

Kedinamikan Shari‘ah Dalam Memenuhi Tuntutan Mu‘amalah Perbankan Moden

Prof. Madya Dr. Mohd Daud Bakar

Abstract

The Shari‘ah was revealed to govern the acts of man. As man and society change, Islamic law ought to deal with new developments adequately. Undoubtedly, the field of commercial transactions have encountered the most rapid changes and developments in Muslim society to which Islamic law has to address. Issues such as freedom of contract and nominate contracts are amongst the issues which constitute the tool for a revitalisation of Islamic mu‘amalah in modern banking and finance. Equally important is the legal framework that will safeguard the prospects of Islamic commercial law without which the future of Islamic mu‘amalah will be declined and diminished.

1.0. Pendahuluan

Penulisan ini dibuat dengan rujukan khusus kepada aspek-aspek perundangan dalam mu‘amalah Islam yang difikirkan relevan dan mampu menghadapi cabaran dan tuntutan perbankan moden yang bersih daripada amalan riba dan gharar. Sehubungan dengan itu, penulisan ini akan memberi fokus kepada beberapa isu dan persoalan perundangan yang mempunyai kesan segera (*immediate impact*) ke atas perkembangan perbankan Islam samada isu-isu ini belum atau pun sudah dibincangkan sebelum ini. Fokus kajian ialah aspek-aspek perundangan Islam yang boleh diamalkan dalam perbankan Islam semasa dan juga boleh dikuatkuasakan di mahkamah sekiranya ada peruntukan perundangan. Ini adalah kerana penulis berpandangan bahawa cabaran untuk memenuhi tuntutan mu‘amalah perbankan moden memerlukan kepada asas-asas ilmiah yang jelas dan juga

boleh diaplikasikan dalam dokumen perundangan berhubung dengan sesuatu instrumen kewangan yang diperkenalkan. Kedua-dua aspek ini adalah penting supaya sistem perbankan Islam semasa dihormati dan diyakini.

Pendekatan yang di sebut di atas adalah baru dalam konteks Malaysia dan juga negara-negara Islam yang lain kerana perundangan Islam, dari segi falsafahnya, bertitik tolak daripada anggapan bahawa masyarakat Islam ialah masyarakat yang sempurna atau sepatutnya menjadi sempurna. Sehubungan dengan itu, ia tidak memerlukan kepada banyak peranan undang-undang untuk mendisplinkan masyarakat Islam.¹ Sehubungan dengan itu, para pelajar di bidang pengajian Islam jarang didedahkan dengan aspek perundangan Islam yang berkaitan dengan kesan-kesan kontrak, umpamanya, kesan daripada kegagalan menunaikan kontrak. Para pelajar lebih banyak didedahkan dengan prinsip-prinsip kontrak dan transaksi yang pelbagai tetapi jarang dibincangkan apakah akibat dan kesan perundangan sekiranya sesuatu kontrak itu dibatalkan atau kontrak itu tidak memberikan faedah seperti yang diharapkan samada dalam kontrak jualbeli, sewa, pensyarikatan, gadaian, jaminan, perpindahan hutang dan sebagainya. Penulis tidak menafikan bahawa asas-asas kepada perbincangan ini sudah terdapat dalam perundangan Islam tradisional tetapi ianya tidak diperkembangkan oleh para sarjana Islam.

Ini sedikit sebanyak memberi ruang kepada perundangan lain untuk mengambil tempat dalam masyarakat Islam kerana manusia secara fitrahnya adalah sentiasa berusaha untuk menjaga kemaslahatan diri dan pihaknya. Fenomena ini bukan hanya berlaku dalam aspek-aspek kewangan tetapi juga dalam aspek undang-undang keluarga Islam seperti yang terbukti melalui banyak peruntukan perundangan dalam statut semasa. Dalam perbincangan berikut, penulisan ini cuba untuk menimbulkan beberapa isu-isu perundangan Islam yang memberi kesan langsung kepada perkembangan dan kelangsungan perbankan Islam semasa. Penulis, seperti dalam kesemua penulisan yang lain, mempunyai hipotesis dan anggapan yang jelas bahawa Shari'ah sudah mempunyai asas dan prinsip yang mencukupi untuk berhadapan dengan fenomena semasa tetapi pendekatan untuk menyahut tuntutan semasa ini mestilah dibuat dalam bentuk yang moden supaya lebih senang difahami dan dihayati oleh masyarakat Islam moden.²

2.0. Adakah Shari'ah "Rigid" atau Terbuka Kepada Inovasi?

Persoalan di atas adalah satu persoalan yang paling asasi untuk diperbincangkan. Untuk memulakan perbincangan, penulis ingin memetik pendapat Profesor Joseph Schacht yang membuat pengamatan kepada bentuk perundangan Islam yang terdapat dalam negara-negara Islam di kurun ke 20 masihi. Beliau menjelaskan bahawa perundangan Islam dapat dibahagikan kepada tiga bahagian dari segi keanjalan yang diukur melalui proses kodifikasi perundangan. Bahagian pertama ialah bahagian yang agak 'rigid' dan terlalu terikat dengan kodifikasi undang-undang di negara-negara Islam seperti perundangan berhubung dengan hal ehwal keluarga yang mencakupi kes-kes

perkahwinan, perceraian, nafkah, hak jagaan anak, pembahagian harta pesaka, waqaf dan seumpamanya. Bahagian kedua ialah bahagian perundangan Islam yang belum dikodifikasikan seperti undang-undang jenayah, undang-undang politik dan seumpamanya. Bahagian ketiga ialah aspek perundangan berhubung dengan masalah mu'amalah yang terletak antara kedua-dua bahagian terdahulu.³ Kodifikasi *Majallah al-Ahkam al-'Adliyyah* adalah beberapa contoh bagaimana usaha untuk menyeleraskan dan mengkodifikasikan undang-undang mu'amalah Islam di zaman moden. Usaha yang sama dibuat di Mesir melalui penulisan Murshid al-Hayran oleh Qadri Basha dan juga di Saudi Arabia melalui *Majallah al-Ahkam al-Shari'iyah* (kodifikasi prinsip perundangan mazhab Hanbali) yang ditulis oleh Abd al-Wahhab Ibrahim Abu Sulayman dan Muhammad Ibrahim Ahmad Ali.

Perlu disebutkan bahawa kodifikasi-kodifikasi ini dibuat dengan membuat rujukan kepada apa yang terdapat dalam kitab-kitab tradisional tanpa menghubungkannya dengan permasalahan perdagangan semasa.⁴ Namun, ini tidak sama sekali mencatitkan mutu dan sumbangan kodifikasi-kodifikasi ini kerana segala prinsip perundangan yang dimuatkan adalah boleh diaplikasikan kepada kes-kes semasa seperti yang akan dibincangkan selanjutnya. Hakikat ini akan lebih jelas sekiranya kita membuat kajian yang terperinci kepada Undang-Undang Sivil Emirate Arab Bersatu yang berkuatkuasa pada 1986. Undang-undang ini cuba untuk mengadaptasikan prinsip-prinsip Shari'ah dalam aktiviti transaksi semasa.⁵ Penulis sengaja membincangkan perkembangan-perkembangan semasa berhubung dengan undang-undang mu'amalah kerana penulis percaya bahawa instrumen perbankan Islam tidak dapat berkembang sepenuhnya tanpa sokongan peraturan mu'amalah yang lengkap dan komprehensif kerana instrumen-instrumen perbankan dan pembiayaan adalah hanya satu bentuk atau alat untuk melaksanakan transaksi tertentu untuk maksud tertentu. Sebagai contoh, sekiranya perbankan Islam memilih untuk melaksanakan instrumen *ijarah* dalam projek prasarana atau pembekalan tenaga elektrik, sudah tentu segala hukum yang berkaitan dengan *ijarah* yang melibatkan hak dan tanggungjawab penyewa dan pemberi sewa mesti dijelaskan dalam bentuk yang sempurna untuk mengelak sebarang konflik di mahkamah.

Daripada perbincangan di atas, kita telah melihat bahawa undang-undang mu'amalah sudah banyak dikodifikasi walau pun tidak selengkap undang-undang keluarga yang hampir-hampir menjadi '*rigid*'. Persoalan utama yang timbul dalam konteks perbincangan ini ialah adakah perundangan Islam hanya menghadkan batasan mu'amalah kepada kontrak-kontrak yang telah dikenali sebelum ini di mana inovasi kepada kontrak-kontrak baru tidak lagi dibenarkan. Terdapat pandangan sebahagian ulamak bahawa mu'amalah hanya terhad kepada apa yang dikenali sebagai '*uqud musamma (nominate contracts)*' di mana tambahan kepada senarai ini adalah tidak dibenarkan. Golongan Zahiri misalnya telah menyatakan bahawa "*prinsip asal dalam mu'amalah ialah tegahan sehingga dibuktikan (oleh Syarak) sebaliknya*". Manusia tidak

berotoriti untuk memperkenalkan bentuk kontrak baru kerana kontrak dan kesan perundangannya adalah hak mutlak (*prerogative*) Syarak.⁶

Mazhab Hanbali khususnya melalui penulisan Ahmad b. Hanbal dan Ibn Taymiyyah serta Ibn Qayyim begitu tegas mengemukakan pandangan bahawa “*prinsip asal mu’amalah ialah keharusan sehingga dibuktikan sebaliknya*”.⁷ Ibn Taymiyyah misalnya telah menegaskan bahawa “*prinsip asal dalam kontrak-kontrak - dan syarat-syarat adalah sebahagian daripada kontrak - ialah keredaan pihak yang berkontrak dan kesan kepada kontrak-kontrak ini ialah apa yang pihak yang berkontrak mewajibkan ke atas diri masing-masing dengan secara kontrak*”.⁸ Antara contoh fatwa yang diberikan oleh Imam Ahmad b. Hanbal ialah satu transaksi yang dinamakan *al-bay’ bima yanqati’ bihi al-si’r* iaitu satu bentuk jual beli di mana pembayaran harga akan hanya dibuat di akhir bulan atau tahun. Dalam konteks ini, pembeli akan membeli barang yang dikehendaki seperti roti atau daging setiap hari tetapi harganya akan dikumpul dan dicatit oleh penjual untuk dibayar di penghujung bulan atau tahun.⁹

Mazhab Shafi’i dan Hanafi tidak memberikan kebebasan mutlak kepada pihak yang berkontrak untuk mengadakan kontrak yang baru. Namun, mereka berbeza dengan mazhab Zahiri kerana mereka mengamalkan doktrin *qiyas*, *istihsan* dan *’uruf* dalam teori perundangan mereka dan sehubungan dengan itu, dari segi praktisnya, mereka membenarkan kontrak yang baru yang tidak pernah wujud di zaman Rasulullah SAW.¹⁰ Mazhab Maliki pula lebih hampir kepada mazhab Hanbali dalam soal kebebasan kontrak kerana mereka berpegang kepada prinsip *masalah mursalah* dalam aktiviti perundangan mereka.¹¹

Penulis lebih cenderung untuk menyokong pendekatan golongan Hanbali¹² kerana pendekatan tersebut mendapat sokongan ilmiah dan juga sokongan dari segi praktis dan amalan. Dari perspektif ilmiah, pendekatan ini disokong oleh al-Shatibi yang menyimpulkan bahawa “*prinsip asal dalam mu’amalah ialah qiyas dan rasio sinasi*” (*al-qiyas wa al-ta’lil*).¹³ Ini adalah satu prinsip yang penting kerana ia menuntut kesinambungan antara bentuk kontrak yang lama dan bentuk kontrak yang baru dalam kes-kes yang mempunyai sebab hukum (*ratio decidendi*) yang sama. Satu contoh yang menarik ialah kontrak *daman* yang diperkenalkan oleh Ibn Taymiyyah. Kontrak *daman* ialah satu kontrak baru yang merupakan gabungan antara kontrak *musaqat* dan *ijarah* di mana pemilik kebun boleh menyewakan kebunnya kepada pihak yang lain untuk mendapat bayaran sewa di samping berkongsi hasil kebun itu di bawah kontrak *musaqat*. Qiyas yang dilakukan oleh Ibn Taymiyyah ialah persamaan atau analogi antara kegunaan kebun iaitu buah-buahan dan kes menyewa penyusu dalam kes susuan. Al-Qur’an melalui surah al-Talaq, ayat 6, “...kemudian jika mereka menyusukan (anak-anak)mu untukmu maka berikanlah kepada mereka upahnya”, telah membenarkan kontrak sewaan atau upah walaupun susu adalah suatu objek yang hilang selepas digunakan (*perishable*). Sehubungan dengan itu, hasil-hasil daripada kebun juga boleh disewakan berdasarkan persamaan dengan kes susu dan proses ini dikenali sebagai *qiyas al-tard*.¹⁴

Dari perspektif praktis dan amalan kebebasan berkontrak dalam sejarah undang-undang mu'amalah, golongan Hanafi pada kurun kelima hijrah misalnya memperkenalkan *bay' al-wafa'* iaitu satu kontrak jualan yang bersyarat di mana pihak penjual boleh membeli semula barang yang telah dijual dengan membayar semula wang pembelian yang dahulu. Mengikuti kajian yang dibuat, *bay' al-wafa'* telah diperkenalkan untuk mengatasi batasan atau halangan Syarak dengan cara yang dibenarkan, iaitu sebagai *helah fiqhiyyah*.¹⁵ Ini adalah kerana mazhab Hanafi tidak membenarkan kontrak sewa kebun atau ladang pertanian untuk satu tempoh yang panjang dan sebagai jalan penyelesaian, mereka membenarkan supaya tanah kebun atau ladang itu dijual secara jual janji untuk membolehkan pihak pemilik kebun atau ladang mendapat wang dan kemudiannya membeli semula kebun atau ladang itu di masa hadapan.¹⁶ *Bay' al-wafa'* diperkenalkan dalam mazhab Hanafi kerana mereka tidak membenarkan kontrak sewa kebun atau ladang tanaman untuk tempoh yang panjang sedangkan amalan ini dibenarkan oleh mazhab Hanbali melalui kontrak *daman* seperti yang telah dijelaskan.

Professor al-Qaradawi dalam salah satu tulisannya telah menegaskan bahawa dalam satu-satu kontrak yang baru, tidak menjadi satu kemestian untuk menamakannya dengan nama yang lama kerana konsep mu'amalah moden ini adalah berbeza dengan konsep dan amalan di zaman terdahulu. Beliau membuat rujukan khusus kepada instrumen atau produk *bay' al-murabahah* yang diamalkan di bank-bank Islam di mana produk ini sudah berbeza dengan konsep *murabahah* tradisional. Ini adalah kerana jualan *murabahah* secara tradisional adalah jualan barang yang sudah dimiliki oleh penjual/pembiaya sedangkan dalam amalan semasa, penjual/pembiaya perlu terlebih dahulu menunggu pesanan daripada bakal pembeli/pelanggan sebelum pihak penjual/pembiaya mendapatkan barang tersebut daripada pembekal atau pengeksport. Sehubungan dengan itu, kontrak ini tidak semestinya dinamakan sebagai *murabahah* malah boleh dinamakan dengan nama-nama lain walau pun tidak pernah ada dalam senarai kontrak-kontrak yang diperkenalkan oleh perundangan Islam di zaman Nabi SAW. Asas penghujahan mengikut perspektif al-Qaradawi bukanlah nama dan istilah tetapi sejauhmana sesuatu transaksi itu sah pada pandangan Syarak.¹⁷ Namun, Profesor al-Qaradawi tetap menamakan produk ini dengan nama *murabahah* kerana pengamal perbankan Islam sudah biasa dengan nama tersebut tetapi beliau menjelaskan bahawa nama tersebut perlu diubahsuai menjadi *bay' al-murabahah li al-amir bi al-shira'* iaitu jualan *murabahah* untuk pihak yang membuat pesanan.¹⁸

3.0. Kesyumulan Mu'amalah Islam Dalam Perbankan Islam Semasa

Berdasarkan pengamatan penulis, mu'amalah Islam tradisional sudah mengenal pasti banyak bentuk kontrak yang mampu berhadapan dengan perkembangan zaman termasuk juga zaman digital di alaf baru. Secara umumnya, para sarjana Islam telah menerima pembahagian kontrak kepada dua kategori iaitu kontrak yang dinamakan

(*musamma*) dan kontrak yang tidak dinamakan (*ghayr musamma*).¹⁹ Kontrak *musamma* ialah kontrak yang diberikan nama oleh Syarak dan Syarak juga telah menerangkan kesan-kesan perundangan daripada kontrak-kontrak ini seperti jual, sewa, syarikat, *hibah* (hadiah), *kafalah* (jaminan), *hiwalah* (pemindahan hutang), *wakalah* (agensi), *rahn* (gadaian), *qard* (pinjaman), *sulh* (menyelesaikan konflik kewangan secara berdamai), perkahwinan, wasiat dan sebagainya.²⁰ Kontrak *ghayr musamma* ialah kontrak yang tidak disebut dalam Syarak dan lanjutan daripada itu, Syarak juga tidak menjelaskan kesan-kesan perundangan daripada kontrak tersebut di mana kontrak-kontrak ini dibentuk oleh manusia seperti kontrak *istisna'*, *bay' al-wafa'*, *bay' al-istijrar*, *al-tahkir*, *muqawalah*, konsesi dan sebagainya.²¹ Selain daripada yang disebut di atas, kontrak-kontrak yang lain boleh ditambah samada berbentuk *musamma* atau *ghayr musamma* seperti *ju'alah*, *'ariyah*, *musaqah*, *muzara'ah*, *wadi'ah*, *mukharajah*, *'umra*, *ruqba*, *minhah*, *iqalah*, *ibra'*, *muqassah*, *'arabun*, *musawamah*, *tawliyah*, *wadi'ah* dan sebagainya. Kontrak-kontrak ini adalah agak komprehensif dan mampu berhadapan dengan cabaran semasa. Contoh kepada amalan perbankan semasa ialah Pasaran Wang Antara Bank Secara Islam (*Islamic Inter-Bank Money Market*) yang mula diperkenalkan di Malaysia mulai 3 Januari 1994 di mana Malaysia sehingga sekarang adalah satu-satunya sistem perbankan Islam yang mempunyai pasaran wang antara bank secara Islam. Pasaran wang antara bank secara Islam melibatkan urusanniaga dalam alat-alat kewangan Islam antara bank seperti penerimaan jurubank secara Islam (*Islamic bankers acceptance*), Bon Mudarabah Cagamas, bil penerimaan secara Islam dan sekuriti hutang secara Islam. Pasaran ini juga melibatkan pelaburan antara bank secara Islam dan sistem penjelasan cek antara bank secara Islam. Apa yang menarik ialah kontrak kepada kedua-dua kegiatan ini adalah berdasarkan kepada kontrak *mudarabah* yang digunakan dalam bentuk moden dan canggih yang tidak pernah diamalkan di masa dahulu.²²

Begitu juga pengalaman Bank Islam Qatar yang mampu memberikan pembiayaan kewangan kepada para pelanggan menerusi instrumen *musawamah* dan bukannya *murabahah*. *Musawamah* adalah satu bentuk kontrak jual beli yang dibuat berdasarkan tawar menawar di mana kos asal dan kadar keuntungan tidak diketahui oleh pihak pembeli. Dalam erti kata yang lain, ia adalah satu kontrak jual beli biasa yang berlaku setiap hari dalam kehidupan manusia. Namun, tidak ada apa yang menghalang mana-mana bank Islam untuk membiayai pelanggan mereka melalui *musawamah* di mana pembayaran harga jualan dibuat secara tertangguh.

Sebagai contoh untuk perkembangan industri perbankan Islam di masa hadapan, kita melihat kontrak jual *'arabun* yang belum diperkenalkan secara meluas dalam amalan perbankan Islam walaupun penggunaan kontrak ini agak jelas dalam amalan konvensional. Kontrak *'arabun* adalah satu kontrak yang menyerupai wang deposit atau pendahuluan yang digunakan sekarang dalam pembelian rumah apabila pembeli membayar 10 peratus daripada harga rumah melalui *'Sale and Purchase Agreement'*. Dalam erti kata yang lain, kontrak *'arabun* ialah amalan meletakkan deposit untuk

sesuatu transaksi kewangan di mana sekiranya pihak yang meletakkan deposit tidak ingin atau tidak mampu meneruskan transaksi kerana sesuatu sebab, wang deposit yang diletakkan itu akan lupus. Mazhab jumhur ulamak tidak membenarkan amalan 'arabun kerana ia membolehkan pihak penjual mendapat wang tanpa balasan. Namun Imam Ahmad b. Hanbal, Muhammad b. Sirin dan Nafi' b. al-Harith membenarkan amalan 'arabun berdasarkan riwayat Nafi' yang merupakan pekerja kepada 'Umar al-Khattab di Mekah. Nafi' telah membeli rumah penjara di Mekah daripada Safwan b. Umayyah dan telah memberi kepada Safwan sebahagian daripada harga bayaran sebagai deposit di mana sekiranya 'Umar al-Khattab tidak bersetuju dengan pembelian tersebut, wang deposit itu adalah milik Safwan. Umar telah memperakui syarat yang diletakkan oleh Nafi'.²³ Imam Ibn Qayyim dalam *I'lam al-Muwaqqi'in* telah menyokong pandangan ini dengan merujuk kepada keputusan Qadi Shuraih di mana Qadi Shuraih menegaskan bahawa barangsiapa yang mensyaratkan ke atas dirinya sendiri tanpa paksaan, syarat itu adalah mengikat.²⁴ Al-Zarqa' pula menegaskan bahawa amalan deposit atau wang cengkeram adalah cara untuk memastikan keseriusan niat (*commitment*) untuk melakukan kontrak dalam bidang perniagaan dan wang ini adalah sebagai balasan kepada kerugian pihak penjual kerana menunggu dan tidak melakukan pemasaran barang tersebut kepada pembeli lain (*bi ta'wid darar al-ghay'an al-ta'attul wa al-intizar*).²⁵ Berdasarkan pengamatan penulis, kontrak 'arabun boleh digunakan secara meluas dalam amalan perbankan Islam untuk menentukan komitmen para pelanggan seperti dalam *murabahah*, *ijarah*, *bay' bi thaman ajil* dan sebagainya.

Keistimewaan kedua yang terdapat dalam undang-undang mu'amalah Islam ialah keharusan untuk menggabungkan beberapa kontrak untuk menjadi satu kontrak dengan entiti perundangan yang baru. Fenomena ini agak jelas dalam amalan perbankan semasa dan akan semakin lebih terserlah di masa hadapan. Secara prinsipnya, mana-mana kontrak boleh digabungkan dengan kontrak yang lain dengan syarat ianya tidak menimbulkan riba, *gharar* dan memberi kesan perundangan yang berbeza dan berkonflik. Misalnya, dalam jual beli khususnya melalui *bay' bi thaman ajil*, kontrak ini digabungkan dengan kontrak jaminan (*pledge*) untuk menjamin kepentingan pihak pembiayaan. Sekiranya kontrak jaminan boleh digabungkan dengan kontrak jual, ia juga boleh digabungkan dengan kontrak sewa. Perkara yang sama berlaku kepada kontrak *wadi'ah yad dhamanah* yang merupakan asas kepada Akaun Simpanan dan Akaun Semasa. Kontrak ini adalah gabungan antara *wadi'ah (safe-custody)* dan *daman (suretyship)*. Malah, dari segi praktis, Akaun Simpanan dan juga sesetengah Akaun Semasa digabungkan pula dengan kontrak *hibah* iaitu sumbangan sukarela yang diberikan oleh pihak penjaga (*custodian*) kepada pihak yang menyimpan (*depositor*).

Perkembangan yang terkini ialah produk Sewa Beli Islam yang dipakej atas kontrak *al-Ijarah Thumma al-Bay'* (AITAB) yang menjadi amalan di beberapa syarikat kewangan di Malaysia.²⁶ Jelas bahawa kontrak ini menggabungkan dua kontrak iaitu *ijarah* dan *bay'* tetapi kedua-duanya dilakukan dalam masa yang berbeza supaya tidak

bertentangan dengan tuntutan perundangan Islam untuk menghindarkan larangan Rasulullah SAW daripada melakukan “dua kontrak dalam satu kontrak”. Begitu juga, penulis berpandangan bahawa kontrak *ibra'* yang berbentuk kontrak sebelah pihak boleh digabungkan bukan sahaja dengan kontrak jual beli tetapi juga dengan *ijarah*. Malah, penulis berpandangan bahawa peruntukan *ibra'* ini boleh dimasukkan dalam surat tawaran kerana kesediaan pihak penjual atau penyewa untuk mengurangkan harga jualan atau sewaan adalah sah dan tidak menjejaskan harga atau sewa yang disepakati kerana *ibra'* sebenarnya memberikan kebaikan kepada salah satu pihak dengan keredaan pihak penderma. Ini adalah beberapa contoh bagaimana kontrak-kontrak dalam Islam adalah berbentuk anjal dan boleh digabungkan untuk membentuk kontrak yang berbeza untuk menjaga kemaslahatan kedua pihak dalam kontrak dan untuk memenuhi cabaran zaman moden. Sebelum ini, perbincangan telah dibuat ke atas *bay' al-wafa'* dan *daman* yang merupakan gabungan antara dua kontrak yang berbeza.

4.0. Mu'amalah dan Sistem Kewangan Islam yang Komprehensif

Sistem perbankan Islam tidak akan menjadi mampan melainkan undang-undang mu'amalah Islam dapat menyediakan asas yang kukuh untuk perbankan dan kemudiannya sistem kewangan Islam berkembang. Ini melibatkan pasaran pertama dan juga pasaran sekunder (*secondary market*). Kemampuan undang-undang mu'amalah Islam dalam pasaran pertama sudah jelas melalui amalan masyarakat Islam sejak berkurun yang terdahulu. Namun, kemampuan undang-undang mu'amalah Islam menyahut cabaran untuk mengwujudkan pasaran sekunder secara Islam adalah satu proses yang baru bermula di Malaysia dan negara-negara Islam yang lain. Persoalan ini berkaitan rapat dengan isu pengsekuritian aset yang merupakan satu proses untuk mencapai kecairan kepada pembiaya dan juga para pelabur. Bon Mudarabah Cagamas dan bon-bon korporat secara Islam (*Islamic private debt securities*) adalah beberapa contoh kepada pengsekuritian aset dalam perbankan Islam.

Pengsekuritian ialah satu proses untuk menukar aset yang tidak cair menjadi instrumen yang cair (*liquid instruments*). Dalam erti kata lain, pengsekuritian menjadikan hutang yang tertanggung dalam jualan bertanggung seperti *bay' bi thaman ajil* dan seumpamanya diniagakan dalam pasaran sekunder.²⁷ Melalui proses pengsekuritian aset, pihak pembiaya tidak lagi terikat dengan tempoh pembayaran semula yang panjang kerana mereka akan memperolehi semula jumlah asal pembiayaan mereka untuk digunakan bagi membiayai aktiviti-aktiviti pembiayaan yang lain. Dalam konteks Malaysia, pengsekuritian aset dilakukan melalui gabungan antara *bay' al-dayn* dan mana-mana kontrak yang lain seperti *mudarabah* dalam Bon Mudarabah Cagamas; atau *bay' bi thaman ajil* seperti dalam kes Shell MDS Sdn. Bhd untuk aset yang berjumlah RM125 juta; atau *musharakah mutanaqisah* seperti dalam kes Sarawak Shell Berhad; atau pun melalui gabungan *qard hasan* dan *hibah* seperti dalam kes Petronas Gas Berhad pada tahun 1995.²⁸ Secara perbandingan dengan sistem perbankan dan

kewangan konvensional, sistem perbankan dan kewangan Islam tidak akan lengkap tanpa mempunyai beberapa instrumen lain dalam konteks pasaran hadapan, pasaran derivatif, waran panggilan, opsi sama dan opsi put dan opsi indeks. Isu-isu ini masih lagi dalam peringkat kajian khususnya di Unit Pasaran Modal Islam di Suruhanjaya Sekuriti. Di segi yang lain, perbankan Islam dibantu oleh kewujudan saham-saham amanah Islam dan juga saham-saham yang disenaraikan di kaunter-kaunter yang telah diluluskan oleh Majlis Pengawasan Shari'ah di Suruhanjaya Sekuriti untuk tujuan pelaburan dan sebagainya.

5.0. Isu-Isu Perundangan Semasa dan Undang-Undang Mu'amalah

Isu-isu perundangan semasa adalah isu yang paling ketara dalam perkembangan undang-undang mu'amalah Islam dan kaitannya dengan perbankan Islam. Banyak isu yang boleh diperbincangkan dalam konteks melihat sejauhmana undang-undang mu'amalah yang merupakan teras kepada sistem perbankan Islam selari dengan undang-undang sivil. Sebagai contoh ialah peruntukan atau seksyen 55 Akta Bank Islam 1983 yang menyatakan bahawa apabila berlaku apa-apa konflik antara peruntukan Akta ini dengan Akta Syarikat 1965, peruntukan dalam Akta Bank Islam akan mengatasi. Namun, Akta Bank Islam tidak langsung menyentuh kemungkinan berlakunya konflik antara Akta tersebut dengan akta-akta yang lain seperti Akta Keterangan, Akta Kontrak, Kanun Tanah Negara dan sebagainya dan bagaimana penyelesaian perlu dibuat apabila terdapat pertentangan.

Di samping itu, terdapat beberapa isu perundangan yang perlu diambil perhatian oleh para pengamal perbankan Islam. Sistem perbankan Islam adalah berbeza dengan perbankan konvensional bukan sahaja dari segi istilah, konsep dan cara pelaksanaan tetapi yang lebih penting ialah kesan perundangan yang ditetapkan sendiri oleh Syarak akibat daripada sesuatu kontrak yang telah dipilih untuk mendasari sesuatu transaksi atau hubungan antara bank dan pelanggan. Isu-isu ini adalah seperti isu pemilikan dan hak milik, jaminan kepada pembiayaan, risiko dan libiliti, ganti rugi dan seumpamanya.²⁹ Penulis ingin menimbulkan dua isu untuk perbincangan dalam penulisan ini. Isu pertama berhubung dengan persoalan perpindahan hak milik akibat daripada kontrak jual dan beli. Dalam kes *Dato' Haji Nik Mahmud Bin Daud* lwn. *Bank Islam Malaysia Berhad* [1996] 1 CLJ, Hakim Mahkamah Tinggi Kota Bharu telah menolak dakwaan plaintif kerana hak milik tanah plaintif tidak pernah berpindah milik kepada Bank Islam Malaysia Berhad, walau pun pihak Bank sudah membeli tanah daripada plaintif melalui "*Property Purchase Agreement*". Pihak Mahkamah berpandangan bahawa hak milik tidak pernah berpindah tangan di mana hanya hak (*right*) atau kepentingan (*interest*) di atas tanah itu yang berpindah ke pihak plaintif. Sehubungan dengan itu, tindakan pihak defendan iaitu Bank Islam membeli tanah Melayu Kelantan tidak bertentangan dengan seksyen 7 (i) Enekmen Tanah Simpanan

Melayu.³⁰ Penghujahan sebegini mendapat banyak sokongan daripada kes-kes duluan dalam undang-undang sivil. Namun, persoalan akan timbul sejauh manakah penghujahan sedemikian bertepatan dengan maksud dan kesan perundangan daripada kontrak *bay' bi thaman ajil* yang jelas berbentuk jual dan beli di mana perpindahan hak milik adalah kesan yang jelas dalam kontrak tersebut. Penulis menyedari bahawa penghujahan ilmiah ini boleh diketepikan melalui banyak penghujahan perundangan tetapi ianya tetap menimbulkan sesuatu kemusykilan kepada sarjana Shari'ah kerana praktis tidak bertepatan dengan teori.

Isu yang kedua berhubung dengan aspek bebanan menanggung risiko dan libiliti di mana perundangan Islam telah menjelaskan bahawa pemilik aset adalah bertanggungjawab terhadap keselamatan barang di bawah pemilikannya. Prinsip ini terpakai dalam semua aspek perundangan Islam seperti jual-beli, sewa, gadaian dan sebagainya. Namun, dalam kontrak sewa (*lease*) mengikut perspektif undang-undang sivil, bebanan risiko ini selalunya dipindahkan ke atas pelanggan/penyewa (*lessee*). Sebagai contoh dalam kontrak *ijarah*, pemberi sewa atau pemilik aset sewaan adalah bertanggungjawab memelihara keselamatan dan kebaikan asetnya yang disewakan kepada penyewa. Dalam undang-undang sivil, bebanan untuk memelihara aset tersebut dipikul oleh penyewa dan bukan oleh pemberi sewaan. Konflik perundangan akan timbul apabila aset yang disewa itu seperti keretapi atau kapalterbang atau sumber tenaga elektrik atau saluran air minuman misalnya menimbulkan kemalangan kepada pihak ketiga. Persoalan akan timbul siapakah yang akan bertanggungjawab membayar ganti rugi atau menghadapi tindakan mahkamah; pemberi sewa (*lessor*) atau pun penyewa (*lessee*)?

6.0. Cadangan Ke arah Pemantapan Undang-Undang Mu'amalah

Undang-undang mu'amalah khususnya berkaitan dengan amalan perbankan Islam tidak akan dapat berkembang dengan sempurna tanpa ada ruang yang cukup dalam sistem perundangan pada hari ini. Kedinamikan undang-undang mu'amalah tidak akan dapat berfungsi sepenuhnya sekiranya aspek perundangan berhubung dengan pelaksanaan prinsip-prinsip perundangan mu'amalah tidak dapat dijalankan. Perkembangan perbankan Islam di Malaysia banyak disokong oleh perubahan-perubahan perundangan tertentu seperti memperkenalkan Sijil Pelaburan Kerajaan pada tahun 1983 melalui Akta Pelaburan Kerajaan 1983 untuk membolehkan pihak Bank Islam membeli aset yang cair secara Islam untuk mematuhi peraturan Bank Negara dalam konteks tuntutan kecairan (*liquidity requirement*). Pindaan undang-undang juga dilakukan kepada Akta Stem 1949 dan Real Property Gains Tax 1976. Ini semua dilakukan untuk tujuan membantu perkembangan perbankan Islam Malaysia.

Penulis berpandangan bahawa sekiranya terdapat akta yang lengkap tentang perbankan Islam bermula dari segi konsep dan definisi hinggalah kepada cara tuntutan ganti rugi dan cara penyelesaian di mahkamah, ini akan memberikan satu lonjakan yang

penting kepada sistem perbankan Islam di Malaysia. Perlu ditekankan di sini bahawa asas kepada perbankan Islam ialah prinsip-prinsip mu'amalah. Sekiranya prinsip-prinsip mu'amalah ini tidak disusun dan dikawal selia oleh satu akta perundangan yang sempurna, sukar kepada perbankan Islam untuk berkembang dalam keadaan yang sempurna, 'sihat' dan menyakinkan pengamal perbankan Islam. Sehubungan dengan itu, dicadangkan supaya Akta Mu'amalah Perbankan Islam diadakan untuk mengawal selia amalan perbankan Islam samada yang disediakan oleh Bank Islam atau bank-bank konvensional yang menyediakan skim perbankan tanpa faedah.

7.0. Kesimpulan

Penulisan ini bertujuan untuk menyerlahkan betapa undang-undang mu'amalah Islam mampu dan tetap dinamik serta mampan untuk menghadapi cabaran tuntutan perbankan moden. Prinsip-prinsip yang terdapat dalam undang-undang mu'amalah Islam boleh mengembangkan industri perbankan Islam ke tahap yang tidak terjangkau oleh pemikiran kerana prinsip-prinsip yang sama inilah yang telah membina tamadun umat Islam sejak 13 kurun yang lalu. Keistimewaan undang-undang mu'amalah Islam akan lebih terserlah sekiranya pengamal perbankan Islam, dengan sokongan aspek perundangan, dapat memajukan unsur kekuatan (*niche*) mu'amalah Islam iaitu pembiayaan yang berbentuk ekuiti melalui *mudarabah*, *musharakah* atau *musharakah mutanaqisah*. Untuk menanggapi sistem perbankan konvensional, para pengamal perbankan mestilah berani dan bersikap pro-aktif dan inovatif untuk memperkasa dan memajukan aspek pembiayaan yang sememangnya tidak ingin diceburi atau tidak mampu dilakukan oleh sistem perbankan konvensional. Ini adalah satu ramuan dan cadangan yang belum diterjemahkan dalam realiti sebenar dan sehingga ia dibuktikan, ianya hanyalah merupakan igauan dan mimpi yang tidak berpijak di bumi nyata.

Aspek yang tidak kurang pentingnya untuk kemajuan undang-undang mu'amalah Islam ialah satu susunan undang-undang mu'amalah yang diberikan kuasa perundangan untuk mengawal selia perjalanan dan perkembangan perbankan Islam. Apabila sudah terdapat kejelasan dalam aspek Shari'ah dan juga perundangan, instrumen dan produk Islam akan bertambah subur. Amalan perbankan Islam mempunyai segala unsur kekuatan tetapi ianya tidak dapat berkembang dengan sempurna kerana pihak pembiaya dan pihak pengguna pembiayaan atau pun pendeposit tidak jelas hak dan tanggungjawab masing-masing dalam aspek perundangan. Akta Mu'amalah Perbankan Islam mungkin boleh memberikan satu inspirasi baru kepada perkembangan industri perbankan Islam di alaf baru yang mendatang.

Nota Hujung

- 1 Undang-undang Barat sebaliknya bermula dengan anggapan bahawa manusia adalah tidak bermoral dan bermasalah dan sehubungan dengan itu perlu kepada undang-undang yang ketat sebagai balasan.
Lihat Ballantyne, "The Shari'a : A Speech to the IBA Conference in Cairo, On Arab Comparative and Commercial Law 15-18 February 1987", *Arab Law Quarterly*, vol. 2, Februari 1987, m.s. 18.
- 2 Pendekatan ini dapat dilihat dengan jelas melalui penulisan al-Mahmassani, *al-Nazariyah al-'Ammah li al-Mujibat wa al-'Uqud di al-Shari'ah al-Islamiyyah*, Dar al-'Ilm li al-Malayin, Beirut, 1983; al-Zarqa', *al-Fiqh al-Islami fi Thaubihi al-Jadid (al-Madkhal al-Fiqhi al-'Amm)*, Damsyiq, 1968; al-Zuhayli, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu*, Dar al-Fikr, Beirut, 1984.
- 3 Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press, 1991, m.s. 76-85.
- 4 Ballantyne, "The Shari'a", m.s. 27.
- 5 Sila lihat Ballantyne, "The New Civil Code of the United Arab Emirates : A Further Reassertion of the Shari'a", *Arab Law Quarterly*, vol. 1, part 3, 1986, m.s. 245-263.
- 6 Madkur, *al-Fiqh al-Islami*, Maktabah 'Abd Allah Wahb, Kaherah, 1955, m.s. 421.
Untuk rujukan lanjut, lihat Ibn Hazm, *al-Muhalla*, disunting oleh Ahmad Muhammad Shakir, Dar al-Afaq al-Jadidah, Beirut, t.t., jil. 8, m.s. 412; idem, *al-Ihkam fi Usul al-Ahkam*, disunting oleh Ahmad Muhammad Shakir, Dar al-Afaq al-Jadidah, Beirut, 1980, jil. 5, m.s. 598.
- 7 Sila lihat Muhammad Yusuf Musa, "Freedom of Contract and Stipulations in Islamic Law", *Islamic Culture*, 1955, m.s. 156-170.
- 8 Ibn Taymiyyah, *al-Fatawa*, jil. 3, m.s. 239.
Untuk melihat penghujahan Ibn Taymiyyah dengan lebih lanjut, sila lihat Ibn Taymiyyah, *Nazariyyah al-'Aqd*.
- 9 Ibn Qayyim, *I'lam al-Muwaqqi'in 'an Rabb al-'Alamin*, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beirut, 1991, jil. 4, m.s. 6.
- 10 Al-Qaradawi, *Bay' al-Murabahah li al-Amir bi al-Shira'*, m.s. 18.
- 11 *Ibid.*, m.s. 19.
- 12 Al-Zuhayli menyokong pendapat Hanbali dalam konteks kebebasan berkontrak.
Lihat al-Zuhayli, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu*, jil. 4, m.s. 243.
- 13 Al-Shatibi, *al-Muwafaqat fi Usul al-Shari'ah*, disunting oleh 'Abd Allah Darraz, Dar al-Ma'rifah, Beirut, t.t., jil. 2, m.s. 300, 305.
Prinsip ini sebenarnya dirumus oleh penyunting *al-Muwafaqat* iaitu al-Darraz. Penulisan asal al-Shatibi ialah "*al-asl fi al-'adat al-iltifat ila al-ma'ani*". Lihat *ibid.*

- 14 Ibn Taymiyyah, *Majmu' Fatawa Syakh al-Islam Ahmad ibn Taymiyyah*, disunting oleh 'Abd al-Rahman Ibn Muhammad ibn Qasim al-'Asimi al-Najdi al-Hanbali, Riyad, 1381-1386 H, vol. 29, m.s. 478-483.
- 15 Ibn Nujaym, *al-Ashbah wa al-Naza'ir*, Calcutta, 1926, m.s. 46.
Untuk melihat lebih lanjut perbahasan tentang helah fiqhiyyah dan amalannya dalam amalan perbankan semasa, lihat Mohd Daud Bakar, *Helah Fiqhiyyah Dalam Amalan Perbankan Islam Semasa* (akan datang).
- 16 Ibn Qadi Sawaminah, *Jami' al-Fusulayn*, Bulaq, Mesir, 1838-1884, jil. 1, m.s. 169.
Sebenarnya, tujuan *bay' al-wafa'* ialah untuk menghadapi masalah aliran tunai (*cash-flow*) dan tujuan memperolehi kecairan (*liquidity*)
Lihat Mohd Daud Bakar, "Al-Suyulah: The Islamic Concept of Liquidity", dibentangkan di *International Islamic Capital Market Conference '97*, 15-16 Julai 1997, m.s. 6-7.
- 17 Al-Qaradawi, *Bay' al-Murabahah*, m.s. 25-26.
- 18 *Ibid.*
- 19 Al-Zuhayli, *al-Fiqh al-Islami*, jil. 4, m.s. 242.
- 20 *Ibid.*
- 21 *Ibid.*
- 22 Lihat Nor Mohamed Yacop, *Teori, Amalan dan Prospek Sistem Kewangan Islam*, Utusan Publications & Distributors Sdn. Bhd., 1996, m.s. 57-62; *Money and Banking in Malaysia*, Bank Negara Malaysia, 1994 (Anniversary Edition 1959-1994) m.s. 336-337.
- 23 Ibn Rushd, *Bidayat al-Mujtahid wa Nihayat al-Muqtasid*, Matba'ah Mustafa al-Babi al-Halabi wa Awladihi, Mesir, 1981, jil. 2, m.s. 135.
- 24 Ibn al-Qayyim, *I'lam al-Muwaqqi'in*, jil. 3, m.s. 339.
- 25 Al-Zarqa', *al-Madkhal al-Fiqhi al-'Amm*, jil. 1, m.s. 495 (perkara 234).
- 26 Mengikut Persatuan Akaun dan Audit Untuk Institusi Kewangan Islam yang beribu pejabat di Bahrain (AAOIFI), sebenarnya terdapat empat cara bagaimana sewa beli Islam boleh dilaksanakan dan kesemuanya merupakan gabungan antara dua kontrak yang berbeza. Lihat *Public Hearing of Islamic Accounting and Auditing Standards*, dibentangkan di Hotel Istana, Kuala Lumpur, 2-3 April 1997, m.s. 6-10 (*Ijarah and Ijarah Muntahi bi al-Tamlik*).
- 27 Wan Abdul Rahim Kamil, "Securitisation of Interest-Free/Islamic Assets", kertas kerja dibentangkan di *The Asian Dual Banking Conference*, dianjurkan oleh The Asia Business Forum, Kuala Lumpur, 26-27 September 1995, m.s. 2.
- 28 Nor Mohamed Yacop, *Teori, Amalan dan Prospek Sistem Kewangan Islam*, m.s. 86-88.

- 29 Robert Fugard, "Legal Issues of Islamic Finance", *New Horizon*, no. 66, Ogos, 1997, m.s. 7-11.
- 30 *Current Law Journal*, Mac 1996, m.s. 582.