

Menimbang Masa Depan Hukum Islam Dalam Pembentukan Hukum Internasional Via Mahkamah Internasional

Eka An Aqimuddin¹

Abstract

Apart from the state, the International Court of Justice (ICJ) also plays a significant role in shaping international law through its rulings and legal advisors. Article 38 of the ICJ Statute states that the ICJ is nevertheless only permitted to use traditional legal sources to perform its duties. In order to achieve the universalism of international law, the Court, as an organization that represents legal systems around the world, ought to be permitted to rely on Islamic law as one of its legal sources when performing its duties. Consequently, Islamic law can be represented in developing international law. This article proposes the potential influence of Islamic law on the development of international law in the future through the ICJ. Through an inter-civilizational perspective, international law can be understood as a discourse among different civilizations worldwide. In this context, Islamic law must actively participate in this debate as a representative of a legal system and identity.

Keywords: *International Law, Islamic Law, the ICJ.*

Abstrak

Selain negara, Mahkamah Internasional (MI) merupakan salah satu aktor penting dalam pembentukan hukum internasional melalui putusan maupun nasihat hukum yang dikeluarkan. Namun demikian, dalam melaksanakan fungsinya tersebut, MI masih terbatas menggunakan sumber hukum tradisional sebagaimana diatur dalam Pasal 38 Statuta MI. Sebagai lembaga yang mengusung representasi sistem hukum yang ada di dunia, seharusnya MI dapat menggunakan hukum Islam sebagai salah satu sumber hukum dalam melaksanakan fungsinya sehingga dapat mewujudkan universalisme hukum internasional. Dengan demikian, hukum Islam dapat terwakili dalam proses pembentukan hukum internasional. Artikel ini ingin menawarkan gagasan kemungkinan kontribusi hukum Islam dalam pembentukan hukum internasional di masa depan melalui jalur MI. Menggunakan pendekatan antar-peradaban, maka dapat dimaknai bahwa hukum internasional sejatinya merupakan dialog peradaban-peradaban yang ada di dunia di mana hukum Islam sebagai salah satu perwakilan peradaban patut terlibat didalamnya.

Kata-kata kunci: *Hukum Internasional, Hukum Islam, Mahkamah Internasional*

Pendahuluan

Hukum internasional yang berlaku saat ini tidak hadir dalam ruang kosong. Artinya, ia dibentuk dari hasil kontestasi ide atau nilai-nilai yang ada di dunia.² Sayangnya, dalam perlombaan tersebut terlihat bahwa tidak semua nilai-nilai dapat terlibat dan terserap dalam perkembangan hukum internasional kontemporer. Salah seorang mantan hakim pada Mahkamah Internasional (MI), Mohamed Bedjaoui menggambarkan sangat baik perihal representasi nilai-nilai dalam hukum internasional yang tidak seimbang, sebagai berikut:

"This classical international law thus consisted of a set of rules with a geographical bias (it was a European law), a religious-ethical aspiration (it was a Christian law), an economic motivation (it was a mercantilist law), and political aims (it was an imperialist law)"³

Justifikasi yang dapat diajukan adalah bahwa para aktor pembentuk hukum internasional hanya berasal dari Eropa. Posisi masyarakat non-Eropa beserta sistem norma

¹ Fakultas Hukum, Universitas Islam Bandung (UNISBA), E-mail: eka.aqimuddin@unisba.ac.id

² Ebrahim Afsah, 'Contested Universalities of International Law. Islam's Struggle with Modernity', *Journal of the History of International Law* 10, no. 2 (2008): 259–307.

³ Mohamed Bedjaoui, 'Poverty of the International Order', in *International Law: A Contemporary Perspective*, ed. Richard Falk, Friedrich Kratochwil, and Saul H. Mendlovitz (London: Westview Press, 1985), 152–62.

yang dianut hanya sebagai objek sehingga tidak dalam posisi setara. Selanjutnya, hukum internasional diberlakukan kepada entitas di luar mereka melalui imperialisme.⁴ Pendapat ini tidak dapat dihindarkan karena praktik imperialisme Eropa ke wilayah non-Eropa memanfaatkan hukum internasional sebagai instrumen legalitas sekaligus legitimasi. Dalam bahasa Koskenniemi, *'the non-European community must accept Europe as its master – but to accept a master was proof that one was not equal'*⁵

Persoalannya hingga saat ini adalah hukum internasional diklaim berlaku secara universal. Padahal dalam sejarah pembentukannya terlihat bahwa hukum internasional berjalan secara monolog. Tidak ada ruang pertukaran nilai-nilai karena didominasi oleh nilai, praktik dan kebiasaan masyarakat Eropa. Hal ini menimbulkan pertanyaan apakah peradaban non-Eropa tidak memiliki norma yang mengatur masyarakat lintas wilayah? Jika hukum internasional dimaknai sebagai seperangkat norma yang mengatur relasi antar-entitas politik, maka masing-masing peradaban sudah memiliki aturan tersebut. Misalnya, China dengan sistem tribute-nya⁶ atau Muslim dengan *Siyar*.⁷ Asimilasi lintas peradaban tersebut baru muncul saat Ottoman Turki, China dan Jepang, 'dipaksa' untuk menerima hukum internasional pada akhir Abad ke-19. Masyarakat hukum internasional kemudian muncul dengan seperangkat aturannya.⁸

Citra hegemonik hukum internasional yang Eropasentris harus diubah agar nilai universalisme tidak berhenti sekedar klaim. Syaratnya adalah partisipasi seluruh elemen masyarakat internasional perlu dilibatkan atau terwakili dalam pembentukan hukum internasional. Dengan demikian, wajah hukum internasional dapat berubah dari orientasi barat (Eropa) menuju global.⁹ Resepsi nilai-nilai dari peradaban lain tidak mengurangi universalisme hukum internasional itu sendiri. Hal ini ditegaskan oleh salah seorang hakim MI, Abdulqawi Yusuf yang menyatakan bahwa penggunaan konsep dan prinsip dari tradisi hukum lain (hukum Islam) tidak bertentangan dengan universalisme hukum internasional.

"It is not a paradox to say that the universality of international law depends on diversity. Indeed, in the case of international law, universalization and globalization do not reduce

4 Antony Anghie, 'The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities', *Third World Quarterly* 27, no. 5 (2006): 739–53, <https://doi.org/10.4324/9780203926512-6>; Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004).

5 George Rodrigo Bandeira Galindo, 'Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law', *European Journal of International Law* 16, no. 3 (2005): 539–59, <https://doi.org/10.1093/ejil/chi130>.

6 So Yeon Kim, 'Making International Law Truly 'international' ; Reflecting on Colonial Approaches to the China-Vietnam Dispute in the South China Sea and the Tribute System', *Journal of the History of International Law* 14, no. 2 (2021): 1–32, <https://doi.org/10.1163/15718050-12340183>.

7 Khaled Bashir, *Islamic International Law* (UK: Edward Elgar Publishing, 2018), <https://doi.org/10.4337/9781788113861>.

8 Onuma Yasuaki, 'When Was the Law of International Society Born?—An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective', *Journal of the History of International Law* 2, no. 1 (2000): 1–66, <https://doi.org/10.1023/A:1010045223652>.

9 Atip Latipulhayat, 'New Face of International Law From Western to Global Construct', *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum* 7, no. 1 (2020): 43–63, <https://doi.org/10.22304/pjih.v7n1.a3>.

diversity; they actually promote it. For international law, universalization means borrowing and adapting concepts and principles from different legal traditions.”¹⁰

Persoalan pelibatan seluruh masyarakat internasional beserta nilai-nilainya dalam pembentukan hukum internasional merupakan suatu tantangan tersendiri. Jika melihat pada evolusi hukum internasional, maka pada awalnya pembentukan hukum internasional terbatas pada negara atau *state-centric*. Hal ini disebabkan hukum internasional dipandang sebagai kumpulan norma dan praktik yang mengatur hubungan antar negara. Globalisasi dan kemajuan teknologi telah mengubah sifat hukum internasional, sehingga memunculkan aktor-aktor internasional baru selain negara, seperti organisasi internasional dan MI, untuk lebih terlibat dalam pembuatan hukum internasional.¹¹

Saat ini, MI merupakan salah satu aktor penting dalam pembentukan hukum internasional.¹² Model pembentukan hukum internasional oleh MI dilakukan melalui penafsiran terhadap sumber hukum yang digunakan dalam memutus sengketa atau memberikan nasihat hukum. Norma hukum yang abstrak tidak dapat digunakan untuk menyelesaikan persoalan konkret maka tindakan penafsiran merupakan suatu proses pembentukan hukum.¹³

Merujuk kepada Pasal 38 ayat (1) Statuta MI, maka MI dalam menjalankan fungsinya yaitu memutus sengketa dan memberikan pendapat hukum harus sesuai dengan hukum internasional (*accordance to international law*). Hukum internasional di sini tentu saja dengan klaim sebagai sistem hukum yang bersifat universal. Pembacaan tersebut dapat dilihat dengan mengacu kepada Pasal 9 Statuta MI tentang pemilihan hakim di MI yang harus memperhatikan perwakilan tiap peradaban serta sistem hukum yang ada di dunia. Selanjutnya, untuk mewujudkan hal tersebut maka MI diberikan pedoman sumber hukum yang dapat digunakan. Mulai dari perjanjian internasional hingga doktrin dan putusan pengadilan.

Para ahli hukum internasional sering merujuk Pasal 38 Statuta MI sebagai sumber hukum internasional meskipun isi pasal tersebut tidak secara eksplisit menyebutnya sebagai sumber hukum internasional melainkan sebagai pedoman dalam memutus perkara atau memberikan nasihat hukum. Oleh karena itu, sebagai panduan rujukan dalam melaksanakan fungsinya perlu dilihat apakah ketentuan tersebut bersifat restriktif atau tidak. Secara historis, Pasal 38 Statuta MI memang memiliki kelemahan karena sejak awal pasal tersebut tidak dimaksudkan sebagai formula wajib dan lengkap dari sumber hukum internasional melainkan hanya sebagai pedoman saja. Kelemahan ini membawa

10 Emilia Justyna Powell, *Islamic Law and International Law: Peaceful Resolution of Dispute* (New York: Oxford University Press, 2020).

11 Eka An Aqimuddin and Atip Latipulhayat, 'Legality and Legitimacy of Domestic Court Decision as a Source of International Lawmaking', *Brazilian Journal of International Law* 20, no. 1 (2023): hlm.131-133.

12 Christian J. Tams and James Sloan, eds., *The Development of International Law by the International Court of Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

13 Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, 'The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals', in *The Oxford Handbook of International Adjudication*, ed. Cesare P. R. Romano, Karen J. Alter, and Yuval Shany (Oxford: Oxford University Press, 2014).

konsekuensi bahwa sumber-sumber hukum yang dapat digunakan oleh MI terbuka dari luar pasal tersebut.¹⁴

Peluang penggunaan sumber hukum lain selain yang terdapat dalam Pasal 38 memunculkan gagasan untuk menggunakan hukum Islam sebagai alas bagi MI untuk melaksanakan fungsinya. Hukum Islam sebagai salah pondasi peradaban Islam merupakan salah satu sistem hukum yang ada dan berlaku hingga saat ini. Hukum Islam juga memiliki bagian yang mengatur hubungan dengan komunitas non-Islam, sebagai bagian dari muamalah, yang disebut dengan *Siyar* atau hukum internasional Islam.¹⁵ Peluang ini menimbulkan kesempatan bagi hukum Islam untuk memberikan kontribusi sebagai sumber hukum internasional sekaligus turut aktif dalam pembentukan hukum internasional.

Rumusan Masalah

- 1) Bagaimanakah kedudukan mahkamah internasional dalam pembentukan hukum internasional?
- 2) Bagaimanakah peluang hukum Islam dalam proses pembentukan hukum internasional melalui Mahkamah Internasional?

Metodologi Penelitian

Metode penelitian secara sederhana merupakan cara untuk memperoleh pengetahuan. Dengan demikian, metode penelitian hukum internasional adalah cara memperoleh pengetahuan mengenai hukum internasional secara umum atau norma hukum internasional tertentu.¹⁶ Secara umum, metode penelitian dalam hukum internasional dapat dibagi tiga yaitu: deskriptif, normatif dan kritis. Penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum normatif. Metode normatif yaitu ingin menyelidiki bagaimana hukum yang seharusnya. Dalam prosesnya penelitian dengan metode normatif merupakan aplikasi atau penerapan suatu teori hukum internasional terhadap masalah faktual yang dihadapi masyarakat internasional.¹⁷

Penelitian ini juga menggunakan beberapa pendekatan untuk menjawab identifikasi masalah, yaitu pendekatan historis, konseptual, dan pendekatan kritis. Melalui pendekatan historis, penelitian ini akan melacak perihal latar belakang permasalahan yang diangkat dalam penelitian ini. Dengan mengetahui latar belakang diharapkan dapat mengetahui asal-usul suatu norma itu muncul. Pedoman penggunaan sumber hukum oleh MI dalam memutus perkara atau memberikan pendapat hukum yang tertuang dalam Pasal 38 Statuta MI merupakan fakta normatif. Melacak mengapa norma tersebut muncul

14 Atip Latipulhayat, *Hukum Internasional: Sumber-Sumber Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 2021), hlm.47-49.

15 Abdul Wahhab Khallaf, *Ilmu Ushul Fikih: Kaidah Hukum Islam*, Jakarta: Pustaka Amani, 2003, hlm.32; Muhammad Munir, "Islamic International Law (*Siyar*): an Introduction", *Hamdard Islamicus*, Vol. XXX, No.4, 2012, hlm.11-12

16 Richard Collins, 'How to Defend International Legal Method?', in *Research Methods in International Law: A Handbook*, ed. Nicholas Tsagourias Rossana Deplano (Edward Elgar Publishing, 2021), 9–26.

17 Eliav Lieblich, 'How to Do Research in International Law? A Basic Guide for Beginners', *Harvard International Law Journal* 62 (2021), <https://doi.org/10.2139/ssrn.3704776>.

dan bagaimana pemaknaan terhadap ketentuan tersebut secara historis akan memberikan landasan awal untuk menjawab permasalahan.

Pendekatan konseptual digunakan untuk menemukan landasan konseptual mengenai pembentukan hukum oleh MI dan peluang hukum Islam sebagai sumber pembentukan hukum internasional melalui MI. Selanjutnya akan digunakan pendekatan kritis dengan menguji atau kritik norma. Dengan menggunakan pendekatan antarperadaban¹⁸ maka hukum internasional dipersepsikan sebagai dialog antarperadaban menuju universalisme yang representatif.

Hasil dan Diskusi

Legalitas dan Legitimasi MI Sebagai Pembentuk Hukum Internasional

Dalam perkembangan hukum internasional saat ini, selain menyelesaikan sengketa, pengadilan internasional juga memiliki kapasitas dalam pembentukan hukum internasional. Secara teoritik, legalitas pembentukan hukum internasional oleh peradilan internasional dapat dilakukan melalui pendelegasian kewenangan. Bentuknya dapat dilakukan secara eksplisit, implisit, dan non-konsensual. Pendelegasian eksplisit diartikan bahwa pengadilan internasional secara eksplisit diberikan kewenangan dalam suatu instrument perjanjian intrnasional yang membentuknya, untuk membuat hukum. Sebagai contoh adalah Pengadilan Internasional untuk Bekas Yugoslavia (ICTY). Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa (DK PBB) secara tegas memberikan kewenangan kepada ICTY untuk menetapkan aturan pembuktian dalam menjalankan fungsinya, yang berujung pada perumusan norma-norma dalam hukum pidana internasional. Model delegasi ini juga lazim disebut sebagai "delegasi eksternal" karena negara-negara pembentuk menyerahkannya kepada pihak ketiga.¹⁹

Pendelegasian kewenangan implisit didefinisikan sebagai tafsir pengadilan terhadap ketentuan dalam perjanjian internasional atau praktik negara dalam menetapkan hukum kebiasaan internasional. Tindakan yang dilakukan oleh pengadilan tersebut secara tidak langsung memberikan kewenangan kepada pengadilan internasional untuk menciptakan norma hukum internasional baru. Meskipun tidak secara eksplisit menyebutkan kewenangan untuk membentuk hukum, model delegasi ini menegaskan kewenangan pengadilan internasional untuk membentuk hukum internasional.²⁰ Dalam Kasus Nikaragua, interpretasi MI atas "Efektif Kontrol" membentuk standar baru yang dimasukkan oleh Komisi Hukum Internasional ke dalam rancangan perjanjian internasional tentang tanggung jawab

18 Onuma Yasuaki, *A Transcivilizational Perspective on International Law* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2010); Yasuaki, 'When Was the Law of International Society Born?—An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective'.

19 Tom Ginsburg, 'International Judicial Lawmaking', *Illinois Law and Economics Working Paper*, 2005, hlm.11-20, <https://doi.org/10.1628/186183406786118507>.

20 Ginsburg, 'International Judicial Lawmaking'.

negara.²¹ Sedangkan delegasi non-konsensual diartikan bahwa pengadilan internasional hanya dapat memberikan pendapat hukum dalam situasi di mana tidak ada sengketa. Walaupun hasilnya tidak memaksa para pihak, pendapat hukum juga telah menetapkan standar hukum internasional yang baru.²²

Selain legalitas, legitimasi pembentukan hukum internasional oleh pengadilan internasional juga menjadi penting. Untuk memperoleh legitimasi, putusan suatu pengadilan internasional harus memiliki otoritatif yang didapat karena fungsi konstitutif, peran yang diemban dan reputasi.²³ Legitimasi pengadilan internasional dalam proses pembentukan hukum kemungkinan besar akan diterima jika masyarakat internasional memiliki kepercayaan bahwa pengadilan tersebut kredibel, tidak memihak (imparsial) dan otoritatif, dimana saat mengambil keputusan memiliki pertimbangan yang selaras dengan prinsip-prinsip hukum yang telah diterima. Legitimasi akan meningkat apabila hasil dan prosesnya dipersepsi diperoleh secara adil.²⁴

Dalam *travaux prepatoire* pembentukan MI, para inisiator memang ingin agar MI dibentuk untuk menyelesaikan sengketa dan memberikan opini saja. Baron Deschamps, salah seorang ahli dalam pembentukan MI, menyatakan secara spesifik bahwa doktrin dan preseden tidak membentuk hukum melainkan hanya membantu dalam penerapan hukum yang ada. Seorang hakim hanya menggunakan doktrin dan preseden sebagai penjelasan dari hukum yang ada. Pasal 38 (1) huruf d dan Pasal 59 Statuta MI meneguhkan gagasan awal bahwa putusan MI hanya mengikat para pihak yang bersengketa sedangkan putusan pengadilan (judicial decision) hanya digunakan sebagai sumber hukum tambahan (subsidiary) bagi MI saat memutus sengketa atau memberikan opini. Dengan kata lain, secara normatif, MI tidak dapat membentuk hukum. Pendapat ini diperkuat melalui salah satu putusan MI dalam kasus *Legality of the Use or Threat of Nuclear Weapons*, yang menyatakan bahwa:²⁵

"It is clear that the Court cannot legislate . . . Rather its task is to engage in its normal judicial function of ascertaining the existence or otherwise of legal principles and rules . . . The contention that the giving of an answer to the question posed would require the Court to legislate is based on a supposition that the present corpus juris is devoid of relevant rules in this matter. The Court could not accede to this argument; it states the existing law and does not legislate"

Meskipun secara historis MI diberikan yurisdiksi hanya untuk memutus sengketa antarnegara atau nasihat hukum kepada organ di bawah PBB, namun dalam perkembangannya MI juga turut berperan dalam pembentukan hukum internasional.²⁶

21 Robert Kolb, 'Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (1984 to 1986)', in *Landmark Cases in Public International Law*, ed. Eirik Bjorge and Cameron Miles (Oxford: Hart Publishing, 2017), hlm.349-376.

22 Ginsburg, 'International Judicial Lawmaking'.

23 Malcolm N. Shaw, 'The International Court of Justice: A Practical Perspective', *International & Comparative Law Quarterly* 46, no. 4 (1997): hlm.83, <https://doi.org/10.1017/S0020589300061236>.

24 Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), hlm.344.

25 Boyle and Chinkin, hlm. 301-354.

26 Boyle and Chinkin, hlm.353-354.

Makna pembentukan hukum internasional di sini tentu tidak sama dalam konteks fungsi legislasi yang ada dalam sistem politik domestik suatu negara. Thomas Buergenthal, mantan hakim MI, menyebutnya sebagai "*normative accretion*" yaitu dalam kewenangannya untuk menerapkan dan menafsirkan hukum untuk menyelesaikan kasus tertentu, maka secara aktif para hakim di MI juga melakukan klarifikasi terhadap norma dalam hukum yang ada sekaligus membuat hukum.²⁷ Selain itu, hasil dari MI bersifat otoritatif dan memberikan kontribusi beragama terhadap perkembangan sumber hukum internasional.²⁸

Secara konstitutif, statuta MI tidak "mengakui" yurisdiksi untuk membentuk hukum namun dalam praktik MI memiliki peran yang signifikan dalam pembentukan hukum. Proses MI dalam menyelesaikan sengketa pada dasarnya tidak hanya menerapkan hukum namun juga melakukan penafsiran terhadap hukum internasional yang ada, baik terhadap perjanjian internasional, kebiasaan maupun prinsip hukum umum.

Dalam konteks perjanjian internasional, penerapan atau penafsiran MI ikut memberikan kontribusi terhadap perluasan atau penyempitan makna norma perjanjian internasional. Perjanjian internasional pada dasarnya merupakan pertukaran hak dan kewajiban antarnegara yang membuatnya. Konsekuensi dari perjanjian internasional sebenarnya hanya mengikat para pihak saja padahal terdapat nilai-nilai universal bagi masyarakat internasional yang terpengaruh dari perjanjian tersebut. Pada situasi ini, MI perlu melakukan penafsiran terhadap norma perjanjian internasional agar juga dapat melindungi kepentingan masyarakat internasional bukan pada pihak yang bersengketa saja.²⁹

Kebiasaan internasional sebagai sumber hukum internasional terdiri dari dua unsur, praktik negara dan pengakuan kebiasaan tersebut sebagai hukum (*opinio juris*).³⁰ Perihal makna praktik negara secara umum sebagai kebiasaan internasional, MI telah memberikan tafsirannya. Tidak memerlukan periode waktu yang panjang, tidak harus diikuti semua negara, dan hanya negara yang melakukan protes secara terus-menerus yang tidak menjadi bagian dari kebiasaan tersebut, merupakan tafsir atas praktik negara. *Opinio juris* merupakan kebiasaan yang menimbulkan kewajiban hukum. Hal ini untuk membedakan dengan "*usage*" (kebiasaan) sebagai kebiasaan yang tidak memiliki kewajiban hukum.³¹ Pada kasus *Fisheries Jurisdiction* tahun 1974 misalnya, MI berhasil melakukan penafsiran perihal konsep 12 mil zona perikanan eksklusif dan hak preferensi bagi negara pantai yang kemudian menjadi hukum

27 Thomas Buergenthal, 'Lawmaking by the ICJ and Other International Courts', *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 103 (2009): hlm.403-407.

28 Tams and Sloan, *Dev. Int. Law by Int. Court Justice*, hlm.377-378.

29 Vera Gowlland-Debbas, 'The Role of the International Court of Justice in the Development of the Contemporary Law of Treaties', in *The Development of International Law by the International Court of Justice*, ed. Christian J. Tams and James Sloan (Oxford: Oxford University Press, 2013), hlm.25-52.

30 Malcolm N. Shaw, *International Law, Fifth Edit* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), hlm.70-88.

31 James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law, Eight Edit* (Oxford: Oxford University Press, 2013), hlm.30-34.

kebiasaan internasional.³² Dalam konteks kebiasaan internasional, maka dapat dilihat bagaimana MI memberikan tafsiran kepada unsur-unsur kebiasaan yang kemudian dianggap sebagai norma oleh masyarakat internasional. Dengan demikian, MI melakukan pembentukan hukum perihal penafsiran kebiasaan internasional yang dapat dijadikan sebagai sumber hukum internasional.

Pada saat pembentukan MI, proposal dari Root dan Philimore, para inisiator, diterima oleh semua pihak. Proposal mereka menyatakan bahwa maksud dalam ketentuan Pasal 38 ayat (1) huruf c yaitu prinsip-prinsip yang diterima sebagai hukum oleh hukum domestik dari negara-negara beradab. Namun, hal ini tidak berarti secara langsung MI mengadopsi hukum materiil maupun formil dari suatu negara melainkan hanya model legal reasoning dan analogi komparasi untuk memperoleh seperangkat aturan yang koheren dalam proses pengadilan di MI.³³ Tafsir atas prinsip ini dapat dilihat misalnya dalam kasus *Corfu Channel*, tahun 1949 yang menyatakan bahwa pembuktian tidak langsung (indirect evidence) telah diakui sebagai prinsip oleh semua sistem hukum nasional. Oleh karena itu, MI dapat menggunakannya.³⁴ Praktik MI perihal prinsip hukum juga membuktikan bagaimana MI dapat “meminjam” hukum domestik untuk kemudian dijadikan sumber hukum dalam memutus perkara.

Asas *Non Liqueat*, bahwa pengadilan tidak boleh menolak sengketa dengan alasan tidak ada hukum, juga memiliki kontribusi bagi MI untuk membentuk hukum. Kekosongan hukum yang terjadi dalam suatu kasus mengharuskan hakim MI untuk melakukan penemuan dan berujung pada pembentukan hukum itu sendiri. Higgins, salah seorang mantan hakim MI, menyesalkan bagaimana MI gagal memberikan nasihat hukum yang definitive dalam kasus *Nuclear Weapons*. Saat memberikan pertimbangannya, Higgins menyatakan bahwa saat menyelesaikan sengketa, hakim di MI pada dasarnya juga melakukan pembentukan hukum oleh pengadilan (judicial legislation),³⁵

"It is the role of the judge to resolve, in context, and on grounds that should be articulated, why the application of one norm rather than another is to be preferred in the particular case. As these norms indubitably exist, and the difficulties that face the Court relate to their application, there can be no question of judicial legislation"

Berdasarkan pembahasan di atas, maka MI memiliki legalitas dan legitimasi dalam pembentukan hukum internasional. Legalitas MI dalam membentuk hukum internasional diperoleh berdasarkan pendelegasian kewenangan yang implisit dan non-konsesual. Pendapat ini dapat dilihat bagaimana putusan dan pendapat MI berperan dalam membentuk norma dalam hukum internasional. Meskipun secara eksplisit, MI tidak diberikan kewenangan untuk menciptakan hukum, namun setidaknya MI telah memberikan modalitas bagi negara untuk mengembangkan hukum internasional. Meskipun secara konstitutif diskresi yang diberikan oleh negara secara eksplisit kepada MI hanya untuk memutus sengketa dengan menerapkan hukum yang ada (law apply),

32 Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, hlm.323.

33 Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, hlm.34-35.

34 Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, hlm.310-354.

35 Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*.

namun secara praktik dapat dibuktikan bahwa hasil MI, baik putusan maupun pendapat hukum, telah menjadi sumber dalam pembentukan hukum internasional (judicial law making). Putusan dan pendapat hukum MI memiliki legitimasi karena dikeluarkan oleh lembaga yang otoritatif, tidak memihak, adil dan selaras dengan prinsip-prinsip hukum yang diterima.³⁶

Hukum Islam sebagai Sumber Hukum Dalam MI

Sebagai lembaga yudisial utama di bawah PBB, MI memiliki dua fungsi yaitu untuk menyelesaikan sengketa dan memberikan nasihat hukum. Dalam melaksanakan fungsinya, MI diberikan panduan sebagaimana diatur dalam Pasal 38 Statuta MI. Pasal tersebut memiliki kelemahan karena sejak awal tidak dimaksudkan sebagai formula wajib dan lengkap sebagai sumber hukum internasional melainkan hanya sebagai pedoman saja. Kelemahan ini membawa konsekuensi bahwa sumber-sumber hukum yang dapat digunakan oleh MI terbuka dari luar pasal tersebut.³⁷ Berdasarkan penafsiran tersebut maka sangat terbuka bagi MI untuk menggunakan hukum Islam sebagai sumber hukum dalam melaksanakan fungsinya.

Secara teoritik, Pemanfaatan hukum Islam oleh MI dalam kerangka pembentukan hukum internasional yang mencerminkan universalisme dapat dilakukan melalui dua jalur; langsung dan tidak langsung. MI dapat menggunakan norma hukum Islam secara langsung melalui jalur Prinsip Hukum Umum yang diatur dalam Pasal 38 ayat (1) huruf c. "the general principles of law recognized by civilized nations". Pengertian "civilized nations" yang telah meluas memungkinkan MI untuk merujuk kepada norma hukum Islam yang dipraktikkan oleh negara-negara Islam atau negara yang megadopsi hukum Islam sebagai bagian hukum domestiknya. Jalur tidak langsung (indirect) diasumsikan bisa digunakan via perjanjian atau praktik negara-negara yang telah mengadopsi norma hukum Islam. Maksudnya adalah hukum Islam ditransformasi terlebih dahulu menjadi norma dalam perjanjian internasional atau praktik negara lalu kemudian dapat digunakan oleh MI. Lombardi mendorong pengadilan domestik untuk menerjemahkan prinsip-prinsip hukum Islam dalam putusan sehingga bisa dijadikan referensi oleh MI.³⁸

Namun demikian, praktik MI dalam menjalankan fungsinya sejak tahun 1945 hingga 2014, tercatat hanya ada 14 dokumen MI yang menyebutkan hukum Islam didalamnya meskipun tidak membahas secara mendalam. Ada tujuh kasus dimana para hakim menyebut hukum Islam dalam memberikan pendapat berbeda, baik setuju maupun menolak, dalam putusan MI. Fakta ini tentu saja dapat dimaknai bahwa keterwakilan hukum Islam dalam MI sangat minim.³⁹

Pendapat MI dalam kasus Western Sahara, tahun 1975, menolak argumen Maroko perihal status kepemilikan Western Sahara. Maroko berpendapat bahwa Western

36 Aqimuddin and Latipulhayat, 'Legality and Legitimacy of Domestic Court Decision as a Source of International Lawmaking'.

37 Latipulhayat, Hukum Internasional: Sumber-Sumber Hukum.

38 Clark B. Lombardi, 'Islam and International Law: Islamic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: An Analysis', *Chicago Journal of International Law* 8, no. 1 (2007): 85-118.

39 Lombardi.

Sahara merupakan bagian dari wilayahnya karena penduduk Western Sahara memiliki ketertundukan dengan Kesultanan Maroko, berdasarkan ikatan keagamaan yaitu Islam. Dengan menggunakan dasar hukum Islam, Maroko mengklaim wilayah tersebut secara sah merupakan bagian dari teritorial Maroko.⁴⁰

MI berpendapat lain dengan menyatakan bahwa ketertundukan secara keagamaan tidak otomatis membuktikan adanya ketertundukan atau ikatan kedaulatan (territorial-ties). Mengacu kepada sumber hukum internasional yang diatur dalam Pasal 38 (1) Statuta MI, suatu kedaulatan atas wilayah perlu dibuktikan secara nyata dalam bentuk hukum adanya penguasaan secara aktif dan pengakuan secara politik penduduk Western Sahara terhadap kekuasaan Maroko. MI lalu berpendapat bahwa Maroko gagal untuk membuktikan hal tersebut.⁴¹

Pada putusan kasus *Libya vs. Chad*, tahun 1994, MI menganulir argumentasi Libya yang menyatakan bahwa penduduk Jalur Azzou (Azzou Strip) tunduk kepada otoritas keagamaan (Islam) yang sah di Libya. Berdasarkan alasan tersebut Libya mengklaim bahwa wilayah Jalur Azzou tunduk kepada teritorial Libya. Majelis MI kembali menolak argumentasi yang didasari sumber hukum Islam yang kali ini diajukan Libya. MI mengajukan argumentasinya dengan merujuk kepada perjanjian internasional yakni perjanjian perbatasan antara Libya dengan Perancis pada tahun 1955, perihal wilayah teritorial. Dalam perjanjian tersebut, para pihak sepakat tidak memasukan Jalur Azzou ke dalam kedaulatan Libya. Sumber hukum inilah yang digunakan MI untuk memutus bahwa Jalur Azzou merupakan wilayah kedaulatan Chad.⁴²

Merujuk kepada praktik MI tersebut maka dapat dilihat bagaimana MI dalam memutus suatu sengketa hanya menggunakan sumber hukum internasional yang telah ditentukan dalam Pasal 38 Statuta MI. Sumber hukum utama MI dalam pengambilan keputusan tersebut adalah perjanjian internasional dan praktik negara. Praktik negara di sini dapat dimaknai sebagai manifestasi dari sumber hukum kebiasaan internasional dan prinsip hukum umum (*uti possidetis*) dan efektif kontrol.⁴³ Fakta tersebut menegaskan kekhawatiran adanya bias pada keputusan-keputusan yang dihasilkan oleh MI.⁴⁴

Kasus-kasus tersebut juga dapat dimaknai secara meluas untuk melihat interaksi antara hukum internasional dengan hukum Islam. Dalam kasus tersebut dapat dilihat bahwa relasi antara hukum internasional dengan hukum Islam merupakan dua sistem

40 William Samuel Dickson Cravens, 'The Future of Islamic Legal Arguments in International Boundary Disputes Between Islamic States', *Wash & Lee L. Rev* 55, no. 2 (1998): hlm.544.

41 Emilia Justyna Powell, 'Islamic Law States and Peaceful Resolution of Territorial Disputes', *International Organization* 69, no. 4 (2015): hlm. 784, <https://doi.org/10.1017/S0020818315000156>; Cravens, 'The Future of Islamic Legal Arguments in International Boundary Disputes Between Islamic States'.

42 Cravens, 'The Future of Islamic Legal Arguments in International Boundary Disputes Between Islamic States', hlm.550.

43 Brian Taylor Sumner, 'Territorial Disputes at the International Court of Justice', *Duke Law Journal* 53, no. 6 (2004): hlm.1809-1812.

44 Eric A. Posner and Miguel F.P. De Figueiredo, 'Is the International Court of Justice Biased?', *Journal of Legal Studies* 34, no. 2 (2005): hlm.624-626, <https://doi.org/10.1086/430765>; Kai-chih Chang, 'Law Birds of a Feather: Patterns of Judicial Decision-Making at the International Court of Justice, 1946-2015' (Indiana University, 2017), hlm.196-197.

yang berbeda sehingga tidak perlu bagi hakim MI untuk merujuk kepada hukum Islam. Gagasan untuk menjadikan hukum Islam sebagai pondasi bagi hukum internasional adalah sesuatu yang tidak mungkin. Keduanya merupakan sistem hukum yang berbeda, baik dilihat dari sisi otoritas dan kelembagaan. Adapun yang disebut dengan hukum internasional Islam sebenarnya tidak ada, praktik tersebut hanya komentar Islam terhadap hukum internasional sebagai entitas hukum asing.⁴⁵ Meskipun dalam sejarah terbukti bahwa hukum internasional Islam pernah dipraktikkan oleh Kekaisaran Ottoman, Turki dengan masyarakat lain namun fakta ini tidak dapat digunakan sebagai justifikasi untuk diterima dalam hukum internasional. Di era modern saat ini, hukum internasional merupakan sebuah ajang kontestasi nilai. Oleh karena itu, agar Islam dapat diterima oleh hukum internasional modern maka perlu beradaptasi dengan nilai-nilai modernitas saat ini.⁴⁶

Pada spektrum yang lain, gagasan bahwa hukum Islam tidak dapat berpartisipasi dalam pengembangan hukum internasional mendapatkan suatu pertentangan. Beberapa sarjana melihat bahwa perkembangan hukum internasional saat ini juga berhutang kepada hukum Islam. Dengan bahasa yang membangun, Khalid Abou El Fadl menyatakan bahwa hukum internasional merupakan warisan kolektif dari seluruh ras manusia, termasuk muslim.⁴⁷ An-Naim menambahkan bahwa interaksi hukum internasional dengan hukum Islam merupakan sebuah dialog peradaban atau “a conversation between civilizations”. Dialog tersebut dapat dilakukan dengan syarat menjadikan hukum Islam sebagai prinsip hukum yang diakui oleh bangsa beradab.⁴⁸

Meskipun secara epistemologi sumber hukum internasional dengan *Siyar* berbeda, MI dengan kapasitas sebagai institusi yudisial bagi hukum internasional publik, harusnya mampu mewakili sistem hukum yang ada di dunia saat menyelesaikan suatu perkara.⁴⁹ Posisi MI yang krusial dalam landscape hukum internasional, sebagai salah satu lembaga yudisial, turut mempengaruhi perkembangan hukum internasional. Christian J. Tams⁵⁰ menyimpulkan beberapa pengaruh yang muncul akibat putusan atau opini MI, yaitu yurisprudensi MI memiliki dampak praktis terhadap semua area hukum internasional kontemporer; bersifat otoritatif; menempatkan kedudukan MI sebagai “*law-formative agency*”; dan kontribusi terhadap perkembangan hukum internasional dilakukan dalam berbagai cara. Dengan peran yang sangat penting tersebut, menjadi sangat rasional bahwa MI perlu mempertimbangkan sumber hukum lain di luar dirinya, dalam hal ini *Siyar*, sebagai upaya untuk mewujudkan hukum internasional yang benar-benar internasional.

Secara kelembagaan, MI menjaga universalitas hukum internasional melalui pengaturan dalam Pasal 9 Statuta MI yang menyatakan bahwa pemilihan hakim di

45 David A Westbrook, ‘International Law and Public International Law : Separate Expressions of World Order Islamic’, *Virginia Journal of International Law* 33 (1993): hlm.858-885.

46 Afsah, ‘Contested Universalities of International Law. Islam’s Struggle with Modernity’, hlm.304-305.

47 Bashir, *Islamic International Law*, hlm.viii.

48 Abdullahi Ahmed An-Naim and Lama Abu Odeh, ‘Islam and International Law: Toward A Positive Mutual Engagement to Realize Shared Ideals’, in *The Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 98, 2004, hlm.166.

49 Robert Kolb, *The International Court of Justice* (Oxford: Hart Publishing, 2013), hlm.56.

50 Tams and Sloan, *Dev. Int. Law by Int. Court Justice*, hlm.377-378.

mahkamah harus menjamin keterwakilan “peradaban” dan “sistem hukum” dengan redaksi sebagai berikut:

“At every election, the electors shall bear in mind not only that the persons to be elected should individually possess the qualifications required, but also that in the body as a whole the representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world should be assured.”

Secara historis, pasal ini bermaksud untuk menyelesaikan persoalan prinsip persamaan antar negara (equality of states) antara negara-negara “Great Power” dengan negara-negara baru merdeka. Negara-negara tersebut menghendaki keterwakilan mereka dalam MI melalui representasi seorang hakim sedangkan bagi negara-negara baru merdeka kehendak tersebut menciderai prinsip persamaan negara. Namun, dalam praktik selama ini terbukti bahwa negara-negara “Great Power” selalu terwakili. Untuk mengimbangi fakta yang ada, statuta memberikan kewenangan kepada negara yang bersengketa, khususnya negara-negara kecil, untuk memilih hakim ad hoc sebagai bentuk keseimbangan.⁵¹

Menurut Shabtai Rosenne⁵², ketentuan Pasal 9 merupakan kualifikasi politik bagi seorang hakim untuk dipilih sehingga syarat ini wajib dipenuhi pada saat memilih seorang hakim. Sesungguhnya tafsir terhadap Pasal 9 harus dikaitkan dengan ketentuan Pasal 2 perihal syarat personalitas hakim yang harus memiliki moralitas yang tinggi dan kompetensi di bidang hukum yang diakui. Dengan demikian, yang menjadi penting adalah kualifikasi personal daripada politik. Fassbender⁵³ menyatakan bahwa belum ada kesepahaman final perihal pengertian dari *keterwakilan* “*main forms of civilization*” dan “*principal legal system of the world*” dalam Pasal 9 Statuta MI. Ketidakjelasan definisi sepertinya memang dibiarkan untuk memelihara fleksibilitas dalam pemilihan serta disebabkan karena pasal tersebut bukan norma yang memaksa. Meskipun demikian, pemahaman perihal ketentuan keterwakilan dalam Pasal 9 MI akan membantu sebagai kelanjutan pemaknaan hukum internasional dalam persepektif teori antarperadaban.

Representasi berarti menghadirkan sesuatu yang tidak secara harfiah hadir. Definisi yang diajukan oleh Pitkin ini harus dibaca dalam konteks kehadiran mewakili dalam bentuk perbuatan (action). Definisi tersebut tidak melihat kepada karakteristik seorang wakil atau bagaimana ia diberikan kedudukan untuk mewakili. Namun, ia mencoba untuk melihat apakah perbuatan seorang wakil dapat dianggap berhasil mewakili konstituennya.⁵⁴ Secara etimologi konsep representasi mengalami evolusi,

51 Bardo Fassbender, ‘The Representation of the “Main Forms of Civilization” and of “the Principal Legal System of the World”’, in *Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, ed. Denis Alland, Vincent Chetail, and Olivier de Frouville & Jorge E. Viñuales (Leiden: Martinus Nijhoff, 2014), hlm. 581–97; Bardo Fassbender, ‘Article 9’, in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, ed. Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat, and Andreas Zimmermann (Oxford: Oxford University Press, 2012), hlm. 888–918.

52 Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920–2005* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2006), hlm.361.

53 Fassbender, ‘Article 9’; Fassbender, ‘The Representation of the “Main Forms of Civilization” and of “the Principal Legal System of the World”’.

54 Hanna F Pitkin, *The Concept of Representation* (Berkeley: University of California Press, 1972), hlm.144.

namun teori representasi sering diatribusikan kepada representasi politis. Berbeda dengan yang diajukan Pitkin, diskusi perihal representasi dalam ruang representasi politik cenderung berbicara tentang pemilu dan akuntabilitas.⁵⁵ Tentu saja perbedaan ini disebabkan karena Pitkin berbicara dalam ruang lingkup yang lebih luas, tidak fokus pada representasi politik.⁵⁶

Teori representasi setidaknya dapat digunakan untuk menjawab tiga persoalan; siapa yang diwakilkan? apa yang diwakilkan? dan bagaimana cara mewakilkan tersebut. Dalam pendekatan liberalisme, pertanyaan siapa merujuk kepada individu sebagai subjek. Apa yang diwakilkan adalah keinginan atau preferensi dari individu tersebut sedangkan cara mewakilkan biasanya merujuk kepada mekanisme pilihan sosial yang responsive terhadap preferensi subjek.⁵⁷

Jika liberalisme melihat representasi kepada individu maka Burke lebih melihat kepada kepentingan. *“Political representation is the representation of interest, and interest has an objective, impersonal, unattached reality”*⁵⁸ Dengan definisi tersebut, representasi versi Burke cenderung elitis dan otoriter. Elitis karena cukup menyakinkan bahwa parlemen merupakan wakil dari seluruh bangsa. Untuk menjadi anggota parlemen dibutuhkan rasio yang baik sehingga hanya orang-orang yang memiliki kebijaksanaan dan kemampuan saja dapat terpilih. Otoriter karena pemerintah tidak perlu memenuhi kehendak konstituen namun menjalankan pemerintahan berdasarkan kebijaksanaan dan moralitas.

Teori representasi dapat dibagi menjadi tiga varian, yaitu deskriptif, substantif dan simbolik. Deskriptif representasi adalah pihak yang mewakili mencerminkan yang siapa yang diwakili secara objektif. Keterwakilan kepentingan perempuan misalnya hanya bisa diwakili oleh perempuan. Substantif representasi tidak melihat ke siapa pihak yang mewakili namun kepentingan apa yang diwakili. Representasi simbolik juga melihat bahwa aktor yang mewakili dianggap membawa kepentingan yang diwakili. Perbedaan dengan representasi deskriptif adalah bahwa perwakilan kepentingan perempuan bisa saja dilakukan oleh laki-laki selama ia dianggap sebagai simbol yang dapat mewakili kepentingan perempuan.⁵⁹

Berdasarkan penjelasan di atas maka hukum Islam seharusnya digunakan oleh MI dalam menjalankan fungsinya. Hal ini untuk memberikan legitimasi klaim universalisme hukum internasional dengan menyediakan ruang representasi bagi hukum Islam. Dengan demikian, pemanfaatan hukum Islam sebagai sumber hukum, baik langsung maupun tidak langsung, bagi MI dalam melaksanakan fungsinya secara otomatis telah melibatkan hukum Islam dalam pembentukan hukum internasional.

Hukum Islam dan Pembentukan Hukum Internasional Via MI

55 Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, 'Why States Act through Formal International Organizations', *Journal of Conflict Resolution* 42, no. 1 (1998): 3–32, <https://doi.org/10.1177/0022002798042001001>.

56 Pitkin, *The Concept of Representation*, hlm.221.

57 Albert P. Weale, 'Representation, Individualism, and Collectivism', *Ethics* 91, no. 3 (1981): hlm.457.

58 Pitkin, *The Concept of Representation*.

59 Olle Tornquist, Neil Webster, and Kristian Stokke, *Rethinking Popular Representation* (New York: Palgrave Macmillan, 2009).

Dalam pembahasan sebelumnya, telah dikemukakan bahwa hukum Islam dapat berperan serta dalam pembentukan hukum internasional melalui jalur MI. Caranya adalah MI menjadikan hukum Islam sebagai sumber hukum dalam menjalankan fungsinya. Meskipun secara konseptual hal tersebut mungkin untuk dilakukan, pertanyaan selanjutnya adalah seberapa besar kesempatan tersebut dapat terwujud?

Jika melihat praktik MI dalam menjalankan fungsinya sejak tahun 1945 hingga 2014, tercatat hanya ada 14 dokumen MI yang menyebutkan hukum Islam didalamnya meskipun tidak membahas secara mendalam. Ada tujuh kasus dimana para hakim menyebut hukum Islam dalam memberikan pendapat berbeda, baik setuju maupun menolak, dalam putusan MI.⁶⁰ Fakta ini tentu saja dapat dimaknai bahwa keterwakilan hukum Islam dalam MI sangat minim. Dengan kata lain, hukum Islam belum sepenuhnya terwakili dalam hukum internasional.

Salah satu kaidah fiqh menyatakan bahwa, “sesuatu yang tidak dapat dilaksanakan seluruhnya tidak boleh ditinggalkan seluruhnya.” Maksud dari kaidah tersebut adalah apabila tidak dapat atau tidak mampu berbuat kebaikan yang banyak, maka berbuat kebaikan sedikit tetap dilakukan, tidak boleh kita tinggalkan semuanya.⁶¹ Dalam konteks artikel ini, kaidah tersebut dapat diartikan jika hukum Islam tidak digunakan sebagai sumber hukum internasional oleh MI dalam setiap putusan atau nasihat hukum yang dikeluarkan maka cukupkan untuk dapat digunakan dalam kasus-kasus tertentu.

Oleh karena itu perlu dibuat klasifikasi sengketa yang harus diselesaikan oleh MI dengan merujuk kepada sumber hukum Islam. Mantan hakim MI, Fouad Ammoun misalnya mengusulkan dua persyaratan agar hukum Islam dapat digunakan oleh MI. Pertama, hukum Islam dapat digunakan jika sumber hukum tradisional tidak dapat menyediakan solusi terhadap kasus yang sedang diselesaikan. Kedua, hukum Islam juga dapat diterapkan apabila para pihak atau salah satu pihak yang berperkara merupakan negara dengan mayoritas muslim.⁶²

Kritik terhadap argumen Ammoun tersebut adalah jika hukum Islam digunakan hanya sebagai alternatif maka keterwakilan sistem hukum lain dalam MI tetap tidak terselesaikan. Idealnya, hukum Islam tetap dapat dipertimbangkan oleh MI meskipun sumber hukum tradisional juga mengatur persoalan yang sama. Seperti yang diusulkan oleh Kim, mahkamah sebenarnya dapat memperlakukan hukum Islam sebagai hukum kebiasaan dalam negara atau region tertentu. Hal ini sebagaimana pengakuan hukum kebiasaan regional yang diakui oleh MI dalam putusan Kasus Asylum.⁶³ Dengan demikian, penafsirannya jangan sebagai pilihan terakhir namun didudukkan sebagai sumber yang setara sebagai hukum kebiasaan dalam suatu negara atau kawasan.

60 Lombardi, 'Islam and International Law: Islamic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: An Analysis'; Emilia Justyna Powell, 'Islamic Law States and the International Court of Justice', *Journal of Peace Research* 50, no. 2 (2013): 203–17, <https://doi.org/10.1177/0022343312470275>.

61 Duski Ibrahim, *Al-Qawaid Al-Fiqhiyyah: Kaidah-Kaidah Fiqih* (Palembang: Noerfikri, 2019), hlm. 134.

62 Lombardi, 'Islam and International Law: Islamic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: An Analysis', hlm. 113.

63 Kim, 'Making International Law Truly 'international'; Reflecting on Colonial Approaches to the China-Vietnam Dispute in the South China Sea and the Tribute System', hlm.24-25.

Usulan Ammoun yang kedua juga problematik. Setidaknya ada dua alasan yang dapat diajukan. Pertama, pada faktanya negara-negara muslim enggan untuk menggunakan jalur MI dalam menyelesaikan sengketa karena persepsi bahwa MI tidak bersahabat dengan hukum Islam.⁶⁴ Kedua, sistem hukum yang digunakan oleh MI memang bias dalam arti lebih dekat dengan prinsip-prinsip sistem hukum kontinental dan anglo-saxon.⁶⁵ Oleh karena itu, jika MI menetapkan penggunaan hukum Islam secara arbitrer dengan argumen bahwa para pihak merupakan negara Islam maka hal tersebut juga tidak memberikan legitimasi dari sisi para pihak.

Penulis mengusulkan bahwa MI dapat menggunakan hukum Islam dalam melaksanakan kewenangannya apabila para pihak atau salah satu pihak mendasarkan argumentasinya pada hukum Islam. Terdapat beberapa alasan kenapa usulan ini memiliki legalitas dan legitimasi.

Pertama, kewenangan MI untuk menyelesaikan sengketa pada dasarnya adalah berdasarkan kesepakatan para pihak. Dengan demikian, jika para pihak dalam permohonannya maupun bantahannya mengajukan hukum Islam sebagai alas dalam perkaranya maka MI wajib mempertimbangkan argumentasi tersebut karena itu sesuatu yang diinginkan para pihak. Persoalannya, dalam kasus *Western Sahara dan Libya v. Chad*, MI mengabaikan fakta tersebut. Kemungkinan memang MI dengan sengaja mengabaikannya karena terikat oleh sumber hukum tradisional atau tidak memiliki kapasitas untuk membahas hukum Islam secara mendalam karena para hakim tidak memiliki kemampuan untuk membahas hukum Islam secara mendalam. Jika merujuk kepada dua praktik MI tersebut, memang terlihat MI merasa hanya terikat kepada sumber hukum tradisional. Persoalan kemampuan para hakim, yang tidak memiliki latar belakang pendidikan formal dan keahlian di bidang hukum Islam, menjadi unsur penebal bahwa akhirnya MI mengabaikan rujukan kepada hukum Islam.

Jika ditinjau dari sisi legalitas maka usulan yang penulis ajukan memiliki rujuhkannya dalam statuta MI sendiri. Seperti dalam pembahasan sebelumnya, kewenangan implisit yang diberikan kepada MI memberikan kekuasaan kepada MI untuk membentuk hukum melalui putusan maupun pendapat hukumnya. Dalam melaksanakan kewenangan tersebut MI diberikan pedoman sumber-sumber hukum yang dapat digunakan dimana ketentuan tersebut secara historis dan faktual memberikan kesempatan bagi MI untuk dapat menggunakan sumber hukum selain yang telah diatur. Oleh karena para pihak menggunakan ingin sumber hukum di luar yang ditentukan dalam statuta, maka MI secara legalitas memiliki dalil untuk menggunakan hukum Islam sebagai rujukan apabila para pihak menggunakan argumen berdasarkan hukum Islam.

Kedua, legitimasi dalam hukum internasional merupakan persoalan pengakuan suatu nilai oleh masyarakat internasional.⁶⁶ Universalisme hukum internasional dapat

64 Powell, 'Islamic Law States and the International Court of Justice'.

65 Emilia Justyna Powell and Sara Mc Laughlin Mitchell, 'The International Court of Justice and the World's Three Legal Systems', *Journal of Politics* 69, no. 2 (2007): 397-415, <https://doi.org/10.1111/j.1468-2508.2007.00539.x>.

66 Thomas M. Franck, 'Legitimacy in the International System', *American Journal of International Law* 82, no. 4 (October 1988): hlm. 705-759, <https://doi.org/10.2307/2203510>.

diakui oleh masyarakat internasional apabila seluruh sistem hukum terwakili. Oleh karena itu, MI sebagai penafsir hukum internasional terpenting, selain negara, perlu untuk memperlihatkan watak universalnya. Caranya dengan membuka perwakilan sistem hukum seluas-luasnya dalam menjalankan fungsinya. Dengan demikian, usulan penulis agar MI menggunakan hukum Islam dalam putusannya apabila para pihak menjadikannya sebagai argumen hukum memiliki legitimasinya untuk membuktikan klaim hukum internasional itu sendiri.

Kesimpulan

Masa depan hukum Islam dalam proses pembentukan hukum internasional melalui MI sangat terbuka luas. Hal ini dapat diterapkan apabila para pihak yang bersengkata mendalilkan argumennya berdasarkan hukum Islam. Penggunaan hukum Islam sebagai sumber hukum bagi MI dalam golongan sengketa demikian memiliki legalitas dan legitimasi. Legal karena sesuai dengan delegasi implisit yang diberikan kepada MI untuk membentuk hukum saat melaksanakan kewenangannya. Sumber hukum internasional tradisional tidak membuat tertutup bagi MI untuk mengambil rujukan dari hukum Islam, apalagi para pihak sendiri yang menghendaki. Legitimasinya diperoleh sebagai bentuk pengakuan universalisme hukum internasional dengan menjadikan sumber hukum Islam sebagai rujukan yang setara.

Referensi

- Abbott, Kenneth W., and Duncan Snidal. 'Why States Act through Formal International Organizations'. *Journal of Conflict Resolution* 42, no. 1 (1998).
- Afsah, Ebrahim. 'Contested Universalities of International Law. Islam's Struggle with Modernity'. *Journal of the History of International Law* 10, no. 2 (2008).
- An-Naim, Abdullahi Ahmed, and Lama Abu Odeh. 'Islam and International Law: Toward A Positive Mutual Engagement to Realize Shared Ideals'. In *The Annual Meeting (American Society of International Law)*, 98: 2004.
- Anghie, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- — —. 'The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities'. *Third World Quarterly* 27, no. 5 (2006).
- Aqimuddin, Eka An, and Atip Latipulhayat. 'Legality and Legitimacy of Domestic Court Decision as a Source of International Lawmaking'. *Brazilian Journal of International Law* 20, no. 1 (2023).
- Bashir, Khaled. *Islamic International Law*. UK: Edward Elgar Publishing, 2018.
- Bedjaoui, Mohamed. 'Poverty of the International Order'. In *International Law: A Contemporary Perspective*, edited by Richard Falk, Friedrich Kratochwil, and Saul H. Mendlovitz, London: Westview Press, 1985.
- Bogdandy, Armin von, and Ingo Venzke. 'The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals'. In *The Oxford Handbook of International Adjudication*, edited by Cesare P. R. Romano, Karen J. Alter, and Yuval Shany. Oxford: Oxford University Press, 2014.

- Boyle, Alan, and Christine Chinkin. *The Making of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Buergenthal, Thomas. 'Lawmaking by the ICJ and Other International Courts'. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 103 (2009).
- Chang, Kai-chih. 'Law Birds of a Feather : Patterns of Judicial Decision-Making at the International Court of Justice , 1946-2015'. Indiana University, 2017.
- Cravens, William Samuel Dickson. 'The Future of Islamic Legal Arguments in International Boundary Disputes Between Islamic States'. *Wash & Lee L. Rev* 55, no. 2 (1998).
- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Eight Edit. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Fassbender, Bardo. 'Article 9'. In *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, edited by Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat, and Andreas Zimmermann, 888-918. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- — —. 'The Representation of the "Main Forms of Civilization" and of "the Principal Legal System of the World''. In *Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, edited by Denis Alland, Vincent Chetail, and Olivier de Frouville & Jorge E. Viñuales, Leiden: Martinus Nijhoff, 2014.
- Franck, Thomas M. 'Legitimacy in the International System'. *American Journal of International Law* 82, no. 4 (October 1988).
- Galindo, George Rodrigo Bandeira. 'Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law'. *European Journal of International Law* 16, no. 3 (2005).
- Ginsburg, Tom. 'International Judicial Lawmaking'. *Illinois Law and Economics Working Paper*, 2005.
- Gowlland-Debbas, Vera. 'The Role of the International Court of Justice in the Development of the Contemporary Law of Treaties'. In *The Development of International Law by the International Court of Justice*, edited by Christian J. Tams and James Sloan. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Ibrahim, Duski. *Al-Qawaid Al-Fiqhiyyah: Kaidah-Kaidah Fiqih*. Palembang: Noerfikri, 2019.
- Kim, So Yeon. 'Making International Law Truly 'international' ; Reflecting on Colonial Approaches to the China-Vietnam Dispute in the South China Sea and the Tribute System'. *Journal of the History of International Law* 14, no. 2 (2021).
- Kolb, Robert. 'Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (1984 to 1986)'. In *Landmark Cases in Public International Law*, edited by Eirik Bjorge and Cameron Miles, 349-76. Oxford: Hart Publishing, 2017.
- — —. *The International Court of Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- Latipulhayat, Atip. *Hukum Internasional: Sumber-Sumber Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika, 2021.
- — —. 'New Face of International Law From Western to Global Construct'. *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum* 7, no. 1 (2020).
- Lieblich, Eliav. 'How to Do Research in International Law? A Basic Guide for Beginners'. *Harvard International Law Journal* 62 (2021).

- Lombardi, Clark B. 'Islam and International Law: Islamic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: An Analysis'. *Chicago Journal of International Law* 8, no. 1 (2007).
- Pitkin, Hanna F. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press, 1972.
- Posner, Eric A., and Miguel F.P. De Figueiredo. 'Is the International Court of Justice Biased?' *Journal of Legal Studies* 34, no. 2 (2005).
- Powell, Emilia Justyna. *Islamic Law and International Law: Peaceful Resolution of Dispute*. New York: Oxford University Press, 2020.
- — —. 'Islamic Law States and Peaceful Resolution of Territorial Disputes'. *International Organization* 69, no. 4 (2015).
- — —. 'Islamic Law States and the International Court of Justice'. *Journal of Peace Research* 50, no. 2 (2013).
- Powell, Emilia Justyna, and Sara Mc Laughlin Mitchell. 'The International Court of Justice and the World's Three Legal Systems'. *Journal of Politics* 69, no. 2 (2007).
- Richard Collins. 'How to Defend International Legal Method?' In *Research Methods in International Law: A Handbook*, edited by Nicholas Tsagourias Rossana Deplano,. Edward Elgar Publishing, 2021.
- Rosenne, Shabtai. *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920-2005*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.
- Shaw, Malcolm N. *International Law*. Fifth Edit. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- — —. 'The International Court of Justice: A Practical Perspective'. *International & Comparative Law Quarterly* 46, no. 4 (1997).
- Sumner, Brian Taylor. 'Territorial Disputes at the International Court of Justice'. *Duke Law Journal* 53, no. 6 (2004).
- Tams, Christian J., and James Sloan, eds. *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Tornquist, Olle, Neil Webster, and Kristian Stokke. *Rethinking Popular Representation*. New York: Palgrave Macmillan, 2009.
- Weale, Albert P. 'Representation, Individualism, and Collectivism'. *Ethics* 91, no. 3 (1981).
- Westbrook, David A. 'International Law and Public International Law: Separate Expressions of World Order Islamic'. *Virginia Journal of International Law* 33 (1993): 819-97.
- Yasuaki, Onuma. *A Transcivilizational Perspective on International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.
- — —. 'When Was the Law of International Society Born?—An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective'. *Journal of the History of International Law* 2, no. 1 (2000).