

ISLĀMIYYĀT 39(2) 2017: 125 - 133
 (<http://dx.doi.org/10.17576/islamiyyat-2017-3902-04>)

Analisis Pemilikan Bermanfaat dalam Kewangan Islam Berdasarkan Kaedah *Tarjih Bayn al-Asl wa al-Zahir*

An Analysis on Beneficial Ownership in Islamic Finance According to the Principle of *Tarjih Bayn al-Asl wa al-Zahir*

NIK ABDUL RAHIM NIK ABDUL GHANI

ABSTRAK

Pemilikan aset merupakan aspek penting dalam memastikan keabsahan kontrak jual beli. Walau bagaimanapun, dalam konteks kewangan Islam, isu pemilikan bermanfaat menjadi topik yang hangat berikutan operasi kewangan Islam yang berjalan dalam kerangka konvensional perundangan negara. Pemilikan bermanfaat dianggap tidak mengikut piawaian pemilikan dalam syariah. Justeru, kajian ini dilakukan untuk menghuraikan kedudukan dan maksud pemilikan bermanfaat dari perspektif undang-undang dan Syariah. Kajian ini menggunakan pendekatan analisis kandungan bagi menjelaskan konsep pemilikan bermanfaat. Data kajian dianalisis menggunakan kaedah deduktif dan deskriptif untuk melakukan tarjih. Dapatan kajian ini menunjukkan pemilikan bermanfaat diiktiraf sebagai pemilikan sebenar kerana Syariah membenarkan pemindahan pemilikan sebaik sahaja ijab dan qabul terlaksana. Kajian ini penting untuk menjadi panduan kepada institusi kewangan Islam dalam menstruktur produk yang patuh Syariah.

Kata kunci: Pemilikan; kewangan Islam; tarjih; bermanfaat

ABSTRACT

Ownership of asset is a crucial aspect to ensure the validity of sale contract. Nevertheless, in the context of Islamic finance, the issue of beneficial ownership has been seriously debated since the system of Islamic finance operates within the Malaysian conventional legal framework. Beneficial ownership is claimed as not compliant with the Sharia standard of the concept of ownership. Hence, this research aims to study the status of beneficial ownership and its meaning from legal and Sharia perspective. This study applies the approach of content analysis to clarify the concept of beneficial ownership. The data is analysed using deductive and descriptive approach to make a preference. The research finding discovers that the beneficial ownership is recognized as a true ownership due to the fact that Sharia allows the transfer of ownership after the execution of ijab and qabul. This study is very important to be a guideline for Islamic financial institutions in structuring Sharia compliant products.

Keywords: Ownership; Islamic finance; tarjih; beneficial

PENGENALAN

Sektor kewangan Islam menyaksikan perkembangan dan pertumbuhan yang pesat sejak beberapa dekad yang lepas. Aset patuh Syariah seluruh dunia dipercayai telah mencecah nilai USD1.4 trilion pada hujung tahun 2011 dan dijangka akan terus berkembang (Standard and Poor's Ratings Services 2012). Perkembangan ini dipandu oleh keperluan individu, kerajaan dan sektor korporat kepada alternatif yang lebih baik daripada konvensional. Tambahan pula, kerajaan Malaysia telah mempromosikan pertumbuhan kewangan Islam secara konsisten dari semasa ke semasa. Sehubungan dengan itu, beberapa penubuhan badan pengawalseliaan seperti Malaysian Islamic Financial Centre (MIFC), Islamic Financial Services Board (IFSB) and the International Islamic Liquidity

Management Centre menunjukkan sokongan tulen kepada industri ini (Mohamed & Saiful Azhar 2011; Balala 2011). Walau bagaimanapun, industri kewangan Islam masa kini masih mendapat kritikan dari aspek Syariah dan sering dihujahkan bahawa produk kewangan Islam menyerupai dan meniru produk konvensional dan dianggap tidak menepati prinsip *maqasid al-Shari'ah* (Ayub 2007; Asyraf Wajdi & Nurdianawati 2014; Nik Abdul Rahim, Saleem & Laahasna 2015). Satu daripada kritikan berkaitan Syariah yang diutarakan oleh sesetengah sarjana ialah isu *beneficial ownership* (pemilikan bermanfaat) dalam penstrukturan produk kewangan Islam. Ia didakwa bersalahan dengan konsep pemilikan atau *milkiyyah* seperti mana dikehendaki dalam Syariah (al-Amine 2008; al-Amine 2011; al-Amine 2014).

Secara asasnya, pemilikan bermanfaat merupakan prinsip yang diguna secara meluas dalam dokumentasi kontrak, termasuk kewangan Islam. Pemilikan bermanfaat membolehkan pemiliknya melakukan transaksi tertentu terhadap aset yang dimiliki. Pemilik tersebut ialah seseorang menikmati manfaat daripada sesuatu aset walaupun nama pemilik didaftarkan di atas orang lain. Pemilikan bermanfaat diperkenalkan dalam negara yang mengamalkan sistem *Common Law*. Menurut syariah, *milkiyyah* (pemilikan) ialah syarat asas dalam membolehkan seseorang melakukan sesuatu transaksi seperti akad jual beli secara sah. Pemilik harta berhak menguasai zat dan menikmati segala faedah dan manfaat dalam harta yang dimiliki. Pemindahan pemilikan daripada seseorang kepada seseorang yang lain kebiasaannya dilakukan melalui kontrak jual beli. Dalam konteks perbankan Islam hari ini, kontrak jual beli yang dijalankan, sama ada secara *bay' bi thaman ajil* (BBA) dan *murabahah* hanya memindahkan pemilikan bermanfaat sahaja bukan pemilikan undang-undang (*legal ownership*). Begitu juga dalam kontrak *ijarah thumma al-bay'*, pemilikan bermanfaat diberikan kepada pemberi sewa (bank), manakala penyewa dianggap sebagai pemilik undang-undang kerana didaftarkan di atas namanya. Meskipun Majlis Penasihat Syariah Bank Negara Malaysia (MPS BNM) mengiktiraf pemilikan bermanfaat, namun ia masih dipertikaikan oleh sebahagian sarjana.

Justeru, kajian ini bertujuan untuk menganalisis konsep pemilikan bermanfaat seperti mana amalan semasa dalam penstrukturan produk kewangan Islam. Ia dimulai dengan perbincangan berkenaan konsep pemilikan menurut perspektif Syariah. Seterusnya, kajian ini turut mengupas konsep pemilikan bermanfaat dalam undang-undang Barat bagi mengenal pasti maksud sebenar dan sejauh mana penerimaannya dalam Syariah. Ini diikuti dengan aplikasi pemilikan bermanfaat dalam kewangan Islam dan disudahi dengan analisis *usul al-fiqh* terhadap pemilikan bermanfaat dalam kaedah percanggahan hukum asal dan zahir. Ini bagi menentukan status sebenar pemilikan bermanfaat menurut perspektif Syariah.

PEMILIKAN MENURUT SYARIAH

Pemilikan, secara etimologi, dikenali sebagai *milkiyyah* atau *milk*, yang merujuk makna pemegangan sesuatu barangan dan kemampuan untuk menggunakannya (al-Fayruzabadi 1953, 3: 320). Ibn Manzur (1956, 10: 492) menjelaskan perkataan *malk*, *mulk* dan *milk* merujuk keadaan mempunyai sesuatu dan kemampuan mendominasi dan menggunakannya (*ta'arruf*).

Kadang kala, perkataan *milk* memberi konotasi harta yang dimiliki serta dikawal oleh seseorang (al-Muslih 1988). Dari segi istilah, pemilikan boleh ditakrifkan berdasarkan tiga bentuk pemahaman, iaitu: (1) pemilikan sebagai satu sifat undang-undang bagi sesuatu benda yang mempunyai kesan (*hukm shar'i*); (2) pemilikan sebagai satu hubungan undang-undang antara pemilik dan hartanya (*ittisal shari'i* atau *ikhtisas*); (3) pemilikan didefinisikan berdasarkan kesan perundangan terhadap harta yang dimiliki (*qudrah 'ala al-tasarruf* atau *tamakkun al-intifa'*).

Ibn al-Humam dan Ibn Nujaym daripada Mazhab Hanafi mendefinisikan pemilikan sebagai satu kuasa undang-undang yang diberikan secara asal kepada seseorang yang membenarkannya untuk *ta'arruf* (menggunakan) pada sesuatu harta kecuali sekiranya wujud halangan. Sebahagian ulama Hanafiyyah mendefinisikannya sebagai satu hubungan undang-undang antara seseorang dengan sesuatu benda yang memberinya kebebasan mutlak untuk *ta'arruf* (menggunakan) dan ia bersifat eksklusif, iaitu menafikan orang lain daripada harta tersebut. Al-Qarafi, ulama terkenal mazhab Maliki mendefinisikannya sebagai hukum undang-undang (autoriti) ke atas sesuatu barangan atau manfaat yang diberikan kepada seseorang mengharuskannya untuk mengambil faedah daripada item yang dimiliki dan menerima ganti ruginya jika dirosakkan oleh sesiapa (al-Muslih 1988: 28-39).

Tokoh mazhab al-Shafi'i, al-Subki berpendapat pemilikan ialah sesuatu yang bersifat maknawi dan beliau mempunyai definisi yang hampir sama dengan definisi al-Qarafi. Segelintir ulama al-Shafi'iyah seperti Abu Shuja' mendefinisikannya sebagai satu bentuk hukum eksklusif undang-undang atau *ikhtisas* terhadap sesuatu item yang boleh digunakan (al-Muslih 1988). Manakala, Ibn Taymiyyah (2002, 3: 347-348) memilih definisi pemilikan sebagai kemampuan undang-undang yang menjustifikasikan hak *ta'arruf* (penggunaan) terhadap sesuatu aset. Berdasarkan definisi di atas, dapat dirumuskan pemilikan pada asasnya merujuk empat sifat. iaitu:

1. Hubungan undang-undang dan eksklusif antara seseorang dengan sesuatu benda sama ada sesuatu *a'yan* (aset ketara atau *tangible*) atau *manafi'* (aset tidak ketara atau *intangible*).
2. Tujuan utama pengeksklusifan ialah memberikan hak kepada pemilik untuk menggunakan barangan yang dimiliki atau melupuskannya (*ta'arruf*).
3. Kemampuan untuk mengguna dan melupuskan barangan yang dimiliki boleh terhalang dengan sebab halangan yang sah.

4. Kemampuan untuk menggunakan dan melupuskan (*ta'arruf*) boleh muncul secara primer (*ibtiya'*) dan juga sekunder melalui kontrak (*wakalah*).

Oleh itu, *milkiyyah* (pemilikan) boleh ditakrifkan sebagai suatu hubungan eksklusif yang wujud antara objek yang dimiliki dan pemilik, iaitu ia memberi hak kepada pemilik untuk menggunakannya dan hak *ta'arruf* objek tersebut dalam apa jua cara yang tidak diharamkan syarak. Sekalipun *ta'arruf* menjadi elemen penting dalam pemilikan, ia boleh terhalang dengan sebab-sebab tertentu yang diiktiraf oleh syarak.

PEMILIKAN BERMANFAAT DALAM UNDANG-UNDANG

Secara umumnya, istilah *beneficial ownership* (pemilikan bermanfaat) digunakan sebagai maksud berlawanan dengan *legal ownership* (pemilikan undang-undang). Meskipun ia diguna secara meluas dalam kewangan Islam, tidak dapat dinafikan asal usulnya dikembalikan kepada undang-undang Inggeris. Sebelum membuat penilaian berdasarkan Syariah, kupasan ini menjelaskan maksud pemilikan bermanfaat menurut asal-usulnya. Oleh itu, metode terbaik ialah meneliti maksud pemilikan bermanfaat dari segi undang-undang terlebih dahulu. Al-Qurahdagh (2014: 2) ketika membentangkan kertas utama dalam International *Shari'ah* Scholars Forum (ISSF) kali ke-9 di Kuala Lumpur, menyuarakan:

Dari satu sudut lain, mengambil kira makna teknikal menurut pakarnya sangat dituntut untuk mendapatkan hukum yang tepat. Justeru, tidak harus menyebut sesuatu terma undang-undang yang mempunyai makna khusus di sisi ahli undang-undang, dan kemudian kita meletakkan syarat-syarat kita sendiri, lalu menyebut hukumnya. Akan tetapi, apa yang perlu ialah kita menyebut hukumnya mengikut kehendak ahlinya, kemudian kita mengatakan, "jika diwujudkan parameter begitu atau begini, maka ia harus", dan ketika itu, dengan parameter tersebut, ia terkeluar daripada skop yang ahlinya, dan ia membawa makna terkini dan hukum yang baru.

Dari segi sejarah, asal usul konsep pemilikan bermanfaat atau *beneficial ownership* kembali kepada sejarah *trust law* (undang-undang amanah) pada kurun ke-12 hingga ke-13M yang muncul daripada prinsip ekuiti (Brown 2003: 405; George 1999: 1) seperti mana dibincangkan oleh Cervantes (2009: 25) dan Weeghel (1998: 87). Istilah ini difahami sebagai istilah yang berlawanan dengan pemilikan undang-undang atau *legal ownership*. Selain itu, terdapat beberapa terma yang juga sering digunakan bagi menunjukkan maksud yang sama, iaitu *beneficial*

interest, *beneficial title*, *equitable ownership* dan *equitable title* (Nik Abdul Rahim, Muhammad Yusuf & Ahcne 2015; Nik Abdul Rahim et al. 2016a).

Perkataan *beneficial* ditakrifkan dalam Black's Law Dictionary edisi ke-4 (Black 1968: 198) sebagai, "*tending to the benefit of a person; yielding a profit, advantage, or benefit; enjoying or entitled to a benefit or profit*", iaitu merujuk manfaat seseorang, mendapatkan keuntungan, kelebihan, atau manfaat; menikmati atau berhak kepada manfaat atau keuntungan. Terma ini juga diguna pakai dalam hal berkaitan tanah sebagai *beneficial interest* dan kepada seseorang pemilik sebagai *beneficial owner*. Brown (2003) mendapati sifat *beneficial* apabila ditambah perkataan *owner*, banyak digunakan dalam konteks perundangan. Tujuan utama ialah membuat perbezaan antara hak dan kuasa seseorang yang memegang harta untuk manfaat sendiri dan seseorang yang memegang harta untuk kegunaan dan manfaat orang lain. Seolah-olahnya, ia bermaksud, pemilikan ini ditentukan oleh undang-undang. Sebagaimana yang dinyatakan, ia sering dirujuk dalam *trust law* (undang-undang amanah), iaitu *trustee* (pemegang amanah) mempunyai *legal title* (hak milik berdaftar) sesuatu harta sedangkan benefisiari mempunyai *beneficial title* (hak milik bermanfaat). Ini bermaksud, sekalipun mempunyai *legal title*, *trustee* (pemegang amanah) hanya memegang harta untuk manfaat benefisiari, iaitu *beneficial owner* (pemilik bermanfaat).

Pembentukan amanah merupakan konsep penting bagi prinsip ekuiti. Ekuiti berpegang kepada prinsip keadilan, kesaksamaan dan kebenaran. Secara umumnya, ekuiti merupakan satu cabang undang-undang yang ditadbir di bawah Mahkamah *Chancery* sebelum penggubalan Akta Kehakiman 1873 (Pearce 2010). Kini, ekuiti bukanlah sebahagian undang-undang tetapi merupakan satu prinsip moral yang bersifat fleksibel terhadap kejumudan undang-undang. Menerusi ekuiti, keadilan dapat ditegakkan tatkala undang-undang yang berteraskan formaliti dilihat membawa ketimpangan dalam pelaksanaannya. Dengan ini, ekuiti tidak memusnahkan undang-undang, sebaliknya berfungsi membantu undang-undang bagi mencapai keadilan (Nik Abdul Rahim et al. 2016b).

Kebiasaannya istilah *beneficial ownership* (pemilikan bermanfaat) digunakan dalam hal-ehwal berkaitan tanah. Penggunaan konsep pemilikan bermanfaat di Malaysia ialah disebabkan oleh kekangan undang-undang sedia ada. *Investopedia* mendefinisikan pemilik bermanfaat sebagai, "*a person who enjoys the benefits of ownership even though title is in another name*". Kamus undang-undang *Black's Law*

Dictionary (1968) menyatakan pemilik bermanfaat (juga dikenali pemilik ekuiti, *equitable owner*) ialah seseorang yang diiktiraf dalam Ekuiti sebagai pemilik sesuatu benda kerana *use* (penggunaan) dan *title* (milik) menjadi kepunyaan beliau, meskipun *legal title* (milik undang-undang) mungkin di bawah kepunyaan orang lain, terutamanya seseorang yang mana harta miliknya dipegang secara amanah. Black's turut mendefinisikannya dalam konteks pelaburan sekuriti di mana pemilik bermanfaat ialah pemegang saham korporat yang mempunyai kuasa untuk membeli dan menjual saham, tetapi tidak didaftarkan dalam sukuk syarikat sebagai pemilik.

Berdasarkan definisi di atas, ini bermakna pemilik bermanfaat berhak menggunakan dan menikmati tanah yang dimilikinya secara bermanfaat meskipun masih belum didaftarkan atas namanya. Definisi sama turut direkodkan *Islamic Finance Law Harmonisation Committee* (Bank Negara Malaysia 2013: 97), iaitu “*a person who enjoys the benefits of land ownership even though the land title is in another's name*”. Ini menunjukkan pemilik bermanfaat ialah pemilik sebenar dari segi undang-undang yang menikmati segala manfaat dan faedah aset meskipun tidak mempunyai *legal title* (hak milik undang-undang).

PEMILIKAN BERMANFAAT DALAM KEWANGAN ISLAM

Produk-produk yang ditawarkan dalam industri kewangan Islam perlu meletakkan aset sandaran sebagai pendasar untuk melaksanakan sesuatu kontrak (Asyraf Wajdi & Nurdianawati Irwani 2014). Tanpa aset pendasar, sesuatu kontrak sukar untuk dilaksanakan dan boleh membawa kepada ketidakpatuhan Syariah (Madzlan 2016). Melalui setiap kontrak yang dilaksanakan terdapat implikasinya tertentu, hal ini termasuk implikasi kepada pemilikan aset. Status pemilikan sesuatu aset hanya dapat ditentukan melalui kontrak yang digunakan. Isu pemilikan menjadi isu yang hangat dibincangkan oleh sarjana Syariah dalam konteks kewangan Islam semasa. Dalam praktis kewangan Islam, konsep pemilikan bermanfaat telah diguna pakai hampir dalam setiap produk yang ditawarkan. Sekiranya dilihat dalam penstrukturan sukuk, konsep ini telah digunakan bagi membangunkan sekuriti ini (Engku Rabiah Adawiah et al. 2015; Muhd Ramadhan, Muhammad Nasir & Mohd Faysal 2013). Manakala bagi industri perbankan Islam pula, produk seperti *bay' bi thaman ajil*, *al-ijarah thumma al-bay'* (AITAB), *musharakah mutanaqisah* dan lain-lain

produk dalam pembiayaan perumahan dan kenderaan turut tidak terkecuali mengguna pakai konsep pemilikan bermanfaat (Asyraf Wajdi & Nurdianawati Irwani 2014).

Isu pemilikan bermanfaat menjadi perdebatan hangat dalam kalangan sarjana kontemporari. Sebahagian mereka mengiktiraf pemilikan bermanfaat sebagai pemilikan sebenar, manakala sebahagian yang lain menolak pemilikan ini di sisi Syariah. Antara badan yang mengiktiraf pemilikan bermanfaat ialah Jawatankuasa Syariah Bank Al-Rajhi, Arab Saudi. Jawatankuasa tersebut menyatakan aset yang dibeli daripada seseorang (penjual pertama) kemudian dijual kepada pihak ketiga, tetapi dalam masa yang sama nama aset masih lagi diletakkan pada penjual pertama atas dasar kelebihan cukai yang wujud. Pada transaksi pertama, nama Bank Al-Rajhi akan didokumentasikan dan disahkan oleh badan berautoriti. Walau bagaimanapun, jawatankuasa tersebut meletakkan beberapa syarat bagi melaksanakan transaksi tersebut antaranya:

1. Transaksi itu tidak dianggap sebagai satu bentuk penipuan dalam negara tersebut.
2. Kaedah ini merupakan satu bentuk penyelesaian undang-undang atau jalan keluar yang memberi manfaat kepada pihak yang terlibat (Jawatankuasa Syariah Bank Al-Rajhi 2010).

Selain itu, AAOIFI dalam piawaian syariahnya turut menyebut mengenai isu pemilikan bermanfaat. Standard menyentuh mengenai konsep pembiayaan *murabahah li al-amir bi al-shira'*. Berdasarkan standard (8/5/4), bank dibenarkan untuk menunda pendaftaran atas nama pelanggan sebagai cagaran bagi pembayaran yang dibuat secara tangguh. Walau bagaimanapun, pihak bank perlu mengemukakan dokumen yang menunjukkan aset tersebut merupakan milik pelanggan. Tatacara ini tidak menghalang perpindahan pemilikan kepada pihak pelanggan (Engku Rabiah Adawiah 2014).

Kedua-dua keputusan yang dikeluarkan oleh badan berautoriti tersebut mengiktiraf pemilikan aset seseorang walaupun namanya tidak didaftarkan ke atas aset. Justeru, segala kepentingan yang melibatkan hak-hak pemilik sebenar tidak terhalang dan perlu dibuktikan melalui dokumen-dokumen sokongan. Berdasarkan keputusan yang dibuat oleh Jawatankuasa Syariah Bank Al-Rajhi dan AAOIFI menunjukkan pemilikan bermanfaat diterima sebagai pemilikan sebenar di sisi syariah. Dalam masa yang sama, isu mengenai pemilikan bermanfaat turut dibincang di peringkat Majlis Penasihat Syariah, Bank Negara Malaysia. Isu ini telah disentuh

ketika membincangkan mengenai status pemilikan bermanfaat dalam kontrak sewaan kerana nama pemberi sewa tidak didaftarkan ke atas aset, sebaliknya didaftar ke atas penyewa. Dalam mesyuarat ke-29 pada 25 September 2002, Bank Negara Malaysia (2010) telah memutuskan pemberi sewa merupakan pemilik sebenar walaupun namanya tidak didaftarkan. Keputusan ini dibuat berdasarkan pengiktirafan syariah terhadap pembahagian *beneficial ownership* (pemilikan bermanfaat) dan *legal ownership* (pemilikan undang-undang). Dalam konteks *ijarah*, pemberi sewa merupakan pemilik bermanfaat kerana namanya tidak didaftarkan. Pemilikan bermanfaat ini boleh dibuktikan sebagai pemilik sebenar melalui dokumen-dokumen yang dibuat di bawah perjanjian *ijarah* antara pemberi sewa dan penyewa.

Meskipun beberapa badan berautoriti mengiktiraf pembahagian pemilikan kepada pemilikan undang-undang dan pemilikan bermanfaat, terdapat juga pandangan yang tidak bersetuju mengenai pembahagian tersebut. Hussain Hamid Hassan antara sarjana yang tidak bersetuju pemilikan bermanfaat diterima di sisi Syariah kerana pemilikan dalam Islam telah jelas, iaitu pemilik perlu memiliki pemilikan penuh ke atas aset untuk menjustifikasikan perolehan daripadanya dan hak untuk menjual aset tersebut. Pendapat ini turut disokong oleh Al-Amine kerana konsep pembahagian pemilikan ini bertentangan dengan kefahaman pemilikan di sisi Syariah. Konsep pemilikan dari perspektif Syariah meliputi pemilikan bermanfaat dan undang-undang, adalah mustahil untuk dipisahkan keduanya (Engku Rabiah Adawiah 2014). Walaupun begitu, pengiktirafan yang dilakukan oleh badan berautoriti seperti Jawatankuasa Syariah Bank Al-Rajhi, AAOIFI dan Majlis Penasihat Syariah Bank Negara Malaysia adalah berdasarkan syarat-syarat yang perlu dipatuhi untuk memastikan setiap hak berkaitan pemilikan terjamin.

Bagi menyelesaikan sesuatu isu yang timbul, sarjana Syariah perlu melihat realiti semasa yang sedang dihadapi. Penggunaan konsep pemilikan bermanfaat terhasil daripada penerimaan konsep amanah dalam kerangka perundangan sesebuah negara (Safinaz 2016). Ini dijelaskan dalam Akta Undang-Undang Sivil 1956 Seksyen 3 yang menyatakan penerimaan *Common law* di United Kingdom dan prinsip ekuiti dalam perundangan negara (Akta 67 2006). Penerimaan ini menatijahkan pembahagian pemilikan antara *beneficial owner* dan *legal owner* diguna pakai dalam kerangka perundangan negara. Justeru, bagi mengharmonikan konsep pemilikan dari perspektif Islam dan perundangan sedia ada, satu parameter perlu diwujudkan untuk memastikan

amalan perundangan hari ini tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip Syariah.

KAEDAH TARJIH KETIKA TA 'ARUD BAYN AL-ASL WA AL-ZAHIR

Ta 'arud yang banyak disebutkan oleh para *fuqaha* ialah ta 'arud antara dalil. Ia merujuk maksud percanggahan antara dua dalil yang tidak boleh diserasikan secara zahir. Oleh kerana itu, percanggahan yang berlaku sebenarnya bersifat relatif kerana ia bergantung kepada penelitian dan pandangan para *fuqaha*. Perkataan ta 'arud dalam istilah ta 'arud bayn al-asl wa al-zahir juga memberi makna yang sama, iaitu percanggahan. Namun konteks penggunaannya agak berbeza kerana percanggahan yang berlaku ialah antara hukum asal dan bukti zahir. Asal yang dimaksudkan di sini ialah hukum yang dipakai yang telah sabit sebelum wujudnya bukti zahir. Zahir di sini ialah situasi yang menunjukkan kepada sesuatu perkara yang berlawanan dengan hukum asal.

Para *fuqaha* memberikan contoh ta 'arud ini seperti penyaksian dua orang yang adil menunjukkan tanggungjawab seseorang yang didakwa sedangkan hukum asal dia terlepas dari tanggungjawab tersebut. Katakan, dua orang saksi menyatakan C telah berhutang sebanyak RM1,000 daripada B, sedangkan C menafikannya. Ini bermakna hukum zahir ialah C berhutang sebanyak RM1,000 yang dikuatkan dengan bukti penyaksian. Manakala hukum asal ialah C tidak berhutang apa-apa dan dikuatkan dengan hukum asal. Begitu juga dalam kes hukum suci sesuatu bekas apabila timbul keraguan terkena jilatan anjing. Berdasarkan hukum *al-istishab*, bekas tersebut masih suci. Namun, bukti yang zahir juga memainkan peranan, iaitu kewujudan penyaksian seseorang yang boleh dipercayai bahawa anjing telah menjilatnya. Jadual di bawah menunjukkan percanggahan antara hukum asal dan bukti zahir tersebut:

Adakah C berhutang sebanyak RM1000 daripada B?	
Hukum asal	Bukti Zahir
C tidak berhutang kerana hukum asal bagi seseorang ialah terlepas daripada tanggungan	Dua orang saksi menjadi bukti kepada hutang tersebut
Adakah sesuatu bekas itu masih suci selepas syak terkena jilatan anjing?	
Hukum asal	Bukti Zahir
Bekas tersebut masih suci kerana <i>istishab</i> hukum asal	Penyaksian seseorang yang boleh dipercayai bahawa anjing telah menjilatnya

Ibn Rajab (t.th.) menyebutkan dalam kaedah ke-159:

إذا تعارض الأصل والظاهر فإن كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعا كالشهادة والرواية والإخبار فهو مقدم على الأصل بغير خلاف ، وإن لم يكن كذلك بل كان مستنده العرف أو العادة الغالبة أو القرائن أو غلبة الظن ونحو ذلك ، فتارة يعمل بالأصل ولا يلتفت إلى الظاهر ، وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت إلى الأصل ، وتارة يخرج في المسألة خلاف

Maksudnya: “Apabila bercanggah antara hukum asal dan situasi zahir, maka jika yang zahir menjadi hujah, maka wajib diterima dari segi syarak seperti *shahadah* (penyaksian), periwayatan dan penceritaan. Justeru, ia akan diberi keutamaan berbanding hukum asal tanpa khilaf. Namun jika ia tidak sedemikian (yang zahir bukan hujah), bahkan ia hanya bersandarkan kepada uruf, adat kebiasaan, *qarinah* atau sangkaan kuat (*ghalabat al-zann*) dan seumpamanya, maka kadang kala hukum asal terpakai dan tidak dipandang kepada yang zahir. Manakala dalam keadaan lain, bukti yang zahir terpakai dan hukum asal pula tidak akan diabaikan. Kadang kala terdapat perselisihan dalam isu ini”.

Ibn Rajab menghuraikan isu ini dan membahagikannya kepada empat bahagian:

1. Kes yang ditinggalkan beramal dengan hukum asal kerana wujud hujah syarak, iaitu penyaksian seseorang yang wajib beramal dengan kata-katanya. Antara contohnya ialah penyaksian dua orang yang adil bahawa tanggungjawab tertuduh untuk membayar hutang, penceritaan orang yang *thiqah* dan adil bahawa anjing telah menjilat pada sesuatu bekas dan juga penceritaan seseorang tentang masuknya waktu solat.
2. Kes yang terpakai padanya hukum asal dan tidak dilihat pada *qarinah* atau bukti zahir. Contohnya, seorang isteri mendakwa suaminya tidak memberi nafkah wajib dan pakaian selepas tempoh masa yang lama hidup bersama.
3. Kes yang terpakai padanya hukum zahir dan tidak dilihat pada hukum asal. Contohnya, apabila berlaku syak selepas solat adakah dia telah meninggalkan rukun atau tidak? Syak di sini tidak terpakai meskipun hukum asal ialah seseorang tidak melakukannya.
4. Kes yang berlaku khilaf, sama ada memilih hukum zahir atau sebaliknya. Ia boleh berlaku ketika persamaan kekuatan antara hukum asal dan zahir. Contohnya, air dipanaskan dengan menggunakan najis yang dibakar dan *ghalib zann*, asap akan masuk ke dalam air. Lalu berlaku khilaf adakah makruh menggunakan air tersebut?

Menurut al-Sharari (1431H), para ulama bersepakat hukum asal perlu diutamakan ke atas

zahir dalam isu *al-da'awa al-mujarradah* (dakwaan semata-mata). Mereka juga bersepakat zahir diutamakan dalam tiga keadaan:

1. Wujud keterangan seperti penyaksian dua orang adil terhadap tanggungjawab seseorang yang dituduh. Al-Qarafi menyebut manusia sepakat mengatakan mesti mengutamakan sesuatu yang ghalib dan mengabaikan hukum asal dalam isu bukti keterangan apabila ia disaksikan. Ini kerana *ghalibnya* ia adalah benar, dan hukum asal seseorang yang disaksikan ke atasnya bebas daripada sebarang tanggungan (*bara'at al-dhimmah*) dan hukum asal diabaikan secara ijmak.
2. Pegangan aset dalam dakwaan berkaitan harta seperti dua orang mendakwa pemilikan sesuatu harta dan sedangkan harta tersebut berada pada pegangan salah seorang. Dalam situasi ini, dakwaan orang yang sedang memegang harta terpakai. Menurut al-Zarkashi, ini kerana hukum asal ialah tiada pemilikan, manakala hukum zahir ialah pegangan harta menunjukkan pemilikan. Ini sabit dengan ijmak.
3. Pemberitahuan oleh orang yang *thiqah* (dipercayai). Contohnya, seorang *thiqah* menyaksikan anak bulan telah kelihatan. Ijmak ulama menunjukkan isu ini. Begitu juga sekiranya seseorang memberitahu masuk waktu solat atau terbit matahari atau tenggelam matahari pada bulan Ramadan.

Al-Sharari (1431H) merumuskan hukum zahir diutamakan dalam kes di atas kerana ia bersandarkan dalil syarak. Manakala dalam isu lain, berlaku perselisihan pendapat adakah diutamakan hukum asal atau zahir.

PEMILIKAN BERMANFAAT ANTARA HUKUM ASAL DAN ZAHIR

Isu pemilikan bermanfaat ini boleh dianalisis dan ditarjihkan berdasarkan metode *tarjih* dalam *al-ta'arud bayn al-asl wa al-zahir* (konflik antara hukum asal dan hukum zahir). Ini kerana dari segi hukum asal, pemilik bermanfaat telah memeterai kontrak jual beli dengan sempurna dan pemindahan milik telah berlaku (Nik Abdul Rahim 2014). Namun, apa yang zahir ialah pemilikan undang-undang atau berdaftar masih di bawah nama penjual. Oleh kerana Syariah menetapkan pemindahan milik telah berlaku selepas proses *ijab* dan *qabul* dilaksanakan, hukum ini dianggap hukum asal. Persoalan yang timbul, adakah hukum asal ini terpakai atau sebaliknya kerana

terdapat bukti atau keadaan zahir yang menunjukkan nama penjual masih kekal dalam surat pendaftaran pemilikan. Dalam kes pembiayaan produk kewangan Islam, penjualan rumah dalam produk BBA sebagai contoh berlaku beberapa kali. Ia boleh dilihat seperti rajah di bawah:

Adakah pemilikan bermanfaat dalam kewangan Islam ialah pemilikan sebenar?	
Hukum asal	Bukti Zahir
Pemindahan milik berlaku selepas <i>ijab</i> dan <i>qabul</i> Bukti sokongan: <ul style="list-style-type: none"> • Terdapat dokumentasi undang-undang perjanjian jual beli. • Implikasi kontrak wujud, iaitu kemampuan pembeli menjual pada bank dan kemampuan bank menjual pada pembeli. • Sekiranya pembayaran penuh telah dibuat, ia diiktiraf oleh undang-undang ekuiti. • Sekiranya tiada pembayaran penuh dibuat, pembeli mempunyai hak dari segi undang-undang. 	Tiada pendaftaran nama pemilikan dalam surat. Liabiliti menanggung risiko sekiranya rumah tersebut rosak sebelum dipindah milik secara rasmi melalui pendaftaran.

Berdasarkan kaedah analisis *tarjih* antara dua bukti bercanggah, dapat dirumuskan bahawa pemilikan bermanfaat boleh diiktiraf sebagai pemilikan sebenar. Walau bagaimanapun, ketika wujud pertikaian antara pemilik bermanfaat dan pemilik undang-undang, penentuan hak pemilikan akan dibawa ke mahkamah. Mahkamah akan menentukan berdasarkan peruntukan undang-undang sedia ada, sama ada berkaitan dengan harta tak alih atau harta alih. Di samping itu, mahkamah juga akan merujuk segala bukti termasuk dokumentasi undang-undang yang wujud. Wajar diberikan penekanan bahawa pemilikan bermanfaat juga telah diiktiraf dalam piawaian Syariah yang diterbitkan oleh Bank Negara Malaysia. Sebagai contoh, berdasarkan Dokumen Polisi (Policy Document) bagi *murabahah* (hlm. 10), standard mengenai pindah milik aset dinyatakan seperti berikut:

S 13.6 Pemindahan hak milik aset daripada penjual kepada pembeli berkuat kuasa apabila kontrak jual beli yang sah dimeterai walaupun tiada sebarang pendaftaran hak milik dari segi perundangan. Walau bagaimanapun, jual beli tersebut hendaklah disokong oleh bukti urus niaga....

Manakala dalam Dokumen Polisi bagi *tawarruq* (hlm. 193), standard yang sama juga dinyatakan seperti berikut:

S 13.7 Pemindahan hak milik daripada penjual kepada pembeli berkuat kuasa apabila termeterainya kontrak jual beli yang sah; walaupun tiada sebarang pendaftaran pemilikan dari segi perundangan ke atas pembeli

Oleh kerana Akta Bank Negara juga memperuntukan kuasa MPS, kajian ini mendapati penerimaan pemilikan bermanfaat adalah bertepatan dan selaras dengan Syarak, di samping ia selaras dengan peruntukan perundangan. Pemilihan pendapat ini lebih mengharmonikan antara Syariah dan peruntukan perundangan yang wujud dalam sistem kewangan Islam. Namun, bagi memastikan kestabilan pelaksanaan dan penggunaan istilah pemilikan bermanfaat dalam kewangan Islam, beberapa parameter Syariah wajar dibangunkan. Parameter tersebut perlu mengambil kira ciri-ciri pemilikan dan melihat keadaan sebenar bagi membuktikan kewujudan pemilikan dari perspektif Syariah. Al-Shubayli (2013) menggariskan dua ciri-ciri penting yang mesti wujud dalam pemilikan, iaitu *daman* (liabiliti atau risiko pemilikan) dan *al-ahaqqiyyat bi al-thaman 'inda bay' al-asl* (kelayakan untuk mendapat keuntungan daripada jualan aset). Liabiliti melibatkan tanggungjawab untuk menanggung segala kos atau kerugian disebabkan kerosakan atau susut nilai sesuatu aset. Hal ini merupakan sifat sedia ada dan tidak dapat dipisahkan dalam pemilikan (Nik Abdul Rahim et al. 2016b).

Begitu juga, parameter perlu menghuraikan keperluan asas kepada kontrak dalam sesuatu urus niaga seperti mematuhi rukun dan syarat akad, di samping bukti dokumen perlu diselaras dan boleh dikuatkuasakan. Selain itu, parameter juga perlu mengambil kira faktor penggunaan pemilikan bermanfaat dalam kewangan Islam dari segi undang-undang, peraturan dan garis panduan antarabangsa dan kebangsaan. Justeru, satu parameter yang jelas perlu dibangunkan bagi pengaplikasian pemilikan bermanfaat dalam transaksi kewangan Islam moden supaya mematuhi kehendak Syariah.

KESIMPULAN

Kajian mendapati prinsip pemilikan bermanfaat atau *beneficial ownership* berasal daripada undang-undang Inggeris. Oleh itu, pemakaiannya dalam industri kewangan Islam juga hendaklah merujuk konsep yang dikehendaki dalam undang-undang Inggeris berdasarkan prinsip ekuiti. Pemilikan bermanfaat

diiktiraf dalam memelihara hak-hak pihak yang melakukan transaksi, iaitu harta tersebut menjadi amanah bagi pihak yang akan melakukan pertukaran hak milik. Penerimaan prinsip *beneficial ownership* sebagai pemilikan sebenar juga mengambil kira aspek undang-undang dan disesuaikan dengan keadaan semasa. Kajian ini menghujahkan bahawa penilaian berdasarkan hukum asal menunjukkan pemilikan telah berpindah selepas berlaku penawaran dan penerimaan dalam akad perjanjian sesuatu urusaniaga. Hal ini disokong lagi dengan beberapa dokumentasi undang-undang perjanjian tersebut, di samping garis panduan Syariah yang dikeluarkan oleh BNM mengiktiraf pemindahan bermanfaat. Justeru, kajian ini mencadangkan agar kajian lanjutan dibuat berhubung dengan paramater-parameter khusus yang perlu wujud dalam penggunaan terma pemilikan bermanfaat dalam konteks kewangan Islam. Ini bertujuan untuk memastikan pelaksanaan kewangan Islam lebih terkawal dan stabil dari sudut kepatuhannya terhadap Syariah dan mampu mengharmonikan konflik antara undang-undang dan Syariah.

PENGHARGAAN

Makalah ini ialah sebahagian daripada hasil penyelidikan Pembinaan Parameter Syariah Prinsip Pemilikan Bermanfaat (Beneficial Ownership) dalam Kewangan Islam di bawah dana FRGS/1/2015/SS01/UKM/03/2, Kementerian Pendidikan Tinggi Malaysia.

RUJUKAN

- Akta 67, Commissioner of Law Revision. 2006. *Act 67 Civil Law Act 1956 Under The Authority of the Revision of Laws Act 1968*. Malaysia.
- al-Amine, Muhammad al-Bashir Muhammad. 2008. Sukuk market: Innovations and challenges. *Islamic Economic Studies* 15(2): 1-22.
- al-Amine, Muhammad al-Bashir Muhammad. 2011. *Global Sukuk and Islamic Securitization Market: Financial Engineering and Product Innovations*. Leiden: Brill Academic Pub.
- al-Amine, Muhammad al-Bashir Muhammad. 2014. Unresolved *shari'ah* issues in *sukuk* structuring. Dlm. Mohammad Hashim Kamali & Abdul Karim Abdullah (pnyt.). *Issues in Sukuk and Proposals for Reform*, hlm. 29-56. Kuala Lumpur: International Institute of Advanced Islamic Studies.
- Asyraf Wajdi Dusuki & Nurdianawati Irwani Abdullah. 2014. *Fundamentals of Islamic Banking*. Kuala Lumpur: IBFIM.
- Ayub, Muhammad. 2007. *Understanding Islamic Finance*. West Sussex: John Wiley Sons.
- Balala, Maha-Hanaan. 2011. *Islamic Finance and Law: Theory and Practice in a Globalized World*. London: I.B. TAURIS.
- Bank Negara Malaysia. 2010. *Shariah Resolution in Islamic Finance*. Kuala Lumpur: Bank Negara Malaysia.
- Bank Negara Malaysia. 2013. *Islamic Finance Law Harmonisation Committee Report*. Kuala Lumpur: Bank Negara Malaysia.
- Black, H.C. 1968. *Black's Law Dictionary*. 4th edition. St. Paul, Minn: West Publishing Co.
- Brown, C. 2003. Symposium: Beneficial ownership and the income tax act. *Canadian Tax Journal* 51(1): 401-453.
- Cervantes, M. 2009. Interpreting the concept of "beneficial ownership". Tesis Sarjana. Faculty of Law, University of Toronto.
- Engku Rabiah Adawiah. 2014. *Legal Ownership dan Beneficial Ownership menurut Perspektif Syarak dan Undang-Undang*. Kuala Lumpur.
- Engku Rabiah Adawiah, Nermin Kloplic, Muhammad Ramadhan Fitri Ellias & Muhammad Nasir Haron. 2015. Application of the concept of beneficial ownership in sukuk structures: An Islamic legal analysis. *ISRA International Journal of Islamic Finance* 7(2):105-133.
- al-Fayruzabadi, Abu Tahir Muhammad ibn Ya'qub al-Shirazi. 1953. *al-Qamus al-Muhit*. al-Maktabah al-Tijariyyah al-Kubra.
- George, M. 1999. *Malaysian Trust Law*. Subang Jaya: Pelanduk Publications.
- Ibn Manzur, Abu al-Fadl Jamal al-Din Muhammad ibn Mukarram. 1956. *Lisan al-'Arab*. Bayrut: Dar Sadir.
- Ibn Rajab. t.th. *al-Qawa'id*. Bayrut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah.
- Ibn Taymiyyah. 2002. *al-Qawa'id al-Nuraniyyah al-Fiqhiyyah*. Riyad: Maktabat al-Tawbah.
- Jawatankuasa Syariah Bank Al-Rajhi. 2010. *Keputusan Jawatankuasa Syariah Bank Al-Rajhi*. Riyadh, Arab Saudi: Dar Kunuz Ishbiliyya.
- Madzlan Mohamad Hussain. 2016. Pemunyaan bermanfaat dalam perbankan Islam & pasaran modal Islam. Kertas kerja Diskusi Meja Bulat Pemilikan Bermanfaat (Beneficial Ownership) dalam Kewangan Islam. Anjuran Projek Penyelidikan FRGS/1/2015/SS01/UKM/03/2 dan Jabatan Syariah, Fakulti Pengajian Islam, Universiti Kebangsaan Malaysia. Bangi, Selangor, 3 Mei.
- Mohamed Ariff & Saiful Azhar Rosly. 2011. Islamic banking in Malaysia unchartered waters. *Asian Economic Policy Review* 6(2): 301-319.
- al-Muslih, 'Abd Allah ibn 'Abd al-'Aziz. 1988. *Quyud al-Milkiyyah al-Khassah*. Beirut: Mu'assasat al-Risalah.
- Nik Abdul Rahim Nik Abdul Ghani, Mat Noor Mat Zain, Salmy Edawati Yaacob, Ruzian Markom, Ahmad

- Dahlan Salleh, Mohammad Firdaus Mohammad Hatta, Amir Fazlim Yusoff & Hanzalah Zainal. 2016a. Analisis syariah terhadap konsep pemilikan bermanfaat (beneficial ownership) dalam pembiayaan perumahan. *Journal of Contemporary Islamic Law* 1(2):1-22.
- Nik Abdul Rahim Nik Abdul Ghani, Mat Noor Mat Zain, Salmy Edawati Yaacob, Ruzian Markom, Ahmad Dahlan Salleh, Mohammad Firdaus Mohammad Hatta, Amir Fazlim Yusoff & Hanzalah Zainal. 2016b. Pemilikan bermanfaat (beneficial ownership) dalam kewangan Islam: Keperluan kepada satu parameter. *Proceeding International Conference on Islamic Jurisprudence (ICIJ) 2016*, hlm. 287-302.
- Nik Abdul Rahim Nik Abdul Ghani, Muhammad Yusoff Saleem & AHCNE LAHSASNA. 2015. Beneficial ownership: To what extent it complies with *shari'ah*?. *Asian Social Science* 11(27): 155-167.
- Nik Abdul Rahim Nik Abdul Ghani. 2014. Penentuan karektor fiqh bagi sukuk ijarah. *Isu Syariah & Undang-undang*, hlm. 50-69. Siri 20. Bangi: Jabatan Syariah, Fakulti Pengajian Islam, Universiti Kebangsaan Malaysia.
- Pearce, R., Stevens, J. & Barr, W. 2010. *The Law of Trusts and Equitable Obligations*. New York: Oxford University Press Inc.
- al-Qurahdaghi, 'Ali Muhyi al-Din. 2014. *Al-Milkiyyah al-Qanuniyyah wa al-milkiyyah al-naf'iyyah min manzur shar'i wa qanuni: al-Itar al-'am wa al-tahaddiyat al-ra'isah*. Kertas kerja 9th International Shari'ah Scholars Forum. Anjuran The International Shariah Research Academy for Islamic Finance. Kuala Lumpur, 10-11 November.
- Muhd Ramadhan Fitri Ellias, Muhamad Nasir Haron & Mohd Faysal Mohammed. 2013. Shariah issues in sukuk. Kertas kerja Shariah Forum KLIFF. Anjuran The International Shariah Research Academy for Islamic Finance. Istana Hotel, Kuala Lumpur, 23 September.
- Safinaz Mohd Hussein. 2016. Beneficial ownership menurut perspektif undang-undang & pemakaiannya di Malaysia. Kertas kerja Diskusi Meja Bulat Pemilikan Bermanfaat (Beneficial Ownership) dalam Kewangan Islam. Anjuran Projek Penyelidikan FRGS/1/2015/SS01/UKM/03/2 dan Jabatan Syariah, Fakulti Pengajian Islam, Universiti Kebangsaan Malaysia. Bangi, Selangor, 3 Mei.
- al-Sharari, Khalid ibn Salim. 1431H. Al-Qawl al-bahir fi ta'arud al-asl wa al-zahir. *Majallat al-Jami'ah al-Islamiyyah bi al-Madinah al-Munawwarah* 155: 405-448.
- al-Shubayli, Yusuf ibn 'Abd Allah. 2013. Al-muwa'amah bayn al-dawabit al-shar'iyyah wa mabadi' al-raqabah wa al-tanzim. Kertas kerja 8th International Shari'ah Scholars Forum. Anjuran The International Shariah Research Academy for Islamic Finance. Westin Hotel, Kuala Lumpur, 30-31 Oktober .
- Standard and Poor's Ratings Services. 2012. *Islamic Finance Outlook*.
- Weeghel, S.V. 1998. *The Improper Use of Tax Treaties with Particular Reference to the Netherlands and the United States*. London: Kluwer Law International.

Nik Abdul Rahim Nik Abdul Ghani
Jabatan Syariah
Fakulti Pengajian Islam
Universiti Kebangsaan Malaysia
43600 UKM Bangi
Selangor Darul Ehsan
MALAYSIA
nikrahim@ukm.edu.my

