

CADANGAN MEWUJUDKAN BAHAGIAN MUAMALAT DI MAHKAMAH TINGGI

Oleh

Dato' Abdul Hamid bin Haji Mohamad
Hakim, Mahkamah Rayuan, Malaysia

Latarbelakang

Akta Bank Islam 1983 mula berkuatkuasa pada 7 April 1983. Ini diikuti oleh Akta Takaful 1984 yang mula berkuatkuasa pada 1 Januari 1985. Kedua-dua undang-undang itu adalah undang-undang Persekutuan. Kes-kes yang berbangkit daripada undang-undang itu dibicarakan oleh mahkamah sivil. Pemakaian undang-undang itu tidak terhad kepada orang-orang Islam sahaja.

Akta Bank Islam 1983 dan Akta Takaful 1984 tidak memperuntukkan format transaksi-transaksi, contoh-contoh perjanjian atau borang bagi transaksi-transaksi yang dikatakan mengikut hukum syarak itu. Pegawai-pegawai bank yang menjalankan kerja-kerja itu, baik pegawai bank Islam atau bank-bank konvensional yang turut mewujudkan perkhidmatan perbankan Islam itu adalah pegawai-pegawai yang terlatih dan mempunyai pengalaman kerja di bank-bank konvensional. Demikian juga dengan takaful. Peguam-peguam yang menggubal perjanjian-perjanjian yang dipakai untuk transaksi-transaksi itu adalah peguamcara dan peguambela sivil. Mereka semestinya memakai contoh-contoh dokumen atau perjanjian yang biasa mereka guna. Itu sahaja yang ada pun. Lagi pula jika suatu kontrak hendak dibuat, undang-undang yang terpakai adalah Akta Kontrak 1950. Kita belum ada Akta Kontrak Syariah. Bentuk transaksi-transaksi yang dipakai dalam perbankan Islam dan takaful pun adalah berasaskan transaksi-transaksi yang biasa digunakan oleh bank-bank dan syarikat-syarikat insurans konvensional, dengan pengubahsuaian yang difikirkan perlu untuk "mengIslamkannya", khususnya untuk mengelak unsur riba. Di samping itu, dalam transaksi perbankan Islam itu pun, ada pula dokumentasi-dokumentasi yang perlu dilakukan mengikut undang-undang sivil seperti gadaian mengikut peruntukan-peruntukan Kanun Tanah Negara, jaminan ("guarantee"), surat kuasa wakil ("power of attorney") dan lain-lain. Ini belum mengambil kira produk-produk lain yang lebih "sophisticated" seperti pengeluaran bon, debentur dan sebagainya.

Saya tidak fikir ada pilihan lain kerana urusan perbankan Islam dan takaful dalam bentuk yang diamalkan sekarang itu sendiri adalah suatu perkara baru dan tidak ada precedent dalam kitab-kitab fiqah lama. Ini adalah hakikat yang perlu diterima. Adalah tidak betul membuat anggapan bahawa undang-undang sivil tidak relevan dalam urusan perbankan Islam atau takaful.

Daripada perbincangan-perbincangan saya dengan pegawai-pegawai Bank Negara dan peguamnya nampaknya ada dua bidang yang memerlukan perhatian. **Pertama**, forum. **Kedua**, undang-undang substantif.

Forum

Mengenai **forum**, soalnya ialah mahkamah atau badan manakah yang patut membicarakan kes-kes perbankan Islam dan takaful. Saya berpendapat bahawa forum yang paling baik ialah mahkamah sivil. Ini kerana, **pertama**, perbankan dan insurans terletak dalam bidangkuasa perundangan Persekutuan dan mahkamah sivil.

Kedua, undang-undang yang terlibat dalam transaksi-transaksi itu, hampir kesemuanya, adalah undang-undang sivil seperti Akta Syarikat 1965, Kanun Tanah Negara, Akta Setem 1949, Akta Surat Kuasa Wakil 1949, Akta Perindustrian Sekuriti 1983 dan lain-lain.

Ketiga, undang-undang yang berkenaan dan kebanyakan dokumentasi adalah dalam bahasa Inggeris dan hakim-hakim mahkamah syariah tidak “familiar” dengannya.

Keempat, ada pihak-pihak dalam sesuatu kes itu yang bukan beragama Islam sedangkan mahkamah syariah hanya mempunyai bidangkuasa terhadap orang-orang Islam.

Kelima, mahkamah syariah adalah mahkamah Negeri yang bidangkuasanya terhad kepada sesuatu Negeri itu sahaja. Ini menimbulkan masalah panyampaian proses mahkamah dan pelaksanaan perintah di Negeri lain. Apatah lagi jika defendan berada di luar negara yang memerlukan penyampaian dan pelaksanaan di luar negara.

Keenam, bentuk pelaksanaan yang terdapat di mahkamah syariah amat terhad. Sebagai misalan, mahkamah syariah tidak mempunyai bidangkuasa memberi remedi seperti kebangkrapan, penggulungan syarikat, lelongan di bawah Kanun Tanah Negara dan lain-lain. Dalam kes **Tinta Press Sdn. Bhd. V. Bank Islam Malaysia Bhd.** (1987) 2 MLJ 192 misalnya perintah yang dipohon oleh Bank Islam ialah injunksi mandatory, satu remedi “common law”. Semua ini bukan sahaja di luar bidangkuasa mahkamah syariah malah asing (“foreign”) kepada hakim-hakim mahkamah syariah.

Ketujuh, manakala mahkamah sivil cuma mempunyai satu Mahkamah Rayuan dan satu Mahkamah Persekutuan untuk seluruh negara, mahkamah syariah mempunyai **empat belas** Mahkamah Rayuan Syariah, satu bagi setiap Negeri. Kemungkinan mahkamah-mahkamah itu memberi keputusan yang berlainan dalam hal yang serupa tidak boleh ditolak. Malah, ada pula pendapat di kalangan

hakim-hakim mahkamah syariah dan “pakar-pakar perundangan Islam” bahawa doktrin “stare decisis” (penghakiman mahkamah yang lebih tinggi mengikat mahkamah yang lebih rendah mengenai persoalan yang serupa) tidak terpakai di mahkamah syariah. Ini akan mengakibatkan ketidakpastian dalam undang-undang dan kesukaran peguam-peguam menasihatkan anakguamnya. Selain daripada itu, Mahkamah Rayuan Syariah masih tidak berfungsi sepenuhnya. Ada yang tidak pernah bersidang langsung selama beberapa tahun kerana ketiadaan Ketua Hakim Syarie dan lain-lain.

Untuk perbincangan lebih lanjut mengenai perkara ini lihat “**Sistem Kehakiman dan Perundangan di Malaysia: Satu Wawasan**” (2001) 4 MLJ clxxx.

Saya berpendapat bahawa suatu **tribunal khas** juga tidak sesuai kerana, antara lain, ia tidak mempunyai kuasa “memaksa” sesuatu pihak atau saksi hadir, mengemukakan dokumen dan lain-lain seperti yang boleh dilakukan melalui proses mahkamah. Ia tidak boleh memberi remedi-remedi yang boleh diberi oleh mahkamah seperti injunksi, pelaksanaan spesifik dan lain-lain. Ia tidak mempunyai bidangkuasa memberi perintah kebangkrapan, pengguguran syarikat, perintah jualan (lelonagan) dan lain-lain. Ia juga tidak mempunyai jentera untuk menguatkuasakan perintahnya. Prosiding dan keputusannya senentiasa tertakluk kepada kajian kehakiman (“judicial review”).

Undang-undang Substantif

Kemusykilan kedua ialah mengenai undang-undang substantif, khususnya berkenaan hukum syarak. Adalah dikhuatiri kiranya persoalan hukum syarak berbangkit dalam sesuatu prosiding, hakim-hakim mahkamah sivil mungkin akan menghadapi masalah memutuskannya.

Patut diambil perhatian bahawa mengikut kes-kes yang dilaporkan dalam jurnal-jurnal undang-undang, sehingga ke hari ini, walaupun beratus-ratus kes telah difailkan di mahkamah sivil, belum pernah ada satu kes pun di mana persoalan hukum syarak perlu diputuskan. Kebanyakan kes-kes itu adalah berasaskan pecah kontrak dan permohonan untuk mendapat perintah jualan mengikut peruntukan-peruntukan di bawah KanunTanah Negara. Tiga kes kerap disebut. Kes-kes itu ialah: **Tinta Press Sdn. Bhd. V. Bank Islam Malaysia Bhd.** (1987) 2 MLJ 192 (Mahkamah Agung), **Bank Islam Malaysia Berhad v. Adnan Bin Omar** (1994) 3 CLJ 735 (Mahkamah Tinggi) dan **Dato’ Hj. Nik Mahmud bin Daud v. Bank Islam Malaysia Berhad** (1996) 4 MLJ 295 (Mahkamah Tinggi).

Dalam kes **Tinta Press Sdn. Bhd.**, persoalan utama ialah sama ada Mahkamah Tinggi betul dalam mengeluarkan perintah injunksi mandatory. Injunksi mandatory adalah satu remedi “common law” dan undang-undang berkenaan dan prosedurnya diperuntukkan dalam Akta Relif Spesifik 1950 dan Kaedah-Kaedah Mahkamah Tinggi 1980 (KMT 980). Tidak ada hukum syarak mengenainya. Memanglah salah satu hujah yang dikemukakan ialah bahawa

transaksi itu sebenarnya adalah satu transaksi pinjaman, bukan pajakan (“a loan transaction not a lease”). Mahkamah melihat kepada kandungan perjanjian yang dimasuki dan memutuskan bahawa ia adalah satu transaksi pajakan. Perlu diambil perhatian bahawa apa yang diujahkan ialah bahawa transaksi itu adalah satu pinjaman dan **bukan** bahawa transaksi itu bercanggah dengan hukum syarak atau mengikut hukum syarak transaksi itu adalah satu pinjaman.

Dalam kes **Adnan Bin Omar**, Bank Islam memberi kemudahan kewangan mengikut prinsip Al-Bai’ Baithaman Ajil kepada Adnan yang dijamin (“secured”) dengan satu pajakan (“charge”) mengikut Kanun Tanah Negara. Adnan gagal menjelaskan bayaran ansuran seperti yang dipersetujui. Adalah salah satu terma perjanjian itu jika Adnan gagal menjelaskan ansuran itu, Bank Islam berhak menjual tanah yang digadai itu, juga mengikut peruntukan Kanun Tanah Negara seperti transaksi bank konvensional juga. Oleh itu Bank Islam memohon melalui saman pemula seperti yang diperuntukkan oleh KMT 1980, juga seperti yang biasa dilakukan oleh bank-bank konvensional. Hujah yang dikemukakan ialah bahawa Bank Islam dalam prosiding itu gagal mematuhi kehendak peruntukan-peruntukan Aturan 83 kaedah 3(3) dan (7) KMT 1980. Bantahan itu dibuat atas dua alasan. **Pertama**, kerana Adnan hanya menerima RM265,000.00 bukan RM583,000.00 seperti yang dituntut itu. **Kedua**, kerana tuntutan Bank Islam tidak termasuk faedah “seperti yang dikehendaki oleh kaedah tersebut.”

Persoalan pertama ada meritnya. Memang betul bahawa jumlah wang yang dikeluarkan oleh Bank Islam (dibayar kepada Adnan) hanyalah sebanyak RM265,000.00 **bukan** RM583,000.00 seperti yang dituntut oleh bank itu. Bank itu menuntut RM583,000.00 iaitu harga jualan oleh bank itu kepada Adnan mengikut prinsip Al-Bai’ Bithaman Ajil, tetapi bank itu memberi akujanji untuk memulangkan bakinya. Pesuruhjaya Kehakiman yang membicarakan kes itu menerima kenyataan bank itu bahawa jumlah yang diberi (“advanced”) berdasarkan dokumen-dokumen yang dikemukakan sebagai ekshibit, adalah RM583,000.00. Perlu diambil perhatian bahawa hujah itu dikemukakan atas alasan ia melanggar peruntukan Aturan 83 kaedah 3(3), KMT 1980, **bukan** kerana ia melanggar hukum syarak.

Persoalan kedua adalah ganjil. Kaedah berkenaan (kaedah 3(7), Aturan 83, KMT 1980) bukan mengatakan faedah mesti dituntut. Ia cuma menghendaki supaya faedah itu dinyatakan dalam sesuatu tuntutan supaya mahkamah dapat tahu berapa hutang pokoknya dan berapa faedahnya. Jika tidak ada faedah apa yang hendak dinyatakan dalam tuntutan itu? Sekali lagi, hujah itu **bukan** satu persoalan hukum syarak.

Kes **Dato’ Hj. Nik Mahmud** juga melibatkan kemudahan kewangan mengikut prinsip Al-Bai’ Bithaman Ajil. Sebagai jaminan (“security”) gadaian mengikut Kanun Tanah Negara dibuat. Melalui notis usul Dato’ Hj. Nik Mahmud memohon perintah bahawa gadaian dan perjanjian jual beli itu tak sah. Alasannya ialah bahawa transaksi itu bercanggah dengan peruntukan Enakmen Tanah Rizab

Melayu Kelantan 1930 (“Kelantan Malay Reservation Enactment 1930”). Persoalan undang-undang tanah mengikut Kanun Tanah Negara juga telah dibangkitkan. Mahkamah Tinggi menolak hujah-hujah itu. Perlu diambil perhatian bahawa pada mulanya peguam Nik Mahmud telah juga membangkitkan hujah bahawa Bank Islam dilarang daripada menerima gadaian mengenai satu transaksi berunsur riba dan oleh itu penerimaan gadaian tersebut adalah menyalahi (“ultra vires”) Tataurusan Persatuan (“Articles of Association”) bank itu. Mujurlah kemudiannya peguam Nik Mahmud tidak meneruskan dengan hujah itu. Jika tidak, mahkamah akan perlu memutuskan persoalan hukum syarak, ia itu sama ada transaksi itu satu transaksi berunsur riba atau tidak. Persoalan itu perlu diputuskan terlebih dahulu sebelum mahkamah boleh memutuskan sama ada ia melanggar Tataurusan Persatuan Bank Islam atau tidak. Jadi, walau pun setakat ini mahkamah belum kena membuat keputusan mengenai hukum syarak, ia sudah hampir-hampir kena membuatnya. Maka kemungkinan ia akan kena berbuat demikian tidaklah boleh dipandang ringan. Persediaan perlulah dibuat.

Sebelum membincang badan mana yang lebih sesuai untuk memutuskan persoalan-persoalan seperti itu, ada beberapa perkara yang patut dijelaskan terlebih dahulu. **Pertama**, pada pandangan saya, tanggapan umum bahawa orang-orang yang berkelulusan “universiti Islam” dan pandai berbahasa Arab semestinya mempunyai kepakaran dalam perbankan Islam dan takaful adalah tidak tepat. “Universiti Islam”, seperti universiti-universiti lain, menawarkan berbagai-bagai disiplin. Malah, seorang yang berkelulusan syariah pun tidak semestinya arif dalam perbankan Islam dan takaful. Dia besar kemungkinan arif mengenai hukum berkenaan riba dan jual beli mengikut hukum syarak dan lain-lain. Tetapi, perbankan Islam dan takaful seperti yang diamalkan sekarang ini bukannya sesuatu yang terdapat dalam kitab-kitab fiqah tradisional. Malah, bentuknya pun direka oleh ahli-ahli ekonomi konvensional yang tahu selok-belok perbankan dan insurans konvensional dengan menyesuaikan dengan kehendak-kehendak syarak. Bentuk transaksi dan dokumentasi adalah berlandaskan transaksi dan dokumentasi perbankan dan insurans konvensional, dengan pengubahsuaian yang perlu. Transaksi dan dokumentasi (kebanyakannya dalam bahasa Inggeris) itu pula berlandaskan undang-undang yang terpakai dalam perbankan dan insurans konvensional. Pendek kata, seseorang yang tidak mengetahui perbankan dan insurans konvensional besar kemungkinan tidak akan faham perbankan Islam dan takaful yang diamalkan sekarang.

Kedua, pada pandangan saya, adalah tidak tepat membuat tanggapan bahawa orang-orang yang tidak tahu berbahasa Arab tidak boleh mempelajari undang-undang mengenai perbankan Islam dan takaful. Memang orang-orang yang tahu bahasa Arab mempunyai kelebihan dalam mengkaji hukum syarak secara umum kerana Al-Quran, Hadith dan kitab-kitab fiqah tradisional adalah dalam bahasa Arab. Mereka boleh membuat rujukan yang lebih luas mengenai hukum syarak. Tetapi, dalam bidang perbankan Islam dan takaful khususnya, penulisan dalam bahasa Inggeris tidak kurang banyaknya, jika tidak lebih daripada dalam bahasa

Arab. Di negara kita pun, kebanyakan kertas-kertas kerja yang dikemukakan dalam seminar-seminar mengenai perbankan Islam dan takaful ditulis dalam bahasa Inggeris. Pada pandangan saya, seorang peguam yang menguasai bahasa Inggeris tetapi tidak tahu bahasa Arab akan dapat memahami perbankan Islam dan takaful seperti yang diamalkan hari ini dengan lebih mudah daripada seorang yang berkelulusan syariah yang menguasai bahasa Arab tetapi tidak menguasai bahasa Inggeris dan tidak mempunyai latarbelakang undang-undang sivil.

Biar apa pun, pada pandangan saya, persoalan undang-undang berkaitan dengan perbankan Islam dan takaful tidak boleh diputuskan oleh seseorang yang hanya mengetahui hukum syarak atau undang-undang sivil atau kedua-duanya sahaja. Pandangan orang-orang daripada disiplin lain, seperti “bankers” dan ahli-ahli insurans juga perlu. Ini khususnya untuk memahami fakta sesuatu masalah itu dan amalan perbankan atau takaful yang berkenaan. Kita mungkin mengetahui hukum mengenai sesuatu perkara itu dengan betul. Tetapi, jika hukum yang betul itu di pakai kepada fakta yang salah, keputusannya mungkin salah. Kes **G. Rethinasamy v. Majlis Hal Ehwal Ugama Islam Pulau Pinang** (1993) 2 MLJ 166 adalah satu misalan yang baik. Dalam kes itu Jawatankuasa Syariah (Fatwa) Pulau Pinang memutuskan bahawa sebahagian daripada masjid dan kubur yang berada hampir seratus tahun di atas tanah yang baru dibeli oleh G. Rethinasamy daripada seorang Cina dalam tahun 1980 hendaklah “dipindahkan”. Keputusan itu dibuat semata-mata berdasarkan pengatahan G. Rethinasamy bahawa tanah itu tanahnya dan sebahagian daripada masjid dan kubur itu berada di atas tanahnya tanpa kebenarannya. Jawatankuasa itu tidak langsung menimbang sama ada bahagian tanah yang di atasnya terletak sebahagian masjid dan kubur sejak beberapa lama itu adalah tanah wakaf. Jika jawatankuasa itu menimbang fakta itu dan memutuskan bahawa bahagian tanah itu adalah tanah wakaf, seperti yang dilakukan oleh Mahkamah Tinggi, keputusan jawatankuasa itu, mengikut hukum syarak, semestinya berlainan. Kesilapan jawatankuasa itu bukan kerana ahli-ahlinya, yang terdiri daripada ulamak-ulamak itu, tidak tahu hukum syarak, tetapi kerana kesilapan mengenai fakta kes. Kita juga baca bahawa pada suatu masa dahulu ulamak-ulamak di Timur Tengah pernah mengharamkan minuman kopi. Mungkin mereka menyangka bahawa “caffeine” yang terdapat dalam kopi itu menyerupai alkohol dan oleh itu kopi menyerupai arak.

Oleh itu, badan yang lebih baik untuk membuat sesuatu keputusan, walau pun mengenai hukum syarak yang berbangkit dalam urusan perbankan Islam dan takaful, adalah satu badan yang dianggotai oleh orang-orang yang mempunyai pengetahuan dan pengalaman dalam semua bidang yang terlibat itu seperti hukum syarak, undang-undang sivil, perbankan dan insurans.

Sekarang saya akan bincang mengenai badan-badan yang mungkin boleh diberi tugas itu.

Mahkamah Syariah

Perbincangan saya mengenai mahkamah syariah yang lebih awal terpakai di bahagian ini. Saya tidak fikir mahkamah syariah adalah satu forum yang sesuai untuk dirujuk persoalan-persoalan seperti itu.

Bahagian Muamalat Mahkamah Sivil

Saya berpendapat bahawa mahkamah sivil adalah lebih sesuai untuk membicarakan kes-kes perbankan Islam dan takaful. Sebab-sebabnya telah diberi dan tidaklah perlu diulangi. Tetapi, apa yang difikirkan oleh Bank Negara perlu dilakukan ialah mewujudkan satu Bahagian di Mahkamah Tinggi, sama seperti Bahagian Perdagangan, khusus untuk membicarakan kes-kes perbankan Islam dan takaful. Tujuannya ialah untuk memberi pengkhususan kepada hakim atau hakim-hakim berkenaan supaya mereka lebih arif dalam bidang yang baru ini dan dapat membangunkan (“develop”) undang-undang mengenainya yang masih samar-samar itu.

Pada pandangan saya ini adalah satu cadangan yang baik dan mudah dilakukan, iaitu melalui tindakan pentadbiran sahaja.

Cuma, dalam melakukannya kita perlu ingat bahawa kes-kes itu tidak hanya difail di Kuala Lumpur sahaja malah di seluruh negara, tidak hanya di Mahkamah Tinggi sahaja tetapi juga di Mahkamah Majistret dan Mahkamah Sesyen, mengikut jumlah yang dituntut dan jenis perintah yang dipohon. Rayuan akan pergi ke Mahkamah Rayuan dan juga ke Mahkamah Persekutuan. Namun demikian, memandangkan cadangan ini boleh dilaksanakan melalui arahan pentadbiran sahaja, memandangkan bahawa majoriti kes-kes itu adalah di Mahkamah Tinggi dan bahawa penghakiman Mahkamah Tinggi mengikat Mahkamah Majistret dan Mahkamah Sesyen, sebagai permulaan, ia bolehlah dilaksanakan di Mahkamah Tinggi dahulu. Sebagai misalan, di Kuala Lumpur, jika bilangan kes mencukupi, seorang hakim bolehlah ditugaskan khas untuk mendengar kes-kes perbankan Islam dan takaful. Di tempat-tempat lain yang mempunyai lebih daripada seorang hakim, seorang hakim bolehlah ditugaskan untuk membicarakan kes-kes tersebut, disamping kes-kes lain. Di tempat-tempat di mana cuma terdapat seorang hakim, hakim itu bolehlah membicarakannya melainkan jika dan apabila difikirkan perlu, seorang hakim dari tempat lain yang mempunyai pengalaman yang lebih banyak bolehlah dihantar membicarakan kes-kes tertentu.

Pada pandangan saya, eloklah kita lakukan seperti itu dahulu dan kita lihat kesannya.

Bagaimana jika dalam kes-kes itu timbul persoalan hukum syarak? Seperti yang disebut di atas, undang-undang mengenai perbankan Islam dan takaful adalah

satu bidang baru yang menggabungkan perbankan dan insurans konvensional, undang-undang sivil dan hukum syarak yang masih samar-samar.

Saya tidak fikir seorang hakim mahkamah sivil akan menghadapi masalah memahami ursuan dan transaksi perbankan Islam dan takaful. Mereka juga bukan dilatih dalam perbankan atau insurans konvensional tetapi selama ini mereka membicarakan kes-kes perbankan dan insurans konvensional. Penghakiman-penghakiman mereka boleh di baca dalam jurnal-jurnal undang-undang. Tetapi, yang akan menimbulkan masalah kepada mereka ialah menentukan hukum syarak mengenai sesuatu perkara, terutama sekali apabila terdapat pendapat-pendapat yang bercanggah.

Hal seperti ini pernah berlaku kepada saya dalam kes **Isa Abdul Rahman v. Majlis Agama Islam Pulau Pinang** (1996) 1 CLJ 283. Dalam kes itu Jawtakuasa Syariah (Fatwa) yang sama mengeluarkan dua fatwa yang bercanggah mengenai masalah yang sama. Dua orang “ulamak” yang memberi keterangan pakar mengenai hukum syarak memberi pendapat yang bercanggah. Saya sendiri tidak dapat menentukan melalui kajian saya sendiri pendapat mana yang betul atau sama ada kedua-duanya tidak betul seperti yang saya boleh lakukan mengenai hujah berkenaan “common law”. Maka oleh sebab remedi yang dipohon, perisytiharan (“declaration”), satu remedi budibicara mahkamah, saya enggan mengeluarkan perintah yang dipohon itu. Sebaliknya saya mengesyorkan supaya persoalan itu dikemukakan kepada Majlis Fatwa Kebangsaan (pada masa itu saya menyangkakan bahawa Majlis itu adalah satu Majlis tetap di peringkat kebangsaan) untuk mendapat keputusan muktamad. Setakat yang saya tahu, hingga ke hari ini, persoalan itu masih belum di bawa ke Majlis itu. Rayuan ke Mahkamah Rayuan pun masih belum didengar. Mungkin semua pihak telah hilang minat atau semangat.

Saya boleh mencari jalan keluar seperti itu dalam kes itu kerana remedi yang dipohon ialah perisytiharan. Tetapi, seorang hakim yang membicarakan suatu tuntutan sivil yang memohon perintah pembayaran wang, misalnya, atau suatu tindakan untuk mendapat perintah jualan (lelongan) tidak boleh berbuat demikian. Beliau terpaksa memutuskan persoalan itu dan membuat keputusannya.

Patutkah hakim mahkamah sivil membuat keputusan mengenai persoalan seperti itu secara sendirian atau patutkah beliau dibolehkan merujuk kepada sesuatu badan lain? Pada pandangan saya, hakim mahkamah sivil tidak patut dibebankan untuk membuat keputusan mengenai hukum syarak yang beliau sendiri tidak yakin betul atau tidak. Lagi pula, ini adalah persoalan hukum syarak yang berkait rapat dengan soal haram-halal dan dosa-pahala. Maka, pada pandangan saya, patutlah beliau dibolehkan untuk merujuk persoalan itu kepada satu badan yang lebih arif dalam hal itu.

Kita bincangkan sekarang beberapa pilihan yang ada. Pertama, **Jawatankuasa Syariah (Fatwa)** di Majlis Agama Islam di setiap Negeri. Kedua, **Majlis Fatwa Kebangsaan**. Dan ketiga, **Jawatankuasa Syariah di Bank Negara**.

Jawatankuasa Syariah (Fatwa) yang terdapat di setiap Negeri adalah satu jawatankuasa yang terletak di bawah Majlis Agama Islam Negeri itu. Ada kemungkinan Majlis Agama Islam akan menjadi satu pihak dalam sesuatu kes yang di dalamnya persoalan itu timbul. Dalam keadaan itu, adalah “tidak telus” jika satu jawatankuasa Majlis itu yang akan memutuskan persoalan itu.

Kedua, ahli-ahli jawatankuasa itu terdiri daripada “ulamak-ulamak” yang besar kemungkinan tidak mengetahui selok-belok perbankan Islam dan konvensional, takaful dan insurans konvensional dan undang-undang sivil yang berkaitan.

Ketiga, setiap Negeri mempunyai satu jawatankuasa itu. Maka, keputusan yang bercanggah mengenai masalah yang sama mungkin berlaku.

Dalam keadaan ini, pada pandangan saya, Jawatankuasa Syariah (Fatwa) di Negeri-Negeri bukanlah pilihan yang baik.

Majlis Fatwa Kebangsaan diadakan secara ad hoc apabila Majlis Raja-Raja merujuk sesuatu masalah kepadanya. Ahli-ahlinya terdiri daripada Mufti-Mufti dan ulamak-ulamak. Saya tidak yakin mereka mengetahui selok-belok urusan perbankan Islam atau konvensional, takaful atau insurans konvensional dan undang-undang sivil yang berkaitan. Untuk mengumpulkan kesemua mereka untuk bersidang bagi memutuskan persoalan yang dikemukakan juga mungkin sukar. Ia juga melibatkan perbelanjaan yang tinggi kerana mereka datang dari setiap Negeri di Malaysia. Dalam semua keadaan ini saya juga tidak fikir ia satu pilihan yang baik.

Maka yang tinggal ialah **Jawatankuasa Syariah Bank Negara Malaysia**. Pada pandangan saya, inilah pilihan yang paling baik, dalam keadaan sekarang. Ini kerana, **Pertama**, untuk merujuk kepada Jawatankuasa itu tidak perlu dipinda Perlembagaan Persekutuan. Memadai hanya dengan mengadakan peruntukan mengenainya dalam undang-undang berkenaan.

Kedua, jawatankuasa itu adalah satu jawatankuasa tetap di peringkat pusat. Artinya, cuma ada satu badan yang akan memutuskan persoalan-persoalan itu. Maka, kemungkinan terdapat keputusan yang bercanggah mengenai masalah yang serupa akan dapat dielak. (Tugas Jawatankuasa-Jawatankuasa Syariah yang terdapat di institusi-institusi kewangan lain hendaklah terhad kepada menasihati institusi-institusi yang melantiknya sahaja. Keputusan muktamad mengenai sesuatu masalah hendaklah dibuat oleh Jawatankuasa Syariah Bank Negara sahaja. Ini perlu untuk mengelak keputusan-keputusan yang bercanggah mengenai sesuatu perkara.)

Ketiga, tidak ada kemungkinan Bank Negara akan menjadi salah satu pihak dalam sesuatu kes, seperti Majlis Agama Islam, yang akan memungkinkan keputusan jawatankuasa itu dipersoalkan mengenai ketelusannya.

Keempat, ahli-ahli jawatankuasa itu, pada masa ini pun, terdiri daripada Mufti-Mufti, Bekas Ketua Hakim Syarie, “bankers” dan ahli-ahli ekonomi dan akademik. Mereka adalah perintis perbankan Islam dan takaful di Malaysia.

Saya percaya, pada masa ini, sebagai satu badan, jawatankuasa itu lebih arif dalam perbankan Islam dan takaful di Malaysia. Tetapi, jika tugas baru itu hendak diberi kepadanya, jawatankuasa itu patutlah diperbesarkan dengan memasuki hakim mahkamah sivil dan peguam sivil, kedua-duanya yang mengetahui sedikit sebanyak hukum syarak dan sistem kewangan Islam dan takaful. Mereka ini perlu kerana merekalah yang terlibat secara langsung dalam kes-kes itu. Peguam sivil terlibat daripada menggubal (“drafting”) perjanjian-perjanjian hinggalah kepada memberi nasihat kepada anakkuamnya apabila timbul sesuatu masalah, menggubal pliding dan menghujahkan kes di mahkamah. Hakim-hakim mahkamah sivil membicarakan kes, termasuk mendengar keterangan, meneliti dokumen-dokumen, mendengar hujah, meneliti undang-undang, membuat keputusan dan menulis alasan penghakiman. Pada pandangan saya, adalah baik jika jawatankuasa itu turut dianggotai oleh hakim mahkamah sivil. Bekas Ketua Hakim Syarie sudah ada. Adalah lebih seimbang jika hakim mahkamah sivil juga ada, apatah lagi yang membicarakan kes-kes itu adalah mahkamah sivil, bukan mahkamah syariah. Lagi pula, jika keputusan yang diberi oleh jawatankuasa itu hendak dijadikan mengikat (“binding”) mahkamah sivil, eloklah ada seorang hakim mahkamah sivil dalam jawatankuasa itu.

Saya juga berpendapat bahawa tidak ada “salahnya” seorang hakim mahkamah sivil menganggotai jawatankuasa itu. Pada masa ini pun ada hakim mahkamah sivil yang menjadi anggota Jawatankuasa Teknikal Undang-Undang Syarak dan Sivil di peringkat kebangsaan dan Negeri. Hakim-Hakim mahkamah sivil juga menjadi Pengerusi Lembaga Sewa, Pengerusi Lembaga Tatatertib Peguam-Peguam malah pada suatu masa dahulu Pengerusi, Tribunal Perkhidmatan Awam.

Patutkah keputusan jawatankuasa itu mengikat mahkamah sivil? Mungkin ada orang-orang yang akan menentang peruntukan bahawa keputusan jawatankuasa itu akan mengikat mahkamah atas alasan bahawa mahkamah adalah penentu terakhir sesuatu undang-undang. Pada pandangan saya mereka patut terima hakikat bahawa persoalan berkenaan adalah persoalan hukum syarak yang mereka sendiri tidak boleh membuat penentuan seperti mereka membuat penentuan apakahkah “common law of England” dalam sesuatu perkara. Mereka patut menerima hakikat bahawa hukum syarak tidak boleh “ditafsirkan” dengan memakai prinsip-prinsip “common law” mengenai tafsiran undang-undang.

Mereka juga patut menerima hakikat bahawa hukum syarak adalah berhubung rapat dengan soal haram-halal dan dosa-pahala.

Pada pandangan saya, demi kepastian undang-undang dan untuk mengelak orang-orang yang tidak atau kurang arif dalam bidang itu membuat keputusan mengenainya, keputusan jawatankuasa itu patutlah mengikat mahkamah dan tidak boleh dipersoalkan di mana-mana mahkamah dengan apa cara juga pun termasuk semakan kehakiman (“judicial review”). Jika tidak, tujuan merujuk persoalan itu kepada jawatankuasa itu atau sendiri tidak akan memberi apa-apa makna.

Perlu disebut bahawa pada masa ini pun ada peruntukan dalam Enakmen-Enakmen Pertadbiran Undang-Undang Islam yang membolehkan Mahkamah Tinggi mengemukakan persoalan-persoalan hukum syarak untuk dijawab oleh Jawatankuasa Syariah. Rujukan seperti itu pernah dibuat dalam kes **Dalip Kaur v. Pegwai Polis Daerah, Balai Polis Daerah, Bukit Mertajam & Anor.** (1992) 1 MLJ 1, satu kes murtad. Keputusan Jawatankuasa Syariah itu diterima oleh Mahkamah Tinggi dan juga Mahkamah Agung. Peguam-peguam yang mewakili pihak yang bukan Islam dalam kes itu juga menerima keputusan mengenai hukum syarak yang diberi oleh jawatankuasa itu dalam kes itu.

Jadi, apa yang perlu dilakukan hanyalah mengadakan peruntukan yang serupa dalam undang-undang yang berkenaan.

Bagaimana permohonan untuk mendapat keputusan jawatankuasa itu akan dibuat? Dalam suatu tindakan melalui writ atau saman, pembelaan itu, jika hendak dibangkitkan kena dan akan dibangkitkan dalam pliding (pernyataan pembelaan). Dalam permohonan lain seperti saman pemula (“originating summons”) ia kena dan akan dibangkitkan dalam affidavit balasan. Dalam kesemua prosiding itu, kewujudan persoalan itu, jika ada, akan diketahui dari awal-awal lagi. Maka, sebelum perbicaraan bermula, malah di peringkat pengurusan kes (“case management”), hakim, dengan bantuan dan/atau persetujuan peguam kedua belah pihak telah boleh merangka fakta dan persoalan yang hendak dikemukakan dan mengemukakannya untuk mendapat keputusan (“ruling”).

Perluah peguam-peguam diberi kebenaran hadir di hadapan jawatankuasa itu untuk menyampaikan hujah-hujah mereka? Pada pandangan saya tidak. Kerana, **pertama**, ia akan melambatkan lagi proses mendapat keputusan (“ruling”) itu disebabkan oleh penangguhan kerana tarikh-tarikh yang ditetapkan oleh jawatankuasa itu tidak sesuai dengan peguam-peguam dan sebagainya.

Kedua, kerana ia akan mengubah prosiding di hadapan jawatankuasa itu menjadi satu “perbicaraan” pula.

Ketiga, rujukan itu adalah rujukan oleh mahkamah, **bukan** oleh salah satu atau kedua-dua pihak dalam kes itu.

Kesimpulan

Saya berpendapat bahawa cadangan mewujudkan Bahagian Muamalat Mahkamah Tinggi adalah satu cadangan yang baik dan boleh dilaksanakan, buat permulaan, secara terhad seperti yang disebut di atas. Untuk memutuskan persoalan-persoalan hukum syarak mengenai perbankan Islam dan takaful, persoalan-persoalan itu eloklah di rujuk kepada Jawatankuasa Syariah Bank Negara yang diperbesarkan keahliannya.

Akhir kata

Saya akhiri dengan memetik kata-kata Imam Abu Hanifah yang bermaksud lebih kurang: "Apa yang saya katakan ini hanyalah pendapat saya. Jika ada hujah yang lebih baik, ikutlah."

9 Februari 2002