

MAKHAMAH RAYUAN, MALAYSIA  
(BIDANG KUASA RAYUAN)  
ISTANA KEHAKIMAN, PUTRAJAYA

NO RAYUAN SIVIL NO. N-01-498-11/2012

Perayu-Perayu

- (1) XXX
- (2) XXX
- (3) XXX

v.

Responden-Responden

- (1) KERAJAAN NEGERI SEMBILAN
- (2) JABATAN HAL EHWAL AGAMA ISLAM NEGERI SEMBILAN
- (3) PENGARAH JABATAN HAL EHWAL AGAMA ISLAM NEGERI SEMBILAN
- (4) KETUA PENGUATKUASA JABATAN HAL EHWAL AGAMA ISLAM NEGERI  
SEMBILAN
- (5) KETUA PENDAKWA SYARIE NEGERI SEMBILAN

[Bagi perkara Mahkamah Tinggi di Seremban, Negeri Sembilan, Rayuan Sivil No. 12-1-11]

[Plaintif (Pemohon)

(1) XXX

(2) XXX

(3) XXX

v

Defendan

(1) KERAJAAN NEGERI SEMBILAN

(2) JABATAN HAL EHWAL AGAMA ISLAM NEGERI SEMBILAN

(3) PENGARAH JABATAN HAL EHWAL AGAMA ISLAM NEGERI SEMBILAN

(4) KETUA PENGUATKUASA JABATAN HAL EHWAL AGAMA ISLAM NEGERI  
SEMBILAN

(5) KETUA PENDAKWA SYARIE NEGERI SEMBILAN

Koram:

MOHD HISHAMUDIN YUNUS, JCA

AZIAH ALI, JCA

LIM YEE LAN, JCA

## **KEPUTUSAN MAHKAMAH YANG RINGKAS**

### **Pengenalan**

Keputusan ini hanyalah keputusan ringkas. Keputusan yang penuh akan dikeluarkan selepas ini.

Rayuan ini menyemak semula keputusan Mahkamah Tinggi Seremban pada 11 Oktober 2012 yang telah menolak permohonan perayu-perayu untuk semakan kehakiman.

Permohonan semakan kehakiman bertujuan untuk mendapatkan satu deklarasikan bahawa Seksyen 66 daripada Enakmen Jenayah Syariah 1992 (Negeri Sembilan) ("section 66") terbatal atas sebab tidak konsisten (bercanggah) dengan Perkara-perkara berikut dalam Perlembagaan Persekutuan, terutamanya, -

- (a) Perkara 5(1);
- (b) Perkara 8(1);
- (c) Perkara 8(2);
- (d) Perkara 9(2); dan
- (e) Perkara 10(1)(a).

Mahkamah Tinggi di Seremban telah menolak permohonan semakan kehakiman, oleh yang demikian, rayuan difailkan di mahkamah ini.

### **Latar belakang**

Ketiga-tiga pemohon ialah lelaki Islam. Akan tetapi, secara medical atau perubatan, mereka bukan lelaki normal. Hal ini kerana mereka mempunyai sebuah keadaan perubatan (medical condition) yang dipanggil 'Gender Identiti Disorder' ('GID'). Oleh sebab keadaan perubatan ini, sejak kecil lagi perayu-perayu sudah mula mengekspresikan diri mereka sebagai perempuan dan menunjukkan perwatakan (mannerisms) gender yang feminin seperti memakai pakaian perempuan serta menggunakan alat solek (make up). Sememangnya, mereka rasa semula jadi (natural) dalam keadaan sebegini.

Seorang pakar psikiatri dari Hospital Kuala Lumpur mengesahkan bahawa perayu-perayu mengalami GID; dan oleh seorang ahli psikologi. Bukti-bukti yang dikemukakan oleh pakar-pakar tersebut masih tidak dibangkang.

Pada 1992 badan perundangan kerajaan Negeri Sembilan menggubal Enakmen Jenayah Syariah 1992 (Negeri Sembilan). Section 66 daripada Enakmen ini menjadikan mana-mana

orang lelaki Islam yang melakukan mana-mana perkara berikut di tempat awam sebagai satu kesalahan: memakai pakaian perempuan, atau berlagak seperti perempuan. Mereka yang disabitkan kesalahan boleh dikenakan denda tidak melebihi RM 1,000.00 atau penjara tidak melebihi tempoh 6 bulan atau kedua-duanya. Seksyen ini tidak mempunyai pengecualian bagi mereka yang mengalami GID seperti perayu-perayu. Tiada penjelasan yang diberikan oleh Kerajaan Negeri berkenaan keciciran (unfortunate omission) tersebut.

Akibatnya, perayu-perayu telah berulang kali ditahan, ditangkap, dan didakwa oleh pihak berkuasa agama dari Negeri Sembilan mengikut section 66 untuk 'cross dressing' atau memakai pakaian perempuan.

Ketidakadilan dan pengaiban yang telah dialami oleh mereka telah menyebabkan mereka memohon kepada mahkamah ini untuk deklarasi ini.

Leave (kebenaran atau kelulusan) untuk permohonan semakan kehakiman diberikan pada 4 November 2011 oleh Rosnaini Saub J.

#### **Gender Identity Disorder: Bukti Perubatan**

*Diagnosis perayu-perayu oleh ahli psikiatri Dr. Ang Jin Kiat*

Para perayu telah diperiksa secara medical (medically examined) oleh Dr. Ang Jin Kiat, seorang ahli psikiatri dari Hospital Kuala Lumpur, sebuah hospital kerajaan.

Laporan kesihatan Dr. Ang mengesahkan bahawa perayu-perayu mempunyai keadaan perubatan (medical condition) yang dikenali sebagai 'Gender Identity Disorder' ('GID'). Menurut laporan Dr. Ang, 'keinginan untuk memakan pakaian perempuan dan diiktiraf sebagai perempuan mematuhi keadaan (condition) ini' dan tiada 'rawatan pharmacological (ubat-ubatan) atau terapi psikologi yang terbukti secara sains.' Dalam erti kata lain, 'cross dressing' ialah semula jadi bagi perayu-perayu; dan keadaan abnormal ini tidak boleh diubahi.

Laporan-laporan perubatan Dr. Ang Jin Kiat tidak dibangkang oleh para responden.

*Pendapat Konsultan Pakar Psikiatri oleh Dr. Deva Dass*

Dr. Deva Dass, seorang Konsultan Pakar Psikiatri, menerusi sebuah affidavit, memberikan maklumat lanjut tentang GID. Dr. Deva Dass menyatakan bahawa GID juga dikenali sebagai 'transsexualism', dan mereka yang mempunyai keadaan yang dikenali sebagai 'transsexual'. Dia menyatakan bahawa GID bukan satu pilihan dan tidak boleh dipulihkan atau dihapuskan (ineradicable), serta memakai pakaian golongan daripada jantina yang bertentangan dengan mereka berlaku dalam kalangan orang yang mempunyai GID.

Afidavit Dr. Deva Dass juga menyertakan petikan-petikan daripada authoriti (atau pakar-pakar dalam bidang) perubatan, terutamanya **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fourth Edition (DSM IV-TR)** yang diterbitkan oleh American Psychiatric Association, Washington DC. Petikan-petikan tersebut menjelaskan ciri-ciri diagnostik GID. Gender Identity Disorder boleh dilihat melalui perasaan yang kuat dan berterusan untuk mengidentifikasikan diri sebagai gender lain, berserta dengan perasaan tidak selesa yang berterusan dengan jantina mereka.

Petikan berikut menjelaskan secara jelas:

*Dalam budak-budak lelaki, 'cross-gender identification' atau identifikasi gender-bertentangan boleh dilihat melalui keasyikan dengan aktiviti-aktiviti feminin yang tradisional. Mereka mempunyai keinginan untuk memakai pakaian perempuan atau mungkin 'improvise' atau mengguna atau mengubah suai material yang ada sekiranya pakaian sebenar tidak boleh diperolehi... Terdapat tarikan yang kuat terhadap permainan stereotaip dan perkara yang dilakukan secara stereotaip oleh kanak-kanak perempuan... Mereka menjauhkan diri daripada permainan yang kasar dan sukan yang memerlukan peserta untuk bersaing (competitive sports) serta mempunyai kurang keinginan terhadap kereta dan lori atau apa-apa permainan yang tidak agresif, tetapi permainan stereotaip budak lelaki.... Lebih jarang, budak lelaki dengan Gender Identity Disorder mungkin menyatakan bahawa mereka mendapati zakar atau testis mereka menjijikan, dan mahu membuangnya, atau mereka mempunyai, atau berharap untuk mempunyai faraj (vagina).*

*Orang dewasa dengan Gender Identity Disorder asyik dengan kemahuan mereka untuk hidup sebagai seorang daripada jantina lain. Keasyikan ini bermanifestasi sebagai satu kemahuan yang intense untuk mendukung peranan sosial (social role) jantina yang lain atau mendapatkan keterampilan fizikal jantina lain melalui manipulasi hormone atau pembedahan. Golongan dewasa dengan disorder ini berasa tidak selesa apabila dikenali oleh lain sebagai, atau berfungsi dalam masyarakat mengikut jantina yang ditetapkan (ketika lahir). Ramai yang cuba untuk 'pass' atau kelihatan seperti jantina lain di kawasan umum. Dengan 'Cross dressing; dan rawatan hormone (dan untuk lelaki, elektrolisis) ramai individu dengan disorder ini boleh 'pass' atau kelihatan seperti jantina lain dengan menyakinkan.*

Menurut Dr. Dass –

*Orang yang mengalami anomali ini rasa yang dia sepatutnya terdiri daripada gender lain – 'rohani atau naluri perempuan terperangkap dalam badan lelaki' (a female spirit*

*trapped in a male body) – dan tidak percaya dengan ujian saintifik yang menunjukkan bahawa dia seorang lelaki.*

### **Laporan Ahli Psikologi Klinikal**

Selain laporan dan bukit oleh dua orang ahli psikiatri di atas, para perayu juga menyediakan laporan daripada Cik Vizla Kumaresan, seorang ahli psikologi klinikal.

Laporan tersebut mengesahkan bahawa para perayu secara psikologi mengidentifikasi diri mereka sebagai perempuan.

Tambahan pula, laporan-laporan psikologi Cik Kumaresan, yang dipamerkan dalam setiap affidavit perayu, tidak dibangkang oleh para responden.

### **Bukti daripada ahli sosiologi**

Untuk menyokong lagi kes para perayu, affidavit juga difailkan oleh Professor Teh Yik Koon, seorang ahli sosiologi terkemuka di Malaysia, yang menjelaskan undang-undang seperti Section 66 mempunyai kesan yang negatif terhadap golongan transseksual dan masyarakat Malaysia.

### **Apakah yang dibuktikan oleh bukti-bukti para perayu**

Bukti-bukti yang diberikan oleh para perayu, membuktikan bahawa GID ialah attribute atau ciri-ciri semula jadi para perayu yang mereka tidak pilih dan tidak boleh tukar; dan akan menimbulkan kesan negatif sekiranya mereka dihukum hanya untuk mempamerkan manifestasi GID iaitu 'crossdressing'.

### **Kompentensi legislatif atau undang-undang Negeri Sembilan tentang perkara berkenaan dengan agama Islam**

Perkara 74(2) dalam Perlembagaan Persekutuan dibaca dengan Senarai II (Senarai Negeri), perkara 1, daripada Jadual kesembilan memberikan kuasa kepada badan perundangan negeri untuk menggubal undang-undang tentang hal-hal berkenaan dengan agama Islam. Undang-undang ini adalah di bawah sub-perkara –

**... mengadakan dan menghukum kesalahan-kesalahan yang dilakukan oleh orang-orang yang menganut ugama Islam terhadap rukun-rukun Islam...**

Walau bagaimanapun, penguatkuasaan kuasa legislatif harus tertakluk kepada batasan perlembagaan; di mana, Perkara 74(3) dalam Perlembagaan Persekutuan menetapkan bahawa kuasa untuk membuat undang-undang yang diberikan oleh perkara ini hendaklah dijalankan tertakluk kepada apa-apa syarat atau sekatan yang dikenakan oleh Perlembagaan ini ke atas sesuatu perkara tertentu.

**Undang-undang yang tidak konsisten (bercanggah) dengan Perlembagaan Persekutuan adalah terbatal.**

Perkara 4(1) dalam Perlembagaan Persekutuan menentukan bahawa Perlembagaan Persekutuan ialah undang-undang yang tertinggi di Malaysia dan mana-mana undang-undang yang diluluskan yang tidak konsisten atau bercanggah dengan Perlembagaan Persekutuan haruslah, setakat mana yang bercanggah, tidak sah atau terbatal.

Bahagian II (Perkara 5 hingga 13) dalam Perlembagaan Persekutuan menjamin kebebasan asasi (fundamental liberties) bagi setiap rakyat Malaysia.

Membaca Perkara 74(3) dan Perkara 4(1) bersama (together), sangat jelas (dan posisi undang-undang [legal position] ini tidak dipertikaikan) bahawa semua undang-undang Negeri, termasuklah undang-undang Islam yang diluluskan oleh badan perundangan Negeri haruslah konsisten atau selari dengan Bahagian II dalam Perlembagaan Persekutuan (yang menjamin kebebasan asasi bagi semua rakyat Malaysia)

**Seksyen 66 Enakmen Jenayah Syariah 1992 (Negeri Sembilan)**

Section 66 ialah undang-undang Islam yang digubal oleh Negeri mengikut Senarai II (Senarai Negeri), Item 1, daripada Jadual kesembilan Perlembagaan Persekutuan. Enakmen Negeri tersebut diluluskan oleh Dewan Undangan Negeri Sembilan pada 3 Ogos 1992 dan dikuatkuasakan pada 1 Jun 1993. Seksyen 66:

**Mana-mana orang lelaki yang memakai pakaian perempuan atau berlagak seperti perempuan di mana-mana tempat awam adalah melakukan satu kesalahan dan hendaklah apabila disabitkan dikenakan hukuman denda tidak melebihi satu ribu ringgit atau penjara selama tempoh tidak melebihi enam bulan atau kedua-duanya.**

**Pendapat Mufti**

Kerajaan Negeri dalam jawapan mereka kepada semakan kehakiman para perayu telah memfailkan affidavit daripada Mufti Negeri Sembilan. Dalam affidavit Mufti tersebut, Mufti tersebut berpendapat larangan seorang lelaki Islam memakai atau berlagak seperti perempuan ialah rukun Islam ('Pendapat Mufti')

Pendapat Mufti diberikan untuk menjelaskan bahawa kesalahan di bawah Seksyen 66 adalah sejajar dengan rukun Islam.

Kami ingin menjelaskan di sini bahawa sama ada section 66 selari atau konsisten dengan rukun Islam bukanlah satu isu dalam kes ini. Sememangnya, hal ini dipersetujui oleh Encik. Aston Paiva, peguam para perayu.

Tetapi Encik Paiva mengemukakan hujah yang relevan, iaitu, Pendapat Mufti, hairannya, gagal untuk menjawab isu yang penting bagi tujuan semakan rayuan ini: apakah posisi Islam tentang kod pakaian yang sesuai untuk lelaki Islam yang mengalami GID, seperti para perayu.

### **Sama ada section 66 melanggar Perkara 5(1) dalam Perlembagaan Persekutuan**

Perkara 5(1) dalam Perlembagaan Persekutuan menjamin bahawa tiada seseorang pun boleh diambil nyawanya atau dilucutkan kebebasan dirinya kecuali menurut undang-undang.

Mahkamah Persekutuan dalam *Sivarasa Rasiah v Badan Peguam Malaysia & Anor* [2010] 3 CLJ 507 menetapkan bahawa –

- I. Kebebasan-kebebasan lain boleh didapati terkandung dalam ‘nyawa’ (life) dan ‘personal liberty’ (personal liberty) Perkara 5(1); (pada [13])
- II. ‘menurut undang-undang’ dalam Perkara 5(1) merujuk kepada undang-undang yang adil dan saksama, serta bukan mana-mana undang-undang sahaja yang diluluskan tanpa mengira sama ada ia adil atau arbitrari atau tidak; (pada [20]) dan
- III. Perkara 8(1) satu akan digunakan apabila satu-satu undang-undang dicabar kerana mencabul hak asasi di bawah Perkara 5(1): (pada [19])

### **Pelanggaran hak untuk hidup dengan dignity (maruah, harga diri)**

Dalam *Lembaga Tata tertib Perkhidmatan Awam Hospital Besar Pulau Pinang & Anor v Utra Badi K Perumah* [2000] 3 CLJ 224 Gopal Sri Ram JCA (mengikut pangkatnya pada masa itu) semasa memberikan keputusan di Mahkamah Rayuan menjelaskan bahawa perkataan ‘nyawa’ atau ‘life’ dalam Perkara 5(1) termasuklah hak untuk hidup dengan maruah. Dia menyatakan, (dalam m/s 239) –

... adalah hak asasi setiap manusia yang dalam sempadan Malaysia untuk hidup dengan common human dignity (maruah dan harga diri).

Hakim tersebut memetik kata-kata Bhagwati J dalam kes *Francis Coralie v. Union of India* AIR [1981] SC 746 pada mukasurat 753:



Tapi persoalan yang timbul ialah sama ada hak untuk hidup hanya terbatas kepada perlindungan anggota badan dan keupayaan (limb or faculty) atau adakah ia lebih luas dan merangkumi maksud yang lebih luas. Kami berpendapat hak untuk hidup termasuklah hak untuk hidup dengan 'human dignity' atau maruah diri atau harga diri dan semua perkara yang berkait dengannya, terutamanya, keperluan asas untuk hidup seperti nutrisi yang secukupnya, pakaian serta tempat tinggal dan kemudahan (facilities) untuk membaca, menulis dan mengekspresi diri melalui pelbagai cara, bergerak bebas, serta berinteraksi dengan orang lain.

Section 66 melarang para perayu dan semua orang lelaki Islam yang mempunyai GID daripada 'crossdressing', serta menghukum mereka apabila larangan tersebut dilanggar. Peguam bagi para perayu berhujah bahawa kesan mendalam section 66 ialah para perayu dan orang lain yang mempunyai GID berada dalam risiko yang berpanjangan serta berterusan untuk ditangkap dan didakwa hanya kerana mereka mengekspresikan diri mereka melalui cara yang merupakan sebahagian daripada pengalaman (experience) mereka seorang manusia. Identiti para perayu dihukum hanya kerana identiti gender mereka. Peguam para perayu mengemukakan bahawa section 66 tidak bertepatan dengan kewujudan para perayu dan orang lain yang mengalami GID. Kesan yang lebih merunsingkan ialah section 66 mewujudkan ketidakselamatan dan risiko (insecurities and vulnerabilities) dalam hidup para perayu serta orang lelaki Islam lain yang mempunyai GID. Kewujudan undang-undang yang menghukum ekpresi gender transseksual, mengaibkan dan merendahkan orang dengan GID dalam masyarakat kita. Oleh yang demikian, section 66 secara langsung menjejaskan hak perayu untuk hidup dengan dignity (maruah atau harga diri), yang terjamin dalam Perkara 5(1), dengan mencabul nilai dan harga diri (value and worth) sebagai ahli-ahli dalam masyarakat kita.

Kami mendapati merit dalam hujah ini. Selagi section 66 dikuatkuasakan para perayu akan terus hidup dalam keraguan, kesengsaraan dan terhina atau dengan stigma (indignity). Mereka sekarang berada di Mahkamah dengan harapan untuk hidup dengan maruah diri dan dilayan secara saksama sebagai rakyat Negara ini.

Kami, oleh yang demikian, mendapati section 66 tidak konsisten dengan Perkara 5(1) dalam Perlembagaan Persekutuan di mana section ini mencabul hak para perayu untuk hidup dengan dignity (maruah atau harga diri).

Oleh yang demikian, section 66 bercanggah dengan Perlembagaan Persekutuan dan terbatal.

### *Pelanggaran hak untuk mata pencarian atau pekerjaan (right to livelihood/work)*

Terdapat satu lagi sebab mengapa section 66 bercanggah dengan Perkara 5(1). Autoriti dalam bidang kehakiman (judicial authorities) telah menetapkan bahawa perkataan “life” atau ‘nyawa’ dalam Perkara 5(1) mempunyai maksud yang jauh lebih luas daripada hanya hidup sebagai seorang manusia (mere animal existence): hal ini juga termasuklah hak seperti hak untuk mencari mata pencarian dan kualiti hidup (lihat **Tan Tek Seng v Suruhanjaya Perkhidmatan Pendidikan & Anor.** [1996] 2 CLJ 771 dan **Lee Kwan Who v. PP** [2009] 5 CLJ 631 pada muka surat 643 perenggan [14]).

Kesan daripada section 66 melarang para perayu dan orang lain yang mengalami GID yang ‘crossdress’ daripada bergerak di tempat umum untuk ke tempat kerja masing-masing.

Para perayu menyatakan bahawa section 66 mempunyai kesan yang tidak boleh dielakkan terhadap hak mereka untuk mencari mata pencarian/bekerja, kerana mereka tidak boleh meninggalkan rumah, berpakaian perempuan, pergi ke tempat kerja mereka tanpa terdedah kepada risiko tangkapan dan hukuman di bawah section 66. Section 66 oleh yang demikian tidak konsisten atau selari dengan Perkara 5(1).

### **Sama ada section 66 bercanggah dengan Perkara 8(1) dalam Perlembagaan Persekutuan**

Perkara 8(1) dalam Perlembagaan Persekutuan menjamin kesaksamaan di sisi undang-undang dan perlindungan yang sama rata di sisi undang-undang.

Dalam rayuan ini, objektif section 66 ialah untuk melarang semua orang lelaki Islam daripada ‘cross-dress’ atau kelihatan seperti perempuan di tempat umum.

Akan tetapi para perayu ialah lelaki Islam yang mengalami Gender Identity Disorder (GID), di mana keinginan untuk memakai pakaian perempuan dan diiktiraf sebagai perempuan ialah sebahagian daripada keadaan perubatan tersebut; serta tiada rawatan pharmacological (ubat-ubatan) atau terapi psikologi untuk keadaan perubatan tersebut.

Dalam rayuan ini, kami menerima hujah para perayu bahawa mereka sebagai lelaki yang mempunyai GID berada dalam situasi yang berbeza berbanding lelaki Islam normal yang lain. Mereka dan lelaki Islam normal tidak berada dalam situasi yang sama, oleh yang demikian para perayu dan lelaki Islam normal tidak setara atau berada dalam keadaan yang saksama (unequals). Oleh sebab mereka unequals, para perayu tidak boleh dilayan seperti mana seorang lelaki Islam normal dilayan. Akan tetapi, section 66 memberi layanan yang sama rata untuk semua. Section 66 tidak memberikan pengecualian bagi golongan yang mengalami

GID seperti para perayu. Kerajaan Negeri, walaupun tidak membangkang kewujudan golongan dengan GID dalam kalangan lelaki Islam seperti para perayu, tidak menjelaskan kenapa pengecualian yang serius ini tidak disertakan dalam undang-undang tersebut. Dalam erti kata lain, kerajaan negeri dan section yang dipersoalkan mengabaikan orang yang mengalami GID seperti para perayu, serta dikenakan penguatkuasaan undang-undang yang tidak adil terhadap mereka. Akibatnya, section 66 meletakkan orang yang mengalami GID dalam situasi yang menindas dan teruk (untenable and horrible). Mereka tidak boleh memakai pakaian yang semula jadi dan selesa bagi mereka di tempat umum. Mereka akan melakukan kesalahan dengan melanggar section 66 apabila mereka keluar dari rumah mereka untuk melakukan perkara-perkara asas dalam hidup mereka, untuk mencari mata pencarian atau kerja, atau untuk berinteraksi; dan mengalami risiko untuk ditangkap, ditahan serta didakwa. Hal ini mengaibkan, menindas dan tidak berperikemanusiaan (degrading, oppressive and inhuman) Oleh yang demikian, penyertaan orang yang mengalami GID dalam section 66 (tidak mempunyai pengecualian sedemikian dan memukul rata semua lelaki) mendiskriminasi mereka. Oleh yang demikian, section 66 tidak konsisten dengan Perkara 8(1) dalam Perlembagaan Persekutuan kerana ia mendiskriminasi dan menindas, serta menafikan para perayu perlindungan yang saksama di bawah undang-undang.

Mahkamah Agung India dalam beberapa kes telah mengutarakan saranan bahawa Perkara 14 dalam Perlembagaan India (Perkara 8(1) kita) menjamin perkara, transaksi (urus niaga), atau orang yang tidak sama, tidak boleh dilayan secara saksama atau sama. Sama seperti layanan yang berbeza bagi orang atau golongan dalam sesuatu situasi yang sama mendorong kepada diskriminasi, diskriminasi juga boleh timbul apabila orang yang berada dalam situasi yang berbeza (unequals) dilayan dengan sama: ***Venkateshwara Theater v State of Andhra Pradesh and Ors*** [1993] 3 SCR 616 pada muka surat 637A.

Section 66, oleh yang demikian bercanggah dengan Perlembagaan Persekutuan kerana ia bercanggah dengan Perkara 8(1) dalam Perlembagaan Persekutuan, dan oleh itu terbatal.

### **Sama ada section 66 bercanggah dengan Perkara 8(2) dalam Perlembagaan Persekutuan**

Perkara 8(2) dalam Perlembagaan Persekutuan menyatakan bahawa dalam diskriminasi gender terhadap rakyat tidak boleh wujud dalam mana-mana undang-undang.

Peguam bagi para perayu mengemukakan bahawa section 66 tidak konsisten atau bercanggah dengan Perkara 8(2). Semua para perayu ialah lelaki Islam. Section 66 hanya melarang lelaki Islam daripada 'cross dressing' atau berlagak seperti perempuan di tempat umum. Akan tetapi, section ini tidak melarang perempuan Islam daripada 'cross dress' sebagai lelaki atau berlagak seperti lelaki. Section 66 oleh yang demikian diujahkan mewujudkan bias yang

tidak adil kepada lelaki Islam seperti para perayu berbanding dengan perempuan Islam. Oleh yang demikian, section 66 mendiskriminasi atas alasan gender, dan tidak konsisten atau bercanggah dengan Perkara 8(2).

Kami mendapati merit dalam hujah ini. Kami, oleh yang demikian, memutuskan bahawa section 66 juga bercanggah dengan Perkara 8(2) dalam Perlembagaan Persekutuan – dan terbatal.

Kami tidak dapat menerima hujahan Encik Iskandar Dewa, Penasihat Undang-undang Negeri Sembilan, bahawa section 66 ialah ‘undang-undang peribadi’ atau personal law bagi tujuan Fasal (5) Perkara 8. Fasal (5) Perkara 8 membenarkan penggubalan undang-undang peribadi yang mendiskriminasi atas alasan gender atau faktor-faktor lain seperti yang tersenarai dalam Fasal (2) Perkara 8. Harusnya dihargai bahawa section 66 tidak digubal mengikut sub-item yang khusus dalam Item 1 daripada Senarai II daripada Jadual Kesembilan yang merujuk kepada undang-undang peribadi:

**... Hukum Syarak dan undang-undang diri dan keluarga bagi orang yang menganut agama Islam, termasuk Hukum Syarak berhubung dengan mewarisi harta berwasiat dan tak berwasiat, pengambilan anak angkat, taraf (legitimacy), penjagaan anak, pemberian, pembahagian harta dan amanah bukan khairat;**

Section 66 sememangnya digubal mengikut sub-item dalam Item 1 daripada Senarai II yang menyatakan –

**... mengadakan dan menghukum kesalahan-kesalahan yang dilakukan oleh orang-orang yang menganut agama Islam terhadap rukun-rukun Islam...**

**Sama ada section 66 bercanggah atau tidak konsisten dengan Perkara 9(2) dalam Perlembagaan Persekutuan**

Perkara 9(2) dalam Perlembagaan Persekutuan menjamin kebebasan untuk bergerak dalam Persekutuan.

Section 66 secara jelas dalam menghukum (criminalize) mana-mana lelaki Islam dalam di mana-mana tempat umum yang memakai pakaian perempuan atau berlagak seperti perempuan.

Oleh yang demikian, section 66 tidak boleh dikatakan sekadar mengenggang kebebasan bergerak para perayu. Impak section 66 jauh lebih besar daripada itu: ia mempunyai kesan *menafikan* para perayu dan orang yang mengalami GID daripada hak untuk bergerak secara

bebas di tempat umum. Kesannya, para perayu dan orang Islam yang mengalami GID tidak boleh meninggalkan rumah dan bergerak bebas dalam Negeri Sembilan tanpa terdedah kepada risiko tangkapan serta hukuman di bawah Section 66. Dalam erti kata lain, section 66 *menafikan* para perayu dan orang lain yang mengalami GID daripada hak untuk bebas bergerak.

Oleh yang demikian, kami menerima hujah bahawa section 66 tidak konsisten atau bercanggah dengan Perkara 9(2) dalam Perlembagaan Persekutuan.

Walau bagaimanapun, walaupun kita menganggap section 66 sebagai satu *halangan* dan bukan sebagai satu *penafian* hak untuk bergerak bebas dalam negara, halangan sedemikian masih menurut judicial authorities atau autoriti dalam bidang kehakiman (lihat **Sivarasa Rasiah; Dr Mohd Nasir Hashim dan Muhammad Hilman**), harus termaktub kepada ujian munasabah atau test of reasonableness. Akan tetapi, kami mendapati section 66 ialah satu halangan yang tidak munasabah kepada hak para perayu untuk bergerak – dan, oleh yang demikian, tidak konsisten atau bercanggah dengan Perlembagaan Persekutuan kerana bercanggah dengan Perkara 9(2) dalam Perlembagaan Persekutuan.

#### **Sama ada section 66 bercanggah atau tidak konsisten dengan Perkara 10(2) dalam Perlembagaan Persekutuan**

Perkara 10(1)(a) dalam Perlembagaan Persekutuan menjamin kebebasan berekspresi.

Pakaian seseorang atau barangan berkaitan pakaian (dress, attires or articles of clothing) adalah sebahagian daripada ekspresi, yang pada pendapat kami, terjamin di bawah Perkara 10(1)(a).

Professor Shad Saleem Faruqi dalam bukunya **Document of Destiny, the Constitution of the Federation of Malaysia**, mengemukakan pandangan bahawa ‘symbolic speech’ atau ‘ucapan yang simbolik’ seperti cara pemakaian dan pendandanan (dressing and grooming) boleh dilihat sebagai sebahagian daripada kebebasan ekspresi seseorang.

Kami mendapati sokongan bagi pandangan di atas daripada kes Mahkamah Supreme Amerika (landmark American Supreme Court case) **Tinker v Des Moines Independent Community School District** 393 U.S. 503 (1969). Dalam **Tinker**, mahkamah mendapati peraturan sekolah yang melarang murid-murid daripada memakai ‘armbands’ berwarna hitam untuk protes secara senyap polisi atau dasar kerajaan Amerika Syarikat di Vietnam mencabul Pindaan Pertama Perlembagaan Amerika Syarikat (First Amendment of the United States Constitution) yang menjamin kebebasan bersuara: (m/s 513-514)

Section 66 secara langsung memberi kesan kepada kebebasan berekspresi para perayu, di mana mereka dilarang daripada memakai pakaian atau barang-barang yang berkaitan dengan pakaian pilihan mereka.

Perkara 10(2)(a) menyatakan bahawa hanya Parlimen sahaja yang mempunyai kuasa untuk mengengkang kebebasan berekspresi dalam situasi-situasi yang terbatas; dan halangan ini haruslah munasabah.

Dewan Perundangan Negeri di Malaysia (dan termasuklah badan perundangan Negeri Sembilan) tidak mempunyai kuasa untuk mengengkang kebebasan bersuara serta ekspresi. Hanya Parlimen yang mempunyai kuasa sedemikian. Hal ini disahkan oleh Mahkamah Agung di ***Dewan Undangan Negeri Kelantan & Anor. v Nordin Salleh & Anor*** [1992] 1 CLJ (Rep) 72 pada 82.

Section 66 ialah undang-undang negeri yang menghukum (criminalize) mana-mana lelaki yang memakai pakai perempuan atau berlagak seperti perempuan di tempat umum. Oleh yang demikian, section 66 tidak berperlembagaan.

Tambahan pula, mana-mana halangan terhadap kebebasan berekspresi haruslah munasabah (lihat ***Sivarasa Rasiah; Dr Mohd Nasir Hashim*** dan ***Muhammad Hilman***). Jelasnya, halangan yang dikenakan terhadap para perayu dan orang lain yang mengalami GID adalah tidak munasabah. Oleh yang demikian, dari aspek munasabah (reasonableness), section 66 tidak berperlembagaan.

### **National Legal Services Authority v Union of India and others**

Kami menerima submission oleh peguam para perayu bahawa isu-isu dalam kes Mahkamah Supreme ***India National Legal Services Authority v Union of India*** and others, writ petition (sivil) No. 400 pada tahun 2012 (diputuskan pada 15-4-2014) secara langsung berkenaan dengan isu –isu dalam perkara ini. Pada 15-4-2014, Mahkamah Supreme India dalam ***India National Legal Services Authority v Union of India*** and others, writ petition (sivil) No. 400 pada tahun 2012 memutuskan bahawa writ petition yang difailkan oleh National Legal Services Authority bagi pihak komuniti transgender di India (komuniti transgender), yang memohon satu deklarasikan legal berkenaan identity gender bukan jantina yang diberikan kepada mereka, lelaki atau perempuan, semasa kelahiran; dan permohonan mereka menyatakan bahawa ketidakiktirafan identiti gender mereka melanggar Perkara 14 (Perkara 8(1) kita) serta Perkara 21 (Perkara 5(1) kita) Perlembagaan India.

Dalam kes tersebut, Mahkamah Agung India bermula dengan mendefinisikan transgender sebagai 'seorang yang identiti gender, ekspresi atau tingkah laku gender tidak menepati

jantina biological'. Mahkamah Agung menganggap sifat 'identiti gender' sebagai 'perasaan hakiki seorang sebagai lelaki, perempuan atau transgender atau transsexual'. Mahkamah meneliti pelbagai norma-norma dan konvensyen hak asasi manusia antarabangsa, kes undang-undang berkenaan transseksual, serta undang-undang di negara-negara lain berkenaan golongan transgender (pada [35]-[42]), dan memutuskan yang berikut:

...mana-mana konvensyen antarabangsa yang konsisten dengan hak asasi dan harmonis dengan intipatinya (spirit) haruslah dibaca bersama peruntukan-peruntukan (provisions) tersebut ....dalam Perlembagaan untuk meluaskan maksud serta kandungan tersebut dan mempromosi objektif jaminan dalam perlembagaan (pada [53]);

Mahkamah kemudian menimbangkan stigma dan diskriminasi yang dihadapi oleh golongan transgender dalam masyarakat (pada[55]) sebelum mendapati bahawa –

- a) Perkataan 'sex' atau jantina dalam Perkara 15 (**Perkara 8(2) kita**) dalam Perlembagaan India termasuklah 'identiti gender' (pada [59])
- b) Jaminan di bawah Pekara 19(1)(a) (Perkara 10(1)(a) kita) dalam Perlembagaan India menyertakan hak untuk mengekspresikan gender seseorang melalui pakaian, dan bahawa '[t]iada halangan dikenakan kepada penampilan peribadi atau pilihan pakaian mereka ...' (pada [62]-[66]); dan
- c) Perkara 21 (**Perkara 5(1) kita**) melindungi digniti (maruah atau harga diri) seorang manusia dan hak privasi seseorang, serta bahawa '[p]engiktirafan identiti gender seseorang terletak pada asas hak asasi untuk dignity (maruah atau harga diri)' (pada [67]-[68])

Mahkamah Agung India dalam menetapkan dalam memberikan perintah yang sesuai (pada [129]) menyatakan:

Diskriminasi berdasarkan ... identity gender termasuklah apa-apa jenis diskriminasi, pengecualian, halangan atau pilihan, yang mempunyai kesan untuk membatalkan atau mengundurkan kesaksaman dalam undang-undang atau perlindungan saksama yang terjamin di bawah Perlembagaan. (pada [77]).

Dalam rayuan ini, kami cenderung untuk mendukung keputusan Mahkamah Agung India dalam kes yang telah kami rujuk.

### **Keputusan Hakim Mahkamah Tinggi (The learned High Court Judge's Grounds for Judgment)**

Pada perenggan 19 keputusan beliau, Hakim menspekulasi secara tidak tepat (erroneously speculates) yang berikut:

Sek 66 ... adalah bagi mengelakkan kesan negative kepada masyarakat iaitu mengelakkan perbuatan homoseksual dan lesbian yang menjadi punca merebaknya HIV.

Pada perenggan 22 keputusannya, Hakim melakukan kenyataan yang membimbangkan. Dia menyatakan section 66 digubal –

Digubal untuk digunapakai kepada pemohon-pemohon bagi mencegah kemudaratan yang lebih besar. Apabila transseksual berpakaian wanita tetapi secara biologi adalah lelaki dan mempunyai kelamin lelaki dan oleh kerana mempunyai nafsu, mereka akan terjebak dalam hubungan homoseksual, satu punca HIV' (pada [22]).

Dalam keputusan kami, kenyataan dan hasil kajian Hakim, tidak disokong oleh, dan adalah tidak selari dengan, bukti serta dipudari dengan perasaan peribadi yang tidak saintifik atau prejudis peribadi.

Selain pengamatan kami tentang prejudis, mungkin adalah relevant untuk mengemukakan di sini 2010 UN General Assembly (UNGASS) Country Progress Report on HIV/AIDS oleh kerajaan Malaysia menyatakan –

*(R/P 2(4), muka surat 667) 'Seorang transgender atau transsexual dilabel sebagai golongan seksual yang tidak bermoral dan dipinggirkan oleh masyarakat Malaysia. Kesan daripada stigma dan diskriminasi tersebut, majoriti daripada komuniti ini tidak dapat mendapatkan pekerjaan, oleh yang demikian melakukan pekerjaan seks'.*

Dalam kes ini, kami ingin menyatakan kegelisahan kami bahawa Hakim seolah-olah terpaku kepada 'hubungan homoseksual' dalam memberikan pertimbangannya. Kami ingin menegaskan bahawa pertimbangan sedemikian tidak berasas dan sangat tidak adil kepada para perayu serta lelaki Islam lain yang mengalami GID. Kes ini tiada kena mengena langsung dengan homoseksualiti. Seperti mana yang telah kami nyatakan sebelum ini, kes ini berkenaan lelaki Islam dengan kondisi perubatan yang dikenali Gender Identity Disorder (GID). Akan tetapi, malangnya, terdapat kegagalan yang sepenuhnya daripada pihak Hakim untuk menghargai bukti-bukti perubatan yang tidak dibangkang yang sedia ada.



Dalam perenggan 24 daripada keputusan hakim dari Mahkamah Tinggi menyimpulkan bahawa –

Falsafah Peruntukkan Sek. 66 adalah untuk mencegah kemudaratan yang lebih besar kepada masyarakat, maka ianya mengatasi kepentingan peribadi atau kebebasan peribadi tertuduh”.

Dengan segala hormat, kami menerima hujahan yang dikemukakan oleh peguam para perayu bahawa kesimpulan sedemikian menjadikan prosedur pengadilan perlembagaan dan peranan badan kehakiman sebagai pelindung Perlembagaan maya. Seperti yang dikatakan oleh Encik Aston Paiva

*Perlembagaan wujud secara khususnya supaya golongan minoriti tidak ditindas oleh kezaliman golongan majoriti*

**Sama ada lelaki Islam yang mengalami GID adalah tidak berfikiran waras (unsound mind)**

Dengan hormat, kami tidak dapat menerima kenyataan Encik Iskandar Ali, Penasihat Undang-undang Negeri Sembilan bahawa Section 66 tidak menyebabkan prejudis kepada para perayu kerana para perayu tidak berfikiran waras (unsound mind) dan oleh yang demikian berhak mendapatkan pembelaan seperti dalam section 11 Enakmen Jenayah Syariah 1992 (Negeri Sembilan) yang penyusunan ayatnya sama seperti section 84 Kanun Keseksaan. Jawapan ringkas kami kepada kenyataan ini adalah dalam ketiadaan bukti perubatan (medical evidence) adalah tidak masuk akal dan menghina untuk mencadangkan bahawa para perayu serta transgender yang lain adalah golongan yang tidak waras.

**Kesimpulan**

Kami mendapati section 66 tidak sah sebagai seksyen yang tidak berperlembagaan. Ia tidak konsisten dengan Perkara 5(1), Perkara 8(1), Perkara 8(2), Perkara 9(2), dan Perkara 10(1)(a) dalam Perlembagaan Persekutuan.

Rayuan dibenarkan

Kami, oleh yang demikian, meluluskan deklarasasi yang dipohon dalam permohonan B(1) dalam permohonan Semakan Kehakiman, tetapi mengkit terma berikut: bahawa section 66 Enakmen Jenayah Syariah 1992 (Enakmen 4 1992) Negeri Sembilan bercanggah atau tidak

konsisten dengan Perkara 5(1), Perkara 8(1) and (2), Perkara 9(2), dan Perkara 10(1)(a); dan oleh yang demikian terbatal.

~~Kami menetapkan kos kepada para perayu.~~ Setiap pihak untuk menanggung kos masing-masing. Deposit dikembalikan kepada pada para perayu.

[Rayuan dibenarkan; permohonan untuk semakan kehakiman diluluskan; ~~kos bagi para perayu~~]