

Salah Laku Lgbt Dalam Perundangan Malaysia: Undang-Undang Sebagai Mekanisme Pembanterasannya dan Kawalan *Misconduct of LGBT in the Malaysian Law: Law as the Mechanism of Obliteration and Control*

Open
Access

Mohd Izzat Amsyar Mohd Arif^{1,*}, Muhammad Syahlan Shafie², Hisham Hanapi³, Fareed Mohd Hassan⁴

¹ Fakulti Undang-Undang, Universiti Kebangsaan Malaysia, 43600 UKM Bangi, Selangor, Malaysia

² Fakulti Undang-Undang, Universiti Teknologi MARA (UiTM), 40450 Shah Alam, Selangor Darul Ehsan, Malaysia

³ Fakulti Perakaunan, Kewangan dan Perniagaan, Kolej Universiti Tunku Abdul Rahman, Jalan Genting Kelang, 53300 Kuala Lumpur, Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur, Malaysia

⁴ Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Universiti Sains Islam Malaysia, Bandar Baru Nilai, 71800 Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia

ARTICLE INFO

Article history:

Received 26 September 2018

Received in revised form 22 October 2018

Accepted 26 October 2018

Available online 28 October 2018

ABSTRACT

Makalah ini mengkaji undang-undang sivil dan syariah yang dikuatkuasakan bagi menangani permasalahan salah laku golongan lesbian, gay, bisexsual dan transgender (LGBT) di Malaysia. Makalah ini merupakan kajian perundangan kualitatif di mana data dikumpulkan melalui kaedah kepustakaan dan dinilai melalui pendekatan analisis secara kandungan. Pengisytiharan dan piagam antarabangsa, akta Parlimen, enakmen negeri-negeri, surat pekeliling am serta keputusan kes-kes yang diputuskan oleh mahkamah diteliti untuk memahami landasan perundangan sebagai mekanisme pembanterasannya dan kawalan gejala LGBT daripada terus menular. Dapatan analisis menunjukkan bahawa perundangan syariah menyediakan peruntukan undang-undang yang lebih luas berbanding perundangan sivil bagi kesalahan-kesalahan yang melibatkan golongan LGBT. Namun begitu, ianya tertakluk pula kepada had hukuman yang rendah dan terhad kepada pesalah laku beragama Islam sahaja. Disebabkan ketiadaan undang-undang khas mengenai LGBT digubal oleh badan-badan perundangan, penguatkuasa dan pendakwaraya hanya bergantung kepada undang-undang umum; iaitu Kanun Keseksaan, Akta Kesalahan Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997, Akta Perhimpunan Aman 2012, Akta Hiburan (Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur) 1992 dan Akta Kesalahan Kecil 1955. Justeru, dicadangkan supaya Parlimen dan dewan undangan negeri bertindak lebih progresif dalam merangka, dan meluluskan peruntukan undang-undang yang lebih spesifik dan eksplisit demi membanteras dan mengawal gejala LGBT daripada terus mencemari nilai-nilai agama, adat dan budaya masyarakat Malaysia.

This article studies the civil and Islamic laws which are enforced to handle issues of misconduct by lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) group in Malaysia. This article is a qualitative legal study where data gathered through library research method and evaluated through analytical approach in its content. Provisions from international declarations and charters, Parliamentary acts, states' enactments, circulars and case decided by courts are scrutinized to understand the legal foundations which act as prohibitory and preventive measures towards LGBT-related activities from spreading.

* Corresponding author.

E-mail address: mohdizzatamsyar@gmail.com (Mohd Izzat Amsyar Mohd Arif)

Findings of the analysis indicate that Islamic law provide wider scope of legal provisions compared to civil law relating to offences which involve LGBT group. However, the offences are subject to certain limitation of punishment and only applicable to Muslim offenders only. Due to the absence of specific law on LGBT from the legislative bodies, legal enforcement bodies and public prosecutor only rely on public law; namely Penal Code, Syariah Criminal Offences (Federal Territories) Act 1997, Peaceful Assembly Act 2012, Entertainment (Federal Territory of Kuala Lumpur) Act 1992 and Small Offences Act 1955. Thus, it is hereby proposed that the Parliament and state legislative assembly shall act more progressively in drafting and approving legal provisions which are more specific and express to combat and control LGBT activities from continuing to tarnish the religious values, customs and cultures of Malaysian society.

Kata Kunci:

Salah laku, LGBT, pembanterasannya, kawalan, undang-undang, Malaysia

Keywords:

Misconduct, LGBT, obliteration, control, law, Malaysia

Copyright © 2018 PENERBIT AKADEMIKA BARU - All rights reserved

1. Pendahuluan

Gender adalah satu perkataan moden yang dikaitkan dengan kecenderungan pemikiran dan tingkahlaku, personaliti dan orientasi serta peranan dan identiti seseorang individu berkaitan ciri-ciri kekelakuan atau kewanitaan. Berbeza dengan gender, perkataan jantina merujuk kepada perbezaan antara lelaki dan wanita dari aspek biologi yang meliputi; kromosom, hormon, alat kelamin dan sebagainya. Kecelaruan gender merujuk kepada konflik dalaman seseorang secara individu yang mendorong kepada kecelaruan dalam mengiktiraf dan menerima identiti diri mereka [18]. Kecelaruan ini boleh diterjemahkan kepada dua; iaitu sama ada dalam bentuk meniru perilaku, pemakaian dan sifat jantina berlawanan atau melibatkan hubungan seksual di luar tabi'e. Golongan yang terlibat dalam kecelaruan gender ini diistilahkan sebagai LGBT. LGBT adalah singkatan yang merujuk kepada golongan lesbian, gay, biseksual dan transgender.

Secara asasnya, menurut Perry [25], lesbian dan gay memiliki ciri-ciri persamaan iaitu lelaki atau wanita yang mempunyai kecenderungan dan daya tarikan seksual terhadap jantina yang sejenis dengan mereka. Kecenderungan seksual yang disebut juga sebagai gejala gay dan lesbian ini, melampaui nilai-nilai agama, etika, adat dan budaya kerana akhirnya boleh menjerumuskan golongan tersebut ke dalam hubungan seks songsang dan luar tabi'e seperti liwat (pergaulan seks sesama lelaki) dan musahaqah (pergaulan seks sesama perempuan). Biseksual bermaksud amalan hubungan seksual seseorang yang bebas dan cenderung terhadap lelaki dan juga perempuan (keduanya sekali). Hamdi [12] pula menyatakan bahawa definisi biseksual tidak terhad kepada seseorang yang melakukan hubungan seks dengan kedua-dua jenis jantina, tetapi juga termasuk kepada individu yang mengamalkan amalan bertukar-tukar pasangan (seks bebas). Manakala transgender yang juga disebut sebagai transeksual ialah seseorang lelaki atau perempuan yang berperasaan dan berpenampilan sebagai gender yang sebaliknya, bahkan ada di kalangan mereka yang melakukan pengubahsuaian organ jantintanya melalui pembedahan dan pengambilan hormon tertentu. Tidak terhad kepada penampilan luaran semata-mata, kumpulan transgender ini juga bahkan memiliki kecenderungan seksual kepada jantina yang sejenis dengan mereka.

Menurut Ahmad Zaharuddin dan lain-lain [36], perlakuan LGBT bukan termasuk dalam kategori penyakit tetapi merupakan naluri semulajadi melampaui batasan yang seharusnya dikawal dalam ruang litup agama, tradisi, adat dan budaya. Namun, Rustam Dahar [27], berpandangan sebaliknya. Beliau menyokong pendapat bahawa LGBT merupakan sebuah penyakit jiwa. Kenyataan ini menyokong laporan daripada Jabatan Kesihatan Republik Indonesia [16] yang menyatakan, LGBT adalah penyakit gangguan mental. Bahkan, ianya boleh menular kepada individu yang lain. Wong Ee Lynn [34] pula menyatakan bahawa anggapan umum yang menetapkan hanya wujud dua jenis gender dan golongan transeksual sebagai abnormal dan patut 'dirawat' atau 'dipulihkan' turut

menyumbang kepada stigma negatif dan diskriminasi terhadap golongan tersebut. Wujud bukti saintifik yang menyokong bahawa transgender berakar umbi daripada faktor biologi dan ditentukan semenjak seseorang individu itu dilahirkan.

Oleh dengan demikian, daripada definisi yang dikemukakan, disimpulkan bahawa permasalahan LGBT perlu dilihat secara holistik dan menyeluruh kerana ianya melibatkan perlakuan dan amalan seks songsang yang tercela. Golongan transgender pula perlu ditangani secara berasingan kerana disamping permasalahan orientasi seksual (sama ada homoseksual atau biseksual) yang ada pada golongan ini, mereka juga telah mengubah ciri-ciri fizikal sehingga ada yang telah mengubahsuai alat sulit jantina.

Di dalam konteks undang-undang antarabangsa pula, tiada definisi tetap untuk terma LGBT yang telah diperjelaskan secara spesifik di dalam mana-mana sumber perundangan antarabangsa termasuklah, deklarasi, triti, laporan, perjanjian mahupun instrumen-instrumen Pertubuhan Bangsa-Bangsa Bersatu (PBB). Walaubagaimanapun, tafsiran 'LGBT' telah diterangkan secara kasar di dalam laporan tahunan yang diterbitkan oleh Pejabat Pesuruhjaya Tinggi Hak Asasi Manusia PBB (*Office of United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR*) dan laporan ini merupakan laporan pertama daripada PBB yang membincangkan tentang hak asasi golongan LGBT ini [31]. Menurut laporan PBB ini secara spesifik, Perenggan 5 mentafsirkan 'LGBT' sebagai, '*same-sex behaviour, identities or relationships and non-binary gender identities*'.

Amalan hidup songsang golongan LGBT merupakan suatu kesalahan dalam ajaran agama Islam, Kristian, Buddha, dan Hindu [24]. Ini adalah kerana rujukan kepada kitab rujukan agama-agama ini menjelaskan bahawa perilaku LGBT dianggap sebagai dosa yang dikeji, tercela dan turut diancam dengan hukuman [30]. Penyelidik telah menyenaraikan perkara-perkara utama yang dituntut oleh kelompok LGBT secara umumnya di seluruh dunia; iaitu termasuk (1) pengiktirafan aktiviti seks, (2) perkahwinan sesama jantina, (3) membenarkan gay dan lesbian untuk berkhidmat dalam ketenteraan negara, (4) anti diskriminasi berdasarkan orientasi seksual dan (4) memperjuangkan undang-undang yang khusus untuk identiti dan ekspresi gender.

2. Metodologi Kajian

Makalah ini berbentuk analisis diskriptif yang melibatkan pengambilan data melalui kaedah kepustakaan. Kaedah ini dipilih memandangkan ianya merupakan pendekatan terbaik bagi mendapatkan sorotan ke atas teks-teks perundangan seperti pengisytiharan dan piagam antarabangsa, akta Parlimen, enakmen negeri-negeri, surat pekeliling am serta keputusan kes-kes yang diputuskan oleh mahkamah. Sumber perundangan ini diteliti bagi membentuk konsep dan skop analisis.

3. LGBT Menurut Perspektif Undang-Undang Antarabangsa

Secara amnya, perbincangan isu LGBT di peringkat antarabangsa sering dikaitkan dengan isu hak asasi manusia. Oleh itu, segala bentuk larangan dari segi undang-undang dan amalan mana-mana negara yang menjurus kepada anti-LGBT disifatkan sebagai pencabulan terhadap hak asasi manusia. Beberapa organisasi bukan kerajaan di peringkat antarabangsa seperti Amnesty International berpendapat bahawa hak LGBT juga terkandung di dalam klasifikasi hak asasi manusia di mana di dalam kenyataannya, golongan LGBT sering diganggu, didiskriminasi, dan diancam hanya disebabkan oleh identiti gender dan orientasi seks mereka yang berbeza. Organisasi ini juga menekankan bahawa golongan LGBT seharusnya dilindungi dan mereka berhak untuk hidup bebas, bermaruah dan selamat tanpa ada unsur kekejaman dan diskriminasi terhadap mereka hanya semata-mata kerana identiti

gender dan naluri seks yang berbeza [8]. Di samping itu pula, Pertubuhan Kerjasama Islam (*Organization of Islamic Conference, OIC*) berpendapat bahawa hak-hak golongan LGBT tidak mempunyai dasar perundangan di dalam mana-mana instrumen undang-undang antarabangsa [35]. Oleh demikian, anggota-anggota OIC telah membantah hak LGBT daripada diiktiraf sebagai hak asasi manusia.

Namun begitu, terdapat beberapa peruntukan undang-undang antarabangsa yang lain secara amnya menyentuh isu LGBT secara langsung mahupun tidak langsung. Perkara 3 Piagam Pertubuhan Bangsa-Bangsa Bersatu 1945 (*United Nation Charter*) menggesa supaya hak asasi manusia dan kebebasan am haruslah dihormati tanpa ada perbezaan. PBB sebagai pertubuhan terbesar di dunia telah menerapkan prinsip menghormati dan menyanjungi hak asasi manusia dan meraikan perbezaan dan kepelbagaian yang wujud di kalangan manusia sejagat. Perkara 2 Pengisytiharan Hak Asasi Manusia Sejagat 1948 (*Universal Declaration of Human Rights, UDHR*) pula menyatakan: *“everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status”*

Walaupun peruntukan ini hanya meletakkan larangan terhadap diskriminasi terhadap bangsa, agama atau etnik minoriti, peruntukan ini juga secara tersirat, menegah diskriminasi terhadap golongan LGBT dengan menggunakan perkataan *‘other status’* yang disifatkan sebagai merangkumi hak-hak LGBT. Oleh itu, golongan LGBT telah berselindung di sebalik deklarasi antarabangsa ini untuk mewujudkan ‘kategori baru’ iaitu kumpulan seks minoriti [11]. Namun begitu, peruntukan UDHR tidak mengikat negara-negara ahli kerana ianya hanyalah pernyataan dan pengisytiharan prinsip-prinsip asas hak asasi manusia yang dikongsi bersama dengan negara anggota yang lain semata-mata dan tidak membentuk obligasi undang-undang, tidak seperti perjanjian atau triti yang mengikat ahlinya.

Perkara 13 dan 14 UDHR pula menekankan hak untuk bergerak secara bebas dan menetap di dalam sempadan negara dan hak untuk mendapat perlindungan daripada ancaman di negara lain. Terdapat lebih 80 negara telah menjadikan perlakuan LGBT sebagai tidak sah di sisi undang-undang dan perkara ini boleh mendorong golongan LGBT untuk berhijrah bagi mendapat perlindungan di negara lain kerana wujudnya ancaman dari negara asalnya.

Pada awal tahun 2016, Malaysia telah digemparkan pengakuan murtad dan homoseksual seorang pelajar dari negara ini, yang sedang menyambung pengajian di Kanada [22]. Menurut laporan, pelajar tersebut telah berjaya mendapatkan status pelarian (*refugee*) di Kanada melalui kelulusan daripada Lembaga Imigresen Ottawa, Kanada. Tindakan ini bagi membolehkannya tinggal di negara tersebut dalam tempoh yang panjang. Ianya bagi mengelakkan ‘ancaman’, ‘kecaman’ dan ‘ugutan’ yang didakwa telah diterima setelah statusnya sebagai seorang gay dan murtad diketahui umum [28]. Walaubagaimanapun, sebagai respon kepada situasi tersebut, Mohd Hazmi [9] menjelaskan, walaupun wujud undang-undang yang bersifat anti-LGBT di Malaysia, menganggap Malaysia sebagai ‘mengancam’ dan ‘mendiskriminasi’ golongan ini adalah tidak tepat sama sekali kerana Malaysia juga mempunyai undang-undang dan perlembagaan yang menjamin hak asasi warganegara Malaysia dari sebarang bentuk penindasan. Dalam sejarah Malaysia, belum pernah terjadi penafian hak LGBT secara besar-besaran yang telah dilakukan oleh mana-mana pihak sehingga mereka merasakan mereka tertindas sepenuhnya.

Seterusnya, Perjanjian Antarabangsa untuk Hak-Hak Sivil dan Politik (*International Convention on Civil and Political Rights, ICCPR*) juga mempunyai peruntukan yang lebih kurang sama seperti UDHR iaitu:

“each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant,

without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

Petikan ayat dari Perkara 2 ICCPR ini merupakan adaptasi daripada UDHR, justeru perkataan '*other status(es)*' juga memberi inferens yang sama seperti UDHR iaitu merangkumi golongan LGBT. Perkara 26 juga menggunakan perkataan '*other status(es)*' apabila memperuntukkan larangan terhadap sebarang bentuk diskriminasi, mengangkat prinsip kesamarataan di dalam undang-undang tidak mengira, bangsa, agama, seks, warna, bahasa, pegangan politik atau selainnya, asal-usul, harta benda, kelahiran dan status-status lain.

Di dalam kes *Toonen Iwn Australia* [1994] PrivLawPRpr 33, Majlis Hak Asasi Manusia (HRC) telah memutuskan bahawa, larangan terhadap hubungan seks homoseksual secara sukarela di dalam undang-undang wilayah Tasmania ialah salah satu bentuk diskriminasi terhadap orientasi seks. HRC juga memutuskan bahawa anggapan diskriminasi orientasi seks sebagai salah satu bentuk diskriminasi terhadap 'seks' sepertimana dinyatakan di dalam Perkara 2 dan 26 ICCPR. Kes ini juga menyentuh isu hak privasi individu sepertimana di dalam peruntukan Perkara 17 ICCPR yang memberi jaminan kepada individu untuk tidak tertakluk kepada apa-apa bentuk gangguan tidak sah terhadap privasi, keluarga dan tempat kediaman dan juga serangan terhadap maruah dan reputasi. Oleh itu, undang-undang yang melarang perhubungan seks di antara golongan LGBT walaupun secara sukarela bukan sahaja boleh dianggap sebagai diskriminasi terhadap identiti seks mereka, tetapi juga dianggap sebagai serangan terhadap hak privasi golongan ini. Berbeza dengan UDHR, peruntukan-peruntukan ICCPR adalah mengikat ahli-ahli dan haruslah dijunjung dan dipatuhi. Namun begitu, Merujuk kepada laporan oleh Malaysiakini [21], Malaysia tidak menandatangani mahupun menjadi ahli kepada UDHR dan ICCPR walaupun pernah mendapat gesaan daripada pihak SUHAKAM pada tahun 2017 untuk menandatangani ICCPR.

Seperti yang telah dibincangkan sebelum ini, isu LGBT kurang mendapat perhatian undang-undang antarabangsa sehingga pertengahan tahun 2011. OHCHR iaitu Pejabat Pesuruhjaya Hak Asasi Manusia di PBB telah menerbitkan laporan tahunan yang membincangkan tentang undang-undang dan amalan yang berunsur diskriminasi, dan perlakuan zalim terhadap individu berdasarkan orientasi seks dan identiti gender mereka serta bagaimana undang-undang antarabangsa boleh dimanfaatkan untuk mengekang sebarang perbuatan yang menzalimi golongan LGBT. Laporan ini adalah yang pertama yang dikeluarkan oleh PBB yang membincangkan isu golongan LGBT secara khusus. Antara perkara yang digariskan di dalam laporan ini, adalah tanggungjawab dan standard antarabangsa yang terpakai seperti, dasar tanpa diskriminasi, kesamarataan dan kesejagatan (*universality*) dengan memberi penekanan terhadap peruntukan-peruntukan daripada UDHR dan ICCPR sebagai contoh prinsip hak asasi yang dipakai. Selain itu, laporan ini juga melarang sebarang bentuk kezaliman dan menyenaraikan contoh-contoh bentuk kezaliman yang dimaksudkan seperti pembunuhan, penyeksaan, rogol dan mana-mana perbuatan tidak berperikemanusiaan terhadap golongan LGBT. Seterusnya, laporan ini juga menyatakan sebarang bentuk undang-undang dan amalan yang boleh dianggap mendiskriminasi golongan LGBT adalah dilarang sama sekali. Ini termasuk undang-undang yang menjadikan hubungan seks sukarela antara LGBT sebagai satu kesalahan jenayah, dan undang-undang yang memperuntukkan hukuman untuk hubungan seksual songsang tersebut seperti hukuman penjara, sebat dan sebagainya.

Analisis terhadap laporan OHCHR ini, dapat disimpulkan bahawa, laporan tersebut tidak memberikan kesan mengikat kepada negara-negara anggota. Ini kerana laporan ini menggunakan perkataan dan gaya bahasa yang tidak menunjukkan kewajipan untuk mematuhi dan tiada penalti dan apa-apa kesan yang dikenakan di atas ketakpatuhan. Sebagai contoh, tiada penggunaan perkataan berbentuk preskriptif iaitu perkataan *shall* (harus) tetapi kebanyakannya berbentuk deskriptif (huraian atau gambaran) dan *persuasive* (memujuk) sahaja dengan mengambil beberapa

keratan peruntukan UDHR dan ICCPR dan beberapa contoh kes sebagai sokongan dan pengajaran kepada negara ahli dengan tujuan untuk menggalakkan negara-negara ahli menjadi lebih bertanggungjawab dan patuh kepada undang-undang antarabangsa dan nilai-nilai kemanusiaan mengikut gambaran undang-undang antarabangsa.

Ternyata undang-undang antarabangsa secara keseluruhannya mengiktiraf hak LGBT sebagai salah satu hak asasi manusia di dalam peruntukan-peruntukan Piagam PBB, UDHR dan ICCPR. Malah, peruntukan-peruntukan daripada dokumen antarabangsa ini juga melarang segala bentuk diskriminasi terhadap mana-mana individu termasuklah golongan LGBT yang terangkum di dalam kategori 'status-status lain' di dalam peruntukan UDHR dan ICCPR secara tersirat manakala larangan secara jelas telah digariskan di dalam laporan tahunan pihak PBB iaitu OHCHR yang telah menerbitkan laporan bertajuk *'Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation'* pada tahun 2011. Walaupun terdapat laporan OHCHR yang melarang perbuatan kezaliman dan diskriminasi terhadap golongan LGBT tetapi laporan ini juga tidak bersifat mengikat. Namun begitu, sebagai negara bukan ahli kepada UDHR dan ICCPR, Malaysia tidak berkewajipan untuk tunduk kepada peruntukan-peruntukan ini.

4. Gejala LGBT di Malaysia

Terkesan dengan arus liberalisme, Malaysia tidak terkecuali dijadikan sasaran oleh golongan LGBT ini untuk mendapatkan tempat dan pengiktirafan. Kewujudan golongan LGBT di Malaysia bermula dengan kewujudan pondan dan mak nyah sekitar tahun 1980-an. Masyarakat Malaysia sangat sensitif dengan gaya hidup yang menyalahi tuntutan agama dan tatasusila budaya timur apatah lagi dengan perlakuan yang menyalahi tabi'e manusia (Mahfuzah, 2015).

UDHR 1946 telah mencerminkan pengiktirafan dunia sejagat terhadap hak asasi manusia; termasuk kebebasan bersuara dan anti diskriminasi. Namun berdasarkan kes *Merdeka University Berhad lwn Kerajaan Malaysia* [1981] 2 MLJ 356, Mahkamah Persekutuan memutuskan bahawa memandangkan UDHR merupakan suatu resolusi yang telah dibuat oleh Pertubuhan Bangsa-Bangsa Bersatu (PBB), oleh itu ianya tidak mengikat secara langsung di sisi undang-undang Malaysia. Mahkamah juga menyatakan dengan jelas, bahawa ianya adalah perisytiharan prinsip semata-mata dan tidak boleh dianggap menjadi sebahagian daripada undang-undang negara Malaysia yang perlu dipatuhi secara total atau langsung. Selain daripada itu, walaupun Perlembagaan Persekutuan ada menyatakan peruntukan tentang hak kebebasan diri (Perkara 5), kesamarataan (Perkara 8) dan bersuara (Perkara 10), namun ianya bukan bersifat mutlak. Ini dinyatakan dengan jelas melalui keputusan kes *Pendakwa Raya lwn Ooi Kee Saik* [1971] 2 MLJ 10. Yang Amat Arif Raja Azlan Shah (mantan Ketua Hakim Negara), melalui penghakimannya telah menyatakan:

"... as far as I am aware, no constitutional state has seriously attempted to translate the right into an absolute right. Restrictions are a necessary part of the right and in many countries of the world, freedom of speech and expression is, in spite of formal safe guards, seriously restricted in practice."

Selain daripada itu, laporan Suruhanjaya Reid, turut mengakui kepentingan sekatan-sekatan tertentu terhadap kebebasan bercakap dan bersuara demi menjamin ketenteraman awam. Laporan di dalam perenggan 162 menyatakan:

"We further recommend that freedom of speech and expression should be guaranteed to all citizens subject to restrictions in the interests of security, public order or morality or in relation to incitement, defamation or contempt of court."

Melihat kepada perkembangan yang merisaukan, Persidangan Majlis Raja-Raja kali ke- 126 pada 13 Disember 1989 telah mengambil langkah pencegahan awal dengan memfatwakan LGBT sebagai perlakuan yang haram untuk diamalkan sebagai gaya hidup (Nur Hafizah et al, 2016). Rentetan dari

pewartaan fatwa ini telah berjaya untuk menghalang mana-mana individu daripada membuat permohonan bagi menukar jantina pada dokumen pengenalan diri.

Pergerakan pro LGBT dilihat tidak hanya dipelopori oleh individu-individu tertentu bahkan mereka juga didapati bergerak dalam organisasi yang besar. Gabungan NGO Hak Asasi Manusia (Comango) telah membuat tuntutan ke atas kerajaan Malaysia supaya menerima syor-syor mereka dalam Semakan Berkala Sejangat (UPR) tahun 2013 anjuran Majlis Hak Asasi Manusia Pertubuhan Bangsa-bangsa Bersatu (PBB) di Geneva, Switzerland. Sehingga kini, tuntutan Comango berkaitan LGBT antara lainnya adalah, menuntut supaya Malaysia menerima Hak SOGI (Sexual Orientation & Gender Identity); iaitu pengiktirafan orientasi seksual LGBT sebagai hak-hak asasi manusia sejangat. Selain itu, Comango juga mendesak kerajaan untuk meminda seksyen 377A Kanun Keseksaan berhubung jenayah liwat atas alasan bahawa jenayah liwat merupakan undang-undang lapok yang tidak lagi relevan. Tidak hanya bersifat agresif terhadap perundangan sivil yang dilihat sebagai 'penghalang' kegiatan LGBT, Comango juga mengesyorkan supaya Enakmen Kesalahan Jenayah Syariah di negeri-negeri seluruh Malaysia dimansuhkan dan pindaan terhadap kesalahan-kesalahan jenayah syariah kerana didakwa bertentangan dengan hak kebebasan peribadi.

Atas nama menjulang prinsip hak asasi sejangat, golongan LGBT di Malaysia turut mendapat sokongan kumpulan G25 [19]. Pada Ogos 2018, wakil komuniti transgender Nisha Ayub, telah bertemu Menteri di Jabatan Perdana Menteri Datuk Dr Mujahid Yusof Rawa dengan agenda meminta kerajaan tidak mendiskriminasikan golongan LGBT [17]. Organisasi pro LGBT yang dikenali sebagai Seksualiti Merdeka pula dilihat cuba mempromosikan LGBT melalui penganjuran program tahunan yang menonjolkan perjuangan mendapatkan pengiktirafan terhadap komuniti LGBT di Malaysia.

Menurut statistik Kementerian Pembangunan Wanita, Keluarga dan Masyarakat, pada tahun 2013, seramai 173,000 orang rakyat Malaysia dilaporkan terlibat dengan gejala LGBT. Statistik ini sudah semestinya akan terus meningkat dari tahun ke tahun jika tiada sebarang tindakan dan usaha proaktif dilakukan oleh pihak yang berwajib dalam menangani isu ini secara berkesan. Lebih membimbangkan lagi, berdasarkan laporan Sektor HIV/STI, Bahagian Kawalan Penyakit, Kementerian Kesihatan Malaysia, sebanyak 3,347 kes HIV baru telah dicatatkan pada tahun 2017 dan daripada jumlah tersebut, sebanyak 1,697 kes adalah melibatkan golongan LGBT. Selain itu, penularan virus tersebut dalam kalangan mereka yang homoseksual dan biseksual semakin meningkat dari tahun ke tahun dengan 63 kes pada tahun 2000 kepada 1,553 kes pada tahun 2016 dan 1,697 kes pada tahun lepas [14].

5. Salah laku LGBT dalam peruntukan perundangan Malaysia

Siti Zubaidah [29] menjelaskan bahawa, keseksaan ataupun hukuman melalui mekanisme perundangan wajar dilihat sebagai satu kaedah pencegahan daripada melakukan sesuatu kesalahan dan pembalasan selepas melakukannya. Oleh itu, objektif utama undang-undang digubal dan dikuatkuasakan adalah untuk mengelak pesalah laku daripada melakukan kesalahan berulang. Selain itu, undang-undang juga bertujuan menjaga peraturan dan ketertiban dalam masyarakat [13].

Merujuk kepada perkara 121 1A serta Senarai 1 dan 2 Jadual Kesembilan Perlembagaan Persekutuan, Malaysia merupakan sebuah negara yang mengamalkan sistem dwi perundangan; iaitu perundangan sivil dan syariah. Oleh yang demikian, makalah ini membuat penilaian berdasarkan peruntukan undang-undang daripada kedua-dua kategori tersebut, yang menyentuh berkenaan salah laku golongan LGBT.

Secara umum, dalam konteks kesalahan yang melibatkan gejala LGBT, tiada peruntukan undang-undang yang spesifik atau khusus digubal oleh badan legislatif persekutuan; iaitu Parlimen mahupun

badan perundangan negeri-negeri bagi menangani permasalahan tersebut. Asasnya, gejala LGBT boleh dikaitkan dengan pelbagai kesalahan melalui kategori yang berikut:

1. Kesalahan seksual bebas dan luar tabi'e.
2. Berperwatakan dan berpakaian secara berlainan jantina.
3. Kesalahan menukar jantina.
3. Anjuran program dan aktiviti berkaitan atau mempromosi LGBT.

5.1 Salah Laku Seksual Bebas dan Luar Tabi'e

Di dalam Kanun Keseksaan, seksyen 377A, 377B, 377C, 377CA dan 377D merupakan peruntukan undang-undang bagi kesalahan hubungan seks luar tabi'e. Seksyen 377A menyediakan hukuman bagi persetubuhan seks melalui dubur dan mulut. Memperlihatkan kepada seksyen 377B; iaitu perhubungan seks luar tabii secara sukarela dan 377A; iaitu perhubungan seks luar tabii secara paksa, menunjukkan bahawa perbuatan seksual luar tabi'e sememangnya diiktiraf sebagai satu jenayah di negara ini. Ini kerana di dalam kes *Abd Rahim Bin Abd Rahaman Iwn Pendakwa Raya* [2010] MLJU 681, Yang Arif Suriyadi Halim Omar menukulkan pandangannya:

"On the issue of consent it is trite that in Malaysia, whether consent is given or not, is irrelevant for a prosecution under section 377B of the Penal Code, as opposed to a charge under section 377C of the same Code. A person may be charged under the latter provision if no consent is forthcoming from the victim".

Selain itu, hubungan seks menggunakan sebarang objek melalui dubur ataupun kemaluan, merupakan suatu jenayah di bawah peruntukan seksyen 377CA. Di bawah seksyen 377D, adalah mengenai kesalahan perbuatan yang melanggar kesopanan dengan melakukan keluahan melampau dengan individu yang lain sama ada di tempat awam atau tersembunyi. Walaubagaimanapun, sekiranya hubungan intim tanpa ikatan perkahwinan yang dilakukan secara tabi'e; iaitu perlakuan zina antara lelaki dan perempuan secara sukarela tidak dianggap sebagai suatu perbuatan jenayah oleh perundangan sivil. Malahan tiada sebarang peruntukan termaktub di dalam Kanun Keseksaan mengenai kesalahan bertukar-tukar pasangan dalam melakukan persetubuhan seks. Jadual di bawah menunjukkan hukuman yang diperuntukkan oleh Kanun Keseksaan bagi sabitan kesalahan kesalahan jenayah seks luar tabi'e.

Jadual 1

Peruntukan Hukuman bagi Jenayah Seks Luar Tabi'e dalam Kanun Keseksaan

Seksyen	Kesalahan	Hukuman
377A	Persetubuhan yang bertentangan dengan aturan tabi'e sama ada melalui oral atau dubur	Penjara sehingga 20 tahun dan boleh juga dikenakan sebat.
377B	Perhubungan seks luar tabii secara sukarela	Penjara sehingga 20 tahun, dan termasuk sebatan.
377C	Perhubungan seks luar tabii tanpa kerelaan	Penjara tidak kurang lima tahun tetapi tidak melebihi 20 tahun dan boleh juga dikenakan sebatan.
377CA	Perhubungan seks dengan objek sama ada melalui dubur atau kemaluan	Penjara sehingga 20 tahun dan termasuk sebatan.
377D	Melanggar kesopanan dengan melakukan keluahan melampau.	Penjara sehingga dua tahun

Undang-undang jenayah syariah turut menyediakan peruntukan hukuman bagi kesalahan seks luar tabii'e. Seksyen 25 dan 26 Akta Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 menetapkan hukuman denda tidak melebihi lima ribu ringgit, penjara selama tempoh tidak melebihi tiga tahun atau sebat tidak melebihi enam sebatan atas sabitan bagi kesalahan liwat dan musahaqah. Hukuman sebegini, adalah jauh lebih ringan sekiranya dibandingkan dengan peruntukan mengenai liwat di dalam seksyen 377B kanun keseksaan. Tambahan pula, merujuk kepada kes yang telah diputuskan oleh Hakim di Mahkamah Syariah, sungguhpun hukuman maksimum bersifat 'ringan', didapati bahawa mahkamah tetap mengambil pendekatan untuk memberikan hukuman yang lebih rendah berdasarkan kuasa budi bicara kehakimannya. Sebagai contoh, pada 12 Ogos 2018, Mahkamah Tinggi Syariah Terengganu telah menjatuhkan hukuman denda RM3,300 dan enam sebatan ke atas dua wanita LGBT (kategori lesbian), atas sabitan terhadap pertuduhan cuba melakukan hubungan sejenis ketika ditahan dalam sebuah kereta pada April lalu (Berita Harian, 2018). Hakim Syarie Kamalruazmi Ismail membuat keputusan tersebut berdasarkan ikrar ataupun pengakuan bersalah kedua-dua tertuduh berdasarkan peruntukan Seksyen 30 Enakmen Kesalahan Jenayah Syariah (Takzir) (Terengganu) 2001 yang dibaca bersama Seksyen 59 (1) enakmen yang sama kerana musahaqah. Tiada hukuman penjara dikenakan ke atas pesalah-pesalah.

Kes lesbian yang dibicarakan dan seterusnya dijatuhkan hukuman oleh Mahkamah Syariah Terengganu ini merupakan kes pertama yang melibatkan kesalahan seksual bagi golongan lesbian. Hukuman ke atas kedua-dua pesalah tersebut dilaksanakan pada 3 September 2018 di hadapan khalayak umum di dewan perbicaraan Mahkamah Syariah Terengganu. Pelaksanaan hukuman sebat ini mengundang banyak reaksi dan kritikan, khususnya daripada organisasi dan individu yang mendokong aliran liberalisme dan LGBT.

Antara yang paling lantang mengkritik dan mengecam keputusan hukuman sebat dalam kes tersebut ialah Suruhanjaya Hak Asasi Manusia (SUHAKAM) melalui kenyataan media yang dikeluarkan pada 12 Ogos dan 3 September 2018. Kenyataan media tersebut telah mengecam keputusan Mahkamah Syariah Terengganu yang menjatuhkan hukuman denda sebanyak RM3300.00 dan enam sebatan dan menyifatkan ianya sebagai suatu perkara yang mengaibkan, kejam dan suatu cubaan untuk menjatuhkan maruah pesalah-pesalah wanita tersebut dan keluarga mereka, sekaligus bercanggah dengan ajaran asas bagi menjaga maruah dan kehormatan setiap individu yang dianjurkan oleh semua agama. Di samping itu, Badan Peguam Malaysia (Malaysian Bar) turut dilihat menyuarakan kritikan dengan membuat tuduhan bahawa hukuman sebat tersebut sebagai kejam, keras dan tidak bertamadun (*barbaric*). Presidennya, George Varughese telah menyelar hukuman tersebut dan menyifatkan ianya suatu bentuk penderaan atau penyeksaan yang meninggalkan kesan psikologi dan sewajarnya tidak mendapat tempat di kalangan masyarakat Malaysia yang moden dan bertimbang-rasa.

Pelaksanaan hukuman sebat oleh Mahkamah Syariah Terengganu ini juga turut mengundang kritikan daripada aktivis-aktivis secara individu. Nisha Ayub telah membuat kenyataan di akaun media sosial (Facebook) miliknya dengan menuduh hukuman tersebut sebagai zalim dan didakwa juga mencabul peruntukan kebebasan individu yang termaktub dalam Perlembagaan Persekutuan. Beliau juga menyelar hukuman tersebut sebagai ekses kerana mendakwa undang-undang syariah yang dikuatkuasakan tersebut menekan golongan LGBT di negara ini.

Jika diperhalusi dari sudut perundangan, kritikan dan kecaman terhadap hukuman yang dijatuhkan dan pelaksanaan terhadap hukuman sebat di khalayak ramai tersebut hanyalah bersifat retorik dan kecaman kosong semata-mata. Ini adalah kerana ianya tidak bersandarkan kepada mana-mana peruntukan undang-undang sama ada dari aspek substantif mahupun prosedur. Tuduhan yang mengatakan hukuman sebat yang dijatuhkan telah melanggar peruntukan di dalam Perlembagaan Persekutuan juga tidak disokong oleh suatu penghujahan yang menunjukkan bahawa Seksyen 30

Enakmen Kesalahan Jenayah Syariah (Takzir) (Terengganu) 2001 dan Seksyen 59 (1) enakmen yang sama sebagai *ultra vires* dan bercanggah dengan mana-mana perkara di dalam Perlembagaan Persekutuan.

Dalam sesuatu proses perbicaraan, apabila sabitan telah diperolehi dan mahkamah sampai kepada peringkat menjatuhkan hukuman, semua mahkamah di negara ini termasuklah mahkamah syariah tidak terkecuali kepada prinsip asas penghukuman iaitu matlamat sesuatu hukuman itu dijatuhkan. Merujuk kepada Lee Chong Fook *et al.*, [20], di dalam disiplin ilmu jurisprudens, terdapat empat matlamat dalam menjatuhkan hukuman iaitu pembalasan, pemulihan, penghalang dan pencegahan. Hukuman sebat yang dilaksanakan di hadapan khalayak tersebut jelas menunjukkan bahawa Mahkamah Syariah Terengganu mempunyai matlamat untuk mencegah perlakuan jenayah songsang tersebut daripada diulang oleh pesalah-pesalah wanita berkenaan dan menjadi tauladan bagi khalayak yang hadir.

Justeru, sebarang tindakan kecaman dan kritikan yang melampau oleh mana-mana individu, atau organisasi ketika mana undang-undang syariah digunakan bagi menghukum pesalah-pesalah laku LGBT, merupakan tindakan yang tidak wajar. Bahkan ianya harus dilihat sebagai suatu tindakan pencabulan terhadap sistem kehakiman syariah di negara ini. Tindakan Mahkamah Syariah Terengganu yang telah menjalankan proses keadilan mengikut bidang kuasa dan undang-undang terhadap pesalah jenayah seksual lesbian ini membuka dimensi baru dalam sistem perundangan Malaysia. Perilaku maksiat yang jijik dan sumbang terhadap nilai moral dan agama sewajarnya dibanteras dan dikawal bagi mengelakkannya berleluasa sekiranya tanpa penguatkuasaan undang-undang yang tegas dan adil.

5.2 Berkelakuan Secara Berlainan Gender

Lelaki yang berkelakuan seperti perempuan dikenali umum sebagai maknyah atau pondan. Ciri-ciri berkelakuan termasuk berlagak, berpenampilan, cara berpakaian dan hiasan diri [18]. Di bawah seksyen 14 Akta Kesalahan Kecil 1955, berpakaian secara tidak senonoh adalah merangkumi perbuatan memakai pakaian silang gender (berlainan daripada jantina asal seseorang). Ianya merupakan suatu kesalahan dan jika disabitkan atas kesalahan tersebut, pesalah di bawah peruntukan ini boleh didenda tidak melebihi seratus ringgit. Seksyen 28 Akta Kesalahan Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 telah menetapkan bahawa, "Mana-mana orang lelaki yang memakai pakaian perempuan dan berlagak seperti perempuan di mana-mana tempat awam atas tujuan tidak bermoral adalah melakukan suatu kesalahan"

Hukuman yang boleh dikenakan ke atas pelaku apabila disabitkan dengan kesalahan tersebut, adalah berbentuk denda tidak melebihi satu ribu ringgit, pemenjaraan selama tempoh tidak melebihi satu tahun atau kedua-duanya. Peruntukan ini juga didapati terkandung di dalam enakmen jenayah syariah negeri-negeri yang lain seperti seksyen 66 Enakmen Jenayah Syariah Negeri Sembilan 1992 dan seksyen 30 Enakmen Jenayah Syariah Selangor 1995 bagi mengawal aktiviti-aktiviti yang menyalahi tuntutan agama Islam, budaya dan adat. Persoalan mengenai kesahan dan keberlembagaan peruntukan di atas dibangkitkan oleh responden di dalam kes *Muhamad Juzaili Mohd Khamis dan lain-lain lwn State Government Of Negeri Sembilan dan lain* [2015] CLJ JT(2). Responden-responden dalam kes ini telah mencabar kesahan seksyen 66 Enakmen Jenayah Syariah Negeri Sembilan 1992 bermula di Mahkamah Tinggi Seremban. Kesemua responden memohon deklarasi mahkamah melalui proses semakan kehakiman untuk mengisytiharkan bahawa seksyen 66 tersebut adalah tidak berperlembagaan. Ini kerana seksyen 66 itu didakwa sebagai telah mendiskriminasi dan bersifat prejudis terhadap hak asasi dan kebebasan responden-responden justeru bercanggah dengan Perkara 5(1), 8(2), 9(2), 10(1)(a) dan 10(2) Perlembagaan Persekutuan.

Walau bagaimanapun, permohonan tersebut telah ditolak oleh Mahkamah Tinggi. Oleh itu, responden-responden kemudiannya memfailkan rayuan ke mahkamah yang lebih tinggi. Mahkamah Rayuan, atas pemerhatian bahawa responden-responden adalah lelaki-lelaki Islam yang menghadapi sindrom *Gender Identity Disorder*, telah memutuskan bahawa seksyen 66 memberikan kesan negatif kepada responden-responden. Mahkamah juga mendapati seksyen 66 tersebut menjejaskan hak-hak asasi para responden sebagaimana yang terjamin di bawah Perkara 8(2), 9(2), 10(1)(a) dan 10(2) Perlembagaan Persekutuan. Oleh demikian, Mahkamah Rayuan memutuskan bahawa seksyen 66 Enakmen Jenayah Syariah Negeri Sembilan 1992 adalah tidak sah dan tidak berperlembagaan.

Keputusan Mahkamah Rayuan ini jelas sekali menggemparkan umat Islam di negara ini kerana peruntukan yang sama yang termaktub dalam enakmen jenayah syariah negeri-negeri adalah berisiko besar untuk turut dibatalkan. Oleh dengan itu, Kerajaan Negeri Sembilan bersama-sama dengan perayu-perayu yang lain telah membuat rayuan ke Mahkamah Persekutuan terhadap keputusan Mahkamah Rayuan ini. Hakim Raus Sharif memutuskan bahawa kesahan dan keberlembagaan seksyen 66 tersebut tidak boleh dipersoal melalui serangan kolateral dalam prosiding semakan kehakiman di Mahkamah Tinggi. Cabaran sedemikian hanya boleh dibuat melalui prosedur khusus seperti yang diperuntukkan oleh perenggan-perenggan (3) dan (4) fasal 4 Perlembagaan Persekutuan.

Justeru itu, permohonan deklarasi yang dibuat oleh responden-responden adalah tidak berkompeten disebabkan oleh ketidakpatuhan substantif terhadap prosedur yang ditetapkan menjadikan permohonan mereka seharusnya ditolak oleh Mahkamah Tinggi dan Mahkamah Rayuan atas alasan bahawa kedua-dua mahkamah ini tidak mempunyai bidang kuasa untuk mendengar hal perkara tersebut. Oleh yang demikian, Mahkamah Persekutuan membenarkan rayuan perayu dan membatalkan keputusan Mahkamah Rayuan dan Mahkamah Tinggi yang diputuskan sebelum ini.

Bagi perempuan transgender yang berlagak seperti lelaki pula, hanya Dewan Undangan Negeri Pahang dan Sabah yang telah mengambil inisiatif kawalan melalui mekanisme perundangan dengan menggubal peruntukan eksplisit yang menetapkan perlakuan tersebut sebagai satu kesalahan di bawah Enakmen Kesalahan Jenayah Syariah (Pahang) 2013 dan Enakmen Kesalahan Jenayah Syariah (Sabah) 1995. Seksyen 34 Enakmen Kesalahan Jenayah Syariah (Pahang) 2013 menyebutkan:

"Mana-mana perempuan yang memakai pakaian lelaki dan berlagak seperti lelaki di mana-mana tempat awam atas tujuan yang tidak berakhlak melakukan suatu kesalahan dan boleh, apabila disabitkan, didenda tidak melebihi satu ribu ringgit atau dipenjarakan selama tempoh tidak melebihi satu tahun atau kedua-duanya".

Walaupun bagaimanapun, tindakan undang-undang bagi kesalahan berkelakuan, berperwatakan dan berpakaian secara berlainan jantina hanya boleh diambil keatas pelaku LGBT yang beragama Islam atas kesalahan yang dilakukan di tempat-tempat awam sahaja. Tiada tindakan boleh diambil sekiranya pelaku bukan beragama Islam memandangkan kesalahan tersebut tidak disenaraikan sebagai suatu kesalahan atau jenayah di dalam mana-mana perundangan sivil.

5.3 Kesalahan Menukar Jantina

Kesalahan yang dilakukan oleh golongan transgender ini melibatkan pengubahsuaian anggota seksual melalui pembedahan dan pengambilan hormon. Muzakarah Jawatankuasa Fatwa Majlis Kebangsaan Bagi Hal Ehwal Ugama Islam Malaysia Kali Ke-4 yang bersidang pada 13-14 April 1982 telah membincangkan berkenaan isu pertukaran jantina daripada lelaki kepada perempuan dan sebaliknya [15]. Dapatan daripada perbincangan ini, muzakarah telah memutuskan bahawa perbuatan tersebut adalah haram di sisi Islam. Sebarang pembedahan pertukaran jantina, tidak sesekali akan mengubah jantina seseorang kepada jantina yang lain. Segala hukum seperti

pernikahan, solat, pengurusan jenazah, pembahagian faraid dan sebagainya bagi seseorang yang telah menukar jantina adalah kekal mengikut jantina asal.

Secara asasnya, tiada mana-mana peruntukan khusus mengenai kesalahan ini disebut dalam perundangan sivil dan syariah. Namun, kesan daripada penukaran jantina tersebut yang memperlihatkan lagak perwatakan yang berbeza daripada jantina asal, seksyen 28 Akta Kesalahan Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 boleh digunakan untuk mendakwa mereka di mahkamah syariah. Walaupun tidak dinyatakan sebagai kesalahan jenayah oleh undang-undang sivil, Namun, amalan pengubahsuaian fizikal dan alat sulit oleh golongan LGBT tidak diiktiraf di Malaysia. Ini dibuktikan melalui kes-kes yang diputuskan di mahkamah mengenai permohonan mengubah jantina di dalam daftar pengenalan diri.

Dalam *kes J.G Iwn Jabatan Pendaftaran Malaysia* [2005] 1 LNS 159 melalui saman pemula No. s1-21-34-2003, plaintif yang merupakan seorang lelaki, telah dilahirkan pada 8 November 1974 di Pulau Pinang. Pada 1996, plaintif telah menjalani pembedahan penukaran jantina di Hospital Siroros, Thailand. Permohonan plaintif untuk mengubah jantina yang termaktub di dalam kad pengenalannya di bawah seksyen 27 Akta Pendaftaran Kelahiran dan Kematian 1957 dan seksyen 6(2) Akta Pendaftaran Negara 1959 telah di tolak oleh defendan. Justeru itu, plaintif telah mengemukakan saman terhadap defendan di Mahkamah Tinggi Kuala Lumpur pada tahun 2003. Agak mengejutkan apabila Hakim James Foong memutuskan untuk membenarkan permohonan plaintif. Mahkamah didapati mengambil pendekatan progresif dengan membuat rujukan semata-mata kepada laporan perubatan mengenai status fizikal dan psikologi plaintif. Keputusan ini membolehkan plaintif yang menjalani pembedahan tukar jantina diisytiharkan sebagai lelaki dan meminda digit terakhir dalam kad pengenalannya bagi menunjukkan jantina lelaki. Di dalam penghakimannya, Hakim James Foong telah membuat perbandingan di antara dua aliran pendekatan berkenaan isu transgender iaitu pendekatan tradisional yang diamalkan di negara-negara Komanwel dan pendekatan progresif yang diikuti oleh negara-negara Kesatuan Eropah dan Australia. Mahkamah menghuraikan pendekatan tradisional dengan merujuk kepada suatu kes yang diputuskan di England, iaitu *Corbett Iwn Corbett* (1970) 2 All ER 33. Di dalam kes berkenaan, Hakim Omrod telah menggunakan pendekatan tradisional dan menetapkan bahawa empat faktor yang perlu dipenuhi di samping pandangan pakar perubatan dalam menilai dan menentukan jantina seseorang individu, *inter alia*; (1) faktor kromosom, (2) kelenjar seksual (sama ada testis atau ovari), (3) alat kelamin, dan (5) psikologi.

Hakim Omrod telah memutuskan bahawa tiga faktor teratas iaitu kromosom, kelenjar seksual dan alat kelamin hendaklah diberi keutamaan dalam penentuan jantina. Walau bagaimanapun, pendekatan yang liberal dan progresif lebih mendapat tempat dan perhatian, di Australia dan negara-negara Kesatuan Eropah. Hal ini dapat diperhatikan dengan jelas melalui sebuah kes yang diputuskan di Australia iaitu *A.G for the Commonwealth Iwn Kevin & Ors* (2003) FAM CA 94, di mana Mahkamah Rayuan bagi Mahkamah Keluarga di Australia telah menolak untuk menggunakan prinsip perundangan yang digariskan oleh kes *Corbett Iwn Corbett* sejak sekian lama. Mahkamah tersebut menyatakan bahawa dalam penentuan jantina, faktor biologi hendaklah diletakkan selepas faktor psikologi. Apabila identiti jantina seseorang individu itu berubah daripada jantintanya yang asal mengikut biologi, maka jantina yang telah mengalami perubahan itu hendaklah diiktiraf.

Bagi konteks perundangan Malaysia, pada 5 Oktober 2012, Mahkamah Rayuan di dalam kes *Kristie Chan Iwn Ketua Pengarah Jabatan Pendaftaran Negara* [2013] 4 CLJ 627 telah menetapkan suatu piawaian aras yang baru bagi kes-kes penentuan gender di negara ini. Mahkamah juga telah mengenyahkan prinsip kehakiman sebagaimana diputuskan di dalam kes *J.G Iwn Jabatan Pendaftaran Malaysia* [2005] 1 LNS 159 yang terdahulu. Hakim Abdul Wahab Patail memutuskan bahawa merujuk kepada Arahan Jabatan Pendaftaran Negara Bil 9/2007 mengenai "Perintah Mahkamah yang mengandungi butir-butir pengisytiharan Jantina baru pemohon", menunjukkan bahawa sebarang

permohonan mengenainya, keputusan Jabatan Pendaftaran Negara adalah bergantung kepada proses kehakiman di mana persoalan mengenai jantina sebenar pemohon akan ditentukan oleh mahkamah. Dalam membuat keputusan, dalam perenggan ketiga penghakiman kes tersebut, mahkamah menyatakan;

"Dikhuatiri golongan senasib dengan pemohon akan menuntut segala hak mereka di bawah undang-undang dan Perlembagaan dalam menjalani kehidupan seharian termasuklah pekerjaan, hak perkahwinan, kepusakaan dan lain-lain aspek kehidupan. Akan timbul suatu ketidaktentuan keadaan di dalam status jantina terkini, situasi yang mengundang suatu impak yang besar dalam masyarakat dan pentadbiran negara samada secara langsung mahupun tidak langsung. Sebab itulah saya katakan yang saya tidak bersedia untuk membenarkan permohonan ini kerana ianya bukan sahaja dalam ketiadaan undang-undang yang mentadbir situasi ini tetapi dilihatkan lebih mirip kepada perkara polisi yang harus dilihat oleh Kerajaan dan mungkin juga oleh Parlimen dan bukan melalui penyelesaian sementara secara mudah melalui Mahkamah".

Dengan keputusan ini, dalam konteks undang-undang Malaysia, jantina, seks atau gender adalah merujuk kepada status biologi seseorang yang merangkumi ciri fizikal seperti kromosom seks, hormon seks, struktur reproduktif dalaman dan bukan merujuk genitalia (alat sulit) luaran semata-mata. Oleh yang demikian, kesemua pihak perlu mengambil maklum terhadap keputusan ini kerana berdasarkan doktrin *stare desisis*, iaitu 'keputusan mahkamah atasan yang telah diputuskan terdahulu akan mengikat keputusan mahkamah di bawahnya. Justeru, adalah menjadi suatu kewajipan kepada mahkamah di bawah (mahkamah tinggi, mahkamah sesyen dan mahkamah majistret) untuk mematuhi keputusan terdahulu apabila perkara yang sama dibangkitkan dalam proses perbicaraan.

Keputusan mahkamah di dalam kes *Kristie Chan Iwn Ketua Pengarah Jabatan Pendaftaran Negara* [2013] 4 CLJ 627 tentunya memberi nafas lega khususnya kepada umat Islam di Malaysia. Ini kerana, mahkamah didapati sependapat dengan Muzakarah Jawatankuasa Fatwa Majlis Kebangsaan Bagi Hal Ehwal Ugama Islam Malaysia Kali Ke-68 yang bersidang pada 14 April 2005 [15]. Muzakarah ini telah memutuskan bahawa menukar status jantina dalam kad pengenalan (MyKad) bagi pemilik yang menjalani pembedahan jantina adalah haram dan tidak dibenarkan.

5.4 Anjuran Program Berkaitan atau Mempromosi LGBT

Sebarang program dan aktiviti termasuk perhimpunan di tempat-tempat awam perlu sampai kepada pengetahuan pihak berkuasa tempatan; iaitu pegawai yang menjaga daerah polis di bawah Akta Perhimpunan Aman 2012. Berdasarkan seksyen 15(2)(f), sekiranya program berkaitan dengan aktiviti ataupun bertujuan mempromosikan LGBT, maka pegawai tersebut diberikan kuasa untuk membuat sekatan dengan tidak membenarkan apa jua perlakuan peserta mahupun kandungan program atas faktor sensitiviti budaya dan agama. Segala maklumat berkenaan himpunan termasuk penganjur, penceramah dan objektif perhimpunan diadakan wajib dideklarasikan di dalam Borang Pemberitahuan Di Bawah Seksyen 9(1), Jadual Keempat, Akta Perhimpunan Aman 2012.

Dari sudut yang lain, sekiranya sesuatu program LGBT dianjurkan di premis-premis persendirian selain di tempat-tempat awam, maka Akta Perhimpunan Aman 2012 tidak lagi terpakai. Namun, sekiranya program tersebut melibatkan orang Islam serta terdapat unsur-unsur yang tidak bermoral dan menyalahi perundangan syariah seperti pertandingan ratu cantik maknyah dan sebagainya, pihak berkuasa agama dengan kerjasama polis dan pihak berkuasa tempatan boleh melakukan serbuan dan tangkapan untuk pendakwaan di mahkamah syariah berdasarkan peruntukan seksyen 29 Akta Kesalahan Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997. Seksyen 35 akta yang sama juga terpakai ke atas mana-mana individu yang menganjurkan, mendorong atau menggalakkan orang lain

untuk melakukan maksiat. Sekiranya disabitkan bersalah, pelaku boleh didenda tidak melebihi lima ribu ringgit, dipenjarakan selama tempoh tidak melebihi tiga tahun atau kedua-duanya.

Di samping itu, Akta Hiburan (Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur) 1992 juga boleh digunakan untuk mengawal penganjuran program-program tidak bermoral anjuran golongan LGBT. Negeri-negeri yang lain juga didapati telah mengkanunkan undang-undang yang serupa bagi mengawal aktiviti-aktiviti hiburan dalam sempadan lokaliti negeri masing-masing seperti Enakmen Hiburan dan Tempat-Tempat (Negeri Sembilan) 1998 dan Enakmen Hiburan dan Tempat-Tempat Hiburan Selangor 1995 (pindaan 2001).

Berdasarkan seksyen 4(1) dan (2) Akta Hiburan (Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur) 1992, sebarang bentuk hiburan yang hendak diadakan termasuk pertandingan ratu cantik, persembahan musik dan tarian, pameran model, dan sebagainya perlu mendapatkan kebenaran daripada Pihak Berkuasa Tempatan. Anjuran hiburan-hiburan ini tidak terhad kepada program yang diadakan di tempat-tempat awam bahkan juga termasuk juga di premis-premis persendirian. Dengan menjalankan aktiviti hiburan tanpa terlebih dahulu memperolehi kebenaran boleh mengakibatkan individu yang terlibat didakwa di mahkamah. Sekiranya disabitkan dengan kesalahan, boleh dikenakan denda tidak kurang daripada sepuluh ribu ringgit tetapi tidak lebih daripada lima puluh ribu ringgit, penjara selama tempoh tidak melebihi lima tahun atau kedua-duanya sekali.

6. Kesimpulan dan Cadangan

Melalui perbincangan di atas, adalah disimpulkan bahawa LGBT tidak diiktiraf oleh mana-mana perundangan Malaysia. Perhubungan seks luar tabi'e tidak diterima sama sekali bahkan ianya merupakan suatu jenayah di bawah Kanun Keseksaan dan enakmen kesalahan jenayah syariah negeri-negeri. Namun begitu, hukuman yang diperuntukkan di bawah perundangan jenayah syariah adalah jauh lebih rendah dan ringan berbanding perundangan sivil. Ini berpunca daripada kekangan oleh Akta Mahkamah Syariah (Bidang Kuasa Jenayah) 1965 (Akta 355) yang membataskan bidangkuasa mahkamah syariah bagi perkara-perkara jenayah hanya penjara selama tempoh tidak melebihi tiga tahun, denda tidak melebihi lima ribu ringgit atau sebatan yang dihadkan maksimum sebanyak enam kali sahaja. Had hukuman tersebut, dilihat tidak lagi relevan kerana kali terakhir Akta 355 tersebut disemak, adalah pada tahun 1988 iaitu kira-kira 30 tahun dahulu. Justeru itu, untuk menjadikan perundangan syariah lebih efektif atau berkesan, khususnya bagi menangani permasalahan LGBT ini, Akta 355 ini dicadangkan untuk dipinda dengan memperluaskan had bidangkuasa jenayah mahkamah syariah.

Bagi kesalahan berkelakuan secara berlawanan gender, hanya dianggap sebagai jenayah di bawah perundangan jenayah syariah sahaja. Oleh demikian, ianya hanya boleh dikuatkuasakan terhadap pesalah yang beragama Islam sahaja. Bagi golongan LGBT berkelakuan secara berlawanan jantina seperti maknyah, pondan dan pengkid, tidak boleh didakwa kerana tiada peruntukan mengenainya di dalam perundangan sivil.

Selain itu, juga disyorkan supaya Akta Kesalahan Kecil 1955 dikaji semula dan dipinda bagi menyesuaikan hukuman denda yang dikenakan ke atas pesalah-pesalah yang disabitkan dengan kesalahan berdasarkan keadaan semasa. Hukuman denda maksimum sebanyak seratus ringgit bagi kesalahan di bawah seksyen 14 sebagaimana telah dijelaskan sebelum ini, adalah terlalu rendah dan ringan dan dikhuatiri akan menyebabkan kegagalan objektif penguatkuasaan undang-undang itu sendiri; iaitu menjaga peraturan dan ketertiban dalam masyarakat.

Berpunca daripada pendekatan perundangan Malaysia yang tidak menjadikan LGBT suatu kesalahan secara eksplisit, oleh yang demikian, penguatkuasa yang terlibat terpaksa berlandaskan peruntukan undang-undang yang bersifat umum seperti Akta Kesalahan Jenayah Syariah (Wilayah-

Wilayah Persekutuan) 1997, Akta Perhimpunan Aman 2012 dan Akta Hiburan (Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur) 1992 dan sebagainya. Oleh itu, untuk mengawal dan membasmi penularan gejala LGBT yang tidak bermoral ini, dicadangkan supaya kesalahan seksual bebas dan luar tabi'e, berperwatakan dan berpakaian secara berlainan jantina, kesalahan menukar jantina oleh golongan LGBT dijadikan sebagai satu kesalahan jenayah secara khusus. Dengan mewujudkan peruntukan undang-undang sedemikian, akan menunjukkan kepekaan dan keseriusan pihak kerajaan untuk membendung gejala yang menyalahi agama, budaya, tatasusila dan etika ini. Dalam masa yang sama, ianya tidak bermaksud bahawa golongan LGBT didiskriminasi. Ini kerana golongan ini bebas untuk bersosial sebagaimana yang dijamin oleh Perlembagaan Persekutuan. Namun, kita tidak boleh berkompromi apatah lagi mengiktiraf golongan LGBT ini dalam konteks jenayah yang melibatkan kesalahan seksual dan moral songsang.

Justeru, Parlimen di peringkat persekutuan dan dewan undangan negeri di peringkat negeri hendaklah lebih progresif tetapi tegas dalam merangka, membahas dan meluluskan peruntukan undang-undang yang spesifik dan eksplisit demi membendung gejala LGBT atau dalam erti kata yang lebih tepat: jenayahkan LGBT. Perlu disedari dan diakui bahawa kebebasan yang tiada pedoman ini bukan sahaja mengancam kemaslahatan umum tetapi juga akan menghancurkan sistem sosial dan nilai masyarakat Malaysia yang didokong oleh nilai-nilai agama, budaya dan etika.

References

- [1] Perlembagaan Persekutuan
- [2] Akta Hiburan (Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur) 1992 (Akta 493)
- [3] Akta Kesalahan Jenayah Syariah (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1997 (Akta 559)
- [4] Akta Pendaftaran Kelahiran dan Kematian 1957 (Akta 152)
- [5] Akta Pendaftaran Negara 1959 (Akta 78)
- [6] Akta Perhimpunan Aman 2012 (Akta 736)
- [7] Kanun Keseksaan (Akta 574)
- [8] Amnesty International. tt. Gender, Sexuality, & Identity. <http://www.amnestyusa.org/our-work/issues/lgbt-rights/about-lgbt-human-rights> (Diakses pada 28 Ogos 2018)
- [9] Mohd Hazmi Mohd Rusli. 2016. Hazim Ismail, benarkah Malaysia memusuhi homoseksual dan pelaku murtad?. <http://www.astroawani.com/berita-malaysia/hazim-ismail-benarkah-malaysia-memusuhi-homoseksual-dan-pelaku-murtad-102566> (Diakses pada 28 Julai 2018)
- [10] Berita Harian. 2018. Pasangan Lesbian Didenda, Sebat. <https://www.bharian.com.my/berita/kes/2018/08/461036/pasangan-lesbian-didenda-sebat> (Diakses pada 31 Ogos 2018)
- [11] Brown, Dara P. "LGBT Rights are Human Rights: Conditioning Foreign Direct Investments on Domestic Policy Reform." *Cornell Int'l LJ* 50 (2017): 611.
- [12] Hamdi, Ahmad Zainul, and Dédé Oetomo Tonny. "Tak Pernah Berhenti Bercinta: Studi Tentang Seksualitas Sepuluh ODHIV di Surabaya." *Jurnal Gandrung* 1, no. 2 (2010): 73-102.
- [13] Nurjaya, I. Nyoman. "Reorientasi Tujuan dan Peranan Undang-undang dalam Masyarakat Multi Budaya: Perspektif Antropologi Undang-undang." *Jurnal Undang-Undang dan Masyarakat* 9 (2005): 95-106.
- [14] Jabatan Agama Islam Selangor. 2018. Menangani LGBT. <http://e-masjid.jais.gov.my/uploads/uploads/MANUAL%20%20MENANGAI%20LGBT.pdf> (Diakses pada 31 Ogos 2018)
- [15] Jabatan Kemajuan Islam Malaysia. 2015. Kompilasi Pandangan Hukum Muzakarah Jawatankuasa Fatwa Majlis Fatwa Kebangsaan Bagi Hal Ehwal Ugama Islam. http://www.islam.gov.my/images/ePenerbitan/KOMPILASI_MUZAKARAH_MKI_2016.pdf (diakses pada 10 Mei 2018)
- [16] Indonesia, Departemen Kesehatan Republik. "Pedoman Penggolongan Diagnosis Gangguan Jiwa." *Direktorat Kesehatan Jiwa, Jakarta* (1993).
- [17] Joseph Kaus Jr. 2018. Mujahid: Stop Picking On Transgenders. <https://www.thestar.com.my/news/nation/2018/08/11/mujahid-stop-picking-on-transgenders/> (Diakses pada 12 Ogos 2018)
- [18] Kementerian Kesihatan Malaysia. 2017. Garis Panduan Pengendalian Masalah Kesihatan Gender di Klinik Kesihatan. Bahagian Pembangunan Kesihatan Keluarga: Putrajaya.

- [19] Renn, Kristen A. "LGBT and queer research in higher education: The state and status of the field." *Educational Researcher* 39, no. 2 (2010): 132-141.
- [20] Lee Chong Fook et.al. 2014. *Process of Criminal Justice: Trial Proceedings, Sentencing and Appeals*. Petaling Jaya: Lexis Nexis
- [21] Malaysiakini. 2017. Malaysia should accede to ICCPR without further delay - SUHAKAM. <https://www.malaysiakini.com/letters/381059> (Diakses pada 28 Ogos 2018)
- [22] Mynewshub. 2016. Pelajar Gay, Murtad Dapat Status Pelarian di Kanada. <https://www.mynewshub.tv/hangat/202993/> (Diakses pada 20 Ogos 2018)
- [23] Evans, Nancy J. "The impact of an LGBT safe zone project on campus climate." *Journal of College Student Development*(2002).
- [24] Nurulanuar Mansor. 2018. Kristian, Buddha tidak sisih LGBT. <http://www.utusan.com.my/berita/nasional/kristian-buddha-tidak-sisih-lgbt-1.728979> (10 Oktober 2018)
- [25] Halkitis, Perry N., Jacqueline S. Mattis, Joel K. Sahadath, Dana Massie, Lina Ladyzhenskaya, Kimberly Pitrelli, Meredith Bonacci, and Sheri-Ann E. Cowie. "The meanings and manifestations of religion and spirituality among lesbian, gay, bisexual, and transgender adults." *Journal of Adult Development* 16, no. 4 (2009): 250-262.
- [26] Report of the United Nations Office for the High Commissioner for Human Rights. 2011. Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation. U.N. Doc. A/HRC/19/41.
- [27] Harahap, Rustam DKA. "LGBT DI INDONESIA: Perspektif Hukum Islam, HAM, Psikologi dan Pendekatan Maşlahah." *Al-Ahkam* 26, no. 2 (2016): 223-248.
- [28] AYS. 2016. Saya Sangat Menderita - Luah Pelajar Homoseksual Dan Ateis Ini Setelah Dibuang Keluarga. <https://says.com/my/seismik/hazim-ismail-gay-atheist> (Diakses pada 28 Julai 2018)
- [29] Ismail, S. Z. "Dasar dan Amalan Penghukuman Kes Jenayah di Mahkamah Syariah: Ke mana halatuju." *Jurnal Hukum* 27, no. 1.
- [30] Tonny Ilham Prayogo. 2016. LGBT dalam Perspektif Agama-Agama. <https://www.academia.edu/people/search?utf8=%E2%9C%93&q=LGBT+dalam+Perspektif=Agama-agama> (10 Oktober 2018)
- [31] United Nations Office for the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). 2011. Discriminatory Laws, Practices and Acts of Violence Against Individuals Based on Their Sexual Orientation. Geneva: United Nations. http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_English.pdf (Diakses pada 1 September 2018)
- [32] United Nations. 1945. Charter of the United Nations. New York, NY: UN Department of Public Information. <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml> (Diakses pada 1 September 2018)
- [33] United Nations. 1948. Universal Declaration of Human Rights. New York, NY: UN Department of Public Information. Retrieved from <http://www.un.org/en/documents/udhr> (Diakses pada 1 September 2018)
- [34] Wong Ee Lynn. 2005. Neither Here Nor There: The Legal Dilemma of the Transsexual Community in Malaysia. https://www.malaysianbar.org.my/gender_issues/Neither_here_nor_there_the_legal_dilemma_of_the_transsexual_community_in_malaysia.html (Diakses pada 1 Jun 2018)
- [35] Zamir Akram, Perwakilan daripada Pakistan dan juga mewakili Pertubuhan Kerjasama Islam (OIC), Mesyuarat Majlis Hak Asasi Manusia, Pertubuhan Bangsa-Bangsa Bersatu, (7 Mac 2012).
- [36] Sabri, A. Z. S. A., Musa Yusuf Owoyemi, and Fatimah Mangsor. "Leading by example: Causes and treatment by an experienced LGBT counsellor." *International Journal of Innovation and Scientific Research* 10, no. 2 (2014): 255-261.