terhadap mudarat fizikal atau psikologi ataupun akan meletakkannya dalam situasi yang tidak mampu ditanggung olehnya.²⁸ Risiko mudarat kepada fizikal dan psikologi kanak-kanak mestilah serius dan mudarat yang dijangkakan adalah berat dan bukan remeh,²⁹ bukan sekadar gangguan psikologi yang biasa dialami kerana berpindah dari jagaan satu pihak ke satu pihak yang lain.³⁰ Bagi maksud situasi yang tidak dapat ditanggung dalam Konvensyen mestilah dibuktikan, keadaan atau situasi tersebut pada tahap yang tinggi.³¹ Permohonan penghantaran juga boleh ditolak, sekiranya mahkamah

²² *Re C (Abduction: Consent)* [1996] 1 FLR 414; *Re M (Abduction) (Consent: Acquiescence)* [1999] 2 FLR 171.

²³ *Re C (Abduction: Consent)* [1996] 1 FLR 414, 418-419.; *Re K (Abduction: Consent)* [1997] 2 FLR 212, 216-218.

²⁴ *Re R (Abduction; Consent)* [1999] 1 FLR 171, 187.

²⁵ *Re B (A Minor) (Abduction)* [1994] 2 FLR 249.

²⁶ Konvensyen Hague, Perkara 12.

²⁷ *Re N (Minors) (Abduction)* [1991] 1 FLR 413; Lihat juga *Re S (A Minor) (Abduction)* [1991] 2 FLR 1, 23-24.

²⁸ Konvensyen Hague, Perkara 13 (b).

²⁹ *Re C (A Minor) (Abduction)* [1989] 1 FLR 403.

³⁰ *E lwn E (Child Abduction: Intolerable Situation)* [1998] 2 FLR 980.

³¹ *B lwn B (Abduction: Custody Rights)* [1993] Fam LR 32, 42; *Re F (Child Abduction: Risk of Return)*, [1995] 2 FLR 31, CA.

mendapati kanak-kanak berkenaan enggan dihantar pulang dan kanak-kanak tersebut telahpun mencapai umur dan tahap kematangan yang mana adalah wajar untuk diambil kira pendapatnya.³²

Walau bagaimanapun, penguatkuasaan berkesan hanya berlaku apabila kes melibatkan negara-negara anggota. Negara-negara bukan anggota seperti Malaysia dan kebanyakan negara-negara Islam lain³³ tidak terikat dengan obligasi undang-undang yang termaktub dalam Konvensyen. Oleh sebab itu, sekiranya kanak-kanak dilarikan ke Malaysia dari negara asing atau sebaliknya, tiada mekanisme undang-undang yang standard bagi memastikan kanak-kanak dapat dipulangkan kepada penjaganya yang sah di sisi undang-undang. Begitu juga mahkamah di negara anggota tidak terikat dengan obligasi di bawah Konvensyen Hague, sekiranya kanak-kanak Malaysia dilarikan ke negara tersebut.

Perintah Mahkamah Negara Asing

Adakah suatu perintah hak jagaan seseorang kanak-kanak yang dikeluarkan oleh mahkamah di negara asing boleh dikuatkuasakan di negara lain? Persoalan ini menjadi pertimbangan apabila anak dilarikan ke negara bukan anggota kepada Konvensyen Hague, contohnya seperti Malaysia. Begitu juga sekiranya anak dilarikan dari negara bukan anggota ke negara anggota seperti England atau Australia.

Prinsip utama yang mendasari teori kedaulatan negara ialah antara lain, sebuah negara yang berdaulat atas status kedaulatannya tidak terikat untuk menguatkuasakan suatu keputusan kehakiman yang dikeluarkan oleh mahkamah dari negara berdaulat yang lain.³⁴ Walaupun mahkamah mungkin akan memberi pertimbangan yang teliti dalam membuat sebarang keputusan atau bentuk perintah atas dasar menghormati perintah tersebut, namun perintah

³² Konvensyen Hague, Perkara 13; *Re R (A Minor: Abduction)* [1992]1 FLR 105, seorang kanak-kanak perempuan berumur empat belas tahun telah dilarikan oleh ibunya dari Jerman ke England. Kanak-kanak tersebut berkeras enggan kembali ke Jerman sehingga ke tahap mengugut akan membunuh diri jika dipaksa pulang. Mahkamah memutuskan, kanak-kanak tersebut hendaklah dianggap sebagai cukup matang untuk diambil kira pendapat dan kehendaknya.

³³ Hutchinson & Setright (1998), *op.cit.*, hh. 56-57.

³⁴ Lakshman Marasinghe (1987), "The Recognition and The Enforcement of Foreign Judgements", dalam *Jurnal Undang-undang*, h. 197.

dari negara asing itu tidak semestinya diiktiraf kerana tertakluk kepada prinsip kebajikan kanak-kanak sebagai pertimbangan utama.³⁵

Kebebasan mutlak mahkamah di sesebuah negara untuk menolak atau tidak menerima pakai perintah hak penjagaan anak yang dikeluarkan oleh mahkamah asing dapat dilihat dari keputusan *Privy Council* dalam kes *Mc Kee lwn Mc Kee*.³⁶ *Privy Council* menyatakan bahawa adalah bertentangan dengan prinsip kebajikan kanak-kanak sebagai pertimbangan utama sekiranya mahkamah tidak meneliti fakta dan merit kes dan membuat penghakiman tersendiri. Pertimbangan yang munasabah perlu diberikan kepada perintah dari mahkamah negara asing, dan kemunasabahan tersebut adalah berbeza mengikut fakta-fakta dan keadaan-keadaan kes yang berlainan. Prinsip kehakiman yang dikemukakan dalam kes di atas, iaitu perintah mahkamah negara asing boleh diabaikan oleh mahkamah negara lain antara lain boleh dianggap sebagai faktor yang menggalakkan kes-kes melarikan anak ke luar negara disebabkan tidak berpuas hati dengan perintah mahkamah di sesebuah negara.

Prinsip kebajikan kanak-kanak yang dipegang oleh mahkamah dalam menyelesaikan kes-kes yang membabitkan kanak-kanak memberi peluang baik kepada ibu atau bapa yang melarikan anak tersebut untuk mendapatkan perintah yang memihak kepada pihak mereka di mahkamah negara tersebut. Dalam keadaan kanak-kanak yang dilarikan telah serasi dan biasa dengan suasana dan kehidupan di negara baru, tindakan untuk menghantar kanak-kanak tersebut kembali ke negara asal boleh mengganggu ketenteraman jiwa kanak-kanak dan ini dianggap bertentangan dengan prinsip menjaga kebajikan kanak-kanak. Bagi mengelak mahkamah dari memberikan bantuan secara tidak langsung kepada pihak yang tidak sepatutnya dengan membuat tafsiran sempit kepada prinsip kebajikan kanak-kanak, Hakim Cross dalam *Re H (Infants)*³⁷ menyatakan dalam kes-kes melibatkan kanak-kanak, walaupun kebajikan kanak-kanak tersebut adalah pertimbangan utama tetapi ia bukanlah satu-satunya pertimbangan yang perlu diteliti oleh mahkamah. Dalam kes seumpama, hakim perlu mempertimbangkan banyak faktor yang saling bertentangan antara satu sama lain. Dari satu segi mahkamah perlu mengambil

³⁵ P.M North & J.J Fawcett (1999), *Cheshire & North's Private International Law*, ed. ke-13, London: Butterworths, hh. 867-868.

³⁶ [1951] AC 352; Lihat juga *Re B's Settlement* [1940] 1 Ch 54; *Re G (JDM) (An Infant)* [1969] 1 WLR 1001.

³⁷ [1966] 1 WLR 38; Lihat juga *Re E (D) (An Infant)* [1967] Ch 287 Hakim berpendapat pertimbangan yang serius perlu diberikan kepada perintah mahkamah asing dalam kes-kes melarikan anak ini, melainkan mahkamah yakin dan pasti tanpa keraguan yang munasabah bahawa tindakan tersebut akan menyebabkan kemudaratan yang serius terhadap kanak-kanak.

kira tentang polisi awam, prinsip komiti (*comity*)³⁸ dan *forum conveniens*.³⁹ Begitu juga persoalan ketidakadilan yang mungkin berlaku terhadap ibu atau bapa yang dinafikan haknya jika proses mahkamah memakan masa yang lama akan memberi ruang kepada anak yang dilarikan tersebut terbiasa di negara tersebut. Dari aspek yang lain, mahkamah perlu berpuas hati sebelum menghantar kanak-kanak kembali ke negara asal bahawa dia tidak akan mengalami apa-apa mudarat. Selepas mempertimbangkan dan menilai faktor-faktor di atas, Hakim Cross berpuas hati bahawa dalam kes ini kanak-kanak yang dilarikan tidak perlu dikembalikan ke negara asal.

Di Malaysia, prinsip bahawa perintah negara asing tidak mutlak turut terpakai dalam kes-kes yang melibatkan wujudnya perintah tersebut. Kedudukan perintah negara asing adalah sebagai suatu pertimbangan berat yang perlu diambil kira oleh mahkamah. Dalam kes *Mahabir Prasad lwn Mahabir Prasad*,⁴⁰ dua orang anak perempuan menjadi rebutan di antara bapa warganegara Malaysia dan ibu berwarganegaraan India. Selepas perceraian ibu berjaya mendapat perintah hak penjagaan anak dari Mahkamah India. Permohonan bapa untuk mendapatkan hak penjagaan anak di Mahkamah Kuala Lumpur ditolak atas alasan bapa tidak berhak untuk mengemukakan permohonan tersebut kerana perintah yang dikeluarkan oleh Mahkamah India adalah konklusif dan tidak ada fakta-fakta baru atau perubahan matan atau keadaan kes yang boleh dijadikan alasan untuk membicarakan semula kes yang telah dibicarakan di Mahkamah India. Bapa merayu ke Mahkamah Persekutuan. Diputuskan, walaupun mahkamah di Malaysia mesti mempertimbangkan perintah yang dikeluarkan oleh mahkamah negara asing, tetapi mahkamah tidak semestinya mengikut keputusan mahkamah asing tersebut sekiranya ia tidak mendatangkan kebaikan kepada kanak-kanak. Keputusan mahkamah yang dibuat berdasarkan prinsip kebajikan kanak-kanak walaupun berbeza dengan keputusan mahkamah asing tidak boleh dianggap sebagai bertentangan dengan prinsip 'saling menghormati' di antara negara-negara tersebut. Kedudukan perintah mahkamah negara asing adalah tidak konklusif atau mutlak, ia

³⁸ Komiti maksudnya kesediaan mahkamah dari sesebuah negara memberi kuat kuasa kepada perintah mahkamah dari negara lain sebagai satu prinsip saling menghormati (*mutual respect*) walaupun ia bukanlah suatu obligasi. Lihat LB Curzon (1999), *Dictionary of Law*, London: Pitman Publishing, ed. ke-5, h.65.; Lihat juga *Fayed lwn al-Tajir* [1987] 2 All ER 396.

³⁹ Mahkamah yang sesuai untuk membicarakan sesuatu kes bagi kemudahan pihak-pihak dan demi keadilan. Bandingkan maksud dengan *forum non conveniens* dalam Curzon (1999), *op.cit*, h.161.

⁴⁰ [1981] 2 MLJ 326.

hanya dianggap sebagai sesuatu yang perlu dipandang berat dalam membuat keputusan.⁴¹

Perintah Ekstradisi

Antara alternatif yang boleh dilakukan bagi mendapatkan anak yang dilarikan ke negara bukan anggota ialah melalui permohonan perintah ekstradisi kepada kerajaan negara di mana kanak-kanak tersebut berada. Dalam konteks perbincangan ini, ekstradisi ialah suatu proses yang menggunakan undang-undang antarabangsa bagi membawa ibu atau bapa yang melakukan kesalahan melarikan anak kembali ke tempat dia melakukan kesalahan tersebut.⁴²

Permohonan ekstradisi melibatkan kes melarikan anak pernah dikemukakan kerajaan Australia agar Malaysia mengekstradisi Raja Bahrin atas alasan beliau telah melakukan kesalahan melarikan dua orang anak dari penjagaan bekas isterinya yang mendapat perintah penjagaan yang sah di sisi undang-undang dari Mahkamah Melbourne sejurus berjaya melarikan anak dari Malaysia ke Australia enam tahun sebelumnya.⁴³ Adakah Malaysia perlu memenuhi permohonan ekstradisi yang dikemukakan kerajaan Australia memandangkan Raja Bahrin telah melakukan kesalahan di bawah undang-undang Australia? Apabila sesebuah negara asing meminta seseorang individu yang berada di negara Malaysia untuk diserahkan kepada negara yang meminta tersebut, antara syarat yang perlu dipatuhi ialah adakah kesalahan tersebut mematuhi kehendak ‘*double criminality rule?*,’ iaitu kesalahan tersebut mestilah satu kesalahan mengikut undang-undang di kedua-dua buah negara. Oleh sebab, Raja Bahrin merupakan penjaga yang sah di sisi undang-undang dan telah mendapat hak penjagaan dari Mahkamah Syariah selepas anak-anaknya dilarikan terlebih dahulu enam tahun sebelum kejadian tersebut, tindakan beliau bukanlah satu kesalahan di sisi undang-undang Malaysia. Malahan, beliau berjaya mendapatkan perintah penahanan ibu atas kesalahan menghina mahkamah kerana gagal mematuhi perintah yang dikeluarkan pada tahun 1986 oleh Mahkamah Syariah yang memberikan hak jagaan kepada bapa.⁴⁴

Pesalah yang melarikan anak jika diputuskan akan diekstradisikan oleh negara bukan anggota tersebut ke negara di mana dia melakukan kesalahan,

⁴¹ *Ibid.*, h. 327.

⁴² Davis, Sandra, Rosenblatt, Jeremy & Galbraith, Tanya (1993), *International Child Abduction*, London: Sweet & Maxwell, h. 32.

⁴³ Salleh Buang & Pawancheek Marican (1993), “Ekstradisi Raja Bahrin”, *Utusan Malaysia*, 23 Mac 1993, h. 6.

⁴⁴ Raja Bahrin Syah & Bryan Wickham (1997), *op.cit.*, hh. 262-263.

akan tetapi tidak ada jaminan kanak-kanak akan dipulangkan bersama, ini kerana undang-undang ekstradisi hanya terpakai ke atas pesalah dan bukannya anak-anak.⁴⁵

Konvensyen Hague Dan Negara Bukan Anggota

Sekiranya kanak-kanak dilarikan dari negara bukan anggota ke negara anggota, adakah mahkamah negara anggota tersebut akan mengguna pakai prinsip yang terkandung dalam Konvensyen Hague? Dalam kes yang diputuskan di England, falsafah yang mendasari Konvensyen Hague diguna pakai dalam kes-kes yang membabitkan negara-negara bukan anggota. Pendekatan ini dapat dilihat dalam kes *Re F (A Minor) (Abduction: Jurisdiction)*⁴⁶ dan *G lwn G (Minors) (Abduction)*.⁴⁷ Mahkamah England menggunakan pendekatan demi kebajikan dan kepentingan kanak-kanak supaya para ibu bapa atau orang lain tidak menculik atau melarikan anak dari satu bidang kuasa sesebuah negara ke negara lain. Mahkamah memutuskan prinsip asas Konvensyen Hague terpakai bagi kes-kes membabitkan negara bukan anggota.

Dalam kes *D lwn D (Child Abduction: Non-Convention Country)*,⁴⁸ ibu menolak tuntutan pengembalian anak dengan hujah bahawa hakim telah silap kerana menggunakan prinsip yang terkandung dalam Konvensyen bagi kes yang membabitkan kanak-kanak yang berasal dari negara bukan anggota. Hakim memutuskan, prinsip umum Konvensyen terpakai dalam kes-kes yang membabitkan negara bukan anggota kerana penyelesaian kes hak penjagaan anak-anak lebih baik dan sesuai diputuskan oleh mahkamah di negara asal kanak-kanak terbabit. Selain dari itu, keputusan yang seumpama dapat dijadikan pengajaran agar tindakan melarikan anak tidak akan berlaku lagi pada masa hadapan dan perlu diingatkan apabila mahkamah membicarakan kes, ia mempunyai budi bicara untuk mempertimbangkan kebajikan kanak-kanak dari aspek yang luas dan menyeluruh.

Penerimaan terbuka prinsip asas Konvensyen Hague membabitkan negara bukan anggota ini adalah terhad kepada kes yang wajar (*appropriate*). Dalam kes *Re S (Minors) (Abduction)*,⁴⁹ kes yang wajar dimaksudkan ialah kes yang tidak ada alasan yang munasabah untuk menganggap mahkamah di negara bukan anggota tersebut akan menerima pakai pendekatan yang berbeza dari

⁴⁵ Davis, Sandra *et al* (1993), *op.cit.*, h. 32.

⁴⁶ [1991] 1 FLR 1.

⁴⁷ [1991] 2 FLR 506.

⁴⁸ [1994] 1 FLR 137.

⁴⁹ [1994] 1 FLR 297.

mahkamah di England dalam membuat penentuan hak jagaan anak. Persoalan yang dikemukakan dalam kes ini ialah sama ada anak-anak kepada ibu bapa yang beragama Islam patut dihantar kembali ke Pakistan atau tidak? Ibu kepada anak-anak terbabit walaupun dilahirkan di Pakistan, tetapi telah dibesarkan di England dan kembali ke Pakistan selepas berkahwin dan melahirkan anak-anak di negara tersebut. Ibu kemudian membawa dua anak yang kecil ke England tanpa pengetahuan dan keizinan bapa. Bapa menuntut kedua-dua orang anak tersebut dikembalikan ke Pakistan. Dalam kes ini, keterangan pakar dikemukakan bahawa walaupun Mahkamah Pakistan meletakkan kebajikan kanak-kanak sebagai pertimbangan utama dalam menentukan hak jagaan anak, tetapi pendekatan pentafsiran 'kebajikan kanak-kanak' adalah berbeza dari pendekatan mahkamah di England. Mahkamah Pakistan akan melihat kebajikan kanak-kanak dari perspektif Undang-undang Islam yang membolehkannya menggugurkan hak penjagaan ibu dalam keadaan-keadaan tertentu. Diputuskan, hakim Mahkamah Pakistan berhak menggunakan pendekatan mengikut perspektif Undang-undang Islam memandangkan kanak-kanak tersebut beragama Islam yang dilahirkan oleh ibu bapa yang juga beragama Islam dan tinggal di Pakistan. Prinsip undang-undang Pakistan dianggap sebagai wajar mengikut standard undang-undang England. Anak-anak yang berada di England diarah untuk dihantar pulang ke Pakistan.

Walau bagaimanapun, keputusan hakim dalam kes ini mendapat kritikan hebat dari pengamal undang-undang yang berpendapat pendekatan luas dalam kes ini adalah suatu yang membimbangkan kerana ia tidak selaras dengan objektif penggubalan Konvensyen Hague iaitu bagi mencapai kerjasama dua hala antara negara-negara anggota. Mereka juga meragui sistem undang-undang negara tersebut yang mempunyai cara penentuan penjagaan anak yang berbeza dengan amalan di England.⁵⁰

Dalam *Re JA (Child Abduction: Non Convention Country)*,⁵¹ hakim berpendapat pendekatan terbuka dengan menganggap negara bukan anggota akan menggunakan prinsip kebajikan kanak-kanak adalah salah. Beliau menyatakan, Mahkamah England tidak boleh berpuas hati atas kadar anggapan adalah untuk kebajikan kanak-kanak untuk dihantar kembali ke negara tempat tinggal biasanya supaya mahkamah di tempat itu memutuskan pertikaian melainkan jika mahkamah betul-betul berpuas hati yang mahkamah di negara bukan anggota tersebut akan menggunakan ujian kebajikan kanak-kanak dalam memutuskan kes.

⁵⁰ Mary Hayes & Catherine Williams (1995), *Family Law: Principles, Policy and Practice*, London: Butterworths, h. 269.

⁵¹ [1998] 1 FLR 231, CA.

Pendekatan dalam *Re JA* ini menunjukkan sebelum keputusan penghantaran dibuat, mahkamah akan memastikan prinsip yang digunakan di mahkamah bukan negara anggota itu dalam membuat keputusan pertikaian hak penjagaan anak. Hakim dalam kes ini menolak permohonan perintah penghantaran semula kanak-kanak ke Emiriah Arab Bersatu selepas dibuktikan bahawa kuasa mahkamah di negara tersebut adalah terhad dan ujian kebajikan kanak-kanak tidak terpakai di negara itu.

PRINSIP KEBAJIKAN KANAK-KANAK

Prinsip kebajikan kanak-kanak merupakan asas pertimbangan utama dalam memutuskan pertikaian hak jagaan dan penjagaan anak sama ada kanak-kanak Islam ataupun bukan Islam. Perbezaan pentafsiran kepada konsep kebajikan kanak-kanak memberi ruang yang luas kepada mahkamah untuk tidak menyerahkan kembali anak yang dilarikan ke negara asal.

Pentafsiran kebajikan kanak-kanak yang diberikan oleh Mahkamah Syariah berkait rapat dengan persoalan akidah serta bentuk pendidikan yang bakal diterima oleh kanak-kanak, selain daripada faktor-faktor lain yang berkait rapat dengan kehidupan kanak-kanak sebagaimana yang diputuskan dalam kes *Tunku Mahmood Shah*⁵² dan *Nong Azman Shah*.⁵³ Sebaliknya, pentafsiran yang diberikan oleh Mahkamah Sivil sama ada di Malaysia ataupun di luar negara, tidak semestinya menekankan persoalan tersebut. Malahan, terdapat pandangan negatif dari kalangan mahkamah di luar negara terhadap kemampuan mahkamah di Malaysia khususnya Mahkamah Syariah dalam memberikan hak pengadilan terhadap permasalahan ini. Ini dapat dilihat dalam penghakiman kes *In the Marriage of Raja Bahrin*,⁵⁴ hakim berpendapat persoalan utama yang perlu difokuskan dalam kes ini ialah sama ada kebajikan kanak-kanak memerlukan kes ini diputuskan di Malaysia atau Australia dan bukannya persoalan sama ada kes ini adalah kes melarikan anak ataupun tidak.

Hakim mengakui kebajikan kanak-kanak adalah lebih diutamakan dan keputusan tidak sepatutnya dibuat dengan matlamat menjatuhkan hukuman ke atas pihak yang melarikan anak. Beliau mengakui tindakan tersebut mesti dicegah dan bentuk pencegahan yang dibuat mestilah dilakukan dengan cepat, realistik dan menggunakan penilaian yang wajar terhadap kebajikan kanak-

⁵² [1996] JH (1) 227.

⁵³ [1996] 1 JH 165.

⁵⁴ [1986] 11 Fam LR 233, 241, 270.

kanak dan dalam kes-kes yang munasabah, kanak-kanak mestilah dihantar dengan segera ke negara asal. Namun begitu, pertimbangan yang dibuat hendaklah tidak sampai ke tahap mengorbankan kebajikan kanak-kanak bagi menegakkan prinsip undang-undang lain. Oleh itu, dalam kes ini hakim berpendapat kebajikan kanak-kanak tidak dapat dipenuhi jika perbicaraan dilakukan di Malaysia. Sebaliknya, matlamat kebajikan kanak-kanak akan lebih terjamin sekiranya pertikaian penjagaan kanak-kanak terbabit ditentukan oleh Mahkamah Australia. Mahkamah meluluskan rayuan isteri. Hak penjagaan anak-anak diserahkan kepada isteri dan suami ditegah dari membawa anak-anak tersebut keluar dari Australia.

Tanggapan negatif Mahkamah Australia terhadap sistem kehakiman Malaysia juga dapat dilihat dalam kes *State Central Authority and Ayob*,⁵⁵ iaitu kes melibatkan anak yang dilarikan dari Amerika Syarikat oleh ibu yang berwarganegara Malaysia. Walau bagaimanapun dia dapat ditahan bersama dengan anaknya di Australia ketika berkunjung ke negara tersebut. Persepsi negatif hakim terhadap sistem perundangan Malaysia dapat diteliti melalui kenyataan beliau :

*“Normally I would proceed on an assumption that foreign law in this particular area, unless otherwise proven, is likely to coincide with Australian law; (see In the Marriage of Toric (1981) 7 Fam LR 370 FLC 91-146). There are for reasons well known to students of recent Australian and Malaysian jurisprudential history, some reason to doubt whether that assumption is safe to make in respect to the Family Law aspects of Malaysia. Many Malaysian would appear to have a similar view about Australian Family Law.”*⁵⁶

Hakim Mahkamah Australia dalam kes *Ayob*⁵⁷ ini juga mempertikaikan kemampuan Mahkamah Malaysia untuk membicarakan kes berdasarkan prinsip kebajikan kanak-kanak.

“..... and my choice appears to be either that the child returns to the United States of America, which Court was properly seized with the jurisprudential issue, where a hearing can be heard on the merits as to the welfare of the child or that the child returns to Malaysia where it is unlikely that the hearing on the merits can realistically take place, given the father’s total lack of funds and

⁵⁵ (1997) 21 Fam LR 567.

⁵⁶ *Ibid.*, hh. 580-581.

⁵⁷ *Ibid.*

given the absence before me of any evidence that the Malaysian legal system will provide the father with a fair and reasonable hearing in which all of the issues relating to the welfare of the child can be properly explored."⁵⁸

Faktor anak telah dapat membiasakan diri dengan persekitaran di Malaysia dalam kes ini (yang secara langsung berkait dengan kebajikan kanak-kanak) dalam tempoh lapan belas bulan sepatutnya diambil kira oleh hakim untuk menolak permohonan penghantaran semula anak tersebut ke Amerika Syarikat. Namun, hakim dalam alasannya menyatakan bahawa faktor ini tidak dapat dipertimbangkan kerana tidak ada bukti yang menunjukkan anak tersebut telah dapat membiasakan diri dengan persekitaran di Malaysia. Adakah mungkin pendekatan yang sama digunakan oleh Mahkamah Australia dalam kes Raja Bahrin andainya kes tersebut berlaku ketika Australia telah menjadi negara anggota Konvensyen Hague? Anak-anak yang telah dilarikan oleh ibu telah dilahirkan di Malaysia dan merupakan warganegara Malaysia dan dibesarkan di Malaysia dan permohonan bapa juga dibuat dengan segera sebaik sahaja dia mengetahui anak-anaknya ditahan oleh ibu di Australia tidak diambil kira oleh mahkamah. Apa yang ditekankan oleh Mahkamah Australia pada ketika itu ialah ketidakmampuan Mahkamah Malaysia memberikan perceraian yang adil kepada ibu. Oleh itu, anak dikekalkan di Australia.

Penulis secara peribadi berpendapat, pandangan negatif Australia terhadap sistem kehakiman di Malaysia tidak akan terhapus meskipun Malaysia turut menjadi negara anggota Konvensyen Hague. Banyak alasan kepada penghantaran semula kanak-kanak yang dilarikan dari Malaysia ke Australia, contohnya boleh digunakan untuk menafikan pihak yang berada di Malaysia terutamanya jika membabitkan pihak tersebut beragama Islam. Begitu juga, Malaysia agak sukar menerima keputusan penghakiman suatu kes penjagaan kanak-kanak yang dibuat oleh mahkamah negara asing memandangkan prinsip yang digunakan adalah berbeza iaitu menurut Undang-undang Islam. Aspek kebajikan kanak-kanak yang ditekankan mengikut perspektif undang-undang barat adalah berbeza dengan Undang-undang Islam. Malah, pemerhatian kepada kes-kes di atas menunjukkan hakim boleh mengeksploitasi isu kebajikan kanak-kanak bagi menguatkan hujah mereka menafikan pihak yang beragama Islam.

Kemungkinan Malaysia untuk turut menjadi negara anggota dalam masa terdekat ini dan sekiranya ia melibatkan pihak-pihak yang beragama Islam adalah sesuatu yang sukar dipastikan, namun apa yang pasti kes melarikan

⁵⁸ *Ibid.*

anak tetap akan berlaku.⁵⁹ Walaupun begitu, status negara Malaysia yang tidak menjadi anggota Konvensyen Hague tidak boleh menjadi penghalang untuk ibu atau bapa yang dinafikan hak untuk membuat permohonan di bawah Konvensyen Hague bagi mendapatkan anak kembali.

PENDEKATAN KEHAKIMAN NEGARA ISLAM LAIN DALAM MENENTUKAN KES MELARIKAN ANAK

Tindakan melarikan anak yang berlaku di Malaysia hanya akan dianggap sebagai bertentangan dengan undang-undang dan boleh dikenakan tindakan undang-undang sekiranya ada perintah mahkamah mengenai hak penjagaan anak. Mereka yang melanggar perintah penjagaan yang dikeluarkan mahkamah akan dihukum atas dasar tindakan melarikan anak itu sebagai menghina mahkamah. Jika tiada perintah mahkamah, maka penentuan hak jagaan anak akan diputuskan. Tindakan awal mana-mana pihak yang melarikan anak sebelum keputusan tersebut tidak akan dikenakan tindakan undang-undang.

Amalan ini pada hakikatnya bukan sahaja dipraktikkan di Malaysia, malahan di kebanyakan negara Islam lain yang tidak menjadi anggota Konvensyen Hague. Dalam kes *Christine Brass Iwn Javed Iqbal*,⁶⁰ perebutan hak penjagaan empat orang anak adalah antara ibu berwarganegara Kanada dan bapa yang berwarganegara Pakistan. Ketika dikri perceraian dikeluarkan, hak penjagaan dua orang anak diberikan kepada ibu dan dua lagi kepada bapa. Walaubagaimanapun, ketika bapa melawat anak-anak beliau telah melarikan keempat-empat orang anak ke Pakistan. Ibu mengemukakan petisyen writ *habeas corpus* memohon supaya keempat-empat orang anak tersebut diserahkan kepadanya kerana mereka telah ditahan oleh bapa secara tidak sah. Ibu mendakwa bapa telah melanggar dikri yang telah dikeluarkan oleh mahkamah berkenaan dengan hak jagaan anak-anak. Beliau berhujah, sesiapa

⁵⁹ Seorang kanak-kanak perempuan hasil perkahwinan di antara bapa berbangsa Melayu dengan ibu berbangsa Bosnia yang mempunyai dua kerakyatan iaitu Perancis dan Bosnia telah dilarikan oleh ibu dan dipercayai berada di Perancis. Tindakan ini adalah melanggar perintah mahkamah yang dikeluarkan Mahkamah Syariah Wilayah Persekutuan yang memberikan hak penjagaan anak secara bersama kepada kedua-dua belah pihak. Perintah juga menegah anak dibawa keluar dari Malaysia tanpa keizinan pihak-pihak. Lihat Anwar Patho Rahman (2001), "Bahrin Mahu Bawa Kes Larikan Anak ke Mahkamah", *Berita Harian*, 27 Januari 2001, h. 1; T.P. (2001), "Ibu Larikan Anak ke Luar Negara", *Berita Harian*, 23 Januari 2001, h. 1; Lokman Zainal Abidin (2001), "Bahrin Dinasihati Mohon Hak Penjagaan", *Berita Harian*, 25 Januari 2001, h. 6.

⁶⁰ PLD 1981 110.

yang menahan kanak-kanak dari penjaganya yang sah di sisi undang-undang telah melakukan kesalahan menahan kanak-kanak terbabit secara tidak sah. Mahkamah dalam keputusannya menyatakan, memandangkan bapa beragama Islam dan keempat-empat orang anak tinggal di Pakistan, maka kebajikan kanak-kanak akan lebih terjamin jika mereka kekal di bawah penjagaan bapa.

Keputusan hakim di atas menunjukkan mahkamah tidak semestinya menerima perintah mahkamah negara asing, untuk dikuatkuasakan di Pakistan. Hakim berpegang kepada prinsip Undang-undang Islam yang menetapkan bapa sebagai penjaga yang sah di sisi undang-undang. Hakim berpendapat bapa berhak menentukan agama anak-anak dan hak itu tetap berterusan walaupun bapa meninggal dunia, dan ibu pula menganut agama lain. Dalam hal ini, perintah mahkamah negara asing tidak boleh menjadi penghalang terhadap hak tersebut. Sekiranya dengan memberikan hak jagaan kepada ibu akan menyebabkan bapa tidak dapat menjalankan tugasnya untuk mengawasi anak-anak, maka dalam keadaan ini, hak ibu boleh digugurkan.

Permohonan *habeas corpus* juga pernah digunakan dalam kes perebutan anak di Malaysia. Dalam kes *Nor Kursiah Baharuddin lwn Shahril bin Lamin & Anor*,⁶¹ fakta kes menunjukkan Mahkamah Tinggi Syariah Wilayah Persekutuan telah mengeluarkan perintah sementara hak jagaan dan kawalan kepada responden. Pemohon kemudiannya memfailkan writ *habeas corpus* di Mahkamah Tinggi atas dakwaan anak tersebut telah secara tidak sah ditahan oleh bapa dan nenek sebelah bapa. Pihak responden dalam bantahan awalnya menyatakan Mahkamah Tinggi tidak mempunyai bidang kuasa untuk mendengar permohonan *habeas corpus*. Ketika membuat ulasan, hakim mengatakan Mahkamah Tinggi mempunyai bidang kuasa untuk mendengar dan membicarakan permohonan *habeas corpus*. Namun, pada masa yang sama Mahkamah Tinggi tertakluk kepada Perkara 121 (1A). Mahkamah Tinggi sebagai salah satu mahkamah yang dinyatakan dalam Perkara 121 Perlembagaan Persekutuan sebagai tidak mempunyai bidang kuasa terhadap apa-apa perkara yang tertakluk di bawah bidang kuasa Mahkamah Syariah. Hakim memutuskan, Mahkamah Tinggi tidak mempunyai bidang kuasa untuk mempertikaikan keesahan perintah yang dibuat berkenaan dengan perkara yang jelas termasuk di bawah bidang kuasa Mahkamah Syariah.

Maksudnya, walaupun Mahkamah Tinggi mempunyai bidang kuasa mendengar permohonan *habeas corpus*, tetapi Mahkamah Tinggi tidak boleh atas permohonan *habeas corpus* menyemak atau mempertikaikan keesahan perintah yang dikeluarkan oleh Mahkamah Syariah yang sememangnya berbidang kuasa membuat perintah tersebut. Pihak pemohon berhujah, anak

⁶¹ [1997] 2 AMR 1243.

telah diculik oleh responden pada 16 Ogos 1996 dan walaupun ada perintah mahkamah yang dikeluarkan oleh Mahkamah Tinggi Syariah pada 15 Ogos 1996 yang memberikan hak jagaan sementara kepada responden, namun perintah tersebut tidak disampaikan kepada responden sebelum anak tersebut dilarikan. Oleh sebab itu, pemohon berpendapat perintah tersebut tiada kuatkuasa undang-undang. Hakim menyatakan, isu bahawa perintah belum disampaikan kepada responden pada masa dia melarikan anak adalah perkara yang termasuk di bawah perkara yang perlu diselesaikan di bawah Akta Pentadbiran Undang-undang Islam Wilayah Persekutuan 1993 atau mana-mana kaedah yang dibuat di bawahnya, dan bukan di bawah Mahkamah Sivil.

Menyentuh persoalan, sama ada anak telah ditahan secara tidak sah atau sebaliknya, mahkamah berpendapat anak tersebut berada di bawah jagaan peribadi dan bukan di bawah tahanan yang dibuat secara kuat kuasa undang-undang di bawah mana-mana statut. Oleh sebab tidak membabitkan mana-mana undang-undang, maka tidak wujud isu pelanggaran mana-mana undang-undang. Permohonan ibu ditolak.

Usaha negara Mesir berkenaan dengan isu melarikan anak ke luar negara yang biasa berlaku dalam kalangan pasangan kahwin campur merupakan sesuatu yang boleh diambil iktibar oleh negara Malaysia. Kedudukan Mesir sepertimana Malaysia iaitu kedua-duanya bukan negara anggota kepada Konvensyen Hague serta mempunyai latar belakang masyarakat Islam yang patuh dengan undang-undang kekeluargaan Islam menghadapi kesukaran untuk menerima Konvensyen Hague disebabkan perbezaan asas pertimbangan undang-undang kekeluargaan Islam dengan undang-undang kekeluargaan Barat. Apa yang dilakukan oleh negara Mesir bagi mengimbangi perkara tersebut ialah dengan mewujudkan persetujuan bersama dengan negara-negara lain. Persetujuan ini dilihat sebagai sesuatu yang perlu memberi ruang untuk berkomunikasi dan perbincangan kepada kedua-dua ibu dan bapa dari dua negara berbeza.

Pada 8 Februari 2000, Menteri Keadilan Mesir telah mengeluarkan dikri pembentukan Suruhanjaya yang dianggotai oleh beberapa orang perwakilan yang mewakili Jabatan Kehakiman, pihak berkuasa pendakwaan awam, Jabatan Hal Ehwal Agama, Kementerian Luar Negara dan Kementerian Dalam Negeri. Suruhanjaya ini bertanggungjawab terhadap kerjasama antarabangsa berkaitan dengan pertikaian hak penjagaan anak yang dilahirkan dalam perkahwinan campur di antara ibu atau bapa warganegara Mesir dengan ibu atau bapa dari negara lain. Mandat diberikan kepada Suruhanjaya untuk menyelesaikan pertikaian tersebut dengan mengambil kira undang-undang negara Mesir

dan triti atau persetujuan bersama antara Mesir dengan negara-negara yang menandatangani triti tersebut.⁶²

Pembentukan triti ini juga merupakan salah satu usaha negara Mesir bagi memenuhi Perkara 11, *United Conventions Convention on the Rights of the Child* yang memerlukan negara-negara di dunia melakukan langkah-langkah bagi menghalang pemindahan dan penahanan secara tidak sah kanak-kanak. Negara-negara yang komited dengan persetujuan bersama tersebut telah menubuhkan Suruhanjaya yang dianggotai oleh wakil-wakil dari negara-negara berkenaan. Tindakan dan usaha Suruhanjaya dalam perkara ini, antaranya mempertimbangkan isu-isu bermatlamatkan memudahkan usaha pihak-pihak membuat penyelesaian secara baik; memastikan hak kanak-kanak yang terpisah dari salah seorang ibu atau bapa untuk mengekalkan hubungan peribadi dan secara langsung dengan ibu bapa terjamin, melainkan jika ianya bertentangan dengan kebajikan kanak-kanak; memastikan hak kanak-kanak terhadap akses kepada ibu atau bapa yang tidak mendapat hak penjagaan (Suruhanjaya membantu dari aspek memberi sokongan terhadap permohonan mendapatkan visa dan permit); memantau perkembangan kes secara individu dengan maksud menyediakan laporan kes tersebut untuk makluman pihak berkuasa di kedua-dua negara; menggalakkan kesedaran dan kerjasama antara pihak berkuasa antara kedua-dua negara; dan menerima serta saling bertukar informasi dan dokumen berkaitan kes dengan pihak-pihak berkuasa dari kedua-dua negara berkenaan.⁶³

KESIMPULAN

Kes melarikan anak ke negara asing sama ada ke negara anggota Konvensyen Hague atau bukan atau ke Malaysia mewujudkan situasi “*the winner takes all*”. Pihak yang melarikan anak sama ada ke luar negara dari Malaysia atau dari luar negara ke Malaysia mendapat perlindungan negara dan dalam kes-kes yang telah dibincangkan sebelum ini, negara ini lazimnya akan memberikan hak penjagaan anak kepada warganegaranya sendiri.

Apabila anak dilarikan oleh satu pihak dari sesebuah negara bukan anggota ke negara bukan anggota yang lain adalah sukar untuk pihak yang dinafikan hak untuk mendapatkan perintah hak jagaan anak di negara tersebut. Dalam kebanyakan kes yang dibincangkan sebelum ini, mahkamah negara

⁶² Adel Omar Sherif (2001/2002), “International Parental Child Abduction: The Case of Egypt”, dalam *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 8, h. 103.

⁶³ *Ibid.*, hh. 104-105.

asing telah memberikah hak jagaan anak kepada warganya sendiri serta mengabaikan perintah yang pernah dikeluarkan oleh mahkamah di negara tempat tinggal asal anak tersebut. Mahkamah negara asing itu juga lazimnya tidak akan membenarkan anak tersebut melawat negara yang ditinggalkan disebabkan ketidakpercayaan mereka kepada sistem perundangan di negara tersebut sebagaimana yang berlaku dalam kes Raja Bahrin dan Ayob yang telah dibincangkan sebelum ini.

Permasalahan ini tidak dapat diselesaikan dengan menjadikan Malaysia sebagai negara anggota. Ini kerana persoalan asas adalah disebabkan perbezaan dasar penghakiman yang dipegang di antara Malaysia dengan negara-negara asing yang lain terutamanya negara Barat. Pertentangan atau perbezaan perintah penjagaan yang dikeluarkan adalah disebabkan pentafsiran penghakiman yang melihat kepada apa yang paling penting ketika berpegang dengan prinsip kebajikan kanak-kanak. Walaupun kedua-dua sistem perundangan di kedua-dua negara menerima pakai prinsip kebajikan kanak-kanak, namun pengaruh budaya dan persekitaran yang berbeza akan menghasilkan pentafsiran prinsip tersebut dengan cara yang berbeza. Masing-masing pihak saling bersikap skeptikal terhadap kewibawaan penghakiman yang dikeluarkan oleh mahkamah masing-masing. Justeru itu, ini akan mendorong ibu atau bapa mengambil langkah drastik dengan melarikan anak.

Walaupun Malaysia bukan negara anggota kepada Konvensyen Hague, namun satu mekanisme undang-undang perlu diwujudkan bagi menangani isu pemelarian anak oleh ibu bapa. Usaha negara Mesir, yang juga bukan negara anggota kepada Konvensyen Hague yang mewujudkan triti dengan negara-negara lain dan membentuk Suruhanjaya khusus patut dirujuk oleh Malaysia. Peranan yang dimainkan oleh Suruhanjaya ini sekurang-kurangnya dapat mengurangkan kesukaran ibu atau bapa sama ada yang melarikan atau pihak yang dinafikan untuk berbincang antara satu sama lain mencari penyelesaian dan pada masa yang sama kebajikan kanak-kanak untuk tidak dinafikan hak akses dan berhubung dengan kedua-dua ibu bapa akan terjaga.

Usaha ini boleh dimulakan dengan negara-negara serantau terutamanya negara yang mempunyai Mahkamah Syariah yang mendasarkan penghakiman mengikut Undang-undang Islam. Negara-negara jiran seperti Thailand, Indonesia, Singapura, Brunei Darussalam dan Filipina mempunyai mahkamah khusus bagi perbicaraan membabitkan undang-undang diri rakyat yang beragama Islam di negara masing-masing. Potensi wujudnya hubungan persefahaman yang memberi pengiktirafan terhadap keputusan yang dibuat oleh Mahkamah Syariah di negara-negara jiran yang berpegang kepada prinsip kebajikan kanak-kanak mengikut pandangan Islam masih ada. Persefahaman

antara negara-negara ini sedikit sebanyak dapat menangani masalah melarikan anak yang membabitkan negara-negara ini. Begitu juga, persefahaman bersama boleh diwujudkan antara negara-negara Islam lain. Ini kerana asas penentuan penjagaan anak di negara-negara tersebut dibuat di Mahkamah Syariah yang sudah pasti memutuskan kes berdasarkan undang-undang keluarga Islam. Seterusnya dapat diperluaskan ke negara-negara lain seperti Australia, England dan negara-negara Barat yang lain.

RUJUKAN

- Anwar Patho Rahman (2001), “Bahrin Mahu Bawa Kes Larikan Anak ke Mahkamah”, *Berita Harian*, 27 Januari 2001.
- Camilleri, Rita (2001), *Attitudes and Perceptions in Australia – Malaysia Relations: A Contemporary Profiles*, Bangi: Penerbit Universiti Kebangsaan Malaysia.
- Curzon, LB (1999), *Dictionary of Law*, ed. ke-5. London: Pitman Publishing.
- Davis, Sandra, Rosenblatt, Jeremy & Galbraith, Tanya (1993), *International Child Abduction*, London: Sweet & Maxwell.
- Hayes, Mary & Williams, Catherine (1995), *Family Law: Principles, Policy and Practice*, London: Butterworths.
- Hutchinson, A. & Setright, H. (1998), *International Parental Child Abduction*, Bristol: Jordan Publishing Ltd.
- Kāsānī, Abū Bakr bin Mas‘ūd al- (1328H/1910), *Badā’i‘ al-Sanā’i‘ fī Tartīb al-Sharā’i‘*, Jil. 4. Mesir: Maṭba‘ah al-Jamāliyyah.
- Lakshman Marasinghe (1987), “The Recognition and The Enforcement of Foreign Judgements”, *Jurnal Undang-undang*.
- Lokman Zainal Abidin (2001), “Bahrin Dinasihati Mohon Hak Penjagaan”, *Berita Harian*, 25 Januari 2001.
- North, PM & Fawcett, JJ (1999), *Cheshire & North’s Private International Law*, ed. ke-13. London: Butterworths.
- Pawancheek Marican & Salleh Buang (1993), “Ekstradisi Raja Bahrin”, *Utusan Malaysia*, 23 Mac 1993.
- Raja Bahrin Shah & Wickham, Bryan (1997), *The Raja Bahrin Story*. Singapore: Times Books International.
- Sha ‘bān, Zakī al-Dīn (1971), *al-Aḥkām al-Sharī‘ah li al-Aḥwāl al-Shakhṣiyyah*, ed. ke-2. Libya: t.pt.

Sharbīnī, Muḥammad al-Khaṭīb al- (1978), *Mughnī al-Muḥtāj 'ilā Ma'ānī Alfāz al-Minhāj*, Jil.3. t.tt.:Dār al-Fikr.

Sherif, Adel Omar (2001/2002). “International Parental Child Abduction: The Case of Egypt”, dalam *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, Vol. 8.

Shirāzī, Ibn Ishāq Ibrāhīm bin 'Alī bin Yūsuf al- (t.t), *al-Muhadhdhab*, Jil.2. Mesir: Matba'ah 'Isā al-Bābī al-Ḥalabī.

T.P. (2001), “Ibu Larikan Anak ke Luar Negara”, *Berita Harian*, 23 Januari 2001.

AKTA

Akta Kanak-kanak 2001.

Akta Membaharui Undang-undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976.

Enakmen Undang-undang Keluarga Islam Selangor 2003.

The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction 1980.

KES

Abdul Ghani bin Awang lwn Sheriliza Yusuf [1988] 3 MLJ 153.

B lwn B (Abduction: Custody Rights) [1993] Fam LR 32.

Christine Brass lwn Javed Iqbal PLD 1981 110.

D lwn D (Child Abduction: Non-Convention Country) [1994] 1 FLR 137.

E lwn E (Child Abduction: Intolerable Situation) [1998] 2 FLR 980.

Fayed lwn al-Tajir [1987] 2 All ER 396.

G lwn G (Minors) (Abduction) [1991] 2 FLR 506.

In the Marriage of Raja Bahrin [1986] 11 Fam LR 233.

In the Marriage of Raja Bahrin[1986] 11 Fam LR 233, 241, 270.

Mahabir Prasad lwn Mahabir Prasad[1981] 2 MLJ 326.

Mc Kee lwn Mc Kee [1951] AC 352.

Mohd. Hanif Farikullah lwn Bushra Chaudri [2001] 5 MLJ 533.

Nong Azman Shah lwn Ahood Thamar Badei [1996] 1 JH 165.

Nor Kursiah Baharuddin lwn Shahril bin Lamin & Anor[1997] 2 AMR 1243.

- Norlela Mohamad Habibullah lwn Yusuf Maldoner* [2004] 2 MLJ 629.
Re B (A Minor) (Abduction) [1994] 2 FLR 249.
Re B's Settlement [1940] 1 Ch 54.
Re C (A Minor) (Abduction) [1989] 1 FLR 403.
Re C (Abduction: Consent) [1996] 1 FLR 414.
Re C (Abduction: Consent) [1996] 1 FLR 414, 418-419.
Re E (D) (An Infant) [1967] Ch 287.
Re F (A Minor) (Abduction: Jurisdiction) [1991] 1 FLR 1.
Re F (Child Abduction: Risk of Return) [1995] 2 FLR 31, CA.
Re G (JDM) (An Infant) [1969] 1 WLR 1001.
Re H (Infants) [1966] 1 WLR 381.
Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562.
Re JA (Child Abduction: Non Convention Country) [1998] 1 FLR 231, CA.
Re K (Abduction: Consent) [1997] 2 FLR 212, 216-218.
Re M (Abduction) (Consent: Acquiescence) [1999] 2 FLR 171.
Re N (Minors) (Abduction) [1991] 1 FLR 413.
Re R (A Minor: Abduction) [1992] 1 FLR 105.
Re R (Abduction; Consent) [1999] 1 FLR 171, 187.
Re S (A Minor) (Abduction) [1991] 2 FLR 1.
Re S (Minors) (Abduction) [1994] 1 FLR 297.
State Central Authority and Ayob (1997) 21 Fam LR 567.
Tunku Mahmood Shah lwn Noor Faridah Sutherland Abdullah [1996] JH (1) 227.