

KERTAS KERJA 2

*MUSHĀRAKAH DAN
MUDĀRABAH:*
ISU JAMINAN PERLINDUNGAN
MODAL BAGI PENGUKUHAN
KREDIT

*Dr. Zaharuddin Abd Rahman &
Dr. Aznan Hassan*

**DR. ZAHRUDDIN
ABUL RAHMAN**

Dr. Zaharuddin Bin Abd Rahman mendapat ijazah Sarjana Muda dalam bahagian Usuluddin dari Universiti Malaya dan seterusnya Sarjana (M.A) dalam bidang Fiqh dan Usul Fiqh (pengkhususan dalam bidang Fiqh Mu'amalat dan Maqasid Syariah) dari Universiti Al-Yarmouk, Jordan. Ijazah PhD dari Universiti of Wales, United Kingdom. Kini beliau bertugas sebagai Penolong Professor di Universiti Islam Antarabangsa Malaysia. Pada masa yang sama beliau berfungsi sebagai Ahli Majlis, Institut Perbankan & Kewangan Islam UIAM, Ahli Lembaga Pengarah Al Naqiy Islamic Solution Sdn Bhd, Penasihat Syariah Ar-Rajhi Bank

DR. AZNAN HASAN

Dr. Aznan Hasan mendapat pendidikan dengan memperoleh Ijazah Sarjana Muda Syariah di Universiti al-Azhar, Mesir. Kemudian menyambung pengajian di Universiti Kaherah Mesir di peringkat Sarjana Syariah dan memperoleh Ph.D dari University of Wales, Lampeter, United Kingdom. beliau juga ahli Syariah Majlis Penasihat Bank Negara Malaysia dan Penasihat Syariah berlesen bagi penerbitan sekuriti Islam dan Islam Skim Unit Amanah, Suruhanjaya Sekuriti Malaysia, Penasihat Syariah bagi Bursa Malaysia,

MUSHĀRAKAH DAN MUḌĀRABAH: ISU JAMINAN PERLINDUNGAN MODAL BAGI PENGUKUHAN KREDIT

PENDAHULUAN

Di antara perbincangan utama yang sering ditimbulkan apabila kontrak pelaburan seperti *muḍārabah* dan *mushārahah* ingin diperluaskan penggunaannya oleh institusi kewangan Islam adalah berkaitan isu perlindungan modal pelaburan oleh *muḍārib* dan *mushārik* atau pihak ketiga. Isu ini penting bagi memastikan prinsip pelaburan Islam yang sebenar ini mampu untuk terus berkembang dan memberikan manfaat kepada perkembangan industri, pelabur dan pengguna.

Setelah sering menjadi mangsa perbandingan tidak setara dengan produk-produk pelaburan konvensional yang memberikan jaminan keuntungan tetap dan perlindungan modal sekaligus, prinsip *muḍārabah* dan *mushārahah* tercabar di antara : menjaga kepatuhan syariah dan menangani permintaan pelanggan. Justeru, isu jaminan modal akan dihuraikan secara padat dan ringkas di dalam kertas ini.

Selain daripada itu, beberapa teknik pengukuhan kredit produk pelaburan *muḍārabah* dan *mushārahah* seperti *Investment Risk Reserve (IRR)*, *Profit Equalization Reserve (PER)*, janji beli aset pelaburan (*purchase undertaking*) juga turut disentuh. Namun disebabkan setiap isu memerlukan huraian dan data penting bagi mencapai maksud pembentangan, pelbagai teknik pengukuhan kredit yang lain tidak dapat disertakan dalam kertas ini.

ERTI ḌAMĀN

Jaminan atau *ḍamān* membawa kepada beberapa erti dari sudut bahasa kepada:¹

- 1) *Iltizam* (الالتزام)
- 2) *Kafalah* (الكفالة)
- 3) *Taghrim* (التغريم)

Menurut istilah fuqaha pula ia membawa erti yang pelbagai, kesimpulannya :

ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في المطالبة بنفس أو دين أو حق

Ertinya: “Memasukkan tanggungan penjamin (*kafil*) sebagai penanggung kepada tanggungan (asal) *makfūl* (individu yang yang dijamin) dalam hal tuntutan ke atas diri, hutang atau sebarang jenis hak”.²

¹ *Lisan al-'Arab*, Ibn Manzur, jil 13, hlm 257 ; *Al-Qamus al-Muhit*, Muhammad Ya'qub Al-Fairuz Abadi, jil 1, hlm 1564

² *Al-Adh'amat Al-Mallah Al-Mu'asirah*, Dr. Uthman Shabir, hlm 292; *Mu'jam al-Mustalahat Al-Mallah wa al-Iqtisadiyyah Fi Lughah Fiqah*, Dr. Nazih Hammad, Dar al-Qalam, Dimasq, 2008, hlm 292.

PERLINDUNGAN MODAL DALAM KONTRAK *MUSHĀRAKAH DAN MUḌĀRABAH*

Pada masa kini, di antara teknik yang sering digunakan oleh kebanyakan institusi kewangan konvensional dan korporat untuk mendapatkan pelabur dalam produk-produk pelaburan besar yang diusahakan oleh mereka dan pelanggannya adalah dengan memberikan jaminan modal. Ia dianggap satu perkara yang penting bagi meningkatkan prospek perniagaan mereka selain memperolehi kepercayaan dan keyakinan pelabur. Teknik tersebut juga dilihat sebagai sangat efektif dan menarik, bukan sahaja kepada pelabur malah juga mampu mendapatkan penarafan tinggi (*ratings*) dari syarikat-syarikat terbabit.

Jika demikian sifat utama produk pelaburan konvensional, bagaimana pula panduan di dalam kontrak- kontrak ekuiti dan pelaburan Islam, seperti *muḍārabah* dan *mushārah*? Menyentuh bab jaminan modal dan keuntungan ini, pelbagai resolusi persidangan cendekiawan Fiqh telah dikeluarkan, antara yang paling berpengaruh adalah seperti berikut:-

1. Majma' al-Fiqh al-Islāmi

Diputuskan oleh Majma' al-Fiqh al-Islāmi Jeddah dalam resolusi 30 (4/5) dalam persidangan kali keempat pada tahun 1988 bertempat di Jeddah,

يجوز أن يتبرع طرف ثالث بالضمان لرأس المال الشريطة أن يكون الطرف الثالث منفصلاً في شخصيته مستقلاً في ذمته المالية عن طرفي العقد وبدون مقابل، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة ، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه.³

Ertinya : “Diharuskan bagi pihak ketiga menyumbang dengan memberikan jaminan terhadap keselamatan modal dengan syarat pihak ketiga itu **berasingan entitinya, tersendiri pada tanggungan kewangannya** dari kedua-dua belah pihak yang berkontrak yang dimeterai serta **tidak pula dikenakan upah** dan mestilah ia satu bentuk

³ *Qararāt wa Tawsiyāt Majma' Al-Fiqh Al-Islāmi*, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah (Penyelaras), Majma' Al-Fiqh Al-Islāmi Jeddah, Dar al-Qalam, Dimashq, 1998, hlm 71; *Buḥūth Fi al-Mu'āmalāt wa al-Asālib Al-Masrafiyyah Al-Islāmiyyah*, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah, Majma' al-Fiqh al-Islāmi Jeddah, Dar al-Qalam, Dimashq, 2002, Juz 2, hlm 92

iltizam yang terasing dari kontrak *muḍārabah*..., juga dengan makna pelaksanaan (jaminan) melalui **iltizam itu bukanlah syarat nafaz** (sempurna meterai) bagi kontrak..”

2. Fatwa Nadwah Dallah al-Barakah

Keputusan hampir sama juga diputuskan oleh Nadwah Al-Barakah dalam resolusi mereka bernombor 44, 46 dan juga 107:

أن هناك بديلا لموضوع ضمان رأس المال المضاربة وهو أن يكون من طرف ثالث غير المضارب ورب المال، فيكون من قبيل الوعد بجائزة وهو من قبيل الهبة ، فيبدي هذا الطرف استعداده لتكملة ما ينقص من رأس المال بالاستثمار

Ertinya : “Di sana wujudnya alternatif bagi topik jaminan modal *muḍārabah*, iaitu ianya datang pihak ketiga yang bukan *muḍārib* dan *rabbul māl*...”

فإذا أمكن تحصيل ذلك من قبل البنك المركزي مثلا أو وزارة المالية أو أي جهة مستقلة عن المضارب لا مانع من ذلك ، سواء كان تأمين ذلك الطرف الثالث بجهود المضارب أو رب المال. بل حتى لو تقدم بهذا الضمان عميل لمصلحة عميل آخر. دون أن يربط هذا بعقد المضاربة تحاشيا لاشتراط عقد في عقد آخر

Ertinya : “... dan apabila berkemampuan mengadakan seperti itu sebagai contoh dari bank pusat (sebagai penjamin pihak ketiga) atau Kementerian Kewangan atau pihak yang berasingan dari pihak pengusaha (*muḍārib*), maka itu tiada tegahan padanya, sama ada jaminan pihak ketiga itu diperolehi dari hasil usaha *muḍārib* atau *rabbul māl*...”

3. AAOIFI

Majlis Syariah AAOIFI pula memutuskan seperti berikut:-

يد الشركاء على مال الشركة يد أمانة على الشريك إلا بالتعدي أو التقصير . ولا يجوز أن يشترط ضمان أي شريك لرأس مال شريك آخر

Ertinya: “Tanggungan para rakan kongsi terhadap modal perkongsian adalah tanggungan jenis amanah, maka tiada jaminan boleh diberikan kepada rakan kongsi kecuali apabila wujud pencerobohan atau kecuaiian. Tidak juga harus disyaratkan jaminan (walau) diberikan oleh mana-mana rakan kongsi kepada modal rakan kongsi yang lain.”⁴

⁴ *Al-Ma'āyir al-Shar'iyyah*, AAOIFI, jilid 164 (cet. 2010)

Juga disebutkan:-

يجوز التعهد من طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن أطراف الشركة بتحمل الخسارة، شريطة أن يكون التعهد التزاماً مستقلاً عن عقد المشاركة، ومن دون مقابل وشريطاً ألا يكون الطرف الثالث (المتعهد بالضمان) جهة مالكة أو مملوكة بما زاد عن النصف للجهة المتعهد لها ..

Ertinya : “Harus untuk mengambil janji menanggung kerugian dari pihak ketiga yang berasingan entitinya dan tanggungan kewangannya dari pihak-pihak syarikah kontrak dengan syarat perjanjian bersifat *iltizām* yang terasing dari kontrak *mushārah* serta tidak pula dikenakan upah, juga dengan syarat pemilik pihak ketiga itu tidak dimiliki lebih daripada separuh (atau 50 %) oleh pihak yang diberikan janji kepadanya...”⁵

⁵ *Al-Ma’āyir al-Shar’iyyah*, AAOIFI, hlm 164 (cet.2010)

Selain itu, dalam resolusi berkaitan *Ad-ḍamānāt*, AAOIFI memutuskan sebagai berikut:-

لا يجوز اشتراط الكفالة أو الرهن في العقود الأمانة.. لمانافتها مقتضاها ما لم يكن اشتراطهما مقتصرًا على حالة التعدي أو التقصير أو المخالفة وبخاصة عقود المشاركات والمضاربة .. ولا يجوز تسويق عملياتها على أنها استثمار مضمون

⁶ *Al-Ma’āyir al-Shar’iyyah*, AAOIFI, hlm 48 (cet.2010)

Ertinya: “Tidak harus disyaratkan *kafālah* atau *rahn* dalam kontrak-kontrak amanah...disebabkan bercanggah keduanya dengan kandungan kontrak amanah, kecuali jika syarat itu hanya terhad kepada ketika wujudnya kecuaihan dan pencerobohan atau percanggahan, khususnya dalam kontrak *mushārah* dan *muḍārah* dan tidak harus juga dipromosi seolah-olah produk pelaburan ini adalah sebuah pelaburan yang dijamin”⁷

⁷ *Al-Ma’āyir al-Shar’iyyah*, AAOIFI, hlm 48 (cet.2010)

4. Majallah al-Aḥkām Al-‘Adliyyah

Dicatat di dalam klausa nombor 768:-

الأمانة غير مضمونة ، فإذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان

Ertinya: “(Kontrak) amanah tidak boleh dijamin, justeru apabila musnah atau hilang bukan disebabkan perbuatan yang pemegang amanah dan bukan asbab kecuaihan darinya, tidak boleh dimestikan baginya jaminan (gantian)”⁸

⁸ *Syarah Al-Majallah*, Salim Rustan Baz, hlm 426

KONTRAK AMĀNAH DENGAN DISYARATKAN JAMINAN

Ulama berbeza pandangan berkenaan kontrak amanah, khususnya yang merujuk kepada kontrak *mushārah* dan *muḍārah* iaitu dari sudut sama ada ia boleh dijamin oleh pemegang amanah (pengusaha atau rakan kongsi) atau tidak. Sekurang-kurangnya terdapat dua pandangan terbesar, iaitu:-

Pertama: Sebarang syarat untuk menjamin adalah batal disebabkan ianya bercanggah dengan kandungan kontrak. Ia merupakan ijtihad ulama mazhab Ḥanafī, Shāfi‘ī, Mālikī dan Ḥanbalī, disebutkan juga pandangan Al-Thawrī, Al-Awzā‘ī, Ishāk, Ibn Mundhir dan lain lain.⁹

⁹ *Radd al-Muhtar*, Ibn ‘Abidin, 4/494 : *Al-Hāwī al-Kabīr*, Al-Māwardī, 7/371; Al-Mughni, 9/258

Ringkasan hujjahnya adalah:

1. Asas kontrak amanah dan tanggungjawabnya boleh difahami dari firman Allah :-

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا

Ertinya : Sesungguhnya Allah mengarahkan kamu untuk melunaskan amanah kepada ahli yang berhak (An-Nisa’ : 58)

Ibn Kathir menghuraikan amanah yang dimaksudkan terbahagi kepada dua jenis :- 1) Amanah dan hak Allah seperti solat, puasa, zakat dan lain-lain 2) Hak-hak manusia seperti barang simpanan,¹⁰ harta *mushārah*, *muḍārah* dan lainnya.

¹⁰ *Tafsīr Al-Qur’ān Al-‘Azīm*, Ibn Kathīr, jil 2, hlm 339

Boleh difahami bahawa, harta yang diserahkan secara amanah mesti ditepati, demikian kandungan firman Allah yang mewajibkan setiap pemegang amanah hendaklah melunaskan amanahnya dan juga sabda Nabi :

أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ أَيْمَنَكَ

Ertinya : Laksanakan amanah kepada siapa yang telah kamu diberikan kepercayaan (Riwayat Ahmad)

Oleh itu, setiap amanah seperti menyimpan barang *wadi‘ah* atau serahan modal bagi *mushārah* dan *muḍārah* tidak boleh digunakan kecuali dengan keizinan. Justeru, setelah keizinan pihak yang terlibat telah diperolehi, tiada jaminan bagi keselamatan modal boleh diberikan kecuali apabila wujud kes pecah amanah, pelanggaran terma kontrak dan kecuaiannya pengusaha (*‘amil*) atau rakan kongsi (*sharik*).

Kedua-dua pihak dalam kontrak amanah seperti *mushārah* adalah rakan kongsi yang perlu saling bantu membantu atas dasar yang keduanya pemegang amanah (*amīn*) terhadap wang modal masing-masing. Mereka bersepakat menggunakan modal tadi bagi menghasilkan

keuntungan yang boleh dinikmati bersama, bukannya satu pihak terpaksa menjamin keuntungan atau keselamatan modal rakan kongsi yang lain. Jika itu dilakukan ia mencarikkan asas utama kontrak amanah. Tiada alasan munasabah dan boleh diterima hukum Islam yang boleh menjustifikasikan tindakan terbabit, kecuali apabila terdapatnya pecah amanah dan kecuaiian yang nyata.¹¹

¹¹ *Al-Ma'āyir al-Shar'iyyah*, ALAIFI, Ihm 67

2. Kontrak amanah adalah satu kontrak bantuan tanpa imbalan keuntungan, justeru, tidak boleh dibebankan satu pihak untuk memberi jaminan ganti rugi atas perkara di luar kawalan yang berlaku kepada harta atau barang yang dikontrakkan. Contoh *wadī'ah* adalah kontrak amanah dan termasuk juga harta *mushārah* dan *muḍārah*. Ibn Qudāmah menegaskan:

فصل : إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة، فقبله أو قال : أنا ضمن لها. لم يضمن . قال أحمد من المودع : إذا قال : أنا ضامن لها. قسرت، فلا شيء عليه. وكذلك كل ما أصله الأمانة، كالمضاربة، ومال الشركة، والرهن، والوكالة. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر

Ertinya : Apabila disyaratkan ke atas *rabbul wadī'ah* oleh orang yang meminta simpan (*mustawdi*) agar dijamin (selamat) barang yang disimpan dan dipersetujui atau berkata penyimpan “Aku menjadi penjaminnya”, syarat itu tetap tidak memberi kesan. Berkata Imam Ahmad “Apabila dikatakan “aku jadi penjamin” kemudian harta *wadī'ah* itu dicuri, maka tiada (tanggungan) ke atasnya, demikian juga hukum asal dalam setiap kontrak amanah seperti *muḍārah*, harta syarikat (*mushārah*), *rahn* dan *wakālah*. Demikian adalah pendapat Al-Thawrī, As-Shafī'i, Ishak (Rahawaih) dan Ibn Munzir.”¹²

¹² *Al-Mughni*, Ibn Qudāmah, 9/258

Ibn Qudāmah kemudian menyatakan rasionalnya :

وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه , فلم يلزمه , كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه

Ertinya : Itu adalah kerana syarat jaminan dalam perkara yang tidak wujud sebab (*shar'ī*) yang membolehkan jaminan, tidak akan menjadikan terpakai (dipatuhi) sebagaimana disyaratkan bahawa jaminan barang yang rosak adalah di tangan tuannya sendiri.”¹³

¹³ *Al-Mughni*, Ibn Qudāmah, 9/258

3. Harta amanah semuanya tidak boleh digunakan kecuali dengan izin pemiliknya, maka di dalam kontrak *mushārah* dan *muḍārah*, sejurus izin diberikan dari pemilik barang, maka tiada jaminan boleh ditagih, kerana keizinan yang diberikan dianggap telah melepaskan tanggungjawab pihak yang lain dari tanggungan menjamin jika kerosakan dan kerugian datang bukan akibat kecuaiian dan di luar kawalan. Justeru,

di dalam situasi kontrak *mushārah*, sejurus rakan kongsi bersetuju di gunakan wang modalnya untuk sama-sama digunakan untuk sesuatu projek, perniagaan dan sebagainya, dia wajib untuk mengetahui risiko yang bakal ditanggungnya dan tidak boleh meletakkan beban ke atas satu pihak rakan kongsi sahaja, sedangkan keuntungan juga adalah diingini.

4. Jaminan modal sahaja atau dengan keuntungan, bakal menukar kandungan kontrak *mushārah* kepada pinjaman yang berciri *yad ḍamānah* dan bukan lagi *yad amānah*. Tatkala itu, sebarang jaminan keuntungan (jika ada) dalam kontrak *mushārah* pula diklasifikasikan sebagai faedah riba yang dijamin.

Kedua: Syarat sedemikian adalah *ṣāḥih* dan boleh dibuat serta terpakai (*mulzim*). Pandangan ini adalah daripada Qatādah, Daud az-Zāhiri, Ash-Syawkani dan ditarjihkan oleh Dr. Nazih Hammad¹⁴, Dr. Sami Hammud¹⁵, Sayyid Muhammad Baqir As-Sadr¹⁶ dan Prof At- Tijani Abd Qadir¹⁷.

Ringkasan hujjah-hujahnya adalah:

1. Apabila al-amīn reda dan sukarela memberikan jaminan, ia jatuh ke dalam kategori harus. Menurut as-Syawkāni, At-tarāḍi merupakan *manāṭ* dalam menghalalkan urusan kewangan sesama manusia.¹⁸ Ibn Taymiyyah menyebut :-

الأصل في العقود رضى المتعاقدين

Ertinya: “Asal di dalam bab kontrak adalah keredhaan kedua pihak yang beraqad”¹⁹

2. Berdasarkan hadis :

المسلمون على شروطهم

Ertinya: Muslim berada di atas syarat mereka. (Riwayat Abu Daud, At-Tirmizi, Ibn Hibban)²⁰

Berdasarkan hadis yang menyatakan bahawa Nabi s.a.w telah mengambil (meminjam) baju besi kepunyaan Safwan bin Umayyah pada hari Hunain²¹ lalu Safwan bertanya :-

أغصبا يا محمد ؟ فقال (الرسول) : بل عارية مضمونة حتى نؤديها عليك

Ertinya: Safwan bin Umayyah berkata : “Adakah ambilan itu satu rampasan”? Nabi menjawab : “Bahkan ia hanyalah suatu pinjaman yang terjamin sehingga kami memulangkan semula kepada kamu” (Riwayat Abu Daud, At-Tirmidzi, Al-Hakim dan anggapnya *ṣāḥih* dan dipersetujui az-Zahabi)²²

¹⁴ *Qaṭāḍiyā Fiqhiyyah Mu'āsirah fī Al-Iqtisād wa al-Māl*, Dr. Nazih Hammad, Dar al-Qalam, Dimasq, 2001, hlm 408.

¹⁵ *Tatwir al-'Amal al-Musrafiyyah*, hlm 448

¹⁶ *Al-bank Alla Ribawi Fi Al-Islam*, Baqir As-Sadr, hlm 32-33

¹⁷ *ḍamān al-Mudārīh Li Ru'sil Mal*, Ahmad Tijani, *Majallah Jami'ah al-Iqtisad al-islami*, jil 16, bil 1, hlm 61

¹⁸ *As-Saylul Jarar*, As-Syawkani, 3/217

¹⁹ *Al-Qawā'id an-Nuraniyyah*, Ibn Taymiyyah, hlm 203

²⁰ Ibn Hibbān menilainya sebagai sahih dan At-Tirmizi mengatakannya hasan sahih.

²¹ Dijelas oleh At-Turbashati bahawa Safwan di waktu tu masih terkesan dengan adab jahiliyyah sehingga memanggil nabi dengan bahasa yang kasar.

²² *Al-Mustadrak*, Al-Hākīm, 2/47 ; Nanun begitu Albāni dalam kajiannya mendapati hampir semua jalan periwayatan hadis ini adalah ḍa'if.

Al-Qāri menukulkan bahawa Ibn ‘Abbās dan Abū Hurairah berpendapat hadis tersebut membawa erti pinjaman adalah terjamin dan ia mesti dipulangkan walaupun jika rosak di tangan peminjam.

Seterusnya, hadis tersebut juga dianggap sebagai satu perakuan bahawa hukum asal bagi kontrak *amānah* seperti *‘āriah* (pinjam) sememangnya tidak dijamin, namun boleh bertukar sejurus selepas diterima sebagai syarat ia dijamin, sama sebagaimana Nabi yang seolah-olah menerima ianya sebagai *maḍmūnah*.²³

²³ *Qaḍāyā Fiqhiyyah Mu‘āshirah fī Al-Iqtisād wa al-Māl*, Dr. Nazih Hammad, Dar al-Qalam, Dīmasq, 2001, hlm 403

Pandangan terpilih

Penulis cenderung kepada pendapat jumhur yang tidak membenarkan jaminan dalam kontrak *amānah* khususnya di dalam kontrak *mushārah* dan *muḍārabah*, kecuali apabila wujudnya bukti pencerobohan, kecuai dan pengkhianatan perjanjian ini adalah selaras dengan pandangan jumhur.

Sebarang syarat walaupun dipersetujui oleh kedua belah pihak namun apabila ia boleh mengakibatkan ketidakadilan, khususnya apabila dilaksanakan di dalam skala besar, pasti boleh merosakan seluruh sistem ekonomi dan *mu‘āmalat* Islam.

Selain daripada itu, syarat yang disedari memberikan kesan mudarat tanpa hak kepada salah satu pihak yang beraqad adalah tertolak sebagaimana kaedah fikah ada menyebut:

كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل

Ertinya : Setiap syarat yang tiada di dalam kitab Allah adalah bathil. (Riwayat Al-Bukhari dan Muslim)

Ibn Qayyim menjelaskan maksud hadis di atas bahawa setiap syarat yang bercanggah dengan hukum Allah dan bertembung dengan kitabNya adalah bathil.²⁴

²⁴ *F’ahm al-Muwaqqi‘in*, Ibn Qayyim, 1/402

Kewujudan kerelaan hati (*tarāḍi*) sahaja tidak cukup untuk mengharuskan semua jenis syarat, jika ia diterima pakai secara mutlak, perjudian juga kelak akan dianggap harus disebabkan keredhaan dan kesanggupan pihak yang bertaruh untuk menempuh kerugian dan kehilangan hak terhadap harta yang dipertaruhkannya.

Manakala hadis berkenaan Safwan bin Ummayyah pula terdedah kepada kritikan sama ada sanadnya²⁵ mahupun *dalālah*nya. Ini kerana lafaz balasan oleh Nabi s.a.w boleh diandaikan membawa maksud ia suatu ‘jaminan dari tidak dipulangkan’. *Qarinah*nya adalah jawapan kepada soalan Safwan itu sendiri iaitu “adakah ia rampasan”? yang bererti tidak akan dipulangkan. Maka Nabi menjawab, ia adalah pinjaman dan

²⁵ Rujuk lanjut analisa oleh Sheikh Nāṣiruddīn Al-Albānī di http://www.alalbany.net/books_view.php?id=4329&search=&book=sahih

terjamin iaitu dijamin bahawa ia akan dipulangkan semula, bukanlah bermaksud jaminan dari kerosakan sama ada akibat kecuaiian atau tidak seperti di dalam konteks perbincangan kita.

At-Tibi berkata :

قوله غصبا معمول مدخول الهمزة أي تأخذها غصبا لا تردها علي
(يا محمد؟)

Ertinya: Katanya ‘rampasan’ digunakan dan dimasukkan hamzah bererti “adakah engkau mengambilnya sebagai rampasan yang tidak akan dikembalikan kepadaku (Ya Muhammad?)”²⁶

²⁶ *Mirqāt al-Mafāhīh Sharah Mishkāt al-Masābīh*, ‘Ali bn Sultan al-Qari, Dar al-Fikr, Dimashq, 2002, no 2955, hlm 1977

²⁷ *Mirqāt al-Mafāhīh Sharah Mishkāt al-Masābīh*, hlm 1977

Demikian kefahaman yang dipegang oleh jumhur mazhab termasuk ‘Ali Abi Tālib dan Ibn Mas’ud r.h.m.²⁷

Jika benar sekalipun pendalilan yang membolehkan persetujuan menjadikan ‘*āriah*’ itu terjamin sebagaimana dalil yang dibawakan tadi, penulis berpandangan ia terhad kepada kontrak ‘*āriah*’ dan mana-mana kontrak amanah yang tidak banyak kerosakan dan ketidakadilan, keadaan sangat berbeza jika dibandingkan dengan jaminan yang diberikan ke atas kontrak amanah dari jenis *mushārah* dan *muḍārah* disebabkan sifatnya selaku pelaburan yang pada umumnya (*ghalib zhan*) terdedah kepada risiko kerugian. Ia berbeza dengan kontrak amanah dari jenis ‘*āriah*’ tadi. Wallahu‘alam

DAMĀN YANG DBERIKAN KETIKA BERLAKUNYA TA‘ADDI ATAU TAQŚĪR.

Sepertimana yang dinyatakan sebelumnya, tidak ada khilaf di kalangan ulama bahawa kedudukan *muḍārib* atau *mushārik* di dalam kontrak *muḍārah* dan *mushārah* adalah amin. Oleh kerana itu, beliau tidak bertanggungjawab (ḍamin) ke atas kontrak *muḍārah* atau *mushārah* melainkan apabila berlakunya *ta‘addi* atau *taqśīr*.²⁸ Ini tidak menafikan wujudnya beberapa isu yang menjadi khilaf di kalangan ulama. Resolusi majma’ dalam hal ini menyatakan:²⁹

”المضارب أمين، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير، بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول علي أساسها، وتستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية والمشاركة، ولا يتغير بدعوى قياسها علي الإجارة المشتركة، أو بالاشتراط والالتزام“

Apabila berlakunya *ta‘addi* dan *taqśīr*, maka suasana *amin* ini telah bertukar kepada *ḍamin*. Oleh kerana itu, adalah dibenarkan untuk pemberian *damān*

²⁸ *Bidāyat al-Muḥtad*, Ibn Rushd, juz. 2, h. 178, *Kashāf al-Qina’* al-Bahutī, juz. 3, hh. 522- 523, *Mughni al-Muhtaj*, al-Sharbini, juz. 2, h. 343, juz. 2, h. 292, *Bada’i al-Sana’i*, al-Kasani, juz. 6, hh. 179, *Hashiyah*, Ibn ‘Abidin, juz. 4, h. 298, al-Mughni, Ibn Qudamah, juz. 5, h. 129, *Husyiyah al-Dasuqi*, juz. 3, h. 353, *Sayl al-Jawar al-Mutadaffiq*, al-Shawkani, juz. 3, h. 342.

ketika berlakunya suasana *ta'addi* atau *taqsir*. Piawaian AAOIFI berkenaan dengan *musharakah* menyatakan.³⁰

³⁰ Piawaian Syariah, AAOIFI, h. 209

”يجوز أن يشترط أحد الطرفين في الشركة على الطرف الآخر تقديم كفيل أو رهن لضمان التعدي أو التقصير أو مخالفة قيود الشركة“

“Adalah dibenarkan kepada rakan perkongsian di dalam *musharakah* untuk mensyaratkan bahawa rakan kongsi yang lain membawa penjamin atau *rahn* sebagai *damān* ke atas *ta'addi*, *taqsir* atau pelanggaran kepada klausa-klausa yang terkandung di dalam kontrak *musharakah*.”

Begitu juga Piawaian Syariah, AAOIFI berkenaan dengan *muḍārabah* menyatakan.³¹

³¹ Piawaian Syariah, AAOIFI, h. 239

”يجوز لرب المال أخذ الضمانات الكافية و المناسبة من المضارب، بشرط أن لا ينفذ رب المال هذه الضمانات إلا إذا ثبت التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط عقد المضاربة“.

Adalah dibenarkan kepada *rab al-mal* untuk mengambil jaminan yang mencukupi dan bersesuaian daripada *muḍārib*, dengan syarat *rab al-mal* tidak menggunakan *damanat* ini melainkan apabila terbukti berlakunya *ta'addi*, *taqsir* atau pelanggaran kepada klausa-klausa yang terkandung di dalam kontrak.

Turut dibincangkan dalam *ta'addi* dan *taqsir* ini ialah apakah yang termasuk di dalam kategori melakukan *ta'addi* atau *taqsir*. Suatu perkara yang perlu diberi perhatian ialah konsep *ta'addi* dan *taqsir* amatlah luas dan berkemungkinan penentuannya juga berbeza dari seorang individu kepada individu yang lain. Dr. Abdul Sattar, ketika memberikan pengertian kepada makna *ta'addi* dan *taqsir* cuba memberikan beberapa contoh. Beliau menyatakan antara contoh *ta'addi* ialah apabila *muḍārib* menggunakan aset *muḍārabah* untuk kepentingan peribadinya atau memberi hutang (menggunakan aset *muḍārabah*), kerana perbuatan tersebut adalah terkeluar daripada perkara-perkara yang dibenarkan ataupun yang selalunya boleh berlaku dalam urusan perniagaan. Manakala *taqsir* pula ialah apabila *muḍārib* tidak mengambil langkah-langkah yang sepatutnya dibuat demi untuk menjaga aset *muḍārabah* daripada hilang (atau rosak) atau berlakunya penyusutan harga. Umpamanya, beliau tidak menjual aset yang sepatutnya dijual kerana ditakuti akan berlakunya penyusutan harga atau rosak.³²

³² *al-Wasail al-Mashru'ah li taqlid Mukhtār al-muḍārabah*, Abu Ghuddah, h. 392

Pada pandangan penulis, contoh yang diberikan oleh Dr. Abu Ghuddah hanyalah merupakan sebahagian contoh membawa kepada berlakunya situasi *ta'addi* dan *taqsir*. Dengan peredaran zaman dan luasnya alam perniagaan, adalah amat sukar untuk menentukan secara spesifik kesemua perkara yang membawa kepada *ta'addi* dan *taqsir*. Tambahan pula, di zaman kini, keperluan untuk menjaga kepentingan pihak yang berkontrak berkemungkinan amat unik dan berbeza-beza mengikut bisnes yang dilakukan. Mungkin kita boleh berhujah

walaupun mahkamah boleh memainkan peranan di dalam menentukan sama ada berlakunya *ta'addi* atau *taqṣīr* atau tidak, namun prosedur mahkamah mungkin mengambil masa yang amat panjang dan sudah tentulah perkara ini akan memberi kesusahan kepada pihak-pihak yang berkontrak di dalam *mushārah* atau *muḍārah* tersebut. Untuk mengatasi masalah ini, saya berpandangan kontrak *mushārah* dan *muḍārah* boleh diletakkan di dalam kontrak berkenaan klausa berkenaan *positive covenants* and *negative covenants*. Secara ringkasnya, *positive covenants* adalah perkara-perkara yang mesti dilakukan oleh *muḍārib* atau *mushārik* yang mengendalikan *mushārah* dan *negative covenants* adalah perkara-perkara yang mesti dielakkan didalam pengendalian *muḍārah* dan *mushārah* tersebut. Jika sekiranya *muḍārib* (atau *mushārik*) gagal untuk melaksanakan klausa *positive* dan *negative covenants* ini, maka beliau dikira telah melakukan *ta'addi* dan *taqṣīr*, yang memberi hak kepada *rab al-māl* atau *mushārik* (yang lain). Sebagai kesannya, pihak *rab al-māl* atau *mushārik* mempunyai hak untuk menamatkan kontrak dan menjadikan pihak *muḍārib* atau *mushārik* yang menguruskan perkongsian tersebut bertanggungjawab ke atas kepada *rab al-māl* atau *mushārik* (*ḍamān*). Pada pandangan saya, dengan adanya klausa berkenaan dengan *positive* dan *negative covenants* ini, pihak yang berkontrak di dalam dan *muḍārah* dapat menjaga kepentingan kontrak masing-masing di dalam kontrak tersebut. Dengan cara ini, kita dapat menjaga kepentingan pihak yang berkontrak dengan memastikan klausa-klausa yang terdapat di dalam *positive* and *negative covenants* tersebut adalah bersesuaian dengan sifat kontrak *mushārah* dan *muḍārah* yang dimeterai dan bisnes yang mereka terokai. Tanpa perlu dinyatakan di sini, klausa-klausa tersebut mestilah selari dengan syarak dan ini adalah tanggungjawab penasihat Syariah untuk memastikan perkara tersebut.

³³ *Isdār al-Ṣukuk*, Dr. Hussein Hamid Hassan, hh. 66-67.

Berkata Sheikh Hussien Hammad:³³

”ولكن الشريعة الإسلامية لم تكتف بذلك، بل أجازت لرب المال أن يضع قيوداً، وأن يفرض واجبات على المضارب في عمله، وأن يمنعه من أنشطة معينة، وأن يضمن عقد المضاربة أو نشرة إصدار صكوكها توجيهات ملزمة للمضارب، كل ذلك بشرط واحد هو ألا تصل هذه القيود و تلك الشروط و التوجيهات إلى الحد الذي يضيق على المضارب و يكبله في اختيار القرار الاستثماري المناسب، ويمنع الاستفادة منه كخبير استثمار“.

Pada hakikatnya, *positive* dan *negative covenants* adalah antara syarat (*quyud*) yang dinyatakan oleh *rab al-māl* agar dipenuhi oleh *muḍārib*. Berkaitan dengan *ta'addi* dan *taqṣīr* ini ialah klausa berkenaan dengan *dirasat jadwa* (*feasibility study*). Di dalam sesetengah *mushārah* dan *muḍārah*, pihak yang memerlukan modal (sama ada *muḍārib* atau *mushārik*) akan menyediakan *feasibility studies* untuk menunjukkan bahawa projek yang ingin dilaksanakan

(atau dikembangkan) adalah berdaya maju (*viable*). Dalam kebanyakan keadaan, turut dinyatakan juga kadar keuntungan yang dianggarkan (*expected return*) daripada *muḍārabah* atau *mushārah* tersebut. Bahkan di dalam sebahagian dokumen *mushārah* atau *muḍārabah*, pihak yang memerlukan modal (atau lebih modal) memberikan representative dan klausanya dimasukkan di dalam dokumen bahawa pihak *muḍārib* (atau *mushārik* yang bekerja) telah melakukan *feasibility studies* yang mencukupi untuk memastikan projek tersebut adalah berdaya maju dan keuntungan yang dijangkakan (*expected profit*) akan dapat dicapai (*achievable*).

Sebahagian ulama masakini, antaranya Dr. Hussien Hamid Hassan dan Dr. ‘Abdul Hamid al-Ba’li berpandangan bahawa jika sekiranya *muḍārib* telah melakukan *feasibility studies* dan telah membentangkan kepada para pelabur natijah tertentu dan natijah tersebut menjadi asas para pelabur untuk melabur di dalam bisnes tersebut, kemudiannya hasil daripada bisnes tersebut tidak bertepatan dengan apa yang dinyatakan di dalam *feasibility studies*, maka itu menjadi antara sebab untuk menjadikan *muḍārib* bertanggungjawab ke atas kegagalannya. Ini adalah termasuk di dalam kategori *taqṣīr* yang menjadi asas kepada *ḍamān muḍārib*. Persoalan yang mungkin boleh ditimbulkan di sini ialah, adakah kegagalan untuk mencapai apa yang dinyatakan di dalam *feasibility study* membawa kepada *taqṣīr*. Sekadar pembacaan terhad penulis, *taqṣīr* yang dinyatakan oleh para fuqahak ialah *taqṣīr* di dalam mengendalikan *muḍārabah* tersebut, bukannya di dalam menyediakan *feasibility studies*.

Hujah yang diberikan di dalam menyokong cadangan ini ialah *al-Taghrīr bi al-qawl* adalah sama seperti *al-taghrīr bi al-fi’l* yang membawa kepada *ḍamān*. Umpamanya, sesiapa yang mengorek lubang di jalanan, kemudian beliau menutupnya dengan daun dan sebagainya, lalu ada orang yang jatuh ke dalam lubang tersebut, maka beliau mestilah bertanggungjawab (*ḍāmin*) terhadap sebarang kerosakan (jiwa atau barangan) yang berlaku. Begitu juga, sesiapa yang membuat *feasibility studies* kepada institusi kewangan yang menunjukkan wujudnya keuntungan yang dijangkakan (*arbāh mutawaqqi’ah*), kemudian terbukti keuntungan tersebut tidak dapat dicapai, maka beliau sepatutnya bertanggungjawab (*ḍāmin*) ke atas kerugian dan keuntungan. Ini adalah kerana modal yang diserahkan kepadanya adalah kerana para pelabur melihat dan mempercayai *feasibility studies* tersebut. Secara ringkasnya, menurut pandangan ini, secara prinsip asal (*al-aṣl*), seorang *muḍārib* bertanggungjawab untuk *ḍamān* apabila berlakunya kegagalan untuk mencapai keuntungan sepertimana yang dinyatakan di dalam *feasibility studies*. Adalah menjadi tanggungjawabnya (*burden of proof*) untuk membuktikan bahawa kegagalannya untuk mencapai target di dalam *feasibility studies* adalah kerana sebab-sebab yang di luar kawalannya.³⁴ Dalam hal ini, tanggungjawab pembuktian telah dipindahkan kepada *muḍārib* dan tidak lagi kepada *rab al-māl*.³⁵

Persoalannya, sejauh manakah *muḍārib* dan *mushārik* boleh menjadi *ḍāmin* di atas kegagalannya untuk mencapai target yang diletakkan di dalam *feasibility study*.

³⁴ *Dirasah Hawla Ma’wadh’ ba’d Jawanib al-Sukuk al-Mu’asirah*, Dr. Hussien Hamid Hassan, www.husseinhamid.com/pagedetails.aspx?id=112

³⁵ Lihat perbincangan lebih mendalam berkenaan dengan perkara ini di dalam: *al-Turūq al-Muqararah fi al-Tahawwut Din Mokhatir ‘Uqud al-Istithmar (al-muḍārabah wa al-mushārah wa al-Wakālah*, Dr. Hussein Hassan) www.hussein-hamid.com/pagedetails.aspx?id=110

³⁶ En.wikipedia.org/wiki/Feasibility_study

Wikipedia menyatakan bahawa feasibility study ialah:³⁶

“Feasibility studies aim to objectively and rationally uncover the strengths and weaknesses of the existing business or proposed venture, opportunities and threats as presented by the environment, the resources required to carry through, and ultimately the prospects for success. In its simplest term, the two criteria to judge feasibility study should provide a historical background of the business or project, description of the product or service, accounting statements, details of the operations and management, marketing research and policies, financial data, legal requirements and tax obligations. Generally, feasibility studies precede technical development and project implementation.”

³⁷ Ibid

Terdapat 5 faktor utama berkenaan dengan *feasibility studies*, dirangkumkan dalam TELOS:³⁷

1. *Technology and system feasibility*
2. *Economic feasibility*
3. *Legal feasibility*
4. *Operational feasibility*
5. *Schedule feasibility*

Secara umumnya, *feasibility study* mampu untuk memberikan kemungkinan yang kuat ke atas bisnes yang diterokai jika ia memenuhi beberapa ciri utama:

1. 1. Ianya dilakukan dengan menggunakan data yang tepat dan terkini
2. 2. Tidak berlaku perkara yang diluar jangkaan,
3. 3. Atau berlaku perkara yang di dalam jangkaan, tetapi berlaku di dalam scale yang terlalu besar.

Secara umumnya *feasibility studies* memberikan keyakinan kepada pelabur bahawa projek yang akan dilakukan adalah mampu untuk mencapai target yang telah diletakkan. Namun begitu, unsur-unsur di luar kawalan *muḍārib* ketika melakukan *feasibility studies* tetap wujud. Ini adalah kerana *feasibility studies* pada hakikatnya adalah jangkaan pada apa yang akan berlaku pada masa hadapan. Terdapat perbezaan diantara *al-taghrir* dengan *feasibility studies*, kerana yang pertama ialah penipuan kepada perkara yang berlaku sekarang, sedangkan yang kedua hanyalah jangkaan kepada apa yang akan berlaku. Bagaimana kita hendak menyatakan bahawa terdapat penipuan kepada jangkaan pada perkara yang akan datang? Inilah perbezaan yang menyebabkan penulis masih berpandangan bahawa menyamakan antara *al-taghrir* dan jangkaan di dalam feasibility studies adalah kurang tepat.

Pada pandangan penulis, kegagalan untuk mencapai target yang dinyatakan di dalam feasibility studies tidaklah boleh secara langsung untuk menjadikan asas *muḍārib* atau *mushārik* sebagai *dhamin*. Ini adalah kerana, walaupun *feasibility studies* dibuat dengan cara yang terbaik, unsur-unsur ketidakpastian dan jangkaan tetap wujud. Hanya Allah SWT yang mengetahui segalanya. Namun begitu, kita boleh menjadikan pihak *muḍārib* atau *mushārik*

bertanggungjawab jika sekiranya terdapat bukti-bukti *taqsīr* (yang membawa kepada penipuan) di dalam penyediaan dan pelaksanaan *feasibility studies*.

Umpamanya:

- (a) Data-data yang digunakan untuk membuat konklusi *feasibility studies* (dinamakan *report on feasibility studies*) adalah tidak benar.
- (b) *Feasibility studies* telah menyatakan prosedur dan langkah-langkah yang akan diambil oleh *muḍārib* dan *mushārik* untuk memastikan kejayaan bisnes tersebut. Namun dari segi praktisnya, segala prosedur dan langkah-langkah tersebut tidak dipatuhi.

Yang menjadi persoalannya di sini, siapakah dikenakan beban pembuktian tersebut. Dr. Hussein Hamed Hassan berpandangan beban pembuktian adalah dikenakan ke atas *muḍārib* atau *mushārik*. Mereka yang bertanggungjawab untuk membuktikan bahawa mereka telah melakukan yang sepatutnya demi mencapai sasaran yang dinyatakan di dalam *feasibility studies*. Kegagalan mereka akan menyebabkan mereka wajib *ḍamān*.³⁸

Namun begitu, terdapat satu persoalan yang ditimbulkan dalam *muḍārabah* dan *mushārah* pada masa kini, iaitu, situasi *ḍaman* ini, adakah hanya tertakluk kepada modal atau boleh merangkumi keuntungan juga. Begitu juga, apabila kita membenarkan merangkumi keuntungan, adakah ia berdasarkan kepada keuntungan yang dijangkakan (*expected return, arbāh mutawaqqa'ah*) atau keuntungan sebenar (*arbāh mutaḥaqqiqah*). Terdapat beberapa pandangan dalam hal ini:³⁹

1. Ke atas modal sahaja. Berdasarkan pandangan ini, *muḍārib* adalah bertanggungjawab untuk *ḍamān* ke atas jumlah modal yang telah diberikan oleh *rab al-mal*.
2. Ke atas keuntungan yang didapati oleh syarikat lain yang juga mempunyai bisnes yang sama. Contohnya: Suatu *venture* secara *mushārah* dibentuk dan *promoter* (yang juga menjadi rakan kongsi di dalam *mushārah* tersebut) telah menjemput pra pelabur untuk turut serta di dalam perkongsian tersebut sebagai "*sleeping partners*". Beliau telah menyediakan *feasibility studies* yang menyatakan bahawa bisnes tersebut dijangkakan dapat membawa suatu kadar keuntungan (umpamanya 6%). Di akhir tahun (atau akhir *venture* tersebut- bergantung bagaimana mereka berjanji tentang pembahagian keuntungan), *venture* tersebut telah mengalami kerugian. Dalam masa yang sama, terdapat syarikat lain yang juga berada di dalam bisnes yang sama dan mereka telah berjaya meraih 3% keuntungan. Dalam keadaan ini, *mushārik* adalah bertanggungjawab *ḍamān* ke atas modal dan keuntungan yang telah direalisasikan oleh syarikat tersebut (3%).
3. Ke atas keuntungan yang dijangkakan (*arbāh mutawaqqa'ah*). Sebagai contohnya, apabila *feasibility studies* menjangkakan suatu nilai keuntungan dan *muḍārib* (atau *mushārik*) gagal mendapatkan keuntungan tersebut disebabkan perkara-perkara yang menjadi kesalahannya, maka beliau adalah bertanggungjawab untuk tetap *ḍamān* modal dan nilai keuntungan tersebut.⁴⁰

³⁸ *al-Turuq al-Muqararah li al-Tahawwut*, Dr. Makhfir 'Uqd al-Ishtihar, Dr. Hussein Hassan

³⁹ *Dirasat Hawla Mawdu' Ba'd Jawanib*, Dr. Hussein, *al-Turuq al-Muqararah li al-Tahawwut*, Dr. Hussein, *Isdar al-Sukuk bimwa'at al-Maqasid*, Buhuth Nadwah al-Barakah, kali ke 32, 2011, h. 67, Dr. Abdul al-Sattar Abu Ghuddah, *al-Tamwil bi al-Mushārah*, al-Ahlyat al-'Aqaliyyah li Tarwiha, Buhuth Fi al-Mu'amalat wa al-Asalib al-Masrafiyyah al-Islamiyyah, Juz 12, 1432H -2011 M, h. 18-20

⁴⁰ *Isdar al-Sukuk*, Dr. Hussein, h.71

Sheikh Dr. Hussein Hamid Hassan berkata di dalam kes kegagalan *muḍārib* mendapat keuntungan sepertimana yang dinyatakan di dalam *feasibility studies*:⁴¹

⁴¹ Ibid

”ولا شك أن دراسة الجدوي المقدمة من المضارب، والدراسة التي بنيت عليها هذه الدراسة و التي تتضمن الربح المتوقع من المشروع، تعد قرينة علي كذب دعوي الخسارة المجردة عن الدليل تضع المضارب في مركز المدعي، و هنا يحكم عليه بضمان تاريخ المعلن في دراسة الجدوي حتي يقدم هو الدليل علي الخسارة التي يدعيها، ويثبت أن ما ورد في الدراسة لم يتحقق لسبب لا يد له فيه، و لظروف طارئة لم يكن من الممكن توقعها أو قياس نتائجها. وقد مثل المالكية للقرينة بقولهم: (لأن سأل رب المال تجار بلد تلك السلع هل خسرت في زمان كذا أولا، فأجابوا بعدم الخسارة“

4. Penyerahan apa yang ada sebelum berlakunya *ta'addī*. Umapamanya, berlaku *muḍārabah* venture di dalam bisnes pembinaan rumah (*construction*). Berlaku *taqṣīr* daripada *muḍārib*, maka *muḍārib* adalah bertanggungjawab untuk memberikan kesemua aset *muḍārabah* venture tersebut kepada *rab al-māl* (bahkan juga kiraan (*estimation*) tentang harga sebenar aset yang ada sebelum berlakunya *ta'addī* atau *taqṣīr*), walaupun pada hakikatnya berkemungkinan aset-aset tersebut telah meningkat nilainya melebihi modal asal yang diberikan.

⁴² *Isḍar al-Sukuk bi Mura'at al-Maqasid wa ma'alati al-'Ajl wa Milkiyyatiha wa dhamanatiha*, Dr. Hussein Hamid Hassan. Babuh Nadwah al-Barakah, al-Thaniyya wa al-Thalathun li-l-Iqtisad al-Islami, 10-11 Ramadhan 1432h- 10-11 Ogos 2011. a;-Tab'at al-Ula, 1432h – 2011 m. h. 67

Sheikh Dr. Hussein Hamid Hassan berkata:⁴²

” لا ينبغي أن يقع الخلاف بين الفقهاء في أن المضارب وفقا لقواعد الضمان العامة يضمن ما يهلك أو يتلف بتعديه أو تفریطه من موجودات المضاربة بمثله إن كان له مثل وبقيمته إن كان قيميا، سواء كان التالف أو المالك هو العين أو المنفعة، سواء قلت قيمة هذه الموجودات أو زادت عن رأس المال المضاربة، لأن راسم المال قد تحول إلي هذه الموجودات و أصبحت مملوكة لأرباب المال أو حملة الصكوك، وحق لمضارب فيها محدود بحصته في الربح بعد ظهوره فيكون ضمانها بالمثل أو بالقيمة بالغة ما بلغت حسب قواعد الضمان“

Beliau kemudiannya menguatkan lagi pandangannya:⁴³

⁴³ Ibid, hh. 67-68

وفي رأينا أن المضارب يضمن قيمة الموجودات السوقية وإن تضمنت ربحاً محققاً أو زيادة ... “ رأسمالية، إذا خرج علي حكم من أحكام عقد المضاربة، التي فصلته الشريعة، بأن أتي تصرفاً أو أبرم عقداً أو اتفاقاً لا يجيزه الشرع، أو وقع منه تعد، بأن صدر عنه فعل ترتب عليه هلاك موجودات المضاربة، أو تلفها أو نتجت عنه خسارة أو ضاع بسببه ربح متحقق، أو سلك في إدارته للمشروع سلوكاً يتسم بالتقصير ويوصف بالخطأ لا يتوقع من خبراء الاستثمار أمثاله، نتيجة إهمال وعدم اكتراث، و لو لم يقصد أو يتوقع ترتب الضرر عليه مثل بيعه موجودات المضاربة بأقل من ثمن المثل أو شرائها بأكثر من ثمن المثل أو إقراضه مال المضاربة أو تصدقه به، أو كما إذا دفعه ديناً ولم يشهد فطالبه به رب الدين مرة أخرى، أو خالف في إدارته للمشروع شرطاً أو قيداً أو توجيهها تضمنه عقد المضاربة، أو تضمنته دراسة الجدوى أو نشرة إصدار صكوكها“

Dapat difahami daripada nukilan di atas, Sheikh Hussein Hamid Hassan berpandangan bahawa apabila berlakunya *ta'addi* atau *taqṣīr*, maka *muḍārib* bertanggungjawab untuk memberikan segala harta *muḍārabah* kepada *rab al-māl*, termasuklah harta yang telah berlakunya *ta'addi* atau *taqṣīr*. Ini adalah kerana harta *muḍārabah* pada hakikatnya adalah “hasil” daripada modal yang dilaburkan oleh *rab al-māl*, maka apabila telah berlaku *ta'addi* atau *taqṣīr* ke atas *muḍārabah*, maka harta tersebut mestilah dikembalikan kepada *rab al-māl*, sama seperti situasi *ghasib*. Berkemungkinan bahawa harta yang tinggal tersebut (termasuklah harta yang telah musnah kerana berlakunya *ta'addi* atau *taqṣīr* tersebut) lebih banyak daripada modal asal yang diberikan oleh *rab al-māl*.

Di samping itu, walaupun pada awalan kontraknya, *muḍārib* adalah *amīn*, namun apabila dia telah melakukan *ta'addi* dan *taqṣīr*, beliau telah menjadi *ḍāmin* kepada modal (yang telah bertukar menjadi aset di dalam *muḍārabah* tersebut). Dalam hal ini, beliau pada hakikatnya telah menjadi *ghasib*. Apabila beliau menjadi *ghasib*, maka beliau mestilah menjadi *ḍāmin* kepada barang yang dirampas, termasuklah manfaat barang yang dirampas tersebut. Di dalam hal ini, keuntungan yang direalisasi pada hakikatnya ialah manfaat kepada modal, lantaran itu, beliau semestinya membayar modal dan juga keuntungan tersebut.⁴⁴

⁴⁴ *Isdar al-Sukuk*, Dr. Hussein Hamid Hassan, h. 69.

Pandangan ini juga bersandarkan kepada pandangan mazhab Maliki bahawa apabila *muḍārib* melakukan *ta'addi* ke atas aset *muḍārabah*, maka dia hendaklah menjadi *ḍāmin* ke atas aset *muḍārabah* (sama ada secara *qimi* atau *mithli*)

⁴⁵ Ibid, h. 68

Begitu juga, jika sekiranya kita hanya membenarkan *ḍamān* ke atas modal sahaja, ini akan membuka ruang yang amat besar kepada *muḍārib* untuk *ta'addī* apabila ia melihat keuntungan yang besar ke atas *muḍārabah* tersebut, lebih daripada bahagian keuntungan yang akan didapatinya.⁴⁵

PENGUSAHA DAN RAKAN KONGSI (PEMULA) SUKARELA MEMBERIKAN JAMINAN MODAL

Jika persoalan sebelumnya menyentuh situasi di mana *ḍamān* adalah di syaratkan ke atas *muḍārib*, bagaimana pula jika sekiranya *muḍārib* (atau *mushārik*) bersetuju untuk memberikan *ḍamān* secara sukarela, tanpa ada sebarang pensyaratan di dalam kontrak *muḍārabah* dan *mushārahah*.

Situasi ini mungkin berlaku disebabkan pihak pengusaha atau rakan kongsi yang memulakan bisnes sangat ingin mendapatkan modal atau mengajak pelabur untuk turut serta sebagai rakan kongsi, disebabkan atas keyakinan perniagaan yang sedang dilakukannya lalu antara cara termudah untuk memberikan ketenangan serta menarik kesanggupan pemodal bagi menyuntik modal, pihak ini adakalanya memberikan jaminan keselamatan modal dari sebarang kerugian.

Tidak terdapat sebarang nas secara jelas daripada fuqaha klasik yang mengharamkan secara langsung pemberian *ḍamān* secara sukarela daripada *muḍārib* atau *mushārik*. Tidak dinafikan, pemberian *ḍamān* sebegini sudah tentulah akan menambahkan lagi keyakinan *rab al-māl* terhadap projek yang akan dilakukan. Perlu diingatkan, terdapat perbezaan yang agak ketara antara situasi *ḍamān* secara sukarela dan pensyaratan *ḍamān* ke atas *muḍārib*. Di dalam kes pensyarat *ḍamān*, terdapat unsur-unsur paksaan dan ketidakadilan yang mungkin berlaku. Namun, di dalam kes *ḍamān* secara sukarela, tidak terdapat sebarang unsur kezaliman.

Nukilan klasik terdapat secara jelas di dalam mazhab Maliki dan pandangan yang dikemukakan oleh al-Shawkānī.

Di dalam mazhab Maliki, terdapat beberapa nukilan berkenaan dengan perkara ini. Antaranya:

1. Di dalam Mawahib al-Jalil⁴⁶

وفي أول كتاب القراض من حاشية المشدّ إلى المتيطي : لو تطوّع العامل بضمان المال ففي صحّة القراض خلاف بين الشيوخ فذهب ابن عتّاب إلى أنّه صحيح، وحكى إجازته عن شيخه مطرّف ابن بشير⁴⁷، وقال غيرهما: لا يجوز ومال إليه ابن سهل، وفي العتبية ما يدلّ على القولين انظر الوصايا من ابن سهل انتهى كلام المشدّ إلى

⁴⁶ Mawahib al-Jalil, juz. Al-Hattab, 7, h. 447

⁴⁷ Pada hakikatnya beliau adalah Abu Mu'rif, Abdullah bin Ahmad bin Sa'id bin Muhammad bin Bashir, sepertimana yang dikatakan oleh al-Wansyarisi.

2. Al-Wanshirisi menyatakan:⁴⁸

أن القاضي أبا المطرف بن بشير أملي عقدا، أن وصيا على مال سفيه دفع ذلك المال قرضا إلى رجل على جزء معلوم، وأملي فيه أن العامل طاع بالتزام ضمان المال وغرمه، وقد اعترض عليه و أنكر، لكن القاضي لم يحفل بذلك، و احتج بمذهبه و نص ره بحجج بسطها، ومسائل استشهد بها ، وبهذا قال تلميذه أبو عبد الله بن عتاب ، وقال : ” : أراه صوابا .

⁴⁸ *al-Mi'yar al-Mu'rib*, Al-Wansharisi. juz, 8, h. 216

3. Al-Bannani juga menyatakan:⁴⁹

لو تطوع العامل بالضمان فذهب ابن عتاب و شيخه أبو المطرف إلى “ أنه صحيح وذهب غيرهما إلى المنع، ومال إليه ابن سهل

⁴⁹ Al-Fath al-Rabbani, dicetak bersama dengan *Sharh al-Zarqani*, vol 6, p. 389.

Jelas daripada nukilan-nukilan ini, isu dan pandangan yang dikemukakan adalah sama oleh mazhab Maliki, iaitu, kepada sebahagian ulama mazhab Maliki, adalah dibenarkan pemberian *ḍamān* secara sukarela oleh *muḍārib*. Pandangan ini tidak pula memberikan sebarang hujah di atas kebenaran ini. Namun begitu, kita boleh melakukan *takhtij* di atas pandangan ini, bahawa ianya dibenarkan kerana dilakukan secara redha, tidak bertentangan dengan *muqtaḍa al-‘aqd* dan tiada sebarang kezaliman yang berlaku. Al-Shawkānī juga memberikan pandangan yang sama dalam hal ini.

Beliau menyatakan:⁵⁰

”إذا ضمنوا،⁵¹ ضمنوا لأنهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم، والتراضي هو
المناط في تحليل أموال العباد»

⁵⁰ *Sail al-Jarar al-Mutadaffiq ‘Ala Hada’iq al-Azhar*, Al-Shawkani, juz. 3, h.217

⁵¹ Mengikut siyaq al-kalan Shawkani, mereka ialah *mudharib wadi*, *Wasiy*, *walik* dan *multaqit*

Al-Shawkānī di dalam penghujahannya menggunakan dalil umum syarak (*reda*) sebagai asas untuk membenarkannya.

Namun begitu, ketiga-tiga nukilan ini tidak pula menyatakan sama ada *ḍamān* secara sukarela ini diberikan semasa akad atau selepas akad.

Namun begitu, di dalam al-Bahjah, dinyatakan secara jelas bahawa pemberian *ḍamān* ini adalah berlaku selepas akad, bukannya semasa akad.⁵²

⁵² *Sharh al-Tuhfah, al-Bahjah*, juz2, h. 238.

(و يمنع التضمنين) أي : لا يجوز أن يشترط في العقد على العامل ضمان رأس المال إذا تلف أو خسر ، أو أنه غير مصدق إن ادعى ضياعه أو تلفه ، فإن وقع فالشرط باطل . وقوله مقبول في التلف والخسر . ابن القاسم : ويكون فيه على قراض المثل ، ومثل الشرط ما إذا طاع العامل

بالضمان قبل أن يشرع لأن العقد غير لازم فهو كاشتراطه في العقد ،
فإن طاع بعد الشروع في العمل ففي لزوم غرمه وعدمه قولان لابن عتاب
وغیره

⁵³ *Tahrir al-Kalam fi Masail al-Itizam*, IbnRushd, h. 241

⁵⁴ *Fatāwa Al-Muḍarabah*, Dr. Ahmad Muhyiddin Ahmad (penyusun), Dallah Al-Barakah, Jeddah, 1996, hlm 76 ; *Qawābiḥ al-Sharīyyah fi al-tawarīq wa tadawul li ashum wal khisas wa al-sukūk*, Dr. Abd Ghaffar As-Syarif, rujuk <http://www.draalsharif.net/Print.aspx?SectionID=5&RefID=377>

⁵⁵ *Sanadat al-Muḍarabah wa Sanadat al-Tammiyyah wa al-Isṭihmar*, Sheikh Muhammad Mukhtar al-Sullami, Majallah Majma al-Fiqh al-Islami, bilangan 4, juz. 3, Tahun 1988, , h. 1894.

⁵⁶ Ibid

⁵⁸ *At-Tahawwujat al-hadilal 'an al-damān fi al-Mushārakah wa al-Sukūk al-Isṭihmāriyah*, Dr. Md Ali Al-Ghari, Hawliyah al-barakah, 2008, hlm 319

Perkara yang sama turut dinaqalkan oleh Ibn Rushd⁵³ dan al-Wansharisi⁵⁴, walaupun al- Wansharisi juga meriwayatkan pandangan Shaikh Abu Mutrif yang membenarkan pemberian *damān* secara sukarela ini, walaupun ketika berakad *muḍarabah*. Namun begitu, majoriti resolusi dari persidangan Fiqh dan pelbagai Majlis Syariah Institusi Kewangan Islam berpandangan bahawa jaminan sukarela oleh pihak '*amil* atau *sharik* tetap tidak dibenarkan kecuali dalam satu keadaan sahaja, iaitu apabila kerugian telah berlaku dan pada waktu, barulah pihak rakan kongsi jika dalam kontrak *mushārakah* dan pihak pengusaha dalam kontrak *muḍarabah*, bersetuju untuk membayar semula semua atau sebahagian kerugian di atas dasar *tabarru'*.⁵⁵ Pun begitu, ia sama sekali tidak boleh disebutkan, dipersetujui atau diisytarkan *di awal pemeteraian kontrak*.

Begitu juga pandangan Sheikh Mukhtar al-Sullami menyatakan:⁵⁶

”... فلا يجوز اشتراط الضمان علي المضارب في العقد سواء كان هذا
الشرط من رب المال أم كان الاشتراط من المضارب علي نفسه متبرعا
لأن ذلك ينافي مقتضي العقد“

Pandangan beliau ini umum dan tidak membezakan antara *tabarru'* yang diberikan semasa (atau sebelum) kontrak dimeteri atau selepas kontrak termeteri.⁵⁷

Sepertimana yang dinyatakan sebelumnya, tiada suatu hujah yang jelas untuk mengharamkan pemberian *damān* secara sukarela oleh *muḍarib*. Bahkan secara qiyasnya adalah dibenarkan, dikiaskan dengan kesanggupan wadi' untuk member *damān* kepada harta *wadi'ah*. Asas redha di dalam 'aqad juga menguatkan kebenaran ini. Inilah yang dijadikan hujah oleh al- Shawkānī. Walaupun terdapat pandangan yang tidak membenarkan, hujah yang diberikan ialah kerana ditakuti pemberian *damān* secara sukarela tersebut adalah pada hakikatnya tidak secara sukarela, bahkan terdapat unsur-unsur terpaksa, demi untuk mendapatkan modal. Dan ini mungkin membawa kepada pelanggaran *muqtada al-'aqd* sepertimana yang dinyatakan oleh Sheikh al-Sullami.

Pun begitu, Dr. Muhammad 'Ali El-Ghari mengkritik bahawa hal yang sebegini adalah hampir tidak logik dan sukar digambarkan wujudnya di dalam dunia korporat hari ini. Hasilnya beliau mencadangkan agar jaminan sukarela selepas pemeteraian akad ini diterima berdasarkan pandangan yang lebih ringan dari ulama Maliki walaupun terdapat khilaf di kalangan mereka. Namun jika keharusan diberikan, terdapat beberapa syarat yang mesti ditepati iaitu:-⁵⁸

(a) *Tabarru'* itu mestilah benar-benar berlaku (*tabarru'an haqqan*).

- (b) Tiada paksaan atau tuntutan ke atas penjamin kerana ia menyamai *hibah* yang belum sah kecuali dengan *qabd*. Justeru, jika kemudiannya penjamin menarik diri, pihak pelaburan tidak boleh menuntutnya.
- (c) Tiada terlerainya kontrak pelaburan dengan terlerainya jaminan ini. Jaminan bentuk ini juga berkemungkinan boleh dilakukan di antara anak syarikat dan induknya. Sebagai contoh, syarikat induk memberi pinjaman kepada anak syarikat yang menguruskan pelaburan di waktu kerugian dengan mengenakan syarat *interest* ke atas pinjaman yang diberikan, namun adakah ini diharuskan?

Sebahagian cendekiawan seperti Dr. Rafiq al-Masri, Dr. Zaki Badawi berpandangan ianya diharuskan selagi mana seluruh sumber kewangan dan penghasilan akan kembali kepada kumpulan yang sama.⁵⁹

Terdapat kemungkinan keharusan tersebut diambil dari hadis:

أنت وما لك لأبيك

Ertinya: “Engkau dan hartamu adalah milik bapamu” (Riwayat Ibn Majah, Ahmad dan Abu Daud)

Boleh difahami dari hadis di atas adalah semua aset dan tanggungan kewangan anak syarikat adalah juga milik dan tanggungan syarikat induk, atas dasar tersebut tiada di antara mereka riba menurut pandangan sebahagian cendekiawan selain Hanafi.⁶⁰ Manakala mazhab lain tidak menyebut secara jelas pendirian mereka, demikian menurut pengkaji seperti Dr. Rafiq.⁶¹ Jika keadaan itu sukar, majoriti cendekiawan kontemporari mencadangkan alternatif jaminan diberikan oleh pihak ketiga.

Pandangan terpilih

Penulis berpandangan hujah asal kebenaran adalah lebih kuat untuk diberi penilaian. Namun begitu pengamalannya pada masakini memerlukan penilaian yang teliti untuk mengelakkan daripada berlakunya *hilah* untuk *damān* kepada kontrak *muḍārabah* atau *mushārah*. Pihak bank mungkin akan menggunakan cara ini secara tidak langsung untuk meyakinkan para pendepositor untuk mendepositkan wang mereka ke bank. Dalam modal teroka pula, berkemungkinan *promoter* atau *sponsor* menghadapi situasi modal yang mendesak, lalu mereka terdesak untuk memberikan *damān* secara sukarela. Inilah yang mungkin telah menjadikan realiti yang berlaku berbeza dengan hukum yang sepatutnya. Oleh kerana itu, penulis berpandangan *damān* secara sukarela ini mestilah memenuhi dua syarat utama:

1. Ianya berlaku selepas kontrak *muḍārabah* dan *mushārah* terlaksana dan tidak seharusnya berlaku sebarang janji (atau seumpamanya), sama ada secara langsung atau tidak, yang boleh memberikan perasaan kepada *rab al-māl* bahawa *muḍārib* akan memberikan jaminan modal kemudiannya.

⁵⁹ *Al-Jamī‘ Fī Uṣūl Al-Ribā*, Dr. Rafiq Al-Masri, Dar Al-Qalam, Dimashq, 2001, hlm 199

⁶⁰ *Al-Mabsūṭ*, Al-Sarakhsi, 14/60

⁶¹ *Al-Jamī‘ Fī Uṣūl Al-Ribā*, hlm 199

2. Pemberian *ḍamān* secara sukarela ini mestilah dibuat di luar daripada kontrak *muḍārabah* dan *mushārah* yang dimeterai.

SUASANA DI MANA MUḌĀRIB YUḌĀRIB

Terdapat kekeliruan berkenaan dengan situasi ini. Kekeliruan ini timbul hasil daripada salah faham berkenaan dengan tulisan Ibn Rushd. Dr. Sami Hamud⁶² sebagai contohnya, berpandangan *muḍārib mushtarak* adalah bertanggungjawab untuk menjamin modal apabila berlakunya kerugian atau kerosakan, jika sekiranya beliau telah menggunakan modal *muḍārabah* yang diserahkan kepadanya, dengan menyerahkannya kepada *muḍārib* yang kedua. Perkara ini dikenali sebagai *muḍārib yuḍārib*. Ibn Rushd telah dinuqilkan sebagai berkata:⁶³

”وَلَمْ يَخْتَلَفْ هَؤُلَاءِ الْمَشَاهِيرُ مِنْ فَقَهَاءِ الْأَمْصَارِ أَنَّهُ أَنْ دَفَعَ الْعَامِلُ رَأْسَ
مَالِ الْقَرَضِ إِلَى مُقَارِضٍ آخَرَ، أَنَّهُ ضَامِنٌ إِنْ كَانَ خَسِرَانًا“

Pada hakikatnya, Ibnu Rushd cuba menyatakan bahawa apabila seseorang *rab al-māl* menyerahkan modalnya kepada *muḍārib*, lalu *muḍārib* tersebut menyerahkan modal tersebut untuk bermuḍārabah dengan *muḍārib* yang kedua, tanpa izin *rab al-māl*, maka beliau pada masa tersebut telah melakukan *ta‘addi*. Oleh kerana itulah, beliau mesti menjadi ḍāmin kerana telah melakukan *ta‘addi*. Namun jika sekiranya penyerahan modal untuk *muḍārabah* kedua tersebut adalah dengan izin *rab al-māl* (dalam *muḍārabah* yang pertama), maka beliau tidak melakukan *ta‘addi* dan pemberian *ḍamān* adalah tidak dibenarkan.

IRTI telah menerbitkan sebuah buku untuk membetulkan pemahaman yang salah ini. Di dalam buku tersebut dinyatakan:⁶⁴

”وهذا الفهم لنص ابن رشد غير صحيح، لأن الذي لم يختلف علماء
الأمصار في تضمينه هو الذي يدفع مال المضاربة مضارب آخر من غير
إذن رب المال. أما المضارب الذي يدفع المال لمضارب آخر بإذن رب
المال فلم يختلف الفقهاء الذين أجازوا له العمل في عدم ضمانه.“

Dr. El-Gari telah meringkaskan pandangan yang sebenar. Beliau berkata:⁶⁵

”لا يضمن المضارب رأس مال الودیعة على أساس أنه مضارب دفع مال
المضاربة إلى رب مال آخر إلا إذا كان فعله ذلك بغير إذن أو رضا رب
المال، ولم يكن ثمة عرف في المسألة.“

⁶² *Tatwir al-‘amal al-Masrafiyyah* Bima Yamafiqi Wu al-Shari‘ah al-Islamiyyah, Sami Hamud, hh. 444-449.

⁶³ *Bidayat al-Mujtahid, Ibn Rushd al-Hafid*, juz 2, hh. 229-230

⁶⁴ *al-Mudharabah fi al-Fiqh al-Islami*, IRTI, h. 33

⁶⁵ *Dhaman al-Masraf al-Islami li al-Bada‘i al-Istiḥarariyyah*, Dr. Muhammad Ali El-Gari, h. 62

PENSYARATAN *ḌAMĀN* KE ATAS *MUḌĀRIB* DAN *MUSHĀRIK*

Walaupun pada dasarnya, *ḍamān* hanya dikenakan ke atas *muḍārib* dan *mushārik* apabila berlakunya *ta'addi* dan *taqṣīr*, adakah dibenarkan untuk disertakan syarat berkenaan dengan *ḍamān* oleh *muḍārib* dan *mushārik*. Perbincangan ini amat luas dan pada hakikatnya memerlukan penelitian yang mendalam. Namun begitu, penulis akan cuba membincangkannya secara yang ringkas, insyaAllah.

Setiap kontrak yang berbentuk '*uqud musammah*' adalah kontrak yang telah ditentukan *muqtaḍa aqadnya*. Sebagai contohnya, di dalam perkahwinan, apabila sempurnanya kontrak perkahwinan, maka implikasinya datangsekali bersama kontrak tersebut. Antaranya ialah, halalhnya persetubuhan, wajibnya ketaatan seorang isteri kepada suami, perlunya isteri mengikut suami untuk tinggal bersama, wajibnya nafkah, sabit nasab dan seumpamanya. Di dalam kontrak jual beli pula, barang yang dijual akan dipindah milikkan kepada pembeli. Begitu juga dengan hak dan tanggungjawab ke atas barangan tersebut. Dalam sewaan umpamanya, hak untuk memiliki manfaat barangan sewaan tersebut berpindah kepada penyewa. Namun tanggungjawab barangan tersebut kekal ke atas tuannya barang. Ini adalah secara umumnya. Dr. Nazih Hammad menyatakan bahawa inilah kandungan "*al-'aqd al-mutlaq*" sebelum berlakunya perubahan yang dibawa oleh syarat yang dimasukkan kemudiannya oleh pihak yang berkontrak.⁶⁶ Pada hakikatnya, ulasan beliau ini adalah berpandukan pandangan yang dikemukakan oleh Ibn Taymiyyah

⁶⁶ *Mada Siḥhat Tadmīn Yād al-Amānah bi al-Shart, Qadāyā Fiqhiyyah fi al-Ma' wa al-Iqtisād*, Dr. nazih Hammad. h. 402.

Ibn Taymiyyah berkata:⁶⁷

⁶⁷ *Majmu' al-Fatāwa*, juz 29, h. 155

«إن العقد له حالان: حال إطلاق وحال تقييد، ففرق بين العقد المطلق وبين المعنى المطلق من العقود، فإذا قيل: هذا شرط ينافي مقتضى العقد، فإن أريد به: ينافي العقد المطلق، فكذلك كل شرط زائد، وهذا لا يضره وإن أريد: ينافي مقتضى العقد المطلق والمقيد احتاج إلى دليل على ذلك وإنما يصح هذا إذا نافي مقصود العقد، فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صورته، وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود، فقد جمع بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء، ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق، بل هو مبطل للعقد عندنا، والشروط الفاسدة قد تنافي مقصود الشارع، مثل اشتراط الولاء لغير المعتق؛ فإن هذا لا ينافي مقتضى العقد ولا قد تبطل لكونه مقصوده، فإن مقصوده الملك، والعقد قد يكون مقصوداً للعقد، فإن اشتراء العبد لعتقه يقصد كثيراً. فثبتت الولاء لا ينافي مقصود العقد، وإنما ينافي كتاب الله وشرطه؛ كما بينه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: "كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق" فإذا كان

الشرط منافيا لمقصود العقد كان العقد لغوا. وإذا كان منافيا لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله. فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما، فلم يكن لغواً، ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله، فلا وجه لتحريمه، بل الواجب حله؛ لأنه عَمَلٌ مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه؛ فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه. ولم يثبت تحريمه، فيباح؛ لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج.“

Ibn Taymiyyah di dalam nuqilan ini cuba membezakan dua perkara di dalam menentukan konsep *muqtaḍa al-‘aqd*. Pada beliau, konsep *muqtaḍa al-‘aqd* ialah “*al-ma’na al-mutlaq*” daripada akad yang tidak dibolehkan untuk diubah. Sebagai contohnya, berlakunya jualbeli, tetapi tidak berlaku perpindahan barang dan harga atau berlakunya pernikahan tetapi tidak dibolehkan persetubuhan. Itu adalah “*al-ma’na al-mutlaq*” daripada akad. Sebarang pensyaratan untuk membatalkannya adalah tidak dibenarkan. Namun begitu kandungan al-‘*aqd al-mutlaq* adalah suatu perkara yang terbuka untuk sebarang syarat (*taqyid*). Pada hakikatnya, sebarang pensyaratan oleh pihak-pihak yang berkontrak adalah pada hakikatnya merupakan cubaan untuk menjaga kepentingan pihak-pihak yang berkontrak.

Walaupun majoriti ulama membenarkan kemasukan syarat di dalam kontrak, namun terdapat perbezaan yang amat luas antara mereka. Pada hakikatnya, perbincangan tentang perkara ini amatlah panjang.⁶⁸ Memadailah untuk kita menyatakan bahawa pandangan mazhab Ḥanbali secara umum dan Ibn Taymiyyah secara khusus adalah pandangan yang paling terbuka di dalam menerima kemasukan syarat di dalam akad.⁶⁹

Sebagai contohnya, di dalam kontrak jual beli, adalah *muqtaḍa al-‘aqd (al-ma’na al-mutlaq)* secara asasi untuk berlakunya pertukaran barang (kepada pembeli) dan harga (kepada penjual). Ini adalah *muqtaḍa al-‘aqd* secara asasi dan tidak boleh diubah. Jika berlaku sebarang perjanjian untuk menghalang daripada berlakunya efek ini, maka kontrak adalah batal. Namun begitu, di samping efek asasi ini, kontrak jual beli yang merupakan suatu *al-‘aqd al-mutlaq* juga menerima pensyaratan oleh pihak yang berjualbeli untuk membuat *taqyid* kepada beberapa aspek mutlak ini. Pandangan ini dapat dilihat di dalam mazhab Ḥanbali, tidak di dalam mazhab yang lain. Umpamanya:

- (a) Penjual boleh mensyaratkan bahawa jika pembeli berniat untuk menjual barangan tersebut, maka penjual mestilah mempunyai hak untuk membelinya (*first right of refusal*). Jika dipersetujui, maka pembeli tidak boleh menjual kepada orang lain.
- (b) Penjual boleh menjual barangan dan mensyaratkan bahawa ia akan tetap menggunakan barangan tersebut dalam jangka masa tertentu.
- (c) Penjual boleh menjual sesuatu hartanah kepada pembeli dengan syarat ianya mestilah diwaqafkan, menjual hamba dengan syarat untuk dimerdekakan⁷⁰

⁶⁸ Sila lihat: *al-Madkhal al-Fiq al-‘Am*, al-Zarqa’, vol. 1, p. 537-583, *Mabda’ al-riddha fi al-‘Uqud*, al-QurrahDaghi, vol 2, pp. 1140 – 1196, Syubayr, *al-Madkhal ila Fiqh al-Muamalat al-Maliyyah*, 251-266

⁶⁹ Untuk lebih lanjut, lihat: al-Dharir, *al-Gharar wa atharuhu fi al-Uqud fi al-Fiqh al-Islami*, pp. 30 dan seterusnya, Muhammad Yusuf Musa, *al-Amwal wa Nazariyyat al-‘Aqd fi al-Fiqh al-Islami*, pp. 376 – 399, Muhammad Uthman Syubayr, *al-Madkhal ila Fiqh al-Muamalat al-Maliyyah*, pp. 251-267

⁷⁰ Sila lihat perbincangan ini dengan lebih mendalam di dalam: Aznan Hasan: *Applikasi Tanazul Di Dalam Kewangan Islam*, h. 20.

Bertitik tolak daripada perbincangan ini, fuqaha berbeza pandangan di dalam membenarkan pensyaratan *ḍamān* ke atas *muḍārib* (dan *mushārik*) di dalam kontrak yang termeteri.

Pandangan yang pertama merupakan pandangan jumhur ulama silam mazhab Hanafi,⁷¹ Maliki,⁷² Shafi'i⁷³ dan Hanbali,⁷⁴ dan ia juga merupakan pandangan Majma' al-Fiqh al-Islami,⁷⁵ dan Piawaian Syariah AAOIFI. Secara umumnya, pandangan ini berhujah berdasarkan muqtada al-'aqd bahawa kontrak *muḍārabah* adalah kontrak amanah dan sebarang perkara yang merubah kondisi ini adalah tidak dibenarkan.

Begitu juga, kondisi *muḍārabah* ialah berlakunya perkongsian risiko untung dan rugi dan sebarang pensyaratan merubah perkara tersebut dari awal kontrak pada hakikatnya merubah sifat kontrak *muḍārabah* dan *mushārah*.

Namun begitu sebahagian ulama silam dan masakini berpandangan adalah dibenarkan untuk dibuat pensyaratan sebegini. Antaranya ialah al-Shawkani, Ibn Taymiyyah dan Sheikh Dr. Nazih Hammad dengan syarat pensyaratan tersebut tidak menjadi helah kepada *qard ribawi*.

Ibn Taymiyyah berkata:⁷⁶

”فأما اشتراط عود مثل رأس المال فهو مثل اشتراط عود الشجر والأرض . وفي اشتراط عود مثل البذر كلام ذكرته في غير هذا الموضع“

Beliau juga berkata berkenaan dengan pensyaratam jaminan pengembalian benih di dalam bab muzara'ah:⁷⁷

”وإذا شرط صاحب البذر يأخذ مثل بذره، ويقتسما الباقي جاز كالمضاربة“

Dr. Nazih berkata:⁷⁸

”فبناء على ما تقدم، فإنه يترجح في نظري جواز اشتراط الضمان على الأمناء، و أنه صحيح ملزم، إذا لم يؤد ذلك الشرط إلى تفرغ عقد الأمانة، و تعريضه عن حقيقته، ةاتخاذ ذريعة إلى التعامل بالربا. فإن ترتب عليه ذلك كان اشتراط الضمان على الأمين حراما باطلا، كسائر الحيل المذمومة التي تهدف إلى إبطال المقصود الشارع في أحكامه، إذ (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)، و المطلوب من الأوامر و النواهي حقلقتها و أرواحها و مقاصدها، لا مجرد صورها و أشباحها ورسومها“

⁷¹ *Bada'i' al-Sana'i*, Al-Kasāni, juz8, h.27

⁷² *Hashiyah al-Dasuqi 'ala al-sharh al-kabir*, Al-Dasuqi, juz5, h. 248

⁷³ *Mughni al-Muhtaj*, Al-Sharbini, juz 3, h. 370

⁷⁴ *al-Mubdi' Sharh al-Muqni'* Ibn Muṭṭih, juz. 4, h. 382

⁷⁵ Daurah ke13

⁷⁶ *Majmu' al-Fatawa*, Ibn Taymiyyah, juz30, h. 105

⁷⁷ Ikhtiyarat Ibn Taymiyyah

⁷⁸ *Mada Siḥhat Tadwin*, Dr. Nazih Hammad, h. 408.

Pandangan terpilih

Pada pandangan penulis, walaupun hujah-hujah yang dikemukakan oleh Dr. Nazih mempunyai wujud *dilalahnya* dan masih boleh dibincangkan, namun jika kita membenarkan pensyaran *ḍamān* ke atas *muḍārib* (atau *mushārik*), kemungkinan akan berlakunya perkara yang dirisaukan oleh Dr. Nazih adalah amat tinggi. Maka *muḍārabah* dan *mushārah* akan hilang sifat utamanya (perkongsian untung dan rugi) lantaran *ḍamān* yang diberikan oleh pihak *muḍārib* (atau *mushārik*).

PURCHASE UNDERTAKING (AL-WA'AD BI AL-BAY')

Di antara wasilah yang digunakan untuk *credit enhancement* ialah janji diberikan oleh *muḍārib* untuk membeli semula sukuk (aset yang mendasari sukuk) atau syer *rab al-māl* atau *mushārik*. Oleh kerana ini merupakan suatu praktis yang baru, sudah pasti kita tidak akan mendapat suatu perbincangan yang langsung daripada ulama zaman silam. Oleh kerana itu, perbincangan adalah lebih kepada hujah-hujah yang dikemukakan pada masa kini.

Terdapat dua pandangan yang berbeza di dalam hal ini. Pandangan majoriti ulama masakini adalah tidak membenarkan *purchase undertaking* jika sekiranya harganya ialah *par value* (harga *par*).⁷⁹ Pandangan ini juga merupakan pandangan Majma' al-Fiqh al-Islami⁸⁰ dan juga Piawaian Syariah AAOIFI.⁸¹

⁷⁹ Antaranya ialah: Sheikh al-Darir, Sheikh Abu Ghuddah, Dr. Ali Muhyiddin al-Qurrah Daghi, Seikh Taqi Uthmani.

⁸⁰ Qaraa no. 122 (5/13). Majallat al-Majma', bil. 13, juz. 3, h. 295

⁸¹ AAOIFI, h. 220

Piawaian Syariah AAOIFI menyatakan:

”يجوز إصدار أحد الشريكين وعدا ملزما يحق بموجبه لشريكه تملك حصته تدريجيا من خلال عقد بيع عند الشراء و بحسب القيمة السوقية في كل حين أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الشراء. ولا يجوز اشتراط البيع بالقيمة الاسمية.““ يجوز إصدار أحد الشريكين وعدا ملزما يحق بموجبه لشريكه تملك حصته تدريجيا من خلال عقد بيع عند الشراء و بحسب القيمة السوقية في كل حين أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الشراء. ولا يجوز اشتراط البيع بالقيمة الاسمية.“

Namun begitu, terdapat segolongan ulama yang membenarkan *purchase undertaking* walaupun di atas *par price*. Antaranya ialah Sheikh Hussein Hamid Hassan⁸² dan Dr. Abdul Salam al-'Ubbadi.⁸³

Perlu dingatkan bahawa ulama bersetuju bahawa *ḍamān* ke atas modal atau keuntungan adalah tidak dibenarkan di dalam *muḍārabah* dan *mushārah*. Namun begitu, para ulama berbeza di dalam menentukan sama ada pemberian *purchase undertaking* itu pada hakikatnya membawa kepada jaminan modal dan keuntungan atau tidak. Kumpulan yang kedua berpandangan pemberian *purchase undertaking* di atas harga *par* tidak membawa kepada *ḍamān* modal kerana:

⁸² *Dirasah Hawla Mawdu' bi'd Jawanib al-Sukūk al-Mu'āsirah*, Dr. Hussien Hamid Hassan, www.husseinhamid.com/pagedetails.aspx?id=112

⁸³ *Sanadat al-Muqaradah*, Majallat al-Majma', bil. 4, juz. 3, h. 1994

1. Syarat *ḍamān* modal berlaku di setiap masa, termasuklah ketika berlakunya situasi kerosakan kepada aset sukur, manakala *purchase undertaking* untuk membeli kembali aset sukur hanya akan berlaku apabila aset tersebut masih ada.⁸⁴
2. Begitu juga ketika berlakunya kerosakan sebahagian, dhamin mestilah menggantikan bahagian yang rosak tersebut, tetapi tidak di dalam *purchase undertaking*.⁸⁵
3. *Ḍamān* yang dianggap berlaku dengan pemberian *purchase undertaking* untuk membeli kembali dengan harga par akan hanya berlaku apabila pembelian tersebut berlaku pada harga par, dan perkara ini mestilah berlakudalam setiap keadaan (untuk kita menyatakan daman telah berlaku). Namun hakikatnya perkara ini adalah berbeza dengan sifat *purchase undertaking* kerana:⁸⁶
 - (a) Aset pendasar sukur berkemungkinan rosak (sama ada keseluruhan atau sebahagian). Disebabkan itu, jual beli tersebut tidak akan berlaku, walaupun pihak pemegang sukur meminta pemberi *purchase undertaking* untuk membeli kerana pembelian sesuatu yang *ma'dum* adalah tidak dibenarkan.
 - (b) *Purchase undertaking* itu hanya diberikan oleh satu pihak sahaja. Secara teorinya, jual beli tersebut tidak akan terlaksana jika sekiranya pihak yang menerima *purchase undertaking* tidak mahu melaksanakannya.
4. Pemberi *purchase undertaking* tidaklah *mulzim* untuk melaksanakan janjinya. Jika sekiranya dia enggan untuk melaksanakan janjinya untuk membeli (sepertimana yang terkandung di dalam *purchase undertaking*), pihak penerima *wa'ad* tidak berhak untuk memaksanya membeli aset tersebut. Apa yang boleh dilakukannya ialah menjual aset tersebut di pasaran dan meminta kerugian hasil jualan tersebut (jika ada) daripada pemberi *purchase undertaking*. Jika tiada sebarang kerugian, maka beliau tidak berhak untuk meminta sebarang gantirugi.⁸⁷
5. Tidak menjadi kesalahan kepada kedua-dua pihak untuk bersetuju (secara janji) berjual beli pada masa hadapan dan mereka juga bersetuju untuk menjadikan sesuatu harga sebagai harga jualan. Ini termasuk di dalam masalah *reda* pihak-pihak berkontrak. Bahkan ini hampir menyerupai *al-bay' bima yanqati'u bi hial-si'r* dari sudut harganya yang hanya akan diketahui kemudian. Di sini terdapat juga risiko perubahan harga aset tersebut, Jadi kedua-dua pihak mengambil risiko. Tambahan pulak, terdapat risiko bahawa pelaburan tersebut tidak membuahkan hasil.⁸⁸
6. Terdapat amalan yang hampir sama dengan situasi sukur sebegini, iaitu *mushārah mutanāqishah*.⁸⁹

⁸⁴ *Dirasah Hawla Mawadhu' ba'd Jawanib al-Sukuk al-Mu'asirah*, Dr. Hussein, Isdar al-Sukuk, h. 72

⁸⁵ Ibid

⁸⁶ Ibid

⁸⁷ Ibid

⁸⁸ *Sanadat al-Muqaradah*, Al-Ubbadi, bil 4, juz 3, h. 1994

⁸⁹ Ibid, h. 1995

JAMINAN PIHAK KETIGA DALAM KONTRAK MUSHĀRAKAH DAN MUḌĀRABAH.

Sebelum gambaran jelas dalam hal ini dapat diperolehi, beberapa perkara terlebih dahulumeesti dijelaskan seperti berikut:-

(a) Definisi pihak ketiga

Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah menjelaskan takrif pihak ketiga sebagai :-

أجنبي عن جهة الإدارة وعن المشركون : حملة الصكوك أو المستثمرين

Ertinya : Terasing dari pihak yang menguruskan dan peserta ; iaitu pemegang sukuk atau pelabur.⁹⁰

Namun beliau tidak menjelaskan lanjut perincian erti kepada maksud (*jihat al-idarah*) menjadikan ia merangkumi pengurusan dari pihak:-

- *Issuer*; biasanya pihak pemilik aset dan projek *mushārah* atau *muḍārah*,
- *Obligor*; pemilik projek dan aset yang bertanggungjawab melunaskan pembayaran keuntungan kepada pemegang sukuk)
- *Arranger*; biasanya pihak bank yang dilantik untuk menguruskan dan menstrukturkan produk pelaburan.
- *Special purpose company* atau *vehicle (SPC)*; biasanya syarikat yang ditubuhkan sendiri oleh pihak *issuer* bagi tujuan penerbitan sukuk atau mungkin juga ditubuhkan oleh pihak ketiga dan satu lagi adalah
- *Trustee*; yang biasanya berfungsi sebagai pemegang amanah terhadap urusan kewangan sukuk.

Berdasarkan kepada resolusi majma' al-Fiqh ada disebutkan:

عن طرفي العقد

Ertinya: dari kedua-dua belah pihak yang berakad.

Dari kefahaman ini, *arranger*, *trustee* dan *SPC* boleh termasuk atau tidak di dalam takrif di atas adalah berdasarkan peranan dan penyertaannya, sama ada hanya berfungsi selaku penstruktur atau juga *āmil* dan *sharīk*.

Berdasarkan pandangan penulis, tidak semua pihak yang menguruskan akan secara automatik ditekah daripada memberikan jaminan ke atas pelaburan dan bisnes *mushārah* ini, semua perlu dirujuk kepada peranan mereka. Juga boleh disimpulkan bahawa yang terlibat dalam definisi 'pihak yang menguruskan' adalah semua pihak sama ada dari kalangan pemberi modal dan juga pengusaha *āmil* (jika *muḍārah*) dan semua penyuntik modal selaku rakan kongsi sesama mereka atau *sharīk* (dalam *mushārah*).

⁹⁰ *Al-Makhātir fī al-Sukūk wa Mawqif al-Sharī'ah min Ḍamānīha*, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah, *Nadwah al-Sukuk al-Islamiyyah*, 24-25 May 2010, Jeddah, hlm 261

Mana-mana pihak yang mempunyai pemilikan langsung dan tidak langsung melebihi separuh atau 50 peratus di dalam projek *mushārah* atau *muḍārah* adalah termasuk di dalam larangan ini. Semua pihak, ditegah daripada memberikan jaminan disebabkan mereka tidak menepati syarat untuk diiktiraf sebagai ‘pihak ketiga’ yang dibenarkan membuat jaminan. Di dalam contoh semasa bermakna, syarikat induk tidak boleh membuat jaminan ke atas projek pelaburan yang diurus oleh anak syarikatnya, begitu juga sebaliknya.

Menurut business dictionary, *third party* bererti “Someone who may be indirectly involved but is not a principal party to an arrangement, contract, deal, lawsuit or transaction.”⁹¹ Daripada definisi yang diberikan pihak ketiga kepada pihak pelabur dan pengusaha adalah satu pihak lain yang bukan pengusaha dan bukan juga pelabur, tetapi mempunyai kepentingan secara tidak langsung kepada kontrak yang dimeterai oleh kedua pihak tadi. Kepentingan itu boleh datang dalam pelbagai bentuk:

⁹¹ <http://www.businessdictionary.com/definition/third-party.html>

- Pihak ketiga adalah penerima manfaat secara langsung atau tidak langsung dari projek yang dilaksanakan. Dalam situasi yang jarang-jarang berlaku ini, namun berkemungkinan pihak ketiga adalah Kerajaan atau Kementerian Kewangan, kerana mereka akan memperolehi manfaat tidak langsung atas projek pembangunan di dalam wilayahnya. Berkemungkinan juga ia adalah Bank Pusat yang ingin masuk campur demi kepentingan perancangan ekonomi dan kewangan di dalam Negara masing-masing. Berdasarkan resolusi yang dibentang tadi, jelas bahawa tindakan ini adalah harus.
- Selain daripada itu, yang dimaksudkan pihak ketiga ialah mereka adalah kontraktor sampingan yang bakal mendapat manfaat dan tender atas kejayaan projek asal dilaksanakan. Atau dibimbangi kegagalan sesuatu projek *mushārah* atau *muḍārah* ini akan memberikan kesan buruk tidak langsung kepada bisnes utama syarikatnya. Tindakan ini juga harus selagi mana tiada jatuh dalam kategori rasuah. Namun ia amat jarang berlaku di alam nyata.
- Atau mereka adalah syarikat khas yang memberikan jaminan kepada risiko pelaburan dengan mengenakan upah atas komitmen tanggungan risiko yang diberikan. Hal ini termasuk di dalam perbincangan pengambilan upah di atas jaminan kewangan yang akan dibentangkan selepas ini.

b. Syarat-syarat jaminan pihak ketiga

Sebagaimana dinyatakan sebelum ini, jaminan pihak ketiga dibenarkan dengan syarat-syaratnya. Ianya seperti berikut :-

Pertama: Pihak ketiga bebas dan terasing dari kedua belah pihak yang berakad.

Pihak ketiga mestilah bebas daripada kepentingan, kaitan dengan projek dan kontrak *mushārah* dari sudut undang-undang, tanggungan kewangan agar

tiada *syubhat* kepada berlakunya jaminan pemilik perusahaan terhadap modal pelabur.

Mustanad: Syarat ini dipersetujui atas dasar mengelakkan timbul elemen rakan kongsi menjamin *sharik* yang lain, melalui syaraikat penama yang di bawah pemilikannya. Keadaan ini jika dilaksanakan secara *tarāḍi* akan mengakibatkan ketidakadilan dalam kontrak *mushārah* terbabit dan memudaratkan satu pihak.⁹² Ia juga membuka ruang satu pihak memakan harta yang lain secara bathil.⁹³ Selain itu, kebebasan dan pihak ketiga itu tidak boleh dianggap sebagai 'ketiga' yang *mustaqil*. Kesannya, jaminan sebegini hanya akan merosakkan kontrak amanah yang asalnya tidak boleh diberikan jaminan modal.

Diriwayatkan di dalam satu hadis:

لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ ضَمَانٌ

Ertinya : Tiada ke atas orang yang diminta simpan (penyimpan) jaminan. (Riwayat Al-Bayhaqi)

Diriwayatkan dari kata Sayyidina Ali :-

لا ضمان على من شورك في الربح

Ertinya : “Tidak boleh jaminan ke atas sesiapa yang berkongsi keuntungan dengannya”.⁹⁴

Rasional mengapa 50 peratus diletakkan sebagai kayu ukur bagi menentukan kebebasan dan keterasingan entiti dari sesuatu projek, adalah kerana berdasarkan uruf perniagaan, pemilikan melebihi 50 peratus adalah digelar *major shareholder*⁹⁵ yang mempunyai kuasa pembuat keputusan, tanggungan kejayaan dan kerugian serta menjadi indikator kepada prestasi syarikat.⁹⁶ Malah mereka juga mempunyai kuasa penuh untuk mengawal syarikat termasuk menggantikan ahli lembaga pengarah syarikat.⁹⁷ Semua keistimewaan tersebut adalah dimiliki melebihi pemegang saham yang lain yang digelar *minority shareholders*. Atas asas tersebut, pemilikan melebihi 50 % menyebabkan ia tidak boleh dianggap sebagai pihak berasingan dalam pelaburan.

Kedua : Tiada upah di atas jaminan yang diberi.

Resolusi majoriti meletakkan syarat agar pihak ketiga yang menjamin tidak menerima sebarang upah atau fi atas jaminan yang diberikan. Namun begitu, hal ini diperdebatkan di kalangan cendekiawan Syariah silam dan kontemporari. *Mustanad*: Sandaran syarat ini adalah seperti berikut:-

- (a) Upah yang diberikan terhadap jaminan kerugian akan datang lalu menyebabkan pihak penjamin bertanggung-jawab untuk membayar seluruh atas satu juz' dari nilai kerugian. Bayaran tersebut boleh dilihat sebagai hutang yang datang terkemudian (*mu`akhar*), manakala bayaran upah yang diberikan oleh yang menerima jaminan pula akan ditakyif

⁹² *Damānāt As-Sukūk Al-Islāmiyyah*, Dr. Hanzah Hussain Al-Syarit', Nadwah al-Sukūk al-Islamiyyah, 24-25 May 2010, Jeddah, hlm 254-256, hlm 273

⁹³ *Buhāth Fi Al-Iqtisād al-Islāmī*, Dr. Ali Muhyidin Al-Qurrah Daghi', Dar al-Basha'ir Al-Islamiyyah, Beirut, 2002, hlm 239

⁹⁴ *Al-Mughnī*, Ibn Qudāmah, , 5/32

⁹⁵ <http://www.businessdictionary.com/definition/majority-shareholder.html>

⁹⁶ <http://www.investopedia.com/terms/p/major-shareholder.asp>

⁹⁷ <http://www.investopedia.com/terms/p/majority-shareholder.html>

sebagai riba *muqaddam* kerana ia merupakan lebihan ke atas hutang yang bakal diberikan.⁹⁸

- (b) Jaminan pihak ketiga mestilah merupakan sumbangan tanpa sebarang bayaran premium agar ia benar-benar termasuk di dalam kategori *tabarru'* yang tulen. Imam Shāfi'i berkata

الكفالة استهلاك مال لا كسب مال

Ertinya: Jaminan itu adalah menggunakan harta (milik penjamin) bukan pendapatan harta (yang lain)¹⁰⁰

- (c) Bayaran fi terbabit mempunyai elemen perjudian, seperti wang premium bagi insuran konvensional. Pihak pelanggan yang terdedah kepada kerugian dan ingin dijamin meminta penjamin memberikan jaminan, sebagai balasan bayaran 'premium' di atas nama upah akan di bayar. Ia mempunyai elemen judi disebabkan wujudnya elemen '*zero sum game*' yang mana satu pihak akan mendapat keuntungan di atas kerugian pihak yang lain.

Jika kerugian pernigaan berlaku, pihak penjamin terpaksa membayar seluruh kos dan tentunya nilai upah tadi tidak selaras dengan jumlah yang dibayar, manakala jika tiada kerugian, pihak pengusaha kerugian wang upah yang dibayar tanpa apa-apa timbalan balik yang munasabah, pihak penjamin pula mendapat keuntungan dari upah yang diterimanya.

- (d) Jaminan tersebut tergolong di dalam kategori perbuatan kebajikan dan ibadah untuk menghampirkan diri kepada Allah, justeru ia tidak dilakukan untuk sebarang upah material.¹⁰¹ Namun penghujjahan ini boleh diperdebatkan apabila wujudnya nas yang jelas melalui perakuan Nabi terhadap tindakan sahabat yang mengambil upah atas bacaan ruqyah bacaan Al-Fatihah.¹⁰² Malah para ulama juga bersetuju apabila wujudnya pertukaran zaman dan keadaan setempat, maka harus untuk pengajar al-Quran, muazzin dan imam bertugas secara lantikan dibayar gaji tetap.¹⁰³
- (e) Upah ganjaran hanya diharuskan apabila menjadi bayaran kepada kerja (*al-'amal*) ataupun hasil keuntungan dari perniagaan yang diceburi. Jaminan untuk menanggung kerugian tidak tergolong dalam harta yang diiktiraf untuk dibayar atau dijadikan *ma'qd alayhi*. Hasilnya, upah yang diambil akan menjadi memakan harta yang lain secara bathil.¹⁰⁴

Perbincangan mengenai status pandangan ini akan disentuh di topik yang berikutnya berkenaan ijtihad berbeza perihal mengenakan caj oleh jaminan dari pihak ketiga.

Ketiga : Kontrak jaminan terasing dari kontrak pelaburan

Syarat ketiga adalah tersendiri atau terasingnya jaminan dari kontrak *musharakah* atau *muḍārabah*. Ertinya, tidak boleh dijadikan jaminan ini sebagai tarikan, sokongan atau promosi bagi sesebuah pelaburan yang didasari oleh *musharakah* dan *muḍārabah*. Jaminan ini sama sekali tidak boleh

⁹⁸ Resolusi nombor 12(2/12) berkenaan Khiṭāb al-Damān, diputuskan pada tahun 1985

¹⁰⁰ *Al-Umm*, Muhammad Idrīs As-Shāfi'i, 3/205

¹⁰¹ *Mawāhib al-Jalil*, 4/391 ; Az-Zarqani 'ala Khalil, 6/33

¹⁰² Fath al-Bāri, 10/198 ; Zād al-Ma'ād, 4/167

¹⁰³ Tuhfatul Muhtaj, 7/100 ; Mughni al-Muhtaj, 2/344 ; Al-Fatāwa al-Hindiyyah, 4/448

¹⁰⁴ Al-Sharḥ al-Saghīr, Ad-Dardīr, 3/442

dikaitkan dengan kontrak *mushārah* khususnya di awalnya. Selain daripada itu, akad jaminan ini juga tidak boleh memberi kesan kepada kontrak *mushārah* yang dimeterai, ertinya 1) pelabur tidak akan melabur tanpa jaminan 2) Penjamin tidak boleh menarik diri dari jaminan 3) penjamin tidak boleh menolak untuk menjamin apabila kerugian berlaku. Jika sekiranya salah satu atau ketiga-tiga ini wujud, jaminan pihak ketiga tidak dikira berasingan daripada pelaburan.

Mustanad: Mengaitkan jaminan ini di dalam kontrak asal *Mushārah* bakal membawa erti jaminan tiada kerugian dalam projek terbabit kepada pihak yang dijamin. Apabila ini berlaku, hilang ciri konsep *mushārah* yang didasari oleh asas amānah dan hilang juga sifat pelaburan yang terdedah kepada untung dan rugi secara adil di kalangan rakan kongsi.

Keempat : Tidak boleh jaminan ini dipindahkan kepada pengusaha (*obligor*) atau dituntut dari pengusaha

Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah juga menjelaskan sekiranya pihak ketiga tiba-tiba gagal memenuhi jaminan atas apa jua sebab, jaminan ini tidak boleh dipindahkan kepada *mudīr al-sukuk* atau pihak *originator/obligor* atau pengusaha.¹⁰⁵

Pihak penjamin ketiga juga tidak dibenarkan untuk menuntut jumlah jaminan yang telah dibayar kepadanya dari pihak *mudīr*.

Mustanad: Ini adalah kerana jaminan ketiga itu bukan suatu hutang yang membolehkan pihak ketiga menuntut kembali jumlahnya dari pengusaha atau *mudīr*. Ia adalah hibah sebagaimana keputusannya yang disebutkan sebelum ini.

Kelima: Iltizam dari pihak ketiga dan jaminannya bukanlah syarat nafadh (نفاذ)

Ini bermaksud, pemeteraian kontrak pelaburan itu tidak dipengaruhi oleh wujud atau tidaknya jaminan dari pihak ketiga. Malah jaminan itu hanya dianggap sebagai barang sampingan yang bukan *core* di dalam pertimbangan semua pihak yang terlibat dalam pelaburan dan bisnes *mushārah* atau *mudārah* ini.

Mustanad: Ia didasari oleh konsep bahawa iltizam dan jaminan itu adalah benar-benar terasing (*mustaqil*) dari perancangan di antara pelabur dan pengusaha atau rakan kongsi. Tanpa syarat ini, dibimbangi wujudnya hilah yang membawa kepada jaminan menjadi salah satu into pokok di dalam kontrak pelaburan. Jika hal itu terjadi, ia akan bercanggah prinsip asal pelaburan Islam yang meletakkan konsep :-

الغنم بالغرم

Ertinya: Keuntungan adalah melalui penanggungan risiko.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Tafsir Al-Qurān Al-'Azīm, Ibn Kathīr, jil 2, hlm 339

¹⁰⁶ Al-Nadwi Ahmad.A, Dār Al-Qalam, Syria, 2000). p. 411; Durar al-Ahkām Sharh Majallah Al-Ahkām, nombor 37, 9/90

Dalam keterangan kaedah ini disebutkan:

من ينال نفع شيء، يجب أن يتحمل ضرره

Ertinya: Sesiapa yang berkehendak mendapatkan manfaat dari sesuatu, mestilah baginya menanggung kemudaratnya.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Durar al-Ahkam Sharh Majallah Al-Ahkam, nombor 85, 9/90

Bermakna, pihak yang boleh menerima keuntungan adalah pihak yang sama-sama bersusah payah menanggung risiko kerugian, sejurus mereka cuba menghilangkan risiko terbabit, bahagian keuntungan tidak lagi wajar diserahkan kepada mereka yang terjamin.

PANDANGAN LAIN DAN APLIKASI SEMASA BERKENAAN JAMINAN PIHAK KETIGA

Terdapat dalam Majlis Syariah di beberapa buah perbankan Islam dan beberapa individu cendekiawan Syariah yang membenarkan jaminan pihak ketiga tanpa memenuhi salah satu atau mana-mana dari semua syarat yang diputuskan oleh pihak Majma' al-Fiqh, AAOIFI serta Dallah Al-Barakah. Ia wujud disebabkan perbezaan ijtihad dalam menanggapi sesuatu kontrak yang terbabit. Antaranya seperti berikut :-

1. 1. Diharuskan caj sebarang fi ke atas jaminan yang diberikan.

Resolusi Syariah Bank Negara Malaysia,¹⁰⁸ Dr. Wahbah Az-Zuhayli¹⁰⁹ (namun mengikatnya kepada jika terdapat hajat dan keperluan), Syeikh Ahmad Ali Abdallah dan Dr. Nazih Hammad¹¹⁰ mengeluarkan fatwa yang berbeza apabila kesemua mereka bersetuju bahawa jaminan kewangan boleh dikenakan sebarang caj yang dipersetujui bersama. Hasil dari pandangan ini, pengamalan kebanyakan institusi kewangan Islam di Malaysia, khususnya melalui produk 'bank guarantee' jelas menunjukkan mereka mengenakan caj berdasarkan peratusan terhadap nilai amaun yang dijamin. Justeru, berdasarkan pandangan ini, pihak ketiga boleh mengenakan caj atau fi khusus atas jaminan keselamatan modal yang diberi kepada pelabur. Secara ringkasnya, pandangan ini dibuat berdasarkan beberapa hujjah utama seperti berikut:-

- Wujudnya *Tarāḍi* di kalangan pelabur dan pengusaha atau rakan kongsi

Sebagaimana yang dinyatakan oleh As-Syawkāni bahawa *tarāḍi* adalah pokok di dalam hal ini. Sebarang persetujuan dan keredhaan bersama di dalam bab *mu'āmalāt* yang anjal adalah diharuskan, selagi mana tidak bercanggah dengan pengharaman yang jelas dan nyata.

- Perubahan suasana dan penggunaan *kafālah*

Telah difahami hukum-hakam di dalam bab *mu'āmalāt* yang bersifat *furu'* dan *ijtihādī* boleh berubah berdasarkan zaman dan keperluan setempat. Sebagaimana tersebut di dalam kaedah yang masyhur :-

¹⁰⁸ Shari'ah Resolution in Islamic Finance, Bank Negara Malaysia, Kuala Lumpur, 2007, jilid 1, halaman 2483
¹⁰⁹ *Al-Fiqh al-Islami*, Dr. Wahbah Az-Zuhayli, Dar al-Fikr, Dimashq, 1997, jil 6, hlm 4178

¹¹⁰ *Qadyā Fiqhiyyah Mu'āṣirah fi Al-Iqtisād wa al-Māl*, Dr. Nazih Hammad, Dar al-Qalam, Dimashq, 2001, hlm 310

لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان

Ertinya : Tidak dinafikan, kebolehan berubahnya hukum apabila berubahnya zaman (disebabkan uruf, adat dan kajian).¹¹¹

Atas sebab itu, kebanyakan hujjah bahawa kafālah tidak boleh dilakukan dengan upah yang dimaksudkan adalah dalam konteks *mu'amalat* individu yang sememangnya atas tujuan bantu dan *bertaqarrub* kepada Allah, berbanding bentuk *guarantee* yang diguna pakai oleh industri kewangan moden yang jelas mensasarkan keuntungan dan telah berubah sifatnya kepada salah satu jenis perniagaan moden. Selain itu, kedua-dua pihak jelas meredai untuk menyerahkan sesuatu harta dan terima sesuatu manfaat harta yang diredhainya tanpa sebarang unsur *gharar*.

- ***Iltizam* untuk menanggung kerugian adalah sesuai dijadikan *ma'qud 'alayhi* dan boleh dibayar harganya**

Dr. Nazih Hammad pula berijtihad lebih jauh apabila bersetuju bahawa kebanyakan jenis *iltizam al-Kafil'ala ad-dayn* boleh diambil upah. Alasannya adalah mengambil keharusan sebahagian fuqaha' silam berkenaan keharusan menganggap *mujarrad al-iltizam bil mal* boleh dianggap sebagai manfaat *mali* yang diharuskan mengambil upah ke atasnya.¹¹² Pandangan ini juga dikongsi oleh Penasihat Syariah Suruhanjaya Sekuriti Malaysia melalui keharusan *Call Warrants*¹¹³ yang mirip kepada *options*, Dr. Hashim Kamali,¹¹⁴ Dr. Bashir Al-Amine¹¹⁵ dan beberapa yang lain.

- **Sifatnya yang bukan seperti *al-Qard* beserta faedah**

Sifat sama ada ia akan menjadi *qard* atau tidak bergantung kepada bentuknya. Jaminan pihak ketiga ini boleh dibuat dalam dua bentuk iaitu:-

- (a) Ia bukan *qard* sama sekali kerana pihak penjamin tidak akan menuntut apa yang ditanggungnya kepada pengusaha. Jika itu yang dipersetujui, kontrak ini bukan kafalah atau *ḍamān* ke atas sesuatu hutang, kerana tiada hutang diwaktu akad dimeterai. Bahkan hanyalah suatu bentuk iltizam atau janji untuk memberikan hadiah yang mana nilainya adalah menyamai nilai modal pada masa ternyata berlaku kerugian, walaupun kerugian itu berlaku disebabkan kecuaihan dan kelemahan pengusaha.¹¹⁶
- (b) Ia boleh jadi satu jenis *al-qard* tetapi bukan dengan faedah. Ini adalah kerana fi yang dikenakan adalah berdasarkan imbalan iltizam atau jaminan tanggungan yang akan diberikan, justeru satu kontrak dikira sudah lengkap. Kemudian apabila kerugian berlaku, barulah dianggap kontrak *qard* termeterai dan ia adalah tanpa faedah. Berdasarkan kaedah ini, pihak penjamin akan menuntut kembali jumlah yang telah dibayar kepada pengusaha dan pemilik bisnes.

¹¹¹ Majallah al-Ahkām Al-'Adliyyah, No 39 : Sharah Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah, Az-Zarqa, hlm 227

¹¹² *Qadhaya Fiqhiyyah Mu'asirah fi Al-Iqtisad wa al-Mal*, Dr. Nazih Hammad, hlm 310

¹¹³ Resolutions of the Securities Commission Syariah Advisory Council, Securities Commission, Kuala Lumpur, 2003, hlm 40

¹¹⁴ *Islamic Commercial Law: An Analysis of Options and Futures*, Dr. Hashim Kamali, Islamic Text, London, hlm 356-357

¹¹⁵ *Risk Management in Islamic Finance*, Muhammad Bashir Al-Amine, Brill, Boston, 2008, p. 215

¹¹⁶ *Buḥārūh fi al-Mu'āmalāt wal Asā'il al-Maḥrafiyyah al-Islāmiyyah*, Dr. Abd Samir Abu Chuddah, Dallah Al-Barakah, Jeddah, Juz 8, hlm 103

• **Maslahat kewangan semasa**

Ia adalah hasil dari keperluan institusi kewangan semasa yang diperlukan oleh pelanggan mereka untuk menyediakan produk dari jenis ini. Tanpanya, kebanyakan pelanggan akan mendapatkan khidmat dari perbankan konvensional yang mempunyai produk sebegini. Justeru, bagi menyelamatkan masyarakat dan industri sama ada korporat mahupun meningkat keutuhan institusi kewangan Islam, adalah diharuskan oleh berpegang kepada pendapat yang lebih ringan dalam beberapa keadaan. Ini dirasakan merupakan keadaan yang sesuai. Sebagai contoh keharusan untuk membayar upah di atas kerja-kerja pengajian fardhu 'ain seperti mengajar al-Quran, mengimamkan sembahyang di masjid tanpa bayaran, urusan terbabit akan terabai, maka juga diharuskan upah ke atasnya.¹¹⁷

¹¹⁷ *Al-Fiqh Al-Islāmī wa Adillatuhu*, Dr. Wahbah Az-Zuhayli, 6:4178

3.

2. Hanya diharuskan caj kos sebenar pengurusan

Majma' al-Fiqh Al-Islami ad-Dawli,¹¹⁸ Kuwait Finance House, Faisal Islamic Bank of Bahrain, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah dan Dr. Ali Qurrah Daghi serta beberapa yang lain juga melakukan sedikit pindaan dalam aplikasi fatwa badan utama fatwa, mereka membenarkan caj atau fi diambil namun mestilah berdasarkan kos sebenar pengurusan sahaja. Padahal resolusi yang dibawa di atas tidak membenarkan secara mutlak. Namun begitu, jumlah fi yang dikenakan ke atas jaminan yang dikeluarkan tidak boleh diikat kepada amaun jaminan yang diberi secara peratusan.¹¹⁹

¹¹⁸ Resolusi mereka bernombor 12/2 (naqal dari *Buhūth fī al-Mu'āmalāt wal Asāliḥ al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah*, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, Juz 4, hlm 146)

Dr. Ali Qurrah Daghi berkata :

¹¹⁹ *Qarārat Wa Tawṣiyat Nadawat Al-Barakat lil Iqtisād al-Islāmī*, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah, Jeddah, 2010, hlm 31

فالبنوك الإسلامية تأخذ العمولات على هذا الجانب الإداري الذي يسمى في الفقه الإسلامي بالوكالة بالأجر وهي جائزة عند جميع الفقهاء

Ertinya : Bank-bank Islam mengambil upah ke atas jaminan kewangan , iaitu dari sudut pentadbiran dinamakan di dalam Fiqh Islami sebagai wakil dengan upah, ianya harus disisi semua fuqaha'.¹²⁰

Majlis Syariah Faisal Islamic bank menjawab soalan berkenaan caj *bank guarantee*:

¹²⁰ Akhzu al-'Ujr 'ala ḥaman ghayru jū'iz, Dr. Ali Muhyidin Al-Qurrah Daghi, rujuk http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=984:2010-02-16-09-53-54&catid=134:2009-12-27-09-08-37&Itemid=52

لا يجوز أخذ الأجرة على الضمان نفسه ، أما إذا كان في مقابل خدمات حقيقية كإعداد الدراسات وتقديم المشورة فإنه لا مانع شرعاً من أخذ أجر المثل المتعارف عليه في سوق العمل والخبرات على تلك الخدمات ، وكذلك يجوز أخذ الأجرة على خطاب الضمان في مقابل الخدمة

الدفترية ولمرة واحدة

Ertinya: Tidak harus mengambil upah atas jaminan yang diberikan, jika caj itu sebagai imbalan perkhidmatan sebenar seperti menyediakan analisis dan konsultasi, maka tidak ada halangan dari sudut hukum untuk mengambil upah setimpal dengan kerja yang dilakukan selaras dengan nilai harga pasaran kerja sebegitu dan kepakaran bagi servis terbabit. Demikian juga harus mengambil upah atas *bank guarantee* sebagai balasan bagi perkhidmatan pendaftaran dan bagi sekali caj sahaja.¹²¹

Dr. Abd Sattar menjelaskan:

يجب ألا تزيد عمولته على التكاليف الفعلية المصاحبة لإصداره ...

Ertinya: “Mestilah upah jaminan tersebut tidak melebihi kos sebenar yang diperlukan bagi proses menerbitkannya..”¹²²

Salah satu hujah ulama dari kumpulan ini adalah melihat kepada surat jaminan iaitu dengan takyif ia adalah kontrak *wakālah* dan *kafālah* sekaligus diharuskan untuk diambil upah dari kontrak *wakālah*, atas asas itu, kos sebenar proses mengeluarkan jaminan ini dibenarkan manakala *kafālah* tidak diambil upah padanya.¹²³

Kiraan caj sebenar

Bagi mana-mana Institusi Kewangan Islam yang mengadaptasikan keharusan kos sebenar ini, timbul persoalan berkenaan caj sebenar iaitu:-

- Bagaimana teknik dan mekanisma pengiraan dalam menentukan kos sebenar yang boleh dicaj kepada pelanggan.
- Apa yang boleh dimasukkan di dalam kos dan apa yang tidak.
- Adakah kos sebenar boleh termasuk pendapatan berbentuk fi kepada bank.

Sebahagian bank-bank Islam memasukkan hal berikut di dalam pertimbangan mereka:-

- Jumlah jam bekerja pekerja yang terlibat dari sesuatu permohonan.
- Purata *man-hours* diperlukan oleh pegawai yang menguruskan.
- Tangga gaji pegawai yang menguruskan, Kos administrative purata bagi sesuatu proses kelulusan, cetakan dan semakan.
- Kos *due diligence* (*dirasah jadwa*).
- Nilai yang ingin dijamin juga termasuk di dalam pertimbangan disebabkan bertambah besarnya nilai yang diluluskan lagi terperinci proses tapisan diperlukan dan bertambah tinggi pula ranking pegawai yang diperlukan untuk meluluskannya.

¹²¹ <http://www.isra.my/fatwas/topics/commercial-banking/related-matters/kafalah-guarantee/item/187-chargingfees-for-the-issuance-of-a-letter-of-guarantee-ig.html>

¹²² *Buḥūth fi al-Mu'āmalāt wal Asālib Al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah*, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, Juz 3, hlm 299

¹²³ *Buḥūth fi al-Mu'āmalāt wal Asālib Al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah*, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, Juz 4, hlm 146

Kesimpulannya, setiap permohonan bakal mempunyai caj sebenar yang berbeza-beza, namun kaedah ini jika ingin diadaptasi oleh mana-mana bank, tidak dinafikan merupakan suatu proses yang rumit dan remeh khususnya apabila pihak pengurusan perlu menyemak dan menentukan nilai yang paling hampir dengan kos sebenar yang boleh berubah-ubah.

Namun persoalan yang masih kurang jelas iaitu sama ada setiap fatwa yang mengharuskan tadi memasukkan caj sebenar sebagai salah satu pendapatan pihak institusi atau hanya mahu caj sebenar itu seolah-olah ia selari dengan kos modal semata-mata.

Apa yang jelas, dari amalan institusi kewangan Islam semasa yang menjadikan pertimbangan di atas sebagai penentu caj, pastinya secara tidak langsung akan menjadikan pendapatan bagi pihak institusi kerana pastinya setiap pegawai yang terbabit tidak akan diberikan upah secara berasingan dari gaji bulanan mereka bagi setiap permohonan jaminan yang diuruskan. Hasilnya setiap caj akan tetap menjadi upah di atas jaminan (*ujr 'alā ad-ḍamān*) yang diberi walaupun ia dinamakan caj atas kos pengurusan sebenar.

Sebahagian institusi kewangan Islam yang lain pula, menggunakan teknik yang lebih longgar dan mudah bagi menjamin keberkesanan (*efficiency*) pihak institusi adakalanya meletakkan jadual khas sebagai rujukan purata kos sebenar. Sebagai contoh di dalam fatwa Kuwait Finance House, dinyatakan caj sebenar bagi nilai permohonan dalam Dinar Kuwait (KD) 4000, adalah berbeza dengan yang melebihi KD4000. Rasional yang diberikan adalah harus mengenakan caj berbeza berdasarkan kos sebenar yang diikat kepada nilai permohonan semata-mata, namun yang tidak diharuskan adalah mengikatnya dengan tempoh dan nilai secara mutlak.¹²⁴

Pandangan terpilih

Sebelum penulis cuba untuk menyatakan kecenderungan, setelah membaca kesemua syarat-syarat yang diletakkan, memang tidak dinafikan semuanya begitu baik dan jauh dari syubhat.

Namun di dalam hal *mu'āmalāt* yang mensasarkan manfaat umum, ketegasan di dalam hal yang *furu'* masih boleh diperbincangkan.

Selain itu, semua syarat-syarat yang disebutkan oleh resolusi persidangan yang disebut sebelum ini dikritik oleh Dr. Ali Al-Ghari, apabila beliau menyifatkannya sebagai terlalu ideal dan tidak dapat digambarkan mampu diaplikasi di dalam sektor pelaburan dan perniagaan moden yang mensasarkan keuntungan. Tidak juga logik untuk dijumpai sebuah syarikat yang secara sukarela inginkan pahala dan memberikan jaminan besar berjuta-juta kepada sesebuah projek yang mereka tiada kaitan dengannya.¹²⁵

¹²⁴ *Al-Fatāwa Al-Shar'iyyah fi Masa'il al-Iqtisadiyyah*, BaDr. al-Mutawalli Abd Basit, Kuwait Finance House, Kuwait, 1985, jilid 1, hlm 273 ; Namun begitu di halaman 290 pada fatwa bernombor 297, kelihatan fatwa yang bersifat umum dan sedikit berbeza dikeluarkan yang mana menolak dakwaan KFH mengambil sebarang upah atas pengeluaran khitab ad-ḍamān.

¹²⁵ *Ahkām Ḍamān al-Sukūk wa 'awā'idihā*, Dr. Ali Al-Ghari, Nadwah al-Sukuk al-Islamiyyah, 24-25 May 2010, Jeddah, hlm 254-256

Justeru, di atas dasar kaedah yang telah disepakati oleh para ulama.

الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم

Ertinya: Asal dari setiap perkara (khususnya muamalat) hukumnya harus sehingga ditunjukkan dalil yang pengharamannya.¹²⁶

¹²⁶ *Al-Ashbāh wa Al-Nazā'ir*, As-Sayūti, Jalaluddin, (Beirut : Dār al-Kutub Al-'Ilmiyah, 1983) p. 60

Juga berdasarkan kepada matlamat, yang menolak kemudaratan, dengan syarat yang mudaratitu membawa kepada pihak lain:

الضرر يدفع بقدر الإمكان

Ertinya: Kemudaratan perlu ditolak dengan kadar yang berkemampuan.¹²⁷

¹²⁷ *Syarh al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, Ahmad al-Zurqā', Dār al-Qalam, Damascus, 1989, p. 207

Penulis bersetuju dengan pendapat beliau, justeru penulis mencadangkan agar syarat yang 'core' tidak dikompromi iaitu syarat pertama dan kelima sahaja. Ini adalah kerana syarat keterasingan (*mustaqil*) pihak ketiga adalah penting bagi memastikan tiada unsur rakan kongsi memberi jaminan yang boleh merosakkan seluruh kandungan dalam prinsip pelaburan *mushārah*.

Manakala syarat pelaksanaan *nafaz* juga penting kerana menggantung keabsahan dan keterpakaian kontrak pelaburan dengan sesuatu iltizam yang diluar *muqtadha akad mushārah* juga merosakkan kontrak. Adapun tiga syarat yang lain masih terdapat ruang yang luas untuk ijtihad dan *tarjih* berdasarkan keperluan di samping *validity* dalil pihak yang bercanggah juga boleh diterima. Oleh itu, penulis tidak cenderung kepada syarat-syarat berikut sebagai syarat utama yang mesti ditepati:-

1. **Syarat kedua:** upah di atas iltizam atau jaminan untuk menanggung kerugian boleh diambil berdasarkan fatwa mazhab Maliki yang melihatnya sebagai hak manfaat yang bersifat *māli* (harta) yang boleh dijual dan dijadikan *ma'qūd 'alayhi*.

- Mazhab Hanafi dan Māliki membenarkan isteri atau suami untuk melepaskan hak mereka bagi *ḥaḍānah* sebagai ganti kepada menerima imbuhan wang.¹²⁸
- Wanita juga dibenarkan untuk meminta *khulu'* atau cerai dengan bayaran kewangan kepada pihak suami.¹²⁹
- Dalam kes poligami pula, mazhab Maliki berfatwa bahawa giliran mana-mana isteri boleh dilepaskan jika dibayar dengan pampasan kewangan oleh isteri yang lain.¹³⁰
- Begitu juga, pihak suami diizinkan untuk memberikan jaminan tidak akan berkahwin lain semasa akad nikah dilakukan apabila pihak isteri mampu menyediakan bayaran tertentu yang dipersetujui bersama.

¹²⁸ *Sharh Minah Al-Jalil 'ala Mukhtasar Khalil, Illah*, Dar Sadir, jil 2, hlm 184-185

¹²⁹ *Sharh Minah Al-Jalil 'ala Mukhtasar Khalil, Illah*, Dar Sadir, jil 2, hlm 184-185

¹³⁰ *Kashshaf al-Qina'*, Al-Bahūti, jil 5, hlm. 206

Semua hak ini adalah bersifat hak yang boleh dibayar dengan wang, justeru jaminan dan iltizam satu pihak untuk membayar kerugian dalam perniagaan pihak ketiga adalah juga dari jenis hak yang boleh menerima imbalan wang.

2. **Syarat ketiga:** Kontrak jaminan terasing dari kontrak pelaburan.

Syarat ini adalah penting untuk dipenuhi jika jaminan itu datang dari pihak pengusaha atau rakan kongsi, namun dalam konteks jaminan diberikan oleh pihak ketiga. Penulis berpandangan tegahannya tidak lagi begitu relevan.

3. **Syarat keempat** iaitu tidak diharuskan jaminan ini dipindahkan kepada pengusaha (*obligor*) atau dituntut dari pengusaha.

Syarat ini juga boleh diperdebatkan khususnya apabila jika sesuatu badan fatwa atau seseorang cendekiawan Syariah itu telah menerima iltizam sebagai harta yang boleh dibayar kerananya. Justeru, tiada halangan yang jelas untuk menjadikan bayaran kos kerugian itu sebagai pinjaman tanpa faedah yang terasing dari kontrak *musharakah* atau *muḍārabah*.

JAMINAN PIHAK KETIGA KE ATAS KEUNTUNGAN SELAIN MODAL

Resolusi yang dikeluarkan tidak menyebut dengan jelas berkenaan hal ini. Cendekiawan Syariah juga berbeza ijthad dalam hal ini kepada sekurang-kurangnya kepada dua aliran pandangan iaitu:-

1. **Harus dimasukkan kadar jangkaan keuntungan bersama modal di dalam jaminan oleh pihak ketiga.**

Namun begitu jika semua lima syarat yang disebutkan dapat dipenuhi, juga berdasarkan kepada *takyif dāman* ini sebagai hibah yang berasingan dari pihak ketiga, bukan hutang yang akan dituntut kemudiannya.

Ia tentunya diharuskan, demikian pandangan Dr. Monzer Al-Kahf, beliau berkata:-

قضية التوسع في ضمان الطرف الثالث حتى يشمل نسبة معينة من الأرباح فشأنه شأن ضمان رأس المال من حيث الإباحة طالما أن الطرف الثالث متبرع ومستقل عن طرفي العقد

Ertinya: “Isu meluaskan jaminan pihak ketiga sehingga merangkumi nisbah tertentu keuntungan, maka keadaan sebagaimana jaminan terhadap modal dari sudut keharusannya, iaitu adalah pihak ketiga iaitu *mutabarri*’ dan *mustaqil* dari kedua belah pihak yang berniaga.”¹³¹

¹³¹ *Sanadāt al-Qirād wa ḥamān al-farīq al-Thalīth wa Taṭbīqāhima fī ṣamwīl al-Tammīyah fī al-bulḍān Al-Islamiyyah*, Dr. Monzer Kahf, Majallah Jāmi'ah Al-Malik Abd Aziz: Iqtisad al-Islami, 1989, jil 1. hlm 60

Dr. Abd Sattar juga berpandangan sedemikian apabila berkata:

سبق ما يتعلق بضمان الطرف الثالث لرأس المال وهو نفسه يصلح لإيجاد الضمان للعائد على الإستثمار لأنه يستند إلى المبدأ نفسه وبالرغم من أن قرار الجمع السابق بيانه اقتصر على جبر الخسران أي على ضمان أصل الاستثمار فقط، فليس هناك ما يمنع من ضمان العائد.

Ertinya: Sebagai yang berkaitan jaminan modal dari pihak ketiga, ianya adalah terpakai juga bagi jaminan pulangan pelaburan kerana ia bersandar kepada prinsip (*tabarru'*) yang sama, walaupun resolusi majma' (al-Fiqh) hanya terhad kepada jaminan modal sahaja, namun tiada halangan untuk memberikan jaminan kepada keuntungan.¹³²

Beliau meyandarkan keharusan itu kepada konsep *iltizām bi at-tabarru'* yang popular dalam kalangan mazhab Maliki.¹³³

Sungguhpun begitu, ianya mungkin sah dari sudut teori, namun sebagaimana disebut oleh Dr. Al-gari, terlalu ideal dan amat sukar dilaksanakan secara praktikal, jika ingin memenuhi seluruh syarat yang diletakan sebelum ini.

Mengenai situasi pihak ketiga yang boleh menerima bayaran, konsep ini boleh digunakan dan ia boleh mengaplikasikan konsep yang digunakan oleh industri *takāful* dan memasukkan '*expected profit*' dalam nilai pampasan (sumbangan) apabila berlaku musibah kerugian di luar jangkaan.

2. Tidak diharuskan

Pandangan ini dipegang oleh kumpulan Al-Barakah,¹³⁴ dan beberapa ulama seperti Sheikh Mustafa Az-Zarqa'.¹³⁵ Di dalam fatwa Al-barakah, diwartakan ketidakharusan jaminan diberikan ke atas anggaran keuntungan:

ولا يتناول ضمان الطرف الثالث الربح المتوقع الذي فات (الكسب الفاتت , أو الفرصة الضائعة) بل يقتصر على أصل المال لأن هناك حاجة بالنسبة لبعض الناس للمحافظة على أصل المال ، ولتشجيعهم على استثماره وليست هناك حاجة تدعو إلى ضمان حصته من الربح، كما أن مثل هذا الضمان يشابه المراهبة التي تقوم على أساس ضمان الأصل مع زيادة

Ertinya: "Tidak termasuk dalam jaminan pihak ketiga ialah anggaran keuntungan yang tidak tercapai, bahkan ianya hanya terhad kepada modal sahaja, kerana keperluan manusia untuk menjaga modal dan

¹³² *Buḥūth fi al-Mu'āmalāt wa'l Asālib Al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah*, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, Juz 9, hlm 71

¹³³ *Buḥūth fi al-Mu'āmalāt wa'l Asālib Al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah*, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, Juz 8, hlm 104

¹³⁴ Juz 1, nombor 46

¹³⁵ *Naqal dari Sanad al-Qirad wa damin al-furuq al-Thalith wa Taḥqiqatihima fi tamwil at-Tammiah fi al-buldan Al-Islamiyyah*, Dr. Monzer Kahf, Majallah Jami'ah Al-Malik Abd Aziz: Iqtisad al-Islami, 1989, jil 1, hlm 60

menggalakkan pelaburan dan tiada keperluan untuk menjamin bahagian keuntungan, kerana jaminan seperti itu menyerupai pengambilan riba yang menggunakan *ḍamān* berasaskan modal dengan tambahan”¹³⁶

¹³⁶ *Al-Ajwibah Al-Shar'iyah fi Al-Tatbiqāt Al-Mushtaqiyah*, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakah, Jeddah, 2002, hlm 184

Rasional lain, bagaimana boleh diberikan jaminan kepada sesuatu keuntungan yang belum pasti, malah menamakannya sebagai keuntungan juga boleh dipersoalkan.

Pandangan Terpilih

Penulis cenderung kepada pendapat pertama yang mengharuskan jika sekiranya syarat-syarat utama jaminan pihak ketiga telah dipenuhi. Namun keahlusannya tidak boleh dibiarkan secara mutlak tetapi bergantung kepada situasi dan keadaan sesuatu pelaburan. Ini adalah kerana terdapat kemudahan yang boleh terhasil dari kaedah ini. Cuba perhatikan situasi berikut dari sudut berbeza:

Usahawan utama A: Memerlukan rakan kongsi untuk mengukuhkan perniagaan.

Islamic Bank D: Menguruskan produk dan kontrak melalui sukuk atau pembiayaan korporat.

Usahawan kedua B, E dan F: Diajak menjadi rakan kongsi bagi menyertai A atas kontrak *mushārah*.

Penjamin C (Pihak Ketiga): Setuju memberi jaminan kepada peniaga B (dengan upah atau tanpa upah yang dibayar oleh B atau A), modal dan keuntungan pasti diperolehi kerana mereka menjaminnya.

Melihat kepada gambaran ini, sudah pasti akan terlihat bentuk tidak normal bagi sesebuah pelaburan, kerana ia bermakna usahawan B mendapat imbuhan dan keuntungan secara kurang tetap di luar prinsip pelaburan biasa iaitu (الغنى بالغرم). Walaupun jika diteliti hukum dari sudut mikro iaitu hak penjamin yang menyerahkan bayaran adalah harus di atas dasar *tabarru'*, namun dari sudut makro, jika ia diamalkan dalam skala yang besar ia bakal melahirkan usahawan yang menginginkan keuntungan tanpa mahu menanggung risiko. Ini jelas bercanggah dengan *Maqāṣid al-Syariah* di dalam bab pelaburan.

MENYIMPAN SEBAHAGIAN KEUNTUNGAN SEBELUM AGIHAN (PROFIT AND RISK RESERVED)

Salah satu daripada teknik meningkatkan tarikan produk pelaburan berdasarkan *mushārah* dan *muḍārah* adalah pihak yang terlibat, termasuklah pelabur, rakan kongsi dan pengusaha bersetuju untuk dipotong sebahagian daripada keuntungan sebenar pelabur pada sesuatu tempoh yang dikenalpasti.

¹³⁷ Given that the Islamic banking sector is exposed to the fluctuation of dividend rates arising from the flux of income, provisioning and total deposits, a mechanism known as profit equalisation reserve (PER) was introduced" –rujuk GP2-I (Aug '04)

¹³⁸ Corporate Governance and Stakeholders' Financial Interests in Institutions Offering Islamic Financial Services, Wafik Grais and Matteo Pellegrini, World Bank Policy Research Working Paper 4053, November 2006, hlm 8

¹³⁹ Rujuk <http://www.ibbm.org.my/v2/wp-content/uploads/2011/06/CIATIN-July-08-Chap-3.pdf>

¹⁴⁰ *Buḥūth fi al-Mu'āmalāt wal Asālib al-Mayrafiyah al-Islāmiyah*, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, Juz 8, hlm 105

¹⁴¹ Ditakrifkan sebagai "which is deducted from mudarabah income before allocating the share of mudarib for the purpose of maintaining a certain level of return on investments for investment accounts, as well as for increasing equity value.([http://www.irti.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDDevelopments/Internet/English/IRTI/CM/downloads/Distance_Learning_Files/Lecture-4%20Reading%20Material--%20Islamic%20Modes%20of%20Finance%20and%20Associated%20Liquidity%20Risk%20\(Revised\)Dr.Salman.pdf](http://www.irti.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDDevelopments/Internet/English/IRTI/CM/downloads/Distance_Learning_Files/Lecture-4%20Reading%20Material--%20Islamic%20Modes%20of%20Finance%20and%20Associated%20Liquidity%20Risk%20(Revised)Dr.Salman.pdf))

¹⁴² Di takrifkan sebagai "which is deducted from income of investment accounts, after deducting mudarib share, to cater against any future losses for investment account holders. (www.irti.org)

¹⁴³ Rujuk IFSB Capital Adequacy Standard (CAS), December 2005

¹⁴⁴ Rujuk Standard 11 of Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI)

¹⁴⁵ Dalam klausa ke 33, Disebutkan "The PSIA, the largest funding source for an Islamic bank, is its most unique feature, characterised by the participatory nature in risks and returns. PSIA holders or Investment Account Holders (IAH) can be grouped into two categories – namely, general or unrestricted IAH, and specific or restricted IAH. As a mechanism of protection for IAH, it has become a common practice for banking IIFS in a number of jurisdictions to set aside voluntary and prudential reserves as "internal buffers" built up from past returns in the form of a profit equalisation reserve (PER) and/or an investment risk reserve (IRR). (rujuk http://www.ifsb.org/docs/compilation_guide.pdf)

Bagi akaun pelaburan berasaskan *muḍārabah* di bank-bank Islam di Malaysia, kaedah ini telah pun menjadi peraturan yang diwajibkan oleh Bank Negara Malaysia (BNM) sejak bulan Ogos 2004,¹³⁷ khususnya pelaburan *muḍārabah*. Walaupun topik kita adalah berkaitan *mushārah* namun ia banyak berkait dan *muḍārabah* malah sebahagian ulama melihat *muḍārabah* adalah salah satu bentuk dari *mushārah*.

Latar belakang penetapan PER adalah untuk memastikan kadar pulangan yang diberikan oleh perbankan Islam terus stabil dan kompetitif, khususnya di waktu lemah. Justeru, matlamatnya adalah untuk kemaslahatan pelabur sebaik mungkin.¹³⁸

Di ketika ini, PER membenarkan perniagaan memotong sehingga 15% dari padajumlah keseluruhan kasar pendapatan setiap bulan (*total gross income*). Formula yang digunakan adalah seperti :

PER (maksimum peruntukan bulanan) = (15% x pendapatan kasar) + pendaatan dagangan bersih + pendapatan lain + pendapatan tidak biasa seperti *recovery* dari *non-performing financing* (NPF) dan sebagainya.¹³⁹

Di Malaysia, berdasarkan BNM Guidelines, perbankan Islam hanya dibenarkan untuk memegang jumlah terkumpul untuk tujuan PER sehingga 30% dari Islamic Banking Shareholders' Fund.

Potongan ini bukannya pemotongan yang disebabkan dengan pengambilan kos pengurusan atau upah wakil dan sepertinya tetapi ia adalah sebagai suatu simpanan (*reserve*) untuk digunakan secara berhemah bagi menutup kerugian yang mungkin berlaku di masa akan datang.¹⁴⁰

Ia biasanya dinamakan sebagai *profit equalisation reserve (PER)*¹⁴¹ atau *investment risk reserve (IRR)*¹⁴²¹⁴³ yang berfungsi sebagai pelindung di waktu kerugian dan juga pengimbangan agihan keuntungan dan keberkesanan aset pelaburan.¹⁴⁴

Cara pelaksanaannya bergantung kepada pihak industri antaranya, pihak pelabur dan pengusaha serta rakan kongsi bersetuju mewujudkan suatu tabung khas demi kepentingan semua rakan kongsi atau pihak pelabur dan pengusaha di berdasarkan *ta'mīn takāfuli ta'āwuni*. Atas asas tersebut dipotong sebahagian daripada keuntungan *mushārah* atau *muḍārabah* dan diletakkan ke dalam tabung terbabit bagi mendepani sebarang kerugian jika berlaku. Cara ini dan yang sepertinya di atas telah dipersetujui oleh badan berpengaruh seperti Islamic Financial Services Board (IFSB)¹⁴⁵ majoriti cendekiawan Syariah kontemporari seperti Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah¹⁴⁶, Dr. Hasan Abdullah Al-Amin dan Dr. Uthman Shabir.¹⁴⁷

Kaedah ini telah diharuskan berdasarkan hujjah:-

- (a) Ia adalah dipersetujui oleh pelabur atau rakan kongsi yang lain. Menurut *athar* dari sayyidina 'Ali Karramallahu Wajhah (k.w.) :

الربح على ما يصطلح عليه الشركاء والخسارة على قدر المال

Ertinya : Pembahagian keuntungan adalah diatas apa yang dipersetujui manakala kerugian mestilah atas nilai modal masing-masing.¹⁴⁸

Maksud yang hampir sama juga disebut oleh Imam Malik dan ulama mazhab Hanbali.¹⁴⁹

Kaedah ini telah diterima pakai oleh majoriti ulama kontemporari termasuk pihak AAOIFI.¹⁵⁰ Malah ia selari dengan resolusi AAOIFI dan Dallah Al-Barakah yang mengharuskan kedua belah pihak rakan kongsi bersepakat jika kadar keuntungan melebihi dari kadar jangkaan tertentu maka lebihan dari kadar yang disasarkan akan menjadi milik salah seorang dari rakan kongsi.¹⁵¹

- (b) Ia didasari oleh *tabarru'* sebagaimana pandangan mazhab Maliki yang membenarkan, disyaratkan sebahagian dari keuntungan diambil bagi kemaslahatan selain pengusaha dan *rabbul māl* di dalam kontrak *muḍārabah* atas dasar *tabarru'*.¹⁵² Maka jika kebenaran boleh diberi untuk jumlah keuntungan itu digunakan oleh pihak luar, tentulah bagi kegunaan pelaburan mereka sendiri lebih layak untuk diharuskan.
- (c) Jumlah yang disimpan tidak akan hilang bahkan ia tetap akan diperolehi oleh pihak pelabur dan rakan kongsi di masa akan datang. Justeru, ianya hanyalah suatu teknik pengurusan yang lebih berkesan dan tidak melibatkan perubahan prinsip dalam pelaburan.

ISU DAN KOMENTAR

Terdapat beberapa pertikaian mengenai konsep IRR dan PER atau pemotongan bahagian keuntungan pelabur ini, ringkasnya ia seperti berikut:

- (a) **Tiada sandaran fiqh silam:** Sebahagian pengkaji menimbulkan keraguan terhadap konsep ini dengan menyatakan yang pemotongan dan menyimpan sebahagian keuntungan untuk kegunaan agihan di hari kerugian, tidak terdapat sandaran dalam kontrak pelaburan Islam.¹⁵³

Isu ini tidak timbul kerana fiqh mu'āmalat adalah anjal dan boleh menerima pindaan baru bersesuaian dengan keadaan dan keperluan zaman selagi mana tidak bercanggah dengan prinsip asas pelaburan Islam.

- (b) **Persetujuan pelabur:** Selain daripada itu, timbul juga pertikaian dari sudut pelaksanaan dan ketelusan khususnya dari sudut persetujuan pelabur telah diperolehi dan dimaklumkan sebelum pemotongan dibuat. Isu tersebut adalah wajar (*valid*) namun ia bukanlah suatu permasalahan pada konsep PER dan IRR itu sendiri, ia merupakan masalah pelaksanaan yang sentiasa memerlukan audit dari semasa ke semasa oleh pihak bertanggungjawab.

¹⁴⁸ *Al-Mudawwanah al-Kubra*, Maslik bin Anas, dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, jil 3, hlm 609 ; Al-Mubdi' fi shuruh al-Muqni', Burhanuddin al-hanbali, Al-maktab Al-Islami, 2000, jil 11, 260

¹⁴⁹ *Al-Ma'āyir al-Shari'yyah*, hlm 177 (cet 2010)

¹⁵⁰ *Al-Ma'āyir al-Shari'yyah*, hlm 177 (cet 2010) ; Fatawa Al-Hai'ah Al-Shari'yyah lil Barakah, Dr. Abd Sattar & Ustad Izzuddin Khawjah, Jeddah, 1997, hlm 29

¹⁵² *Al-Mu'āmalāt Al-Mālīyah Al-Mu'āsyrah fi Fiqh Al-Islāmī*, Dr. Uthman Shabir, hlm 356

¹⁵³ *Maslahah-Mafsadah Approach in Assessing the Shari'ah Compliance of Islamic Banking Products*, Amir Shaharuddin, International Journal of Business and Social Science, Vol. 1 No. 1; October 2010, hlm 131 ; also available at http://www.financialislam.com/uploads/3/8/5/3/3853592/profit_distribution_method.pdf

- (c) **Menjadi pendapatan bank?:** Pertikaian seterusnya iaitu terdapat Institusi Kewangan Islam yang menjadikan seolah nilai dan wang dari PER tersebut sebagai pendapatan bank. Ini dikatakan selaras dengan apa yang tercatat di dalam panduan BNM iaitu '*Profit Equalisation Reserves (PER) represent a portion of the bank's income, appropriated from the gross income and set aside for the purpose of Displaced Commercial Risk (DCR)*'¹⁵⁴

¹⁵⁴ Capital Adequacy ratio, BNM Guidelines, boleh di rujuk di http://www.bnm.gov.my/guidelines/01_banking/01_capital_adequacy/06_psia.pdf

Namun begitu, perlu difahami erti DCR yang membawa erti bahawa kegunaan bahagian yang diambil itu dikhususkan untuk kemaslahatan pelabur, sebagaimana disebutkan di dalam panduan yang sama iaitu:

*refer to the risk arising from the assets managed on behalf of the investor which is effectively transferred to the Islamic banking institutions' own capital where the Islamic banking institutions forgo part or all of its portion of profits on PSIA, in order to increase the rate of return that would otherwise be payable to the investor.*¹⁵⁵

¹⁵⁵ *Displaced Commercial Risk* adalah refer to the risk arising from the assets managed on behalf of the investor which is effectively transferred to the Islamic banking institutions' own capital where the Islamic banking institutions forgo part or all of its portion of profits on PSIA, in order to increase the rate of return that would otherwise be payable to the investor. (Rujuk http://www.bnm.gov.my/guidelines/01_banking/01_capital_adequacy/06_psia.pdf)

Justeru, ia sepatutnya tidak menimbulkan isu kerana bahagian tersebut tetap dimanfaatkan oleh pelabur. Namun begitu, jika terdapat ketidaktelusan dan kesilapan dalam pelaksanaan, sekali lagi ia adalah pada pelaksanaan dan bukan pada konsep.

PENUTUP

Jelasnya, topik yang ingin dihuraikan adalah begitu panjang di mana ianya merangkumi pelbagai sub-topik yang sangat luas. Bagaimanapun, penulis berharap beberapa isu utama di dalam bab pengukuhan kredit di dalam kontrak *mushārah* dan *mudārah* telah dapat dijelaskan. Wallahu A'lam.

Sekian.