

KONTRAK *MUSHĀRAKAH MUTANĀQIŞAH* DALAM PEMBIAYAAN PERUMAHAN DI MALAYSIA DARI PERSPEKTIF PERUNDANGAN DI MALAYSIA

Contract of Mushārahah Mutanāqīshah for Home Financing from Legal Perspectives in Malaysia

Nur Nasuha Sabar Abdullah

*Master Candidate, Department of Shariah and Law,
Academy of Islamic Studies,
University of Malaya, 50603 Kuala Lumpur.*

Mohd Zaidi Daud

*Senior Lecturer, Department of Shariah and Law,
Academy of Islamic Studies,
University of Malaya, 50603 Kuala Lumpur.
zaididaud@um.edu.my*

ABSTRACT

In Malaysia, the principle of mushārahah mutanāqīshah in home financing product has gained a place in Islamic Banking. The purpose of this study is to demonstrate the concept and application of the contract of mushārahah mutanāqīshah in home financing product, while examining the provisions of relative laws. In the meantime, this study also analyze the legal issues and the challenges faced by the products of mushārahah mutanāqīshah. The methods involved are library study. Meanwhile, content analysis was applied in the analysis of data obtained. The result shows that there are several legal issues faced by Islamic Finance Institutions in contracts of mushārahah mutanāqīshah as one of the home financing product in Malaysia. Amongst them are the absence of provisions and specific guidelines regarding the contract of mushārahah mutanāqīshah other than Resolutions of Syariah issued by Bank Negara Malaysia.

Keywords: *mushārahah mutanāqīshah, home financing, legal, Malaysia*

PENDAHULUAN

Mushārahah Mutanāqīshah merupakan suatu kontrak *mushārahah* yang dibentuk dan ditentukan perpindahan hak milik dari suatu pihak kepada pihak yang lain hingga berakhir dengan pemilikan sepenuhnya pihak yang menerima pindahan hak milik (pihak yang dibiaya) secara tunggal (Abdul Rashid Haji Dail, 1994: 110). Kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini diharuskan walaupun melibatkan beberapa kontrak dalam satu dokumen perjanjian (Muhammad Ayub, 2007: 340). Kontrak *mushārahah mutanāqīshah* adalah kontrak yang mempunyai cukup unsur-unsur kontrak sah di sisi Syarak. Kontrak yang sah merujuk kepada kontrak yang sempurna atau lengkap unsur-unsur asasnya iaitu ada *sighah* (tawaran dan penerimaan) (Ahmad Shamsul Abdul Aziz, 2003), dua orang yang berakad, barang yang diakadkan, subjek akad dan sempurna syarat-syarat Syarak (Wahbah al-Zuhayli, 1985: 236). Mengenai terdapatnya kombinasi tiga kontrak di dalam satu kontrak, ia juga adalah harus dengan syarat kontrak-kontrak tersebut dilakukan secara berasingan. Di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini, terdapat tiga kontrak yang digabungkan bagi membentuknya. Ketiga-tiga kontrak tersebut adalah kontrak *mushārahah* (kontrak perkongsian), *ijārah* (kontrak sewaan) dan *al-bay'* (kontrak jual beli). Penggabungan ketiga-tiga kontrak ini adalah diharuskan dengan syarat ia hendaklah dilaksanakan secara berasingan.

Kontrak sewaan dan kontrak jual beli adalah merupakan elemen yang utama di dalam transaksi ini iaitu untuk mengelakkan riba. Selain itu, kontrak jual beli dan kontrak sewaan ini adalah merupakan kontrak yang mengikat. Berikut hal inilah yang menjadikan kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini suatu kontrak yang mengikat. Maka, pihak yang berkontrak di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini perlu menjalankan kewajibannya seperti penjual perlu memberi subjek kontrak kepada pembeli dan pembeli hendaklah membuat pembayaran kepada penjual (Noor Inayah Yaakob, 2009:30). Begitu juga di dalam kontrak sewaan yang mana pemberi sewa perlu menyerahkan manfaat dan penyewa perlu membayar sewa kepada pemberi sewa. Selain tiga elemen yang utama ini, terdapat satu lagi kontrak yang wujud di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* iaitu kontrak *Wa'ad*. Menurut *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI), salah satu rakan kongsi di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini adalah harus untuk mengeluarkan kontrak janji mengikat (*Wa'ad Mulzim*) untuk memiliki sebahagian saham rakan kongsi yang lain secara beransur-ansur melalui akad jual beli yang mana pembelian itu mestilah berasaskan kepada harga pasaran ataupun harta yang dipersetujui oleh pihak-pihak semasa akad jual beli tersebut. Perjanjian ini dianggap sebagai suatu kemestian dan ia adalah mengikat. Maka

ia perlu dilaksanakan. Selanjutnya, kita telusuri secara ringkas kontrak-kontrak yang diguna pakai, iaitu kontrak *ijārah*, *mushārahah* dan juga *al-bay'* di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah*.

Secara umumnya, sistem kewangan Islam di Malaysia terbentuk berdasarkan kepada undang-undang persekutuan yang dibentuk dan digubal seperti Akta Bank Negara Malaysia 2009, Akta Bank Islam 1983, Akta Takaful 1984, Akta Pelaburan Kerajaan 1983, Akta Perbankan dan Institusi Kewangan Islam 1989, Akta Suruhanjaya Sekuriti 1993 dan Akta Institusi Kewangan Pembangunan 2002 (Mohamad Akram Laldin, 2010:109). Namun kini, Akta Bank Islam 1983, Akta Takaful 1984 dan juga Akta Perbankan dan Institusi Kewangan Islam 1989 telah dimansuhkan dan diganti dengan Akta Perkhidmatan Kewangan 2013 (FSA) dan Akta Perkhidmatan Kewangan Islam 2013 (IFSA). Akta Perkhidmatan Kewangan Islam 2013 (IFSA) adalah suatu akta baru yang menggantikan Akta Bank Islam 1983. Menurut keratan akhbar Sinar Harian yang bertarikh 12 Mei 2014, IFSA ini telah diwartakan dan dikuatkuasakan pada 30 Jun 2013. Unit Pengurusan Prestasi dan Pelaksanaan akta berkenaan menyatakan bahawa akta ini akan menyediakan kelengkapan teras bagi tadbir urus dan mengikut prinsip Syariah untuk industri kewangan Islam di Malaysia. IFSA ini juga adalah merupakan akta yang menggantikan Akta Bank Islam 1983 yang sebelum ini menjadi punca kuasa kepada wujudnya Bank Islam dan sistem kewangan Islam. Oleh itu, IFSA ini akan berfungsi sebagai undang-undang utama bagi pembangunan rangka kerja pengawalseliaan berasaskan kontrak yang menggambarkan perincian khusus pelbagai jenis kontrak berprinsip Syariah. Justeru, di dalam bab ini, penulis akan menghuraikan isu dan cabaran perundangan bagi kontrak *mushārahah mutanāqīshah* dan seterusnya menganalisis isu-isu tersebut dari persepektif perundangan.

***MUSHĀRAKAH MUTANĀQIŠAH* DARI PERSPEKTIF PERUNDANGAN**

Setiap transaksi kewangan Islam perlu mematuhi undang-undang persekutuan yang lain seperti Akta Kontrak 1950, Akta Had Masa 1953, Akta Undang-Undang Sivil 1956, Akta Duti Setem 1959, Akta Syarikat 1965, Akta Sewa Beli 1967, Akta Kebankrapan 1967, Akta Pencegahan Wang Haram 2001, Kanun Tanah Negara 1965 serta pelbagai peraturan Mahkamah sivil seperti Peraturan-Peraturan Mahkamah Tinggi dan sebagainya. Berdasarkan kepada pernyataan di atas, maka di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini juga mengguna pakai peruntukan undang-undang seperti IFSA, Akta Sewa Beli 1967, Akta Bank Negara Malaysia 2009, Akta Duti Setem 1959, Kanun Tanah Negara 1965 (KTN), Akta Kontrak 1950 dan juga tidak terkecuali Resolusi Syariah, Rangka Kerja Tadbir Urus Syariah (SGF) serta Piawaian Syariah

dan Keperluan Operasi yang dikeluarkan oleh Bank Negara Malaysia (BNM) sebagai panduan dan petunjuk dalam melaksanakan kontrak *mushārahah mutanāqīshah*. Oleh yang demikian, adalah menjadi satu keperluan kepada amalan perbankan Islam di Malaysia untuk melalui proses perundangan kerana di Malaysia terdapat dua sistem mahkamah iaitu Mahkamah Sivil dan Mahkamah Syariah (Mohd Sollehudin Shuib et al, 2011). Meskipun begitu, terdapat peruntukan undang-undang yang membezakan kuasa kedua-dua mahkamah ini. Salah satu daripadanya adalah Perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan iaitu: (1A) Mahkamah yang disebut dalam Fasal (1) tidaklah mempunyai bidang kuasa berkenaan dengan apa-apa perkara dalam bidang kuasa mahkamah Syariah. Maka, berdasarkan kepada peruntukan tersebut jelaslah bahawa Mahkamah Sivil tidak boleh campur tangan dalam perkara yang mana Mahkamah Syariah berbidang kuasa ke atasnya. Persoalan yang timbul di sini adalah, adakah amalan perbankan Islam ini berada di bawah bidang kuasa Mahkamah Sivil atau Mahkamah Syariah.

Oleh yang demikian, merujuk kepada Perlembagaan Persekutuan, hal ehwal berkenaan dengan kewangan terletak di bawah Jadual Kesembilan, Senarai 1, Senarai Persekutuan. Justeru itu, mahkamah yang berbidang kuasa untuk mendengar kes-kes berkaitan dengan kontrak-kontrak di dalam sistem perbankan Islam ini khususnya bagi kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini adalah Mahkamah Sivil. Manakala, bidang kuasa Mahkamah Syariah adalah berdasarkan kepada Jadual Kesembilan, Senarai 2, Senarai Negeri yang mana kuasanya adalah terhad ke atas negeri-negeri sahaja dan juga terhad kepada orang yang beragama Islam. Berdasarkan kepada huraian di atas, maka dapatlah disimpulkan bahawa Mahkamah Sivil mempunyai bidang kuasa terhadap perbankan Islam dan isu-isu kewangan Islam. Hal ini adalah kerana bank Islam dan juga institusi kewangan Islam bukanlah suatu entiti yang beragama Islam meskipun dinamakan dengan nama “Islam” dan ia tidak boleh ditafsirkan sebagai orang yang beragama Islam. Maka, Mahkamah Syariah tidak mempunyai bidang kuasa untuk membicarakan kes-kes berkaitan dengan perbankan Islam. Justeru, di dalam kajian ini penulis akan mengupas beberapa akta mahupun undang-undang yang berkait dan diguna pakai di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* khususnya di dalam pembiayaan perumahan di Malaysia.

AKTA PERKHIDMATAN KEWANGAN ISLAM 2013 (IFSA)

Akta ini merupakan akta yang mengawal selia semua produk perbankan Islam secara amnya termasuklah kontrak *mushārahah mutanāqīshah*. Di dalam akta ini menyatakan peruntukan bahawa Institusi Kewangan Islam

(IKI) perlu menubuhkan satu Jawatankuasa Syariah iaitu di bawah seksyen 30 bagi menasihati dan memastikan institusi tersebut menjalankan operasi dan pengurusan berdasarkan prinsip Syariah yang ditetapkan. Seperti yang diketahui umum, Rangka Kerja Urus Tadbir Syariah (SGF) yang dikeluarkan oleh BNM pada tahun 2011 adalah salah satu garis panduan yang perlu dipatuhi oleh setiap IKI di Malaysia. SGF ini mempunyai kesan dan implikasi yang sama seperti peruntukan undang-undang mahupun akta. Tadbir Urus Syariah dalam satu-satu institusi kewangan Islam ini merupakan teras yang membezakan operasi perbankan Islam jika dibandingkan dengan perbankan konvensional. SGF ini juga adalah bertujuan untuk memastikan setiap fungsi di dalam IKI bertanggungjawab bagi mewujudkan persekitaran operasi perniagaan yang sentiasa patuh kepada prinsip Syariah justeru dapat mempertingkatkan keyakinan masyarakat dan pasaran kewangan terhadap kredibiliti operasi kewangan Islam.

Di bawah seksyen 29(2) IFSA ada menyatakan mengenai kuasa bank untuk menentukan standard Syariah dan SGF. Justeru, dalam memastikan kontrak *mushārahah mutanāqīshah* menepati piawaian Syariah yang ditetapkan di dalam pembiayaan perumahan khususnya adalah berdasarkan kepada SGF BNM 2011. Hal ini adalah selari dengan peruntukan di dalam IFSA 2013. Manakala di dalam seksyen 106 di bawah akta ini juga menyatakan mengenai kuasa atau tindakan oleh bank dalam keadaan kemungkiran iaitu:

“Jika Bank berpuas hati bahawa mana-mana orang (dalam seksyen ini disebut sebagai “orang yang ingkar”) –

Telah memungkirinya seksyen 99, 100, 101 atau 104 ;

Telah gagal untuk mematuhi apa-apa syarat yang dikenakan menurut kelulusan Bank atau Menteri, mengikut mana-mana yang berkenaan, di bawah seksyen 99, 100, 101 atau 104 ;

Telah gagal untuk mematuhi mana-mana standard sebagaimana yang ditentukan oleh Bank di bawah subseksyen 103(1) ; atau

Telah gagal untuk mematuhi suatu aku janji yang diberikan kepada Bank di bawah subseksyen 104(2),

Bank boleh melaksanakan kuasanya di bawah subseksyen (2) sebagaimana yang terpakai atau wajar dalam hal keadaan kemungkiran atau ketidakpatuhan itu.”

Peruntukan seksyen 106(1)(d) di atas dilihat terpakai kepada kontrak *mushārahah mutanāqīshah* iaitu di dalam konteks *Wa’ad* iaitu janji dari pelanggan kepada pihak bank untuk membayar secara beransur-ansur pada

setiap bulan sehingga rumah tersebut menjadi milik pelanggan sepenuhnya. Namun, sekiranya pelanggan gagal membayar ansuran tersebut, maka ia termasuk di dalam kategori yang ingkar dan boleh dikenakan hukuman melalui peruntukan ini.

AKTA BANK NEGARA MALAYSIA 2009 (ABNM)

Di bawah Akta Bank Negara Malaysia (ABNM) 2009 ini turut memperuntukkan mengenai Majlis Penasihat Syariah (MPS) dan juga Tadbir Urus Syariah sebagaimana yang diperuntukkan di bawah IFSA 2013. Selain itu, di bawah bahagian VII ABNM 2009 ini juga memperuntukkan hal ehwal mengenai Perniagaan Kewangan Islam. Antaranya adalah bank dan IKI hendaklah merujuk kepada MPS yang diperuntukkan menerusi seksyen 55 ABNM ini. Maka, sekiranya IKI mempunyai persoalan mahupun permasalahan di dalam sesuatu prinsip perbankan Islam khususnya di dalam prinsip *mushārahah mutanāqishah* ini, IKI perlu merujuk kepada MPS bagi mendapatkan kepastian dan jawapan tentang perosalan tersebut. Selain itu, di bawah seksyen 84 iaitu pembiayaan bagi perumahan, kenderaan, pengajian dan biasiswa pula ada menyatakan bahawa:

“1) Tanpa menjejaskan subseksyen 83(4) dan (5), tetapi tertakluk kepada subseksyen (2), (3) dan (4), Bank tidak boleh memberikan pembiayaan kepada seseorang pegawai atau pekerja.”

“2) Bank boleh memberikan pembiayaan kepada seseorang pegawai atau pekerja atas apa-apa terma dan syarat sebagaimana yang ditentukan oleh Lembaga –

“a) Bagi membeil, mendirikan, mengubah, mengubahsuaikan atau membesarkan rumah yang didiaminya atau dicadangkan didiaminya” ;

b) “Untuk melepaskan suatu gadai janji atau bebanan atas rumah itu” ; atau

c) “Bagi pembelian kenderaan”

3) “Bank boleh, jika Gabenor berpuas hati bahawa wujud hal keadaan khas atau belas kasihan atau maksudnya sesuai, memberikan pembiayaan kepada seseorang pegawai atau pekerja atas apa-apa terma dan syarat yang ditentukan oleh Gabenor, yang tidak melebihi pada bila-bila masa suatu amaun

yang bersamaan dengan tiga bulan gaji pegawai atau pekerja itu.”

Peruntukan di atas menjelaskan mengenai kebolehterimaan seorang pegawai atau pekerja untuk melakukan pembiayaan perumahan atau kenderaan dan lain-lain yang diperuntukkan oleh seksyen tersebut. Seterusnya, ABNM 2009 ini juga memperuntukkan mengenai hal ehwal pengurusan dan pentadbiran kewangan dan perbankan Islam secara umum.

AKTA KONTRAK 1950

Seterusnya, prinsip *mushārahah mutanāqīshah* juga mengguna pakai akta ini. Hal ini adalah kerana prinsip itu sendiri adalah suatu kontrak iaitu kontrak *mushārahah mutanāqīshah* dalam pembiayaan perumahan. Di dalam sesebuah kontrak sudah semestinya mempunyai penawaran dan penerimaan sebagaimana yang diperuntukkan di dalam Akta Kontrak 1950. Bagi kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini adalah melibatkan tiga jenis kontrak iaitu kontrak perkongsian, kontrak sewaan dan juga kontrak jual beli serta tidak lupa juga wujudnya kontrak janji (*Wa'ad*). Di dalam akta ini ada memperuntukkan mengenai kontrak, kontrak boleh batal dan perjanjian batal di bawah bab III. Selain itu, kontrak *Wa'ad* di dalam *mushārahah mutanāqīshah* boleh dirujuk kepada seksyen 41 Akta Kontrak 1950 iaitu:

“Siapa yang harus melaksanakan janji. Jika ternyata dari keadaan perkara itu bahawa adalah menjadi niat pihak-pihak mana-mana kontrak bahawa mana-mana janji yang terkandung di dalamnya itu hendaklah dilaksanakan oleh pembuat janji sendiri, maka janji sedemikian itu mestilah dilaksanakan oleh pembuat janji itu. Dalam perkara-perkara lain, pembuat janji atau wakil-wakilnya bolehlah menggunakhidmatkan seorang yang cekap untuk melaksanakannya.”

Manakala di bawah seksyen 43 pula memperuntukkan bahawa:

“Apabila dua orang atau lebih telah membuat janji bersama, melainkan suatu niat yang bertentangan ternyata dalam kontrak itu, maka semua orang itu, sepanjang hayat mereka bersama, dan selepas kematian mana-mana antara mereka, wakilnya bersama dengan orang atau beberapa orang yang masih hidup, dan, selepas kematian orang yang paling lama hidup, wakil-wakil semua orang itu bersama, mestilah menunaikan janji itu.”

Berdasarkan kepada peruntukan-peruntukan di atas, maka jelas di sini bahawa kontrak janji itu perlu dilaksanakan oleh pihak yang membuat perjanjian yang mana di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini adalah pelanggan. Sekiranya pelanggan gagal memenuhi janji yang telah dibuat, maka pelanggan boleh dikenakan penalti atau denda berikutan hal tersebut sebagaimana yang diperuntukkan di bawah seksyen 74 dan 75 Akta Kontrak 1950.

KANUN TANAH NEGARA 1965 (KTN)

Kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini juga turut terikat dengan Kanun Tanah Negara 1965. Hal ini adalah kerana di dalam kajian ini, kontrak ini digunakan sebagai salah satu instrumen di dalam pembiayaan perumahan. Di bawah akta ini, terdapat seksyen yang menyatakan mengenai pemilikan hartanah, gadaian dan lain-lain seksyen yang berkait rapat dengan kontrak *mushārahah mutanāqīshah*. Selain itu, di dalam KTN ini juga terdapat borang-borang yang diguna pakai seperti borang gadaian iaitu borang 16A, borang pindah milik dan lain-lain borang yang berkaitan di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini. Berikutan hal pewujudan gadaian ke atas hartanah di bawah kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini adalah termaktub di bawah seksyen 241 KTN 1965 iaitu:

(1) Tertakluk kepada subseksyen (3) –

(a) a) seluruh, tetapi tidak suatu bahagian sahaja, mana-mana tanah bermilik;

(b) seluruh, tetapi tidak suatu bahagian sahaja, mana-mana bahagian yang tidak dipecahkan dalam tanah bermilik; dan

(c) apa-apa pajakan tanah bermilik,

Boleh digadaikan di bawah Akta ini dengan –

(aa) penjelasan mana-mana hutang, atau pembayaran apa-apa jumlah selain daripada hutang; atau

(bb) pembayaran apa-apa anuiti atau jumlah berkala yang lain.

1) Kuasa-kuasa yang diberi oleh subseksyen (1) hendaklah melingkupi kuasa untuk mewujudkan gadaian kedua dan gadaian-gadaian terkemudian.

2) Kuasa-kuasa tersebut hendaklah dijalankan dalam apa-apa kes tertentu tertakluk kepada –

a) apa-apa larangan atau batasan yang dikenakan oleh Akta ini atau mana-mana undang-undang bertulis lain buat masa ini berkuatkuasa ;

b) apa-apa sekatan kepentingan yang kepadanya tanah yang dipersoalkan adalah buat masa itu tertakluk; dan

c) berhubung dengan pajakan-pajakan, peruntukan mengenainya, nyata atau tersirat.

3) Tanpa menjejaskan perenggan (a) subseksyen (3), tiada gadaian boleh diberi kepada dua atau lebih orang atau badan selain dari sebagai pemegang-pemegang amanah atau wakil-wakil.

Berdasarkan kepada peruntukan di atas, maka dapat dilihat bahawa terdapat elemen gadaian oleh pelanggan bagi manfaat pihak bank di bawah struktur pembiayaan *mushārahah mutanāqīshah* ini. Justeru, KTN adalah merupakan satu akta yang penting bagi pembiayaan perumahan secara *mushārahah mutanāqīshah* ini.

ANALISIS ISU-ISU PERUNDANGAN

Terdapat beberapa isu yang timbul di dalam pembiayaan perumahan secara *mushārahah mutanāqīshah* dari aspek perundangan. Isu pertama ialah berkaitan ketiadaan peruntukan atau garis panduan yang khusus mengenai kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini sendiri selain daripada Resolusi Syariah yang dikeluarkan oleh BNM. Isu kedua pula adakah Piawaian Syariah dan Keperluan Operasi yang dikeluarkan oleh BNM baru-baru ini mencukupi dan menjelaskan secara terperinci kontrak perbankan Islam khususnya kontrak *mushārahah mutanāqīshah*? Manakala, isu yang ketiga pula adakah kesemua elemen di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini menepati undang-undang yang sedia ada. Isu yang keempat adalah apakah yang akan berlaku sekiranya kontrak ditamatkan lebih awal daripada masa yang ditetapkan. Isu yang kelima pula adalah mengenai pemilikan hartanah atau aset yang dikongsi bersama. Isu yang terakhir pula ialah bidang kuasa mahkamah yang membicarakan, mendengar dan memutuskan kes-kes berkaitan perbankan Islam.

ISU PERTAMA

Bagi isu yang pertama iaitu berkaitan ketiadaan peruntukan atau garis panduan yang khusus mengenai kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini sendiri selain

daripada Resolusi Syariah yang dikeluarkan oleh BNM. Di dalam isu ini, penulis melihat ketiadaan garis panduan yang khusus bagi kontrak *mushārahah mutanāqīshah* dibuat menimbulkan kesukaran. Sekiranya dilihat kepada IFSA 2013, tiada peruntukan khusus yang dinyatakan mengenai kontrak *mushārahah mutanāqīshah*. Justeru itu, wujud lakuna di situ dan sekiranya tiada diperuntukkan di dalam mana-mana peruntukan, maka hukum Syarak adalah terpakai. Walau bagaimanapun, prinsip *mushārahah mutanāqīshah* ini merupakan gabungan beberapa kontrak di dalamnya dan juga ia merupakan akad yang baru di dalam sistem perbankan Islam. Berikutan hal tersebut, ianya juga kurang didapati secara jelas dan nyata di dalam hukum Syarak dan perlu dilakukan penelitian dan kajian bagi mendapatkan penyelesaian berkenaan suatu isu yang timbul daripada kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini.

ISU KEDUA

Bagi isu yang kedua pula, adakah Piawaian Syariah dan Keperluan Operasi yang dikeluarkan oleh BNM baru-baru ini mencukupi dan khusus terhadap kontrak *mushārahah mutanāqīshah*? Piawaian ini berkuatkuasa pada 1 Jun 2016. Merujuk kepada Piawaian tersebut, ia mengandungi polisi-polisi berkenaan prinsip *mushārahah* yang mana Piawaian ini dibuat berasaskan kepada peruntukan di bawah IFSA 2013 iaitu seksyen 29(1) dan (2), 57(1), 135(1) dan 277. Di dalam Piawaian ini turut dinyatakan mengenai pelaksanaan *Wa'ad* dalam *mushārahah* yang mana janji (*Wa'ad*) boleh dilaksanakan di dalam kontrak *mushārahah* iaitu:

- a) *“Seorang rakan kongsi berjanji untuk membeli daripada, atau menjual syernya kepada, rakan kongsi yang lain apabila berlaku sesuatu peristiwa tertentu seperti yang ditetapkan dalam kontrak mushārahah”*; atau
- b) *“Ejen (wakil) yang dilantik oleh mushārahah berjanji untuk membeli atau menjual asset pendasar mushārahah apabila berlaku sesuatu peristiwa tertentu seperti yang ditetapkan dalam kontrak mushārahah.”*

Pada hemat penulis, Piawaian ini adalah suatu inisiatif yang baik bagi meningkatkan mutu sistem perbankan Islam di Malaysia khususnya bagi produk pembiayaan perumahan secara *mushārahah mutanāqīshah*. Hal ini adalah kerana di dalam piawaian ini terlihat beberapa garis panduan bagi kontrak ini. Contohnya adalah seperti pelaksanaan janji (*Wa'ad*), pendekatan sekiranya berlaku kemungkiran janji dan sebagainya. Walaubagaimanapun, kebanyakan garis panduan di dalam Piawaian ini adalah berbentuk umum iaitu mengenai

mushārahah dan pengkhususan kepada kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini adalah kurang. Oleh hal yang demikian, BNM perlu menambahbaik piawaian ini dan memasukkan lebih banyak perkara berkaitan kontrak *mushārahah mutanāqīshah* khususnya bagi pembiayaan perumahan.

ISU KETIGA

Seterusnya adalah isu yang ketiga iaitu adakah kesemua elemen di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini menepati undang-undang yang sedia ada? Bagi menjawab persoalan ini, penulis nyatakan kembali elemen-elemen yang wujud di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini iaitu elemen perkongsian, sewaan dan juga jual beli. Bagi elemen perkongsian, adakah *mushārahah* yang terbentuk di antara pelanggan dan pihak bank di bawah kontrak *mushārahah mutanāqīshah* boleh dianggap sebagai suatu bentuk perkongsian di bawah Akta Perkongsian 1961 (Aida Othman, 2010). Secara amalnya di Malaysia, Perjanjian *mushārahah* ini mengandungi suatu terma dan klausa yang menyatakan dengan jelas bahawa *mushārahah* yang terbentuk di antara pelanggan dan pihak bank berdasarkan kepada Akta Perkongsian 1961.

Kewujudan terma-terma tersebut adalah bagi mengelakkan sebarang isu yang mungkin ditimbulkan oleh mana-mana pihak khususnya pelanggan bahawa *mushārahah* yang terbentuk di bawah prinsip *mushārahah mutanāqīshah* ini adalah tertakluk kepada Akta Perkongsian 1961. Akan tetapi, *mushārahah* ini adalah bertujuan untuk membolehkan suatu pembiayaan dilakukan di bawah prinsip *mushārahah mutanāqīshah* dan bukannya suatu perkongsian yang tertakluk di bawah Akta Perkongsian 1961. Bagi elemen yang seterusnya iaitu elemen sewaan. Bagi kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini, yang menjadi isu di dalam elemen ini adalah pewujudan gadaian ke atas hartanah oleh pelanggan bagi manfaat pihak bank. Seperti yang telah diperuntukkan di bawah seksyen 241 KTN 1965 yang menyatakan mengenai kuasa-kuasa menggadai. Perkara ini dibolehkan kerana hartanah atau rumah tersebut merupakan hak milik pelanggan selari dengan peruntukan di atas. Maka, tiada isu di dalam pewujudan gadaian oleh pelanggan bagi manfaat pihak.

Selanjutnya, bagi elemen jual beli di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini adalah tertakluk di bawah Akta Sewa Beli 1967. Di dalam konteks pembiayaan perumahan secara *mushārahah mutanāqīshah* ini, pihak bank menyewakan rumah yang telah dibiaya oleh pihak bank tadi kepada pelanggan. Proses penyewaan ini berlangsung sehingga rumah tersebut menjadi milikan pelanggan 100% dan ekuiti bank menjadi 0%. Secara keseluruhannya,

kesemua transaksi sewa beli adalah dikawal di bawah Akta Sewa Beli 1967 yang mana butir-butir dan syarat-syarat yang terkandung di dalam perjanjian sewa beli, hak di sisi undang-undang, tanggungjawab dan tugas penyewa serta pembiayaan ada dinyatakan di dalam Akta Sewa Beli ini. Oleh itu, bagi isu ini penulis berpandangan bahawa kesemua elemen di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini menepati peruntukan yang sedia.

ISU KEEMPAT

Isu yang keempat pula adalah, apakah yang akan berlaku sekiranya kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ditamatkan lebih awal daripada masa yang ditetapkan? Sebagai contohnya adalah pembinaan rumah tidak disiapkan bagi rumah yang masih di dalam pembinaan dan juga wujudnya keingkaran. Bagi rumah yang tidak disiapkan dan yang masih dalam pembinaan ini terdapat dua amalan iaitu, pelanggan perlu membeli syer-syer bank pada harga yang sama dengan jumlah pembiayaan yang diberikan oleh pihak bank pada masa itu yang akan ditolak dengan bayaran sewa pendahuluan yang telah dijelaskan oleh pelanggan atau *mushārahah mutanāqīshah* ditamatkan dan bayaran sewa pendahuluan dipulangkan.

Lain pula halnya dengan Kuwait Finance House Malaysia Berhad (KFHMB) yang mana bagi pembiayaan rumah yang masih dalam pembinaan, apabila berlaku kegagalan daripada pihak pemaju dalam menyiapkan rumah yang dibeli, bank akan memberi kerjasama sepenuhnya dalam masalah tersebut. Di dalam kes ini, KFHMB akan mengembalikan sepenuhnya bayaran pendahuluan sewa pelanggan di samping pelanggan bebas sepenuhnya dari ikatan dengan bank. Pada masa yang sama, baki urusan adalah melibatkan KFHMB dan pemaju sahaja (Mohd Sollehudin Shuib et al, 2011).

Manakala di RHB Islamic Bank Berhad (RHBIB) pula bagi isu pembiayaan rumah yang masih dalam pembinaan, RHBIB menghentikan prinsip *mushārahah mutanāqīshah* bagi isu ini bermula pada bulan Mei 2016.¹ Hal ini adalah kerana terdapat banyak isu berkaitan dengan rumah yang masih dalam pembinaan. Pertamanya adalah sekiranya rumah tersebut tidak siap dibina, pihak mana yang akan menanggung kerugian. Secara amnya pihak bank yang perlu bertanggungjawab dengan menyediakan rumah yang baru untuk pelanggan kerana pegangan bank adalah sebanyak 90%.

¹ Joni Tamkin Borhan (Penasihat Syariah, RHB Islamic Bank Berhad), dalam temu bual beliau bersama penulis pada 31 Mei 2016.

Namun bagi pembiayaan perumahan rumah yang telah siap dibina, tiada masalah dan prinsip *mushārahah mutanāqīshah* boleh diguna pakai. Dan bagi pembiayaan perumahan rumah yang masih dalam pembinaan dicadangkan menggunakan pembiayaan berasaskan prinsip *Murabahah*. Seterusnya, bagi kes keingkaran pula, antara amalan kebiasaan bank-bank adalah pelanggan berjanji untuk membeli syer bank dan sekiranya pelanggan gagal membeli syer tersebut, pihak bank mempunyai hak untuk menjual hartanah tersebut dan jika terdapat sebarang kekurangan hasil daripada jualan hartanah tersebut, pihak bank berhak untuk menuntut jumlah kekurangan tersebut daripada pelanggan. Hal ini adalah selari dengan pandangan yang dikemukakan oleh responden yang ditemu bual. Perkara berkenaan dengan keingkaran ini dinyatakan di dalam perjanjian tersebut. Sekiranya pelanggan ingkar, maka pelanggan tersebut akan dikenakan denda dan penalti iaitu bank akan mengambilkira kerugian sebenar bank dan yang keduanya bank akan mengenakan denda mengikut kerugian yang sebenar atau mungkin tinggi sedikit supaya dijadikan sebagai pengajaran kepada pelanggan tersebut.

ISU KELIMA

Analisis bagi isu yang seterusnya adalah mengenai pemilikan hartanah atau aset yang dikongsi bersama. Adalah menjadi persoalan sama ada hartanah atau rumah tersebut di bawah pemilikan pelanggan atau bank. Menurut perspektif Syariah, hartanah berkenaan dimiliki oleh pihak yang terbabit di dalam *mushārahah* iaitu pihak bank dan juga pelanggan berdasarkan kepada Perjanjian *mushārahah*. Walau bagaimanapun, menurut perspektif perundangan berdasarkan kepada amalan standard di Malaysia, pihak yang terbabit di dalam *mushārahah* akan bersetuju dengan menyatakan di dalam perjanjian *mushārahah* bahawa pelanggan akan menjadi pemilik berdaftar bagi hartanah tersebut dan sebagai pemegang hartanah bagi pihak *mushārahah*.

Oleh itu, dari perspektif undang-undang di Malaysia tidak timbul isu berkenaan pemilikan hartanah kerana pelanggan adalah pemilik berdaftar bagi hartanah tersebut sebagaimana yang tertera di atas geran bagi hartanah tersebut dan ia adalah selari dengan peruntukan di bawah KTN 1965. Berdasarkan kepada kes *Bank Rakyat Malaysia Bhd. v EMCEE Corporation Sdn. Bhd.* yang mana diputuskan bahawa walaupun prinsip yang digunakan dalam pembiayaan tersebut adalah di prinsip muamalat Islam, namun undang-undang seperti Kanun Tanah Negara 1965 dan Peraturan-Peraturan Mahkamah Tinggi 1980 adalah tetap terpakai (Nafis Alam et al., 2007: 93).

ISU KEENAM

Berkenaan isu yang terakhir iaitu bidang kuasa mahkamah yang membicara, mendengar dan memutuskan kes-kes berkaitan perbankan Islam. Mahkamah yang mempunyai kuasa untuk membicarakan kes-kes berkaitan dengan kewangan Islam adalah Mahkamah Sivil dan bukannya di bawah bidang kuasa Mahkamah Syariah. Hal ini kerana hal ehwal mengenai kewangan telah diperuntukkan di bawah Senarai Persekutuan Perlembagaan Persekutuan termasuklah kewangan Islam. Antara kes yang berkaitan dengan kewangan Islam yang dibicarakan di Mahkamah Sivil adalah kes *Bank Islam Malaysia Berhad v. Adnan Omar*.² Kes ini telah dibicarakan di Mahkamah Tinggi Shah Alam yang mana lima isu telah ditimbulkan di dalam kes ini dan salah satu daripadanya adalah isu bidang kuasa mahkamah iaitu sama ada Mahkamah Sivil berbidang kuasa atau tidak terhadap hal ehwal perbankan Islam. Defendan mengemukakan bantahan bahawa Bank Islam Malaysia Berhad (BIMB) adalah sebuah bank Islam, maka Mahkamah Sivil adalah tidak berbidang kuasa untuk mendengar kes ini berdasarkan kepada perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan (PP). Hakim NH Chan J telah menolak bantahan tersebut dan memutuskan bahawa perkara ini sememangnya perlu dibawa ke Mahkamah Sivil (Nafis Alam, 2007: 87).

Hal ini telah nyata dijelaskan di dalam Senarai I Jadual kesembilan PP iaitu termasuklah hal ehwal berkaitan perbankan. Maka, Mahkamah Sivil mempunyai bidang kuasa bagi membicarakan kes-kes berkaitan kewangan termasuklah kewangan Islam. Manakala di bawah Senarai II Senarai Negeri PP hanya memperuntukkan mengenai bidang kuasa Mahkamah Syariah iaitu hanya kepada seseorang yang menganut agama Islam dan hanya berkenaan perkara-perkara yang telah dinyatakan di dalam senarai tersebut dan mengecualikan perihal perbankan Islam. Oleh kerana BIMB merupakan sebuah pertubuhan perbadanan, maka ia tidak mempunyai agama. Justeru itu, ia bukanlah terletak di bawah bidang kuasa Mahkamah Syariah. Oleh itu, Mahkamah Sivil mempunyai bidang kuasa untuk mendengar kes-kes berkenaan perbankan Islam dan lain-lain komersial Islam berdasarkan kepada alasan yang berikut iaitu Mahkamah Syariah hanya boleh memutuskan kes-kes yang terdapat di bawah Senarai Negeri dan tidak termasuk kes-kes mengenai perbankan Islam. Selain itu, Mahkamah Syariah hanya memutuskan kes-kes yang apabila kesemua yang terlibat di dalam kes tersebut adalah beragama Islam. Oleh itu, institusi Islam seperti BIMB dan Syarikat Takaful merupakan sebuah perbadanan yang ditubuhkan di bawah Akta dan ia tidak mempunyai agama.

² *Bank Islam Malaysia Berhad v. Adnan Omar* [1994] 3 CLJ 735

Pada masa kini, pemakaian undang-undang Inggeris di Malaysia adalah berdasarkan kepada peruntukan seksyen 3 dan 5 Akta Undang-Undang Sivil 1956. Peruntukan seksyen 5 akta ini menyatakan bahawa undang-undang Inggeris adalah terpakai bagi hal-hal berkaitan urusan bank. Maka, hal tersebut jelas terletak hak di bawah Mahkamah Sivil. Tambahan pula, seksyen 3 di bawah akta yang sama memperuntukkan bahawa undang-undang Inggeris iaitu (*Common Law* dan Kaedah Ekuiti) ini akan terpakai sekiranya terdapat lakuna di dalam mana-mana undang-undang bertulis. Di Malaysia, meskipun terdapat IFSA 2013, namun sepertimana yang telah dinyatakan tadi bahawa undang-undang tersebut adalah tidak lengkap. Justeru, sebarang kekaburan, ketidakjelasan dan tafsiran akan dirujuk kepada Mahkamah Sivil. Penulis bersetuju dengan keputusan yang dibuat terhadap isu bidang kuasa yang ditimbulkan di dalam kes ini. Pada hemat penulis, sewajarnya Mahkamah Sivil berbidang kuasa ke atas hal ehwal berkaitan kewangan dan perbankan Islam. Hal ini adalah kerana Mahkamah Syariah hanya berbidang kuasa ke atas orang yang beragama Islam. Begitu juga halnya dengan kes *Tinta Press Sdn. Bhd. v Bank Islam Malaysia Berhad*.³ Dalam kes ini, proses perundangan dirujuk ke Mahkamah Sivil walaupun ianya melibatkan produk perbankan Islam.

Namun, bukan hanya orang yang beragama Islam sahaja yang menggunakan khidmat perbankan Islam, malah orang yang bukan beragama Islam juga turut menggunakan produk perbankan Islam. Justeru itu, Mahkamah Sivil adalah yang lebih berhak bagi membicarakan kes-kes sebegini. Oleh itu, apa yang menjadi permasalahan di sini adalah kefahaman dan pengetahuan hakim-hakim di Mahkamah Sivil mengenai prinsip muamalah di dalam produk perbankan Islam. Hal ini adalah kerana hakim-hakim di Mahkamah Sivil tidak terdedah kepada perkara-perkara berkaitan dengan undang-undang Islam. Walaupun begitu, di dalam membicarakan kes-kes mengenai perbankan Islam, ABNM 2009 ada memperuntukkan di bawah seksyen 56 iaitu:

1) “Jika terdapat dalam mana-mana prosiding yang berhubungan dengan perniagaan kewangan Islam di hadapan mana-mana mahkamah atau penimbang tara apa-apa persoalan berbangkit mengenai suatu perkara Syariah, mahkamah atau penimbang tara itu, mengikut mana-mana yang berkenaan, hendaklah” –

a) “Mengambil kira mana-mana keputusan Majlis Penasihat Syariah yang telah disiarkan”; atau

b) “Merujukkan persoalan itu kepada Majlis Penasihat Syariah untuk keputusannya.”

³ *Tinta Press Sdn. Bhd. v Bank Islam Malaysia Berhad* [1987] 2 MLJ 192.

2) “*Apa-apa permintaan untuk nasihat atau suatu keputusan Majlis Penasihat Syariah di bawah Akta ini atau mana-mana undang-undang lain hendaklah dikemukakan kepada urus setia.*”

Oleh itu, sekiranya hakim-hakim di Mahkamah Sivil mempunyai persoalan atau kekeliruan tentang produk perbankan Islam, maka mereka boleh merujuk kepada Majlis Penasihat Syariah (MPS). Berdasarkan kepada penjelasan di atas, maka jelaslah bahawa mahkamah yang mempunyai bidang kuasa untuk mendengar, membicara dan memutuskan kes-kes berkenaan perbankan Islam adalah Mahkamah Sivil.

KESIMPULAN

Berdasarkan amalan pembiayaan secara *mushārahah mutanāqīshah* di Negara ini, jelas bahawa terdapat juga isu-isu yang timbul dari aspek perundangan selain daripada isu-isu dari perspektif Syariah. Namun begitu, isu-isu perundangan ini dilihat kurang dibahaskan dan diketengahkan di dalam artikel-artikel dan kertas kerja berbanding dengan isu-isu Syariah yang sering dibahaskan sebagai contohnya di diputuskan isu-isu yang dibahaskan di dalam Resolusi Syariah Kewangan Islam. Secara keseluruhannya, analisis menunjukkan bahawa isu-isu perundangan yang dihadapi oleh bank-bank Islam adalah berkenaan dengan ketiadaan peruntukan atau garis panduan yang khusus mengenai kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini sendiri, adakah Piawaian Syariah dan Keperluan Operasi yang dikeluarkan oleh BNM baru-baru ini mencukupi, adakah kesemua elemen di dalam kontrak *mushārahah mutanāqīshah* ini menepati undang-undang yang sedia ada, apakah yang akan berlaku sekiranya kontrak ditamatkan lebih awal daripada masa yang ditetapkan dan juga isu mengenai pemilikan hartanah atau aset yang dikongsi bersama. Oleh itu, penggunaan prinsip muamalat yang pelbagai adalah perlu kepada penelitian khususnya bagi prinsip muamalat yang menggabungkan beberapa kontrak di dalam satu kontrak seperti kontrak *mushārahah mutanāqīshah*.

RUJUKAN

- Abdul Rashid Haji Dail (1994). *Bank Islam*. Selangor: Pustaka Rashfa dan Anak-Anak Sdn. Bhd.
- Ahmad Shamsul Abdul Aziz (2003). “Elemen Tawaran dan Penerimaan dalam Pembentukan Kontrak Jual Beli dari Perspektif Undang-Undang Sivil dan Undang-Undang Syariah,” *‘Ulum Islamiyyah*, vol. 2, no. 1, 1-10.

- Aida Othman (2010). “Isu-Isu Perundangan dalam Instrumen Pembiayaan Berdasarkan Prinsip *Ijārah*,” Kertas kerja, Muzakarah Cendekiawan Syariah Nusantara, 10-11 November 2010.
- Jabatan Perbankan Islam dan Takaful Bank Negara Malaysia (2016). *Piawaian Syariah dan Keperluan Operasi*. Kuala Lumpur: ISRA.
- Mohamad Akram Ladin. (2010) “Perundangan Kewangan Islam di Mahkamah Syariah: Harapan dan Cabaran,” *Jurnal Hukum*, vol. 31, no. 2, 105-123.
- Mohd Sollehudin Shuib, Ahmad Azam Sulaiman @ Mohamad dan Mohamad Taqiuddin Mohamad (2011). “Pembiayaan Perumahan Secara Islam di Malaysia: Analisis Kelebihan Produk Berasaskan *Mushārahah Mutanāqīshah* di Kuwait Finance House Malaysia Berhad (KFHMB),” *Jurnal Teknologi*, vol. 55, 107-119.
- Mohd Sollehudin Shuib, Ahmad Azam Sulaiman @ Mohamad dan Muhammad Hafiz Badarulzaman (2011). “Kontrak Hibrid Muamalat dari Perspektif Undang-Undang: Analisis Terhadap Produk Pembiayaan Perumahan secara *Mushārahah Mutanāqīshah*,” UUM International Legal Conference.
- Nafis Alam & Bala Shanmugam (2007). *Islamic Finance The Challenges Ahead*. Serdang: Universiti Putra Malaysia Press.
- Noor Inayah Yaakob (2009). “Kontrak Musharakah Mutanaqisah dalam Pembiayaan Perumahan di Malaysia,” *Shariah Law Reports*, vol. 4, 26-50.
- OIC, Majallah Majma’ al-Fiqh al-Islami, No 10, Jilid 2, h. 554.
- Bank Negara Malaysia (2007). *Resolusi Syariah dalam Kewangan Islam*. Kuala Lumpur: BNM, h. 44.
- Bank Negara Malaysia (2011). *Shariah Governance Framework (SGF) for Islamic Financial Institute (IFI)*. Kuala Lumpur: BNM.
- Wahbah al-Zuhayli (1985). *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh*, vol. 4. Dimashq: Dar al-Fikr.

Senarai Statut

- AAOFI (2004), Shari’a Standards. Bahrain.
- Akta Bank Negara Malaysia 2009 [Akta 701].
- Akta Kontrak 1950 [Akta 136].
- Akta Perkhidmatan Kewangan Islam 2013 [Akta 759].
- Akta Sewa Beli 1967 [Akta 212].

Journal of Shariah Law Research (JSLR)

Akta Undang-Undang Sivil 1956 [Akta 67].

Kanun Tanah Negara 1965 [Akta 56].

Senarai Kes

Tinta Press Sdn. Bhd. v Bank Islam Malaysia Berhad [1987] 2 MLJ 192.

Bank Islam Malaysia Berhad v. Adnan Omar [1994] 3 CLJ 735

Senarai Temu bual

Joni Tamkin Borhan (Penasihat Syariah, RHB Islamic Bank Berhad), dalam temu bual beliau bersama penulis pada 31 Mei 2016.