

Kajian Kes Tan Sri Abdul Khalid Ibrahim Lwn Bank Islam (M) Berhad Mengenai Isu Penentuan Keputusan Oleh Mahkamah Atau Majlis Penasihat Syariah Dalam Hal-Hal Kewangan Dan Perbankan Islam

Muhammad Hafiz Badarulzaman*

ABSTRAK

Majlis Penasihat Syariah (SAC) telah ditubuhkan di bawah Bank Negara Malaysia bagi tujuan menyelaraskan prinsip-prinsip Islam di dalam isu-isu kewangan dan merupakan badan rujukan utama di dalam kes-kes berkaitan kewangan Islam di dalam negara. Walaubagaimanapun, pindaan Akta Bank Negara Malaysia 2009 telah memberi kesan kepada keputusan SAC berkaitan isu kewangan Islam apabila SAC dapat mengikat mahkamah sivil untuk mengikutnya di dalam keputusan sesuatu kes. Berikutan masalah ini, kuasa SAC telah dilihat bertentangan dengan semangat perlembagaan melalui hak kesamarataan dan hak mahkamah untuk membuat keputusan tanpa terikat dengan mana-mana badan. Pindaan yang dibuat di dalam Akta Bank Negara Malaysia 2009 melalui beberapa peruntukan juga dianggap sebagai bertentangan dengan perlembagaan (unconstitutional). Kertas kerja ini akan menggunakan kaedah kajian perbandingan (comparative study) yang melibatkan perbandingan beberapa akta dan peruntukan undang-undang serta perlembagaan persekutuan. Kertas kerja ini juga mencadangkan agar kedudukan SAC diperkemas melalui kewujudan akta baru iaitu Akta Perkhidmatan Kewangan Islam 2013 (IFSA) dan peranan SAC dapat diperkukuhkan demi kemaslahatan perbankan dan kewangan Islam.

Kata kunci: Majlis Penasihat Syariah (SAC), Institusi Perbankan dan Kewangan Islam, Bank Negara Malaysia, Undang-Undang Perlembagaan

Shariah Advisory Council (SAC) is established under the Bank Negara Malaysia for the purpose of coordinating the Islamic principles in financial issues and act as the main referee in cases relating to Islamic finance in the country. However, amendments to the Bank Act, 2009, has made an impact on the SAC decision on the issue of Islamic finance as SAC can bind the civil court to follow its decision. Following this, the power of SAC is seen as going against the spirit of the constitution through equality and the right of the court to make a decision without being bound by any body. The amendments to some provisions in the Bank Negara Malaysia Act, 2009 are also considered to be in conflict with the Constitution (unconstitutional). This paper will use the comparative method involving comparative study of the provisions several Acts and the Federal Constitution. This paper suggests that the SAC's position is streamlined through the creation of the Islamic Financial Services Act 2013 (IFSA) and the role of the SAC will be strengthened for the ourpose of Islamic banking and finance.

LATARBELAKANG KES TAN SRI ABDUL KHALID IBRAHIM LWN BANK ISLAM (M) BERHAD [2013] 3 MLJ 269

Tan Sri Khalid Ibrahim (TS Khalid) yang merupakan perayu bagi kes ini telah membuat rayuan terhadap Bank Islam Malaysia Berhad (BIMB), yang merupakan responden dalam penghakiman yang telah dibuat oleh Hakim Mahkamah Tinggi YA Datuk Zawawi Saleh mengenai kemudahan kewangan Islam (kemudahan) iaitu *Bay' Bithaman Ajil* (BBA) yang telah diberikan oleh BIMB kepada TS Khalid. Kemudahan BBA ini telah diberikan pada tahun 2001 kepada TS Khalid dan pada tahun 2007, TS Khalid telah memfailkan saman terhadap BIMB dengan hujah bahawa BIMB tiada lesen untuk mengeluarkan kemudahan BBA di bawah Akta Bank Islam 1984 (IBA), dan bahawa kemudahan BBA merupakan kemudahan yang bertentangan dengan agama Islam selaras dengan kehendak Seksyen 3 IBA. Walaubagaimanapun, pada 24 Mei 2007 BIMB telah memfailkan saman Mahkamah Tinggi yang berasingan terhadap TS Khalid kerana melanggar syarat-syarat kemudahan BBA dan menuntut kembali wang semasa dan tertunggak dari TS Khalid. Pada 15 Mei 2008, saman TS Khalid dan saman BIMB telah disatukan (*consolidated*). Ketika kes tersebut disatukan, TS Khalid dianggap sebagai plaintiff dan BIMB sebagai defendan.

BIMB kemudiannya pada 13 Jun 2011 telah membuat permohonan kepada Mahkamah Tinggi untuk merujuk SAC mengenai persoalan-persoalan Syariah yang berbangkit dalam kes yang telah disatukan ini. TS Khalid membantah atas alasan bahawa Seksyen 56 dan Seksyen 57 berkaitan kuasa SAC untuk mengikat mahkamah dalam persoalan-persoalan Syariah adalah tidak berperlembagaan. Mahkamah Tinggi telah merujuk kes tersebut ke Mahkamah Persekutuan apabila soalan yang diajukan itu berkaitan dengan

perlembagaan.¹ Sungguhpun begitu, Mahkamah Persekutuan enggan berbuat demikian kerana Mahkamah Tinggi belum lagi membuat keputusan sama ada wujud sebarang persoalan Syariah dalam kes tersebut. Oleh itu, pada 18 November 2011, Hakim Datuk Zawawi Salleh berpendapat bahawa terdapat persoalan Syariah dan SAC perlu dirujuk bagi membuat ketetapan. Oleh yang demikian, TS Khalid telah membuat rayuan segera dan kes telah diputuskan pada 14 Mei 2012.

Isu-Isu:

1. Sama ada Seksyen 56 dan Seksyen 57 Akta Bank Negara Malaysia 2009 tidak berperlembagaan?
2. Sama ada syarat yang mengkehendaki mahkamah mengikut nasihat SAC berkaitan persoalan syariah tentang isu kewangan Islam melampaui bidang kuasa mahkamah?
3. Sama ada Seksyen 56 dan Seksyen 57 Akta Bank Negara Malaysia 2009 bersifat diskriminasi dan bertentangan dengan perkara 8 Perlembagaan Persekutuan?
4. Sama ada kedua-dua seksyen tersebut mempunyai kesan retrospektif?

SAMADA SEKSYEN 56 DAN SEKSYEN 57 AKTA BANK NEGARA MALAYSIA 2009 TIDAK BERPERLEMBAGAAN?

TS Khalid menganggap bahawa Hakim Datuk Zawawi Salleh terkhilaf apabila gagal untuk menghargai Seksyen 56 dan Seksyen 57 yang bertentangan dengan perlembagaan

¹ Seksyen 84 Akta Kuasa Kehakiman Mahkamah 1964.

dalam Perkara 8 dan Perkara 74 Perlembagaan Persekutuan, apabila SAC dikatakan telah 'merampas' fungsi mahkamah dalam menentukan undang-undang Islam. Perkara 74 (1) memberi kuasa kepada Parlimen untuk membuat undang-undang mengenai apa-apa perkara yang disenaraikan dalam Senarai Persekutuan (Senarai 1), atau Senarai Bersama (Senarai 3), Jadual Kesembilan kepada Perlembagaan Persekutuan. Perkara 4 (k) Senarai 1 dengan jelas memperuntukkan bahawa Parlimen diberi kuasa untuk membuat undang-undang yang berkaitan dengan:

4. Undang-undang sivil dan jenayah dan prosedur dan pentadbiran keadilan, termasuk –
 - (k) penentuan undang-undang Islam dan undang-undang diri yang lain bagi tujuan undang-undang persekutuan

Perbankan merupakan salah satu perkara yang tersenarai dalam Senarai Persekutuan, IBA (ketika itu) dan CBMA. Oleh itu, Parlimen mempunyai kuasa untuk menggubal Seksyen 56 dan Seksyen 57.

Hakim-hakim mahkamah rayuan iaitu Hakim Datuk Low Hop Bing, Hakim Datuk Zaharah Ibrahim dan Hakim Datuk Aziah Ali telah berpendapat bahawa Seksyen 56 dan Seksyen 57 adalah sah dan berperlembagaan. Perkara 74(1) Perlembagaan Persekutuan memberi kuasa kepada Parlimen untuk menggubal undang-undang berkaitan apa-apa perkara yang disebut di dalam Senarai Persekutuan (Senarai 1) atau Senarai Bersama (Senarai 3) Jadual Kesembilan Perlembagaan Persekutuan. Parlimen mempunyai kuasa untuk menggubal undang-undang berkaitan undang-undang sivil dan jenayah serta pentadbiran keadilan termasuk memastikan undang-undang Islam dan undang-undang

persendirian lain untuk tujuan undang-undang persekutuan.² Perbankan adalah perkara dalam Senarai Persekutuan³ dan tertakluk kepada akta-akta lain⁴ yang jelas adalah undang-undang persekutuan.

Sungguhpun begitu, terdapat beberapa desakan melalui beberapa kajian⁵ bahawa terdapat keperluan untuk memberikan kuasa kepada mahkamah syariah untuk mendengar kes-kes perbankan Islam.⁶ Apabila mahkamah syariah mendengar kes-kes tersebut, tiada lagi isu yang dipertikaikan kerana hakim yang mendengar kes tersebut adalah hakim yang layak. Namun untuk merealisasikan impian ini, beberapa peruntukan seperti Seksyen 5 dan Seksyen 6⁷ perlu dimansuhkan kerana seksyen-seksyen tersebut dengan jelas menyatakan isu berkaitan kewangan perlu didengari oleh mahkamah sivil.⁸

SAMADA SYARAT YANG MENGEHENDAKI MAHKAMAH MENGIKUT NASIHAT SAC BERKAITAN PERSOALAN SHARIAH TENTANG ISU KEWANGAN ISLAM MELAMPAUI BIDANG KUASA MAHKAMAH?

Peguam bagi TS Khalid telah berpendapat bahawa Hakim Datuk Zawawi Salleh telah gagal menghargai kuasa mahkamah apabila merujuk kepada SAC tentang persoalan

² Item 4(k) Senarai 1 Perlembagaan Persekutuan.

³ Sila rujuk Senarai Persekutuan Item 7 berkaitan kewangan termasuk (j) perbankan, pemberi pinjaman wang, gadaian dan kawalan kredit.

⁴ Akta Bank Islam 1983 (ketika itu) dan kini digantikan oleh IFSA 2013 dan Akta Bank Negara Malaysia 1958 (ketika itu) dan kini digantikan oleh CBMA 2009.

⁵ Antaranya Engku Rabiah Adawiah Engku Ali, "Constraints and Opportunities in Harmonisation of Civil Law And Shariah in the Islamic Financial Services Industry" [2008] 4 *MLJ* I, Norhashimah Yassin. (2003). "Legal Aspects of Islamic Banking: Malaysian Experience" Kertas Kerja dibentangkan di *International Conference on Islamic Banking and Finance.*, dan Solehuddin Shuib dan Muhammad Hafiz Badarulzaman. *Halangan Undang-Undang dan Transformasi Institusi Perbankan dan Kewangan di Malaysia.* (Sintok: UUM Press, 2011).

⁶ Solehuddin Shuib dan Muhammad Hafiz Badarulzaman. *Halangan Undang-Undang dan Transformasi Institusi Perbankan dan Kewangan di Malaysia.* (Sintok: UUM Press, 2011).

⁷ Akta Undang-Undang Sivil 1956.

⁸ Norhashimah Yassin. (2003). *Legal Aspects of Islamic Banking: Malaysian Experience.* Kertas Kerja dibentangkan di *International Conference on Islamic Banking and Finance.*

Shariah sepertimana yang telah diputuskan Hakim Datuk Rohana Yusuf dalam kes *Tan Sri Abdul Khalid bin Ibrahim lwn Bank Islam (M) Bhd dan lain-lain*⁹. Tindakan tersebut seolah menunjukkan bahawa Mahkamah Tinggi bersikap *functus officio*. Peguam bagi pihak responden pula berpendapat Hakim Datuk Zawawi Salleh bertindak betul dengan membuat rujukan kepada penghakiman Hakim Datuk Rohana Yusuf tentang kuasa SAC seperti yang termaktub dalam Seksyen 16B (9)¹⁰:

(9) Apa-apa keputusan yang dibuat oleh Majlis Penasihat Syariah menurut rujukan yang dibuat di bawah perenggan (8) (b) hendaklah, bagi maksud prosiding yang berkenaan yang rujukan telah dibuat -

- (A) Jika rujukan itu dibuat oleh mahkamah, diambil kira oleh mahkamah dalam membuat keputusan;
- (B) Jika rujukan itu dibuat oleh penimbang tara, mengikat penimbang tara.

Tindakan mahkamah bukanlah memohon SAC untuk membuat keputusan penghakiman tetapi sekadar permintaan untuk mendapatkan maklumat untuk memastikan samada terdapat mana-mana ketetapan yang sedia ada oleh SAC berkenaan pembiayaan Islam (BBA). Mahkamah rayuan berpendapat bahawa perkataan 'merujuk' bukanlah bermaksud penentuan oleh SAC dengan membuat keputusan atas persoalan tertentu berkaitan Syariah. Oleh itu, Mahkamah Tinggi tidak boleh dikatakan *functus officio* atau telah 'memberikan' kuasa untuk membuat keputusan kepada SAC. Mahkamah masih mempunyai kuasa membuat keputusan sepertimana yang termaktub dalam perlembagaan bahawa kuasa kehakiman di mahkamah ialah membuat keputusan di bawah undang-

⁹ [2009] 6 MLJ 416.

¹⁰ Seksyen 16B (ketika itu) Akta Bank Negara Malaysia 1958.

undang persekutuan. Peruntukan perlembagaan persekutuan tersebut adalah berkaitan tentang bidang kuasa mahkamah sepertimana yang dinyatakan seperti berikut¹¹:

(1) Maka hendaklah ada dua Mahkamah Tinggi yang setara bidang kuasa dan tarafnya, iaitu—

(a) satu di Negeri-Negeri Tanah Melayu, yang dikenali sebagai Mahkamah Tinggi di Malaya dan yang mempunyai pejabat pendaftarannya yang utama di mana-mana tempat di Negeri-Negeri Tanah Melayu yang ditentukan oleh Yang di-Pertuan Agong; dan

(b) satu di Negeri Sabah dan Sarawak, yang dikenali sebagai Mahkamah Tinggi di Sabah dan Sarawak dan yang mempunyai pejabat pendaftarannya yang utama di mana-mana tempat di Negeri Sabah dan Sarawak yang ditentukan oleh Yang di-Pertuan Agong;

(c) (Dimansuhkan),

dan mana-mana mahkamah bawahan yang diperuntukkan oleh undang-undang persekutuan dan Mahkamah Tinggi dan mahkamah bawahan itu hendaklah mempunyai apa-apa bidang kuasa dan kuasa yang diberikan oleh atau di bawah undang-undang persekutuan.

Isu dan hal berkaitan dengan kewangan, perniagaan dan perbankan Islam adalah di bawah undang-undang persekutuan dan hanya mahkamah sivil yang layak membuat keputusan.¹²

Seterusnya, kewajipan berkanun dan fungsi SAC adalah hanya untuk memastikan hal-hal berkaitan kewangan dan perniagaan Islam selari dengan prinsip Syariah. Ia tidak mendengar keterangan (*evidence*) atau membuat keputusan kes. Seksyen 57 adalah seperti berikut:

Apa-apa keputusan yang dibuat oleh Majlis Penasihat Syariah menurut rujukan yang dibuat di bawah Bahagian ini hendaklah mengikat institusi kewangan Islam di bawah seksyen 55 dan mahkamah atau penimbang tara yang membuat rujukan di bawah seksyen 56.

¹¹ Perkara 121 Perlembagaan Persekutuan.

¹² Senarai Persekutuan Item 7 (j) Perlembagaan Persekutuan.

Seksyen 56 dan Seksyen 57 mengandungi peruntukan jelas yang bermaksud sebarang persoalan shariah yang timbul dalam mana-mana prosiding mahkamah tentang perniagaan dan kewangan Islam, maka mahkamah perlu merujuk kepada SAC. SAC akan bertindak dalam memberikan penentuan undang-undang Islam mengenai hal kewangan atau perniagaan Islam dan bukan membuat keputusan sesuatu kes. Fungsi mahkamah masih lagi sebagai badan yang membuat keputusan dalam mana-mana kes. Keterikatan mahkamah dengan pandangan SAC di bawah Seksyen 57 tidak menjejaskan fungsi-fungsi dan tugas-tugas kehakiman dalam menyediakan keputusan terhadap mana-mana pertelingkahan. Mahkamah juga berfungsi untuk mendengar bukti-bukti pakar untuk membantu melicinkan suatu kes. SAC juga boleh dianggap sebagai bukti pakar seperti yang tersingkap dalam Seksyen 45 Akta Keterangan 1950. Bukti pakar diperlukan bagi membantu mahkamah membuat keputusan dalam kes-kes yang antaranya melibatkan undang-undang asing (*Foreign Law*).¹³ Undang-undang asing ini termasuklah undang-undang Islam. Ini diputuskan di dalam kes *Viswalingam lwn Viswalingam*¹⁴ di mana mahkamah telah memutuskan untuk mendapatkan bukti pakar tentang isu-isu dan persoalan undang-undang keluarga Islam. Sekiranya dalam kes keluarga Islam mahkamah mahu mendapatkan penjelasan pakar, maka perlu juga dalam kes perbankan Islam mahkamah mendapat nasihat dari SAC sebagai pakar. Oleh itu, SAC yang juga seperti bukti pakar lain tidak melakukan apa-apa fungsi kehakiman dalam menentukan keputusan muktamad mahkamah dan tidak boleh dikatakan melakukan tugas-tugas mahkamah.

¹³ Rafiah Salim, *Evidence in Malaysia and Singapore*. (Butterworth Asia, 1994).

¹⁴ [1980] 1 MLJ 10.

Di samping itu, mahkamah perlu memastikan bahawa hakim yang akan mendengar kes-kes berkaitan dengan perbankan Islam adalah layak. Kelayakan seseorang hakim itu bergantung kepada pengetahuannya dalam isu dan aplikasi prinsip syariah dalam perbankan Islam. Ini bagi mengelak anggapan bahawa SAC yang membuat keputusan penghakiman walhal SAC hanya membantu mahkamah dan tugas kehakiman. Peranan menyediakan keputusan penghakiman masih terletak pada badan kehakiman. Tindakan badan kehakiman yang mewujudkan mahkamah dagang muamalat juga harus dipuji¹⁵ dan menunjukkan bahawa badan kehakiman bersedia mendengar kes-kes yang berkaitan perbankan dengan menyediakan hakim yang layak.

SAMADA SEKSYEN 56 DAN SEKSYEN 57 AKTA BANK NEGARA MALAYSIA 2009 BERSIFAT DISKRIMINASI DAN BERTENTANGAN DENGAN PERKARA 8 PERLEMBAGAAN PERSEKUTUAN?

Fungsi-fungsi mahkamah tidak diambil alih oleh SAC. Fakta yang menyatakan mahkamah adalah terikat dengan nasihat dan perintah SAC di bawah seksyen 57 tidak mengurangkan fungsi dan tugas mahkamah dalam membuat keputusan terhadap sebarang pertikaian. Apabila mahkamah menggunakan nasihat dan perintah SAC, fungsi-fungsi mahkamah untuk mendengar dan menentukan keputusan bagi sebarang pertikaian kekal dan tidak dicabuli. SAC tidak menjalankan apa-apa fungsi kehakiman dalam menentukan keputusan terakhir litigasi di mahkamah tetapi hanya sekadar memberikan pandangan dalam menentukan sesuatu hal kewangan dan perniagaan Islam itu patuh Syariah. Seksyen 56 dan seksyen 57 adalah terpakai tanpa diskriminasi kepada semua pihak dan

¹⁵ Adnan Trakic, "Dispute Resolution Of Islamic Banking Cases In Malaysia With Reference To Muamalat Division Of The High Court And The Shariah Advisory Council" [2013] 3 *MLJ* lxvii.

tidak boleh dikatakan telah melanggar Perkara 8 tentang hak kesamarataan dan kesaksamaan di sisi undang-undang.

Hak kesamarataan ini diberikan kepada semua orang sama ada warganegara atau sebaliknya. Perlu difahami bahawa hujah dan tindakan TS Khalid yang menganggap Seksyen 56 dan Seksyen 57 bertentangan hak kesamarataan adalah tidak munasabah. Hal ini kerana hak kesamarataan adalah bersifat tidak mutlak. Hak kesamarataan ini perlu dibaca bersama dengan beberapa peruntukan perlembagaan dan akta-akta lain. Ini dapat dilihat melalui peruntukan berkaitan hak keistimewaan orang melayu dan bumiputra di bawah Perkara 153 Perlembagaan Persekutuan. Secara tidak langsung, peruntukan tersebut menunjukkan bahawa hak kesamarataan bersifat tidak mutlak. Malah ini dikuatkan lagi menerusi kes *Datuk Haji Harun bin Haji Idris lwn Pendakwaraya*¹⁶ apabila mahkamah memutuskan bahawa hak kesamarataan bersifat tidak mutlak dan itu tidak bermaksud bahawa semua undang-undang perlu diseragamkan dan diaplikasikan kepada semua rakyat Malaysia. Pengecualian hak kesamarataan ini terpakai kepada undang-undang persendirian¹⁷ termasuklah persoalan syariah dalam perbankan Islam. Justeru, Perkara 8 ini tidak perlu dibangkitkan sebagai hujah untuk menjadikan Seksyen 56 dan Seksyen 57 bertentangan dengan perlembagaan.

SAMADA KEDUA-DUA SEKSYEN TERSEBUT MEMPUNYAI KESAN RETROSPEKTIF?

¹⁶ [1977] 2 MLJ 155.

¹⁷ Abdul Aziz Bari, *Malaysian Constitution: A Critical Introduction*, (Kuala Lumpur: The Other Press, 2003).

Seksyen 56 dan seksyen 57 tidak boleh mempunyai kesan retrospektif jika terdapat rampasan dan penindasan hak terhadap TS Khalid. Peguam bagi TS Khalid mendakwa apabila SAC membuat ketetapan bagi persoalan Syariah dalam hal-hal berkaitan perbankan dan kewangan Islam dan ketetapan itu mengikat mahkamah maka akan berlaku penindasan hak dari sudut penafian kuasa mahkamah dalam membuat keputusan. Namun di dalam kes rayuan ini hak TS Khalid tidak tertindas kerana hakim telah berpendapat bahawa mahkamah masih lagi menjalankan tanggungjawab membuat keputusan dan mendengar ketetapan SAC sebagai bukti pakar. Seharusnya TS Khalid tidak membangkitkan isu penafian haknya kerana pengguna dan pelanggan produk perbankan Islam hanyalah bergantung kepada pengetahuan mereka yang terhad dalam memilih produk dan pembiayaan yang menepati dan mematuhi kehendak syarak.¹⁸ Pihak yang berkuasa dalam menentukan suatu produk dan pembiayaan itu patuh-shariah ialah SAC. Oleh itu, seksyen 56 dan seksyen 57 hanya digunakan sebagai prosedur apabila persoalan Syariah timbul dalam hal-hal perbankan dan kewangan Islam. Di bawah CBMA 1958 (ketika itu), tugas statutori dan kuasa SAC sedia wujud sebelum pindaan seksyen 56 dan Seksyen 57 iaitu menentukan undang-undang Islam tentang hal-hal kewangan dan perniagaan Islam. Perkataan yang digunakan (ketika itu) adalah ' boleh '. Ini membawa maksud mahkamah boleh memilih samada untuk mendapatkan nasihat ataupun tidak daripada SAC.

Beberapa kes dapat menjadi tanda aras bahawa mahkamah tidak terikat untuk mengikut nasihat SAC sebelum pindaan dibuat pada 2009. Dalam kes *Affin Bank Bhd lwn Zulkifli*

¹⁸ Muhammad Hafiz Badarulzaman. (2013) *Kuasa Majlis Penasihat Syariah Terhadap Hak Kepenggunaan Dalam Institusi Perbankan Malaysia*. Fakulti Undang-Undang UKM: Bangi.

*Abdullah*¹⁹, Hakim Datuk Wahab Patail telah membuat kesimpulan berdasarkan kepada penghakiman dalam kes *Emcee* bahawa disebabkan kes yang berlaku berkaitan tafsiran dokumen-dokumen kontrak antara pihak-pihak dan keputusan mahkamah, maka tiada keperluan untuk membuat rujukan kepada forum lain (SAC) kerana baginya ia bukan persoalan undang-undang syariah. Jelaslah di sini bahawa SAC tidak mengikat mahkamah dan mahkamah boleh memilih untuk mengikut pandangan SAC atau tidak.²⁰

Begitu juga halnya dalam kes *Arab-Malaysian Finance Bhd lwn Taman Ihsan Jaya Sdn Bhd & Ors*,²¹ kenyataan Hakim Datuk Wahab Patail dalam kes ini bahawa mahkamah sivil berfungsi secara tegas sebagai mahkamah sivil dan tidak menjadi Mahkamah Syariah serta menyatakan fungsi mahkamah sivil sebagai memberikan keputusan yang dipertimbangkan secara kehakiman menurut undang-undang dan bukan mengaplikasikan undang-undang Islam seperti Mahkamah Syariah menunjukkan pandangan SAC tidak mengikat (*binding*) terhadap keputusan mahkamah sivil dan mahkamah sivil berhak untuk tidak merujuk kepada SAC kerana Seksyen 16B tidak bertindak sedemikian.

Walaupun mulai 25 November 2009, kuasa budi bicara mahkamah telah dipinda dan telah menjadi mandatori kepada mahkamah untuk membuat rujukan dan mengikat mahkamah. Pemakaian peruntukan undang-undang baru ini telah diuji buat pertama kali di dalam kes *Mohd Alias*²². Melalui kes ini, Hakim Datuk Zawawi Salleh dilihat telah menghargai peruntukan baru yang mengiktiraf kewujudan dan fungsi SAC.

¹⁹ [2006] 1 CLJ 438.

²⁰ Muhammad Hafiz Badarulzaman. "Majlis Penasihat Syariah: Implikasi Sebelum dan Selepas Pindaan Akta Bank Negara 2009". Kertas Kerja telah dibentangkan di International Conference on Multidisciplinary Research, Pulau Pinang, 1-3 November 2012.

²¹ [2008] 5 MLJ 631.

²² *Mohd Alias bin Ibrahim lwn RHB Bank Bhd & Anor* [2011] 3 MLJ 26.

Beliau menegaskan adalah menjadi kewajipan (mandatori) untuk mengikuti ketetapan yang diberikan oleh SAC kerana SAC adalah pihak berkuasa tertinggi untuk menasihati mahkamah tentang isu-isu yang berkaitan perbankan dan kewangan Islam. Mahkamah telah berpendapat bahawa peruntukan baru ini bukanlah bermaksud memberi kuasa kepada SAC untuk memutuskan kes-kes perbankan dan kewangan Islam tetapi SAC diiktiraf sebagai satu badan penasihat yang akan memberikan penerangan dan penjelasan kepada isu-isu perbankan dan kewangan Islam yang terlibat di dalam kes-kes kewangan Islam.

Justeru, mahkamah rayuan dalam kes ini berpendapat Mahkamah Tinggi adalah betul dalam memutuskan seksyen 56 dan seksyen 57 mempunyai kesan retrospektif. TS Khalid tidak dinafikan hak-hak sedia adanya. Di bawah Akta Bank Negara 1958 yang sebelumnya, tugas-tugas statutori SAC sedia wujud sebelum pindaan seksyen 56 dan Seksyen 57 iaitu menentukan undang-undang Islam tentang hal-hal kewangan dan perniagaan Islam. Mahkamah boleh memilih samada untuk mendapatkan nasihat SAC ataupun tidak. Walaubagaimanapun, dengan pindaan Seksyen 56 dan Seksyen 57, SAC telah dilihat sebagai badan tertinggi berkaitan perbankan Islam dan mampu menasihatkan mahkamah. Secara tidak langsung, keterikatan penghakiman melalui SAC mengatasi keputusan-keputusan yang lepas. Oleh itu, seksyen-seksyen tersebut mempunyai kesan retrospektif.

KUASA JAWATANKUASA SHARIAH (SC) DAN SAC SELEPAS KEWUJUDAN IFSA 2013

Secara asasnya, Jawatankuasa Shariah (SC) merupakan sebuah badan yang wajib ditubuhkan oleh setiap bank yang akan melaksanakan operasi perniagaan dan perbankan Islam.²³ Kewujudan Akta Kewangan dan Perkhidmatan Islam 2013 (IFSA) setelah disatukan (*consolidated*) dengan beberapa akta menunjukkan kematangan institusi perbankan dan kewangan Islam di Malaysia dalam memastikan transaksi, kemudahan dan produk itu bertepatan dengan kehendak shariah. Seksyen 30 hingga Seksyen 38 IFSA telah dikhususkan tentang pentadbiran shariah dalam institusi tersebut. Untuk memastikan bahawa operasi perniagaan perbankan bank Islam adalah selaras dengan agama Islam, Seksyen 30(1)²⁴ memperuntukkan bahawa suatu institusi yang berlesen perlu melantik satu jawatankuasa penasihat shariah dalam memastikan aktiviti perniagaan tersebut menepati kehendak shariah. Oleh itu, ia adalah satu keperluan bagi mana-mana bank Islam untuk menubuhkan suatu SC untuk menasihatkan bank dan untuk memastikan operasi perniagaan perbankannya tidak melibatkan apa-apa elemen yang bercanggah dengan agama Islam.

Apabila setiap bank mempunyai SC tersendiri, maka setiap ahli jawatankuasa shariah bertanggungjawab kepada sebuah badan utama penasihat untuk mengesahkan penetapan yang dibuat oleh SC milik bank-bank Islam.²⁵ Isu ini diperkuatkan lagi apabila pada tahun

²³ Solehuddin Shuib dan Muhammad Hafiz Badarulzaman. *Halangan Undang-Undang dan Transformasi Institusi Perbankan dan Kewangan di Malaysia*. (Sintok: UUM Press: Sintok).

²⁴ Akta Kewangan dan Perkhidmatan Islam 2013.

²⁵ Hamid Sultan Abu Backer, "Critical Thoughts: Legislative Intervention Imperative To Support Islamic Financing On A Global Scale" [2009] 1 *MLJ* lxiv.

2003SAC telah ditubuhkan melalui pindaan Akta Bank Negara Malaysia 1958²⁶. Dengan pindaan itu, SAC menjadi pihak berkuasa bagi penentuan undang-undang Islam untuk tujuan perniagaan perbankan Islam, perniagaan takaful, perniagaan pembiayaan Islam, pembangunan Islam perniagaan kewangan atau apa-apa perniagaan lain yang berasaskan pada prinsip-prinsip Syariah. Ini juga akan memastikan pematuhan Syariah sentiasa diteliti dan dipatuhi oleh bank-bank Islam dengan nasihat SAC. Hubungan antara SAC dan bank juga boleh memudahkan pengesahan apa-apa produk baru dalam Institusi kewangan dan perbankan dalam jangka masa singkat.²⁷

Kewujudan IFSA sendiri turut mengiktiraf kuasa SAC. SAC telah ditakrifkan dalam Seksyen 2 IFSA sebagai Majlis Penasihat Syariah Kebangsaan tentang kewangan Islam yang ditubuhkan di bawah Seksyen 51 CBMA 1958. Malahan setiap institusi perlu memastikan operasi dan aktiviti perniagaan mereka patuh syariah dan mengikut ketetapan SAC.²⁸ Seksyen 28(3) pula menyatakan bahawa apabila terdapat operasi yang tidak patuh syariah, SAC akan memaklumkan kepada SC, supaya menghentikan operasi perniagaan terbabit dan sekiranya melepasi waktu yang telah ditetapkan, SAC akan melaporkan kepada Bank Negara Malaysia. Bank Negara Malaysia berhak untuk mengambil tindakan undang-undang terhadap ahli-ahli SC sekiranya didapati memberikan nasihat salah kepada institusi perbankan dan kewangan Islam yang membolehkan ahli-ahli SC

²⁶ Seksyen 16B Akta Bank Negara Malaysia 1958 (ketika itu) dan kini telah digantikan dengan Seksyen 51 CBMA 2009.

²⁷ Engku Rabiah Adawiah Engku Ali. "Constraints and Opportunities in Harmonisation of Civil Law And Syariah in the Islamic Financial Services Industry" [2008] 4 *MLJ* i.

²⁸ Seksyen 28(2) Akta Kewangan dan Perkhidmatan Islam 2013.

dikenakan penjara tidak melebihi 8 tahun dan denda tidak melebihi RM25,000,000.00 atau kedua-duanya sekali.²⁹

Berdasarkan kepada peruntukkan tersebut, IFSA telah menunjukkan ketegasan bahawa setiap ketetapan, perintah dan nasihat yang diberikan oleh SAC terutamanya SC mempunyai merit yang tinggi dan mahkamah perlu merujuk dan membuat keputusan berdasarkan kepada penentuan oleh SAC dan SC. Sekiranya didapati nasihat tersebut adalah salah maka pihak yang mengeluarkan nasihat boleh didakwa.

KESIMPULAN

Secara kesimpulannya, SAC dilihat sebagai satu badan yang sangat penting dan berfungsi sebagai tempat rujukan paling utama dalam isu-isu kewangan Islam. Sebagai badan penasihat kewangan Islam, badan ini haruslah dihormati kerana badan ini bertanggungjawab menjaga pengaplikasian prinsip-prinsip Islam dalam urusan perbankan dan kewangan. Seksyen 56 dan Seksyen 57 CBMA yang memberi kuasa SAC membuat ketetapan dan mengikat mahkamah adalah tepat dan berperlembagaan. Keputusan dan penjelasan badan ini seharusnya diikuti bagi memastikan prinsip Syariah dalam perbankan Islam terpelihara. Justeru, dakwaan yang mengatakan bahawa tugas mahkamah dalam membuat keputusan dinafikan harus ditolak kerana mahkamah masih berperanan membuat keputusan dalam suatu pertikaian. Penetapan prinsip syariah dalam hal-hal

²⁹ Seksyen 28(5) IFSA 2013.

perbankan Islam oleh SAC hanya dijadikan bukti pakar oleh mahkamah dan tidak menjejaskan kredibiliti mahkamah.

Walaupun begitu, hakim berhak memilih untuk menerimanya atau tidak. Ini selaras dengan kehendak dan semangat perlembagaan yang menyatakan bahawa mahkamah adalah saluran yang betul untuk mentafsir undang-undang dan membuat keputusan terhadap sebarang bentuk pertelingkahan. Tidak keterlaluan untuk dikatakan bahawa dengan kewujudan IFSA, segala tindak tanduk SC dinilai dan kesalahan memberi nasihat oleh ahli-ahli SC juga boleh didakwa. Ini menunjukkan bahawa penasihat syariah mempunyai merit yang tinggi demi menjaga kemaslahatan perbankan dan kewangan Islam di Malaysia ketika ini.

RUJUKAN

- [1] Abdul Aziz Bari, *Malaysian Constitution: A Critical Introduction*, (Kuala Lumpur: The Other Press, 2003)
- [2] Adnan Trakic, "Dispute Resolution Of Islamic Banking Cases In Malaysia With Reference To Muamalat Division Of The High Court And The Shariah Advisory Council" [2013] 3 *MLJ* lxvii
- [3] Engku Rabiah Adawiah Bt Engku Ali, "Constraints And Opportunities In Harmonisation Of Civil Law And Shariah In The Islamic Financial Services Industry" [2008] 4 *MLJ* i
- [4] Hamid Sultan Abu Backer, "Critical Thoughts: Legislative Intervention Imperative To Support Islamic Financing On A Global Scale" [2009] 1 *MLJ* lxiv

Muhammad Hafiz Badarulzaman, 'Kajian Kes Tan Sri Abdul Khalid Ibrahim Lwn Bank Islam (M) Berhad Mengenai Isu Penentuan Keputusan Oleh Mahkamah Atau Majlis Penasihat Syariah Dalam Hal-Hal Kewangan Dan Perbankan Islam', *UUM Journal of Legal Studies*, ISSN: 2229-984 X, vol. 5, 2014, pp. 173-190.

- [5] Muhammad Hafiz Badarulzaman. "*Majlis Penasihat Syariah: Implikasi Sebelum dan Selepas Pindaan Akta Bank Negara 2009*". Kertas Kerja telah dibentangkan International Conference on Multidisciplinary Research, Pulau Pinang, 1-3 November 2012.
- [6] Muhammad Hafiz Badarulzaman. (2013) *Kuasa Majlis Penasihat Syariah Terhadap Hak Kepenggunaan Dalam Institusi Perbankan Malaysia*. Fakulti Undang-Undang UKM: Bangi
- [7] Norhashimah Yassin. (2003). *Legal Aspects of Islamic Banking: Malaysian Experience*. Kertas Kerja dibentangkan di International Conference on Islamic Banking and Finance.
- [8] Rafiah Salim. *Evidence in Malaysia and Singapore*. (Butterworth Asia. 1994)
- [9] Solehuddin Shuib dan Muhammad Hafiz Badarulzaman. *Halangan Undang-Undang dan Transformasi Institusi Perbankan dan Kewangan di Malaysia*. (Sintok: UUM Press: 2011)