

INSTITUT ISLAM HADHARI UNIVERSITI KEBANGSAAN MALAYSIA
SESI DIALOG
31 January 2013
PENGHARMONIAN UNDANG-UNDANG SIVIL DAN SHARI'AH DALAM
PERBANKAN DAN KEWANGAN ISLAM DI MALAYSIA.
By
Tun Abdul Hamid Mohamad

Semenjak saya masih di sekolah menengah, saya mendengar orang bercakap mengenai menggantikan undang-undang di negara kita dengan "Hukum Syarak". Kerap kali, apa yang dikatakan ialah setakat membuang undang-undang yang ada sekarang dan menggantinya dengan Hukum Syarak. Lebih daripada itu, tidak pula disebut apa yang hendak dilakukan dan bagaimana ia hendak dilakukan.

Mahkamah Syari'ah ditubuhkan di kebanyakan negeri selepas Merdeka. Ia berjalan tanpa acara (procedure) yang lengkap selama beberapa dekad. Hinggalah, seorang peguam *common law* lulusan University of Cambridge berusaha mengembelikan kepakaran dan tenaga peguam-peguam *common law* dan pakar-pakar Syari'ah untuk menggubal rang undang-undang acara jenayah, mal, Undang-Undang Keluarga Islam, dan lain-lain untuk di pakai di dan dilaksanakan oleh, mahkamah Syari'ah.

Yang anihnya, tiada siapa yang dapat mengemukakan draf berdasarkan peruntukan Syari'ah asli atau tulin, jika ada. Maka, acara yang di pakai di mahkamah sivil di ambil sebagai bahan asas penggubalan undang-undang berkenaan. Setelah dilakukan pengubah-suaian untuk menyesuaikan dengan sistem mahkamah Syari'ah dan dengan hukum Syarak, hari ini undang-undang itu manjadi "Acara Jenayah Syari'ah" dan "Acara Mal Syari'ah".

Apakah pengajaran daripada pengalaman ini? Pertama, kita tidak boleh meletakkan satu garis pemisah yang jelas di antara apa yang dipanggil "undang-undang civil" dengan apa yang kita panggil undang-undang Syariah. Kedua, rhetoric tidak menghasilkan apa-apa. Kerja-kerja penyelidikan dan penggubalan perlu dilakukan. Ketiga, untuk melakukannya memerlukan orang-orang yang ahli dalam bidang *common law* dan Syari'ah. Mereka perlu berkerjasama. Tiada siapa yang boleh menjadi "ulama" dalam semua bidang ilmu pengetahuan sekarang. Keempat, ia menyebabkan saya mengeluarkan "tafsiran" "Islamic law" sebagai, "*Any law that is not un-Islamic.*"

Dalam tahun 1980'an perbankan Islam, kewangan Islam dan takaful diwujudkan (Dalam kertas ini saya akan sebut "perbankan Islam" sahaja supaya lebih ringkas). Ia juga memerlukan pematuhan kedua-dua undang-undang sivil dan Syari'ah. Pematuhan undang-undang sivil tidak menimbulkan masalah kerana isunya sama dengan perbankan konvensional. Maka, daripada pengwujudan produk, dokumentasi sehinggalah kepada penyelesaian perbalahan (atau perbicaraan) ia boleh ditangani oleh peguam-peguam *common law* dan hakim-hakim mahkamah sivil. Sebagai misalan, gadaian dan perintah jualan. Undang-undang yang terpakai kepada perbankan konvensional dan perbankan Islam adalah sama. Sebab itu

dalam kes Bank Kerjasama Rakyat Malaysia Berhad v Emcee Corporation Sdn (2003) 2 AMR 177 saya berkata:

*“As was mentioned at the beginning of this judgment the facility is an Islamic banking facility. But that does not mean that the law applicable **in this application** is different from the law that is applicable if the facility were given under conventional banking. The charge is a charge under the National Land Code. The remedy available and sought is a remedy provided by the National Land Code. The procedure is provided by the Code and the Rules of the High Court 1980. The court adjudicating it is the High Court. So, it is the same law that is applicable, the same order that would be, if made, and the same principles that should be applied in deciding the application.”*

Perenggan ini amat kerap dipetik oleh peguam-peguam, hakim-hakim, penyelidik dan ahli-ahli academic, tetapi, malangnya, kerap kali mereka memetikinya di luar konteks. Apa yang saya katakan itu adalah *“in this application”* (dalam permohonan ini) bukan secara umum. Mereka memakainya secara umum. Dalam permohonan itu tidak ada isu Syari’ah langsung.

Masalahnya ialah isu Syari’ah. Daripada pemerhatian saya, mengenai isu Syari’ah pun, masalahnya bukan untuk mencari nas-nas dan pendapat-pendapat ulama’ silam dan kontemporari mengenai sesuatu hukum. Yang susahnyalah untuk memahami struktur sesuatu produk itu, untuk mengenalpasti di mana mungkin timbul isu Syari’ah dan bentuk isu itu. Apabila ia telah dikenal pasti, mencari nas dan pendapat ulama’ tidak susah. Itu pakar-pakar Syari’ah boleh cari. Langkah selanjutnya ialah mamadankannya (apply) kepada fakta. Hukum yang betul dipakai kepada fakta yang salah akan menghasilkan keputusan yang salah. Demikianlah sebaliknya.

Sebab itulah saya berpendapat bahawa untuk memutuskan isu-isu Syari’ah perbankan Islam, adalah lebih baik dilakukan oleh sekumpulan orang yang mempunyai kepakaran dalam berbagai ilmu yang berkaitan.

Dalam hal ini, Malaysia telah melakukan suatu yang betul. Bukan sahaja kita menghendaki setiap institusi kewangan Islam supaya mempunyai jawatankuasa Syari’ahnya sendiri, kita juga telah mewujudkan Lembaga Penasihat Syariah (MPS) sebagai satu autoriti tertinggi untuk meluluskan produk-produk baru. Ini bermula pada 1 Mei 1997.

Saya telah memberi sebab-sebab mengapa saya katakan bahawa Bank Negara dan Suruhanjaya Sekuriti adalah tempat yang terbaik pada masa ini untuk diletakkan Majlis tersebut. - lihat *12th Emeritus Prof. Ahmad Ibrahim Memorial Lecture* bertajuk *“Malaysia as an Islamic Finance hub: Malaysian law as the law of choice and Malaysian court and arbitrators as the forum for settlement of disputes”* (7 Disember 2011) dan dalam kertas kerja saya bertajuk *“Issues and challenges pertaining to the role of Shariah Advisory Council in upholding Shariah principles in Islamic banking and finance”* (1 November 2012). Kesemuanya boleh didapati dalam laman web saya: <http://www.tunabdulhamid.my>

Saya fikir Majlis Penasihat Syariah Bank Negara dan Suruhanjaya Sekuriti menjalankan tugas masing-masing dengan baik dalam meluluskan produk-produk

baru. Memanglah ada orang yang mungkin tidak bersetuju dengan sesuatu keputusan MPS. Itu perkara biasa, Jika tidak, tidaklah ada berbagai mazhad. Kritikan yang membina senentiasa dialu-alukan. Tetapi, janganlah cuma tunggu untuk kritik apa yang orang buat. Kemukakanlah cadangan sendiri sebelum orang membuatnya.

Rungutan yang saya kerap dengar dalam seminar, persidangan, bengkel dan sebagainya ialah bahawa kita cuma mengeluarkan produk yang patuh Syari'ah dan bukan yang berasaskan Syari'ah. Soalan saya ialah salahkah jika kita memasarkan produk patuh Syari'ah yang serupa dengan produk yang dipasarkan oleh perbankan konvensional jika itu yang dikehendaki oleh pelanggan? Lebih-lebih lagi di peringkat permulaan di mana institusi-institusi kewangan Islam itu perlu bersaing dengan perbankan konvensional yang besar dan kuat?

Jika ada sesiapa yang mempunyai idea untuk mencipta produk yang "berasaskan Syari'ah" (jika ia berlainan daripada "produk yang patuh Syari'ah), mereka boleh melakukannya. Jika orang boleh menubuhkan syarikat RM2 untuk dijual, mengapa mereka yang tahu mengadakan produk yang berasaskan Syariah, yang tiada dipasaran, tidak boleh membuatnya dan menjualnya kepada institusi-institusi kewangan Islam? Sebaliknya, tidakkah produk-produk yang memakai prinsip-prinsip Syari'ah, seperti murabahah, mudharabah, musyarakah, ijarah dan lain-lain itu, produk berasaskan Syari'ah?

Dalam masa tiga dekad, kita telah melihat penambahan dan perkembangan produk-produk perbankan Islam di Malaysia, saya difahamkan, lebih daripada di negara-negara lain. Kita harus gembira dengan pencapaian kita sambil meneroka produk-produk baru untuk dipasarkan. Duduk dalam MPS Bank Negara Malaysia dan Suruhanjaya Sekuriti, saya melihat produk-produk baru diterokai dan dikemukakan untuk diliuluskan. Orang-orang persendirian juga boleh berbuat demikian jika mereka mempunyai idea mengenainya dan memasarkannya.

Dalam tahun 2002, Gavnor Bank Negara telah menulis surat kepada Ketua Hakim Negara pada masa itu mecadangkan penubuhan Mahkamah Mu'amalat di Kuala Lumpur untuk membicarakan kes-kes perbankan Islam. Bank Negara mengharapkan dengan cara itu isu-isu Syari'ah yang mungkin berbangkit dalam kes-kes di mahkamah akan dapat ditangani oleh hakim-hakim yang berpengalaman dalam Syari'ah dan perbankan Islam. Pada masa itu saya baru menjadi seorang Hakim Mahkamah Rayuan. Ketua Hakim Negara pada masa itu meminta saya memberi pandangan. Saya menulis satu kertas mengenainya. Kesimpulan saya ialah bahawa mahkamah sivil, mahkamah Syari'ah, Jawatankuasa Fatwa Negeri, Jawatankuasa Fatwa Kebangsaan semuanya kurang sesuai untuk tujuan itu. Saya cadangkan Jawatankuasa Syari'ah yang ada di Bank Negara diberi tugas itu. Untuk mengetahui sebab-sebabnya secara terperinci sila lari laman web saya atas tajuk "*Cadangan mewujudkan Mahkamah Mu'amalah di Mahkamah Tinggi*" (9 Februari 2002) (yang menghairankan saya ialah kertas itu adalah item yang paling popular dalam laman web saya), "*Dispute resolution for Islamic banking and finance cases: the way forward*" (18 Februari 2003) dan (8 Mei 2003), "*Perbankan Islam dan takaful; forum untuk penyelesaian isu undang-undang dan hukum Syarak*" (17 Jun 2009), "*Interlink/Interface between civil law system and Shariah rules and principles and effective dispute resolution mechanism*" (28 September 2009), "*Interface between*

Shari'ah and civil law in Islamic finance: current problems and the way forward" (29 Julai 2010), "*Malaysia as an Islamic Finance hub: Malaysian law as the law of choice and Malaysian court and arbitrators as the forum for settlement of disputes*" (7 Disember 2011), "*Enforceability of Islamic financial contracts in secular jurisdictions: Malaysian law as the law of reference and Malaysian courts as the forum for settlement of disputes*" (ISRA Research Paper 33/2012), "*Issues and challenges pertaining to the role of Shariah Advisory Council in upholding Shariah principles in Islamic banking and finance*" (1 November 2012), *The Shari'ah Advisory Council's role in resolving Islamic banking disputes in Malaysia: a model to follow?* (Isra' Research paper 47/2012 (24 Disember 2012) – semuanya boleh didapati dalam laman web saya.

Cadangan itu diterima dan Akta Bank Negara Malaysia 1958 dipinda dengan memasukkan seksyen 16B. Ia mula berkuatkuasa pada 1 Januari 2004. Walau bagaimana pun cadangan saya supaya keputusan MPS mengikat mahkamah tidak dipersetujui oleh Peguam Negara. Tetapi, hampir enam tahun kemudian, selepas abangnya (Dato' Abdul Wahab Patail) memutuskan kes Arab-Malaysian Finance Bhd v Taman Ehsan Jaya Sdn Bhd dan kes-kes yang berkaitan (2009) 1 CLJ 419 beliau menukar fikirannya. Maka peruntukan yang ada sekarang pun diperundangkan. Apa yang penting ialah keputusan MPS mengikat mahkamah.

Saya tahu cadangan saya itu akan dicabar oleh peguam-peguam *common law*, terutama sekali yang bukan Islam. Tetapi saya sanggup mengambil risikonya demi untuk mengelak isu-isu Syari'ah daripada diputuskan oleh hakim-hakim mahkamah sivil, Islam dan bukan Islam. Setakat ini Mahkamah Tinggi dalam kes Mohd Alias Ibrahim v RHB Bank Bhd (2011) 4 CLJ 654 dan kes Tan Sri Abdul Khalid Ibrahim v Bank Islam Malaysia Berhad (2012) 3 CLJ 49 telah menolak hujah bahawa peruntukan berkenaan tak berperlembagaan (unconstitutional). Mahkamah Rayuan juga telah mengesahkan penghakiman Mahkamah Tinggi dalam kes Mohd Alias Ibrahim. Malah, hakim yang mempengerusikan persidangan itu, semasa memberi penghakiman lisan mahkamah, membaca sebahagian daripada ucapan saya dalam 12th Emeritus Prof Ahmad Ibrahim Memorial Lecture yang kebetulan baru beberapa hari disampaikan pada masa itu.

Jadi, setakat ini ia selamat. Di masa hadapan saya tidak tahu. Tetapi, seperti yang telah saya katakan beberapa kali, biar apa pun terjadi, saya tidak menyesal kerana mencadangkannya. Sekurang-kurangnya saya boleh berkata: "Aku telah mencuba untuk mengelak Hukum Syarak daripada ditentukan oleh hakim-hakim mahkamah sivil termasuk yang bukan Islam."

Berkaitan dengan isu ini, saya ingin menarik perhatian tuan-tuan dan puan-puan kepada penghakiman Hakim David Wong dari Sarawak dalam kes Malayan Banking Bhd. v Marilyn Ho Siok Lin (2006) 7 MLJ 249 yang mengatakan bahawa mahkamah berkuasa "*.... to make any order even if it means ignoring the terms contained in the BBA documents provided it is just in the circumstance.*" Dalam ayat berikutnya beliau menggunakan kata-kata "*ignore or rewrite the terms therein.*" Apa gunanya kita bersusah payah untuk mewujudkan satu produk yang patuh Syari'ah jika seorang hakim bukan Islam boleh "*ignore and rewrite it if he thinks it is just for him do so?*"

Memastikan produk yang dikeluarkan patuh Syari'ah adalah satu perkara. Ia tidak habis di situ. Tidak kurang pentingnya ialah memastikan bahawa undang-undang yang kita pakai dalam dokumentasi dan penyelesaian perbalahan juga patuh Syari'ah.

Saya percaya, dalam hal ini tidak ada sebuah negara yang telah melakukannya. (Jika ada, saya sedia dibetulkan.) Apa yang kita lihat ialah, pihak-pihak yang berkontrak, walau pun produknya patuh Syari'ah, memilih undang England atau New York sebagai undang-undang pilihan dan mahkamah-mahkamah di England dan New York sebagai forum untuk penyelesaian perbalahan. Perbuatan ini samalah dengan seorang Islam yang membeli daging halal dan meminta tukang masak restoren tak halal memasaknya. Tukang masak itu jujur. Dia berkata, "*Masakan saya tak halal. Saya gunakan arak sebagai salah satu bahan masakan saya.*" Orang Islam tadi berkata, "*Tidak mengapa. Saya hormati kejujuran awak.*"

Dalam tahun 2005, Bank Negara telah menubuhkan beberapa jawatankuasa untuk melakukan kajian untuk mengenalpasti mana-mana undang-undang yang menghalang perkembangan perbankan Islam. Hasilnya, sebagai missalan, masalah cukai telah ditangani.

Pada 28 September 2009, saya menyuarakan keperluan melakukan kajian untuk mengenalpasti undang-undang yang tak patuh Syari'ah yang dipakai dalam perbankan Islam dan memindanya supaya ia patuh Syari'ah dalam kertas kerja saya bertajuk, "*Interlink/interface between civil law system and Shariah rules and principles and effective dispute resolution mechanism*" di Islamic Financial Services Industry Legal Forum 2009.

Pada 27 Oktober 2010, Datuk Muhammad Ibrahim, Timbalan Gavnor Bank Negara mengisytiharkan penubuhan Law Harmonisation Committee dengan saya sebagai Pengerusinya. Saya menyangka dengan adanya uiversiti-universiti dan kolej-kolej Islam di seluruh Malaysia, dengan adanya fakulti Syari'ah dan undang-undang di kebanyakan universiti, dengan adanya beberapa bayak doktor falsafah perbandingan undang-undang, tentulah banyak penemuan telah dibuat mengenai undang-undang kita yang berkaitan dengan perbankan Islam yang tidak patuh Syari'ah, apa kedudukan Syari'ahnya dan cadangan-cadangan bagaimana hendak meminda undang-undang itu supaya ia patuh Syari'ah. Saya menulis tidak kurang daripada 40 surat kepada semua university, kolej, fakulti Syariah dan undang-undang, jabatan agama Islam, persatuan-persatuan Islam, institusi-institusi Islam meminta mereka memberikan kami hasil penemuan dan cadangan mereka. Malangnya saya tidak mendapat satu response pun. Saya telah telah menulis dan membentangkan 12 rencana dan kertas kerja dan berucap di tiga universiti, tidak termasuk UKM hari ini. Malangnya, hingga ke hari ia tidak memberi apa-apa hasil.

Walau bagaimana pun, saya menerima satu cadangan daripada seorang pensyarah yang saya temuai di satu majlis koban berdasarkan thesis kedoktorannya. Kami menjemputnya untuk meyampaikan penemuannya. Kajian beliau adalah mengenai jaminan (guarantee). Beliau dapatai bahawa undang-undang kita adalah serupa dengan pendirian mazhab Syafie, Hambali dan Hanafi ia itu pemiutang boleh memilih untuk membuat tuntutan sama ada terhadap penghutang utama atau penjamin. Beliau mencadangkan supaya kita mengikut pandangan mazhab Maliki ia

itu pemiutang hedaklah terlebih dahulu menuntut daripada penghutang utama. Selepas mendengarnya, seorang ahli, peguam mahkamah sivil, berkata, jika tidak silap beliau, peruntukan seperti itu telah pun ada dalam Akta Kebankrapan. Kami semak. Memang betul. Peruntukan seperti itu telah pun ada mengenai “social guarantee” ia itu yang berkaitan dengan biasiswa, pinjaman membeli rumah dan kereta.

Satu pengajaran yang kita perolehi ialah kita tidak tahu bahawa ada hukum Syarak yang telah diperundangan tanpa mengetahui sumbernya dan ahli-ahli Syari’ah tidak tahu bahawa ianya sudah pun diperundangan. Sekurang-kurangnya selepas itu kita boleh berkata bahawa undang-undang jaminan (guarantee), dari segi hak untuk membuat tuntutan, sudah patuh Syari’ah.

Dibantu oleh peguam-peguam common law dan industri, Jawatankuasa dan sekretariatnya telah dan sedang mengkaji 17 undang-undang dan peruntukan-peruntukan yang patut diubahsuai. Sebagai misal, untuk mengatasi masalah faedah selepas penghakiman, kami telah memasukkan peruntukan baru, ia itu Aturan 42, kaedah 12A yang bertajuk “Caj lewat bayar”. Untuk penjelasan mengenainya, sila rujuk “*Late payment charge on judgment debts arising from financial transactions in accordance with Shari’ah*” (4 Oktober 2012) dalam laman web saya. Ia mula berkuatkuasa pada 1 Ogos 2012. Daripada maklumbalas yang kami terima daripada bank-bank Islam mereka tiada masalah melaksanakannya.

Jawatankuasa Kecil Undang-Undang Tanah sedang berkerjasama dengan Jabatan Ketua Pengarah Tanah dan Galian, Jabatan Peguam Negara dan ahli academic untuk mengemukakan cadangan pindaan kepada Kanun Tanah Negara dan Enakment Rizab Melayu di Negeri-Negeri untuk mengatasi masalah-masalah teknikal yang ada sekarang dan menggalakkan perkembangan perbankan Islam. Kami juga sedang menyediakan draf untuk memsukkan wa’d dalam Akta Kontrak 1950 untuk memberi kepastian mengenai pengiktirafan wa’d oleh undang-undang kontrak kita. Satu misal lagi ialah penggubalan undang-undang sewa dan beli Islam. Satu jawatankuasa kerja yang terdiri daripada pegawai-pegawai Kementerian Perdagangan Dalam Negeri Koperasi dan Kepenggunaan (PKPDNKK), Jabatan Peguam Negara dan Law Harmonisation Committee sedang menyiapkan draf bil tersebut.

Dalam melakukan penyesuaian ini, harapan kita bukanlah hanya setakat untuk kegunaan domestik. Malah, jika kita berjaya melakukannya, kita akan cuba memasarkan undang-undang kita sebagai undang-undang pilihan yang boleh bersaing dengan undang-undang England dan New York. Jika kita berjaya melakukan pengharmonian undang-undang itu kita boleh memberi tahu dunia bahawa Malaysia menawarkan undang-undang yang patuh Syari’ah, penetapan hukum Syarak yang konsisten, system perundangan dan kehakiman common law yang mantap, Mahkamah yang efisien dan berwibawa, peguam-peguam yang berpengetahuan dan berpengalaman, undang-undang, prosiding Mahkamah, alasan penghakiman semuanya menggunakan bahasa Inggeris, kos yang rendah dan keadaan negara yang aman dan tenteram dan keselesaan yang terjamin dan musim panas yang agak dingin sepanjang tahun. Diharapkan semua factor ini akan menjadikan Malaysia hab perbankan dan kewangan Islam yang menyeluruh.

Saya percaya, tuan-tuan dan puan-puan, Institut Islam Hadhari, malah UKM dapat memberi sumbangan dalam hal ini. Caranya mudah sahaja. Jika ada ap-apa cadangan mengenai mana-mana undang-undang atau bahagiannya yang tak patuh Syari'ah yang patut dijadikan patuh Syariah atau yang yang menghalang perkembangan perbankan Islam, kewangan Islam dan takaful, malah mu'amalat, sila kemukakan kepada kami. Tunjukkan peruntukan yang tak patuh Syari'ah itu dan berikan kedudukan Syari'ahnya. Kami akan mengambil alih daripada situ.

Kajian yang tidak dimanfaatkan secara praktikal adalah ibarat hamil tanpa melahirkan anak.

Terima kasih,

tunabdulhamid@gmail.com

<http://www.tunabdulhamid.my>