

Segitiga Hukum Internasional, Municipal dan Islam: Memahami Kompetisi, Interaksi dan Resolusi Hukum di Malaysia

Ratno Lukito

Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta
Jl. Marsda Adisucipto Yogyakarta.
Email: ratnolukito@yahoo.com

Abstract: As one of the Asian countries substantiating Islam as the official state religion, Malaysia always faces a dilemma in its encounter with international law, amid the dominance of municipal (national) and Islamic laws. Until now, many norms of international law seem to be apprehensively accepted. In fact, the existence of Islamic law, constitutionally recognized as having an equal position with Common Law, often works as a barrier to the influence of international norms. Here, the segregation between British Common Law and Islamic law has played a major role in building the country's behavior in facing international law. Particularly, in redressing hard cases, international legal norms (such as international human rights law) are still difficult to get in and provide a positive influence in the national legal system. This paper focuses on the interaction between these three legal traditions of international, municipal and Islam in the face of rising Islamic conservatism supported by Malaysian Islamic parties in recent decades. Because legal segregation and compartmentalization between British common law and Islamic law had been chosen as the framework of legal pluralism in this country, the redress of the hard cases involving the meeting among the three laws --such as the case of apostasy, divorce due to apostasy, *purdah* etc.--, more often than not has led to the marginalization of international norms. This brings the consequence of the need to review the pattern of legal pluralism in this country, where relationship between different legal traditions is analyzed using bottom-up and non-state oriented perspectives. And it can only be done if the jurisprudence of legal pluralism in Malaysia can benefit the principles of Higher Law in its legal orientation; namely, the principles of universal justice, morality, and fairness, and not in the mere proximity to the character and the logic of official state law.

Abstrak: Sebagai salah satu negara di Asia yang menempatkan Islam sebagai agama resmi negara, Malaysia selalu saja menghadapi dilema dalam penghadapannya dengan eksistensi hukum internasional, ditengah dominasi hukum *municipal* (nasional) dan Islam. Hingga kini, norma-norma hukum internasional senantiasa ditanggapi secara hati-hati (*preserved*). Dalam kenyataannya, keberadaan hukum Islam yang secara konstitusional diakui mempunyai kedudukan yang seimbang dengan hukum *Common Law* justru sering menjadi penghalang bagi masuknya pengaruh norma-norma internasional tersebut. Sistem segregasi antara hukum Common Law Inggris dan hukum Islam tampaknya berperan besar dalam membangun perilaku negara dalam menghadapi hukum internasional. Khususnya, dalam kasus-

kasus berat (*hard cases*), norma hukum internasional itu (seperti HAM Internasional misalnya) masih sulit untuk masuk dan memberikan pengaruh positif ke dalam sistem hukum nasional. Paper ini memfokuskan diri pada fenomena interaksi antara ketiga hukum internasional, municipal dan Islam itu di tengah ancaman meningkatnya konservatisme Islam yang didukung oleh partai-partai nasional Islam pada dekade belakangan ini. Karena segregasi dan kompartementalisasi antara hukum Common Law Inggris dan hukum Islam dipilih sebagai kerangka pluralisme hukum di negeri ini, maka dalam kasus-kasus yang melibatkan pertemuan antara ketiga hukum tersebut (*hard cases*), seperti kasus murtad, perceraian karena kemurtadan, purdah dan lain-lain, norma-norma hukum internasional selalu tersisih. Ini membawa satu konsekuensi perlunya meninjau ulang pola pluralisme hukum di negara ini, dimana relasi antar tradisi hukum yang berbeda itu lebih dilihat dalam perspektif yang *bottom-up* dan *non-state oriented*. Dan itu hanya bisa dilakukan jika prinsip-prinsip *Higher Law* menjadi orientasi baru dalam yurisprudensi hukum di Malaysia; yaitu, prinsip-prinsip keadilan universal, moralitas, dan *fairness*, dan bukan pada kedekatannya dengan karakter dan logika hukum resmi negara saja.

Kata Kunci: *legal pluralism, conflict of law, legal segregation, legal compartmentalization, hard cases, higher law principles*

Pendahuluan

Dalam sebuah papernya, Brian Z. Tamanaha mengatakan bahwa *legal pluralism is everywhere. There is, in every social arena one examines, a seeming multiplicity of legal orders, from the lowest local level to the most expansive global level.*¹

Mengutip apa yang diungkapkan oleh Brian Tamanaha di atas, tidaklah terbantahkan lagi bahwa pluralisme hukum merupakan suatu keniscayaan. Dalam era post-modern sekarang ini pluralisme dalam ranah hukum menjadi suatu fenomena yang dapat ditemukan dimana saja, tidak hanya di kalangan masyarakat lokal namun juga dalam arena global, pergaulan internasional antar bangsa. Kajian pluralisme hukum pun meski merupakan kajian yang mulai berkembang pesat paska era 1950an, pergerakan dan perkembangannya sangat masif dan cepat, sejurus perkembangan kesadaran para peneliti hukum terhadap fenomena keragaman hukum itu sendiri.

Salah satu tren kekinian dalam kajian pluralisme hukum ini adalah kajian yang lebih memfokuskan pada fenomena interaksi antar berbagai tradisi normatif yang berbeda tersebut yang berada dalam suatu tatanan

¹Brian Z. Tamanaha, "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global (2007 Julius Stone Address)" *Legal Studies Research Paper Series*, Paper #07-00800 May 2008, St. John's University School of Law, downloadable at The Social Science Research Network Electronic Paper Collection <http://ssrn.com/abstract=1010105>.

masyarakat tertentu.² Memang, dapatlah dipahami jika dalam situasi pluralisme hukum muncul persaingan antar tradisi hukum yang berbeda. Sebenarnya, ini merupakan akibat langsung dari adanya keragaman norma yang mendorong bagi munculnya pertentangan sebagai akibat dari konflik antar hukum tersebut. Utamanya dalam area konflik hukum interpersonal, dimana masing-masing pihak sama-sama menuntut haknya yang didasarkan pada ajaran hukum yang berbeda, kompetisi hukum pun muncul tak terelakkan.

Dalam studi pluralisme hukum tradisional, fenomena ini biasanya dikaji dengan menggunakan teori John Griffith “state/weak legal pluralism” atau “pluralisme hukum yang lemah/pluralisme hukum negara”,³ dimana pertemuan antara tradisi hukum domestik yang berbeda dilihat di bawah bayang-bayang sistem hukum nasional. Dengan kata lain, pluralisme hukum dipelajari, pada utamanya, dalam kaitannya dengan konflik hukum substantif yang diakibatkan oleh, misalnya, keragaman dalam satu sistem hukum nasional. Peran negara disini diyakini penting karena studi ini menekankan pentingnya institusi negara dalam pertemuan tersebut dan upaya yang dilakukannya dalam proses penyelesaian konflik, jika terjadi. Meskipun metodenya beragam, pendekatan yang digunakan dalam studi semacam ini selalu bersifat *top-down* dimana negara melalui undang-undangnya bertindak sebagai agen utama dalam penyelesaian sengketa hukum yang muncul di tengah masyarakat. Metode ini, bagaimanapun juga, dianggap terlalu berlebihan dalam menekankan pentingnya peran negara dan mengabaikan faktor-faktor nyata dalam masyarakat dimana orang sering mengambil peran aktif dalam proses pemulihan hubungan antara tradisi hukum yang saling bersaing. Pendekatan *top-down* dalam analisis konflik hukum semacam itu akan memberikan konsekuensi yang mengerikan karena diabaikannya banyak aktor dan pemangku kepentingan yang terlibat dalam proses pertemuan tradisi hukum yang berbeda tersebut.

Dalam konteks kekinian, karenanya, kita tidak dapat menggambarkan pluralisme hukum pada situasi yang statis dan linear, dimana persaingan antara tradisi hukum yang berbeda hanya sebatas dipahami sebagai sesuatu yang domestik, pertemuan tunggal antara hukum

²Rintisan mengenai kajian ini bisa dibaca dalam John Griffith, “Four Laws of Interaction in Circumstances of Legal Pluralism: First Step Towards An Explanatory Theory,” ed. by Gordon R. Woodman and A. Allott, *People’s Law and State Law: The Bellagio Papers* (Dordrecht: Foris Publications, 1985), hlm. 217.

³Karya yang sangat klasik dalam hal ini adalah John Griffith, “What is Legal Pluralism” *Journal of Legal Pluralism* 24 (1986): 1.

negara dan non-negara dalam tatanan normatif. Terutama dalam suasana baru ketika transnasionalisasi menguasai tren para nasionalis yang ada dalam upaya pembangunan hukum nasional. Perambahan norma-norma internasional di wilayah domestik telah hadir sebagai sebuah jalan yang tak terhindarkan yang mendorong pada pembahasan pluralisme hukum di berbagai negara tidak boleh lagi mengabaikan peran dan posisi hukum internasional dalam sistem hukum negara yang bersangkutan. Karena itu, pembahasan tentang tradisi hukum yang saling bersaing itu tidak hanya mencakup hukum-hukum yang berasal dari tataran domestik, tetapi juga hukum internasional yang secara faktual telah berpengaruh dalam proses pembuatan undang-undang nasional.

Berdasarkan pada uraian di atas, tulisan ini akan menganalisis fenomena hukum ketika pertemuan antar tradisi hukum yang berbeda itu terjadi di Malaysia, khususnya pada era transnasionalisme kekinian, dimana Islam *notabene* merupakan agama dominan. Pada saat banyaknya norma-norma internasional yang suka atau tidak telah berperan dalam pembangunan sistem hukum nasional, pendekatan yang tepat atas pluralisme hukum negara harus dikemukakan demi memahami fenomena yang terjadi saat ini. Inilah yang ditawarkan dalam tulisan ini, yaitu, memahami tradisi hukum yang sedang bersaing di negara Malaysia tidak hanya melalui sudut pandang yang statis dan nasionalistik tapi satu langkah lebih maju dengan menawarkan sesuatu yang aktif dan melampaui garis batas-batas nasional.

Dengan demikian, selain membahas sekilas pola hubungan antar ketiga tradisi hukum yang berbeda yang telah sejauh ini dilakukan dalam rangka pluralisme hukum negara, pembahasan utama kemudian akan dilakukan mengenai proses domestikasi norma internasional (dalam hal ini adalah nilai-nilai HAM internasional) dalam hubungannya dengan konteks lokal di Malaysia. Pembahasan ini merefleksikan tema sentral paper ini dalam melihat pola interaksi segitiga hukum antara hukum internasional, *municipal* (nasional) dan Islam di Malaysia, yang mengerucut dalam kasus-kasus rumit dan kontroversial (*hard cases*) yang muncul pada dekade terakhir di negeri tersebut. Karena itu, diskusi dalam paper ini akan dimulai dengan membahas secara teoritik strategi pemerintah Malaysia dalam menghadapi pengaruh hukum internasional ke dalam sistem hukum nasional, kemudian diikuti dengan pembahasan inti tentang interaksi antara ketiga hukum internasional, municipal dan Islam yang terefleksi dalam kasus-kasus hukum rumit dan kontroversial (*hard cases*) dimana hukum Islam menjadi faktor dominan yang mempengaruhi pola interaksinya. Pada bagian akhir, paper ini akan menganalisis fenomena interaksi hukum

tersebut dalam perspektif pluralisme hukum, sebelum kemudian diakhiri dengan analisis dan kesimpulan yang mengemukakan kembali inti tesis yang menjadi motor penggerak penyusunan paper ini.

Doktrin dan Metode Keberlakuan Hukum Internasional

Sebagai negara yang berdaulat, Malaysia mempunyai sistem mekanisme yang *established* dalam rangka penghadapannya dengan hukum internasional. Kedaulatan dalam hal ini dipahami sebagai hak prerogatif bagi negara untuk menentukan metode tertentu untuk menerima atau menolak norma-norma internasional tersebut ke dalam sistem hukum nasional. Dalam hal ini, karena sistem Common Law yang dianutnya, Malaysia lebih menekankan doktrin *legal realism* dimana produk-produk hukum dipusatkan pada lembaga peradilan yang merupakan pelaksana hukum secara detail dari prinsip-prinsip Konstitusi (UUD), yang menjadi *grundnorm* dari segala produk hukum di negeri ini. Secara jeneral, norma-norma hukum internasional diakui sebagai tradisi hukum yang tidak dapat ditolak keberadaannya karena kenyataan era transnasionalisme dan “global village” pada saat ini dimana suatu negara tidak mungkin mengingkari pengaruh dan hubungan saling ketergantungannya dengan negara lain. Namun demikian, hukum internasional tersebut tetap harus ditempatkan pada posisi tertentu yang tidak mengancam identitas dan kedaulatan dalam negeri Malaysia. Karena itu, mekanisme tertentu harus diciptakan dimana preferensi harus tetap diletakkan pada sistem hukum domestik (*municipal law*) yang berfungsi sebagai katalisator dari norma-norma internasional. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Farid Sufian Shuaib:

...[T]he status of international law needs to be understood within the context of municipal legal system. Provision from international instruments cannot by itself become law for the municipal legal system. The doctrine of monism where international law reigns supreme even in the municipal sphere is antagonistic to municipal integrity of domestic law and domestic legal institutions.⁴

Basis dari keberlakuan hukum internasional di Malaysia dengan demikian bisa dilihat dari bagaimana sistem hukum domestik di negeri ini memberlakukan norma-norma internasional tersebut. Hukum internasional itu dapat diperlakukan berdasar pada sumber-sumber hukum yang berasal dari konvensi-konvensi internasional, hukum kebiasaan

⁴Farid Sufian Shuaib, “The Status of International Law in the Malaysian Municipal Legal System: Creeping Monism in Legal Discourse?” *International Islamic University Malaysia Law Journal* 16 (2008), hlm. 182.

internasional, prinsip-prinsip hukum yang diakui oleh negara-negara yang beradab, berbagai keputusan dari lembaga peradilan maupun pendapat para ahli hukum. Dari sumber-sumber hukum ini, konvensi merupakan sumber hukum internasional yang paling penting karena konvensi pada dasarnya merefleksikan secara kuat kemauan para negara yang menandatangani konvensi itu untuk menaati hukum internasional. Ketaatan terhadap hukum internasional itu dengan demikian berjalan tanpa adanya “paksaan” dari pihak tertentu terhadap negara yang menerima konvensi itu, karena penandatanganan itu mempunyai arti adanya kemauan (*willingness*) dari negara yang bersangkutan untuk tunduk kepada norma internasional yang sudah disepakati. Sedangkan sumber-sumber hukum lain yang menjadi dasar dari keberlakuan hukum internasional itu di Malaysia didasarkan pada berbagai pertimbangan hukum dan politik domestik yang berlangsung pada saat tertentu.

Menurut Shuaib, pertanyaan tentang sejauh mana hukum internasional itu dapat diberlakukan dalam suatu negara, seperti Malaysia, merupakan isu yang rumit karena berhubungan dengan tarik ulur antara kedaulatan negara dan kepentingan untuk mengadopsi nilai-nilai internasional yang berlaku secara universal.⁵ Dengan kata lain, tarik tambang antara individualisme dan komunalisme universal. Negara memang harus memegang hak individunya untuk menjaga kedaulatannya, namun di sisi lain negara juga harus tunduk kepada kewajiban-kewajiban universal dalam rangka hubungan antar berbagai negara yang berdaulat. Bagaimanapun juga ada nilai-nilai internasional yang harus diikuti oleh suatu negara berdaulat. Di sinilah persoalan teoritis yang harus dihadapi oleh Malaysia saat ini. Apakah Malaysia akan cenderung menggunakan teori monisme atau dualisme, atau bahkan teori tengah-tengah yang akomodatif antara kedua sisi ekstrem itu.

Dalam banyak hal, teori monisme memang lebih cenderung pada pendekatan yang menempatkan hukum internasional lebih unggul kedudukannya dari hukum domestik.⁶ Di sini norma hukum internasional

⁵Farid Sufian Shuaib, “The Status of International Law in the Malaysian Municipal Legal System”, hlm. 187.

⁶Teori monisme lebih memandang hukum, baik itu domestik maupun asing, sebagai satu kesatuan yang tidak perlu dibagi-pisahkan, seperti pandangan positif yang membedakan antara hukum nasional dan internasional. Baik mengikuti madhab Lauterpacht yang lebih naturalis maupun Hans Kelsen yang cenderung formalis, kalangan monis sangat positif dalam pandangannya terhadap keberlakuan hukum internasional dalam lingkungan sistem hukum nasional suatu negara. Baca, Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), hal. 131-132.

dipandang lebih berhak untuk diberlakukan ketika terjadi konflik atau kompetisi antara hukum internasional dengan hukum domestik itu. Menurut teori dualisme, di sisi lain, hukum nasional itulah yang harus dimenangkan karena pada dasarnya hukum internasional dapat berlaku jika sistem hukum domestik menghendaki keberlakuannya itu, maksudnya menerima keberadaan hukum internasional itu dalam yurisdiksi hukum nasional.⁷ Atau mungkin juga rejim di Malaysia akan memilih teori alternatif ketiga yang cenderung memisahkan kedua hukum itu sebagai entitas yang terpisah. Kalaupun terjadi bahwa hukum internasional bertentangan dengan hukum nasional, maka hukum nasional itu tetap berlaku secara valid dan negara tetap berkewajiban untuk secara gradual merubah hukum nasional itu agar supaya memenuhi norma internasional.⁸

Sebagai negara yang menganut tradisi Common Law, Malaysia menjadikan lembaga peradilan sebagai katalisator dari norma hukum internasional tersebut. Karena itu, alat ukur terbaik untuk melihat sejauh mana hukum internasional itu diserap oleh negara adalah melalui berbagai kasus yang bersangkutan dengan hukum internasional tersebut, baik yang berhubungan dengan doktrin yang dipakai dalam menghadapi keberadaan hukum internasional maupun ketika ada konflik yang muncul antara hukum internasional dan nasional. Secara umum, bisa digambarkan disini bahwa meski doktrin monisme itu selalu saja digunakan oleh kelompok-kelompok tertentu untuk menekankan pentingnya pengadopsian hukum internasional ke dalam sistem hukum nasional, rejim di Malaysia tidak bergeming untuk selalu menempatkan hukum nasional sebagai tolok ukurnya. Artinya, hukum domestik selalu menjadi *preference* dan katalisator dari norma-norma internasional itu: hukum-hukum internasional yang dirasa bertentangan dengan prinsip hukum nasional secara otomatis tidak akan diterima.

Dalam hal pengadopsian hukum internasional, terdapat dua metode fundamental yang digunakan sebagai pertimbangan untuk menerima atau menolak norma internasional tersebut. Pertama, melalui doktrin *incorporation*, dimana norma-norma yang berasal dari hukum internasional tersebut diterima oleh hukum nasional secara langsung. Dan yang kedua, melalui doktrin *transformation*, dimana norma-norma internasional itu

⁷Teori dualismepada dasarnya merupakan teori yang lebih menekankan pada pandangan positivisme negara sebagai entitas independen yang mempunyai otoritas penciptaan sistem hukum sendiri. Baca dalam hal ini, Malcolm N. Shaw, *International Law*, hal. 131.

⁸Lihat dalam Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th. Ed. (Oxford: Clarendon Press, 1990), hlm. 34-35.

diterima secara tidak langsung, yaitu melalui proses legislasi. Kedua teori ini sudah pernah diterapkan oleh pemerintah Malaysia. Sebagai contoh, teori inkorporasi diterapkan ketika negeri ini masih dikuasai oleh pendudukan Jepang dimana pengadilan mengadopsi prinsip hukum kebiasaan internasional untuk mengetrapkan keputusan-keputusan pengadilan di bawah administrasi Jepang di Malaya. Sesuai dengan hukum kebiasaan internasional, keputusan-keputusan pada masa pendudukan Jepang itu tetap diakui keabsahannya hingga masa paska kemerdekaan. Dalam kasus ini, meski pengadilan mengadopsi hukum kebiasaan internasional sebagaimana yang berlaku menurut Common Law Inggris, pengadopsian itu bukan karena Common Law Inggris sebagai dasar hukumnya namun lebih karena ketaatannya kepada hukum kebiasaan internasional. Hal ini berbeda misalnya dalam kasus imunitas absolut *Queen in Right of Canada* sebagaimana yang terlihat dalam kasus *Village Holdings Sdn Bhd*,⁹ imunitas tersebut tetap berlaku di Malaysia karena sesuai dengan Civil Law Act 1956 yang berasal dari Inggris. Artinya, pengadopsian itu berlaku didasarkan pada hukum Inggris. Berdasar pada doktrin *incorporation* yang diterapkan pada dua kasus di atas, maka pengadopsian norma kebiasaan internasional itu tidak perlu dengan melibatkan lembaga legislatif untuk menetapkan keberlakuannya.

Doktrin kedua, *transformation*, berlaku dalam kasus pengadopsian hukum internasional sebagaimana yang terdapat dalam perjanjian atau kesepakatan antara negara Malaysia dengan negara-negara lain dalam pergaulan internasional. Perjanjian internasional inilah yang biasa disebut dengan *treaty*, *convention*, *protocol*, *charter* maupun *exchange notes*.¹⁰ Keberlakuan dari perjanjian atau kesepakatan itu harus melalui ratifikasi yang biasanya dilakukan melalui Undang-undang dari negara-negara yang terlibat untuk mengikatkan negara tersebut tunduk kepada perjanjian itu. Dalam perkembangannya sekarang meski suatu negara tidak secara resmi menandatangani kesepakatan suatu perjanjian (konvensi) internasional itu,

⁹*Village Holdings Sdn Bhd vs Her Majesty The Queen in Right of Canada*, *Malaya Law Journal* 2 [1988], hal 656, sebagaimana yang dikutip oleh Farid Sufian Shuaib, "The Status of International Law in the Malaysian Municipal Legal System", hlm. 190.

¹⁰Baca dalam hal ini pasal 2(1)(a) dari Vienna Convention on the Law of Treaties 1969. ("Treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;"). Naskah dapat diakses melalui: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>. Diakses pada 8 Mei 2015.

negara yang bersangkutan dapat menerima dan menaati konvensi itu. Inilah yang disebut dengan *accession*.¹¹ Dalam kasus ini, Malaysia telah meratifikasi Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide pada 1994. Namun demikian tidak berarti suatu negara harus meratifikasi keseluruhan isi dalam suatu konvensi. Ratifikasi secara parsial dapat saja dilakukan jika memang sistem hukum nasionalnya menghendaki untuk negara melakukan reservasi (*reservation*). Pasal 19 dari Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 menentukan demikian, bahwa beberapa pasal dari suatu konvensi dapat saja tidak diikuti oleh negara yang menandatangani suatu konvensi. Untuk contoh dalam hal ini, Malaysia telah melakukan reservasi terhadap Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), dimana meski negara ini telah meratifikasinya, tidak semua pasal dalam konvensi ini ditaati oleh Malaysia. Terhadap berbagai konvensi atau perjanjian internasional, Malaysia, sebagaimana juga negara-negara lain, harus menciptakan undang-undang dalam negerinya terlebih dahulu yang secara resmi meratifikasi keberlakuan konvensi itu dalam sistem hukum nasional. Malaysia, misalnya, dalam hal ini mengundang Child Act 2001 untuk menerima keberlakuan dari Convention on the Rights of the Child. Kasus yang menjadi contoh dari keberlakuan konvensi ini misalnya: *Kok Wah Kuan vs Pengarah Penjara Kajang, Selangor Darul Ehsan*.¹²

Namun demikian, norma internasional yang berujud *Declaration* tidak mempunyai efek yang sama sebagaimana konvensi atau perjanjian sebagaimana di atas. Secara teoritik, memang Deklarasi bukanlah konvensi atau perjanjian resmi, norma ini tidak mewujudkan suatu kewajiban untuk suatu negara terikat menaatinya. Biasanya deklarasi ini dihasilkan melalui lembaga Persatuan Bangsa-Bangsa (PBB) yang sejatinya merupakan hasil dari desakan beberapa anggota (yang umumnya negara-negara Barat) yang mempunyai pengaruh yang kuat dalam forum antar bangsa tersebut.¹³ Misalnya dalam hal ini *Universal Declaration of Human Rights*. Keberlakuan Deklarasi ini dalam sistem hukum nasional suatu negara berjalan setelah Deklarasi itu diturunkan dalam bentuk instrumen hukum internasional

¹¹Baca dalam pasal 15 dan 16 dari Vienna Convention on the Law of Treaties 1969. Dalam hal *accession* ini di Malaysia baca Tunku Sofiah Jewa, *Public International Law: A Malaysian Perspective*, vol. 1 (Kuala Lumpur: Pacifica Publications, 1996).

¹²Lihat dalam Farid Sufian Shuaib, "The Status of International Law in the Malaysian Municipal Legal System", hlm. 194.

¹³Antonio Cassese, *International Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2005), hal. 381. Sebagaimana juga yang dikutip dari Farid Sufian Shuaib, "The Status of International Law in the Malaysian Municipal Legal System", hlm. 196.

yang mempunyai kekuatan memaksa dalam sistem hukum domestik. Prinsip-prinsip dalam Deklarasi Hak Asasi Manusia di atas mempunyai kekuatan hukum setelah diturunkan menjadi berbagai Kovenan, misalnya, *Covenant on Civil and Political Rights*. Dalam hal ini, kenyataan di Malaysia menunjukkan bahwa Pengadilan Federal kadang menolak ide bahwa instrumen-instrumen internasional harus menjadi dasar dalam menginterpretasikan ketentuan-ketentuan dalam Konstitusi, karena Pengadilan melihat bahwa suatu instrumen internasional tidak bisa secara otomatis berlaku dalam sistem hukum nasional. Namun demikian di sisi lain, dalam hal Deklarasi Hak Asasi Manusia, desakan yang muncul sangat kuat supaya Pengadilan mempertimbangkan deklarasi tersebut untuk menanggapi kasus-kasus yang berhubungan dengan HAM. Secara teoritik, Deklarasi HAM tersebut akan mempunyai kekuatan hukum di saat dia dianggap sebagai hukum kebiasaan internasional, yang karenanya melalui metode *incorporation* dapat dijadikan sebagai dalil untuk memberlakukannya. Namun sejauh ini Malaysia tampaknya belum berpikir ke arah itu. Meski toh secara praksis, kasus *Abd Malek bin Hussin vs Borhan bin Hj Daud & Ors* telah membuktikan dimungkinkannya hakim berinisiatif untuk menggunakan Deklarasi HAM itu sebagai argumen penguat dalam argumen hukumnya.¹⁴

Paragraf di atas mendeskripsikan bahwa pemerintah Malaysia mempunyai sikap yang cukup asertif dalam menghadapi gelombang pengaruh norma-norma internasional ke dalam sistem hukum nasional. Dalam hal ini meskipun pada kenyataannya berbagai norma internasional tersebut diadopsi oleh negara ini, mereka mempunyai prinsip yang kuat bahwa konstitusi dan sistem hukum domestik tetap harus menjadi preferensi. Hukum internasional itu tidaklah dapat diadopsi ke dalam sistem hukum nasional jika dipandang bertentangan atau tidak sejalan dengan prinsip hukum nasional. Pengadopsian hukum internasional itu tidak berarti bahwa Malaysia dengan sistem federalismenya harus mengabaikan kenyataan multikulturalisme dan pluralisme hukum di masing-masing negara bagian. Hal itu karena keseragaman global yang akan dibawa oleh rejim hukum internasional itu sebetulnya sekedar ide dari segelintir penguasa dunia saja. Oleh karenanya, lembaga peradilan di Malaysia hingga sekarang masih tidak mau menerima doktrin monisme dalam mangadopsi instrumen hukum internasional. Dalam kasus HAM, sebagai misal, banyak para jurisdiktor di Malaysia yang melihat bahwa instrumen

¹⁴Sebagaimana dikutip dari Farid Sufian Shuaib, "The Status of International Law in the Malaysian Municipal Legal System", hlm. 197.

HAM yang dibawa oleh hukum internasional cenderung menjadikannya sebagai kendaraan untuk melindungi kepentingan Barat, dan mematkan sifat keunikan dan kekhususan dari budaya hukum negara ini. Dalam hal CEDAW, misalnya, Farid menjelaskan bahwa kesamaan hak dan kewajiban antara suami istri yang dibawa oleh norma internasional ini tidak harus diikuti oleh negara Malaysia yang tidak ingin merubah budaya hukumnya yang tidak menyamakan antara kesejajaran dengan kesamaan dalam hak dan kewajiban.¹⁵

Dalam bab berikut, fenomena ini akan semakin jelas bahwa utamanya dalam hal-hal yang menyangkut hukum Islam, perilaku dan sikap negara Malaysia terhadap norma-norma internasional tampak lebih tegas dan cenderung antagonis. Hal itu tampaknya karena pengidentifikasian ras Melayu yang sejak awalnya memang merasa lebih dekat dengan Islam ketimbang agama-agama lain. Melayu secara vulgar memang diidentifikasi sebagai Islam, bangsa Melayu karena itu adalah bangsa Muslim. Sebagaimana yang diungkapkan secara gamblang oleh Joseph Chinyong Liow:

The constitution grants Islam further dominance by stating that being Muslim is one of the chief criteria for being Malay. The relationship between ethnicity and religion is so intimate that the popular term for having converted to Islam, *masuk melayu*, means having “become a Malay.”¹⁶

Karenanya, ketika ada kasus-kasus yang merupakan performa hubungan segitiga antara hukum internasional, nasional dan Islam, maka biasanya pemihakan akan diberikan kepada pihak yang sejalan dengan prinsip-prinsip yang menguntungkan Islam. Fenomena ini tampak dalam kasus-kasus yang berhubungan dengan kasus-kasus yang dinilai sebagai permasalahan yang pelik karena berhubungan dengan berbagai faktor nilai yang saling bertabrakan (*hard cases*).

Kompetisi Hukum Internasional, Municipal dan Islam: *Hard Cases*

Malaysia adalah negara yang sejak kemerdekaannya pada 31 Agustus 1957 telah diasumsikan sebagai negara sekuler dalam arti bahwa basis pembangunan hukumnya adalah tradisi hukum Common Law Inggris. Memang, sistem hukum nasionalnya (*federal law*) berorientasi kepada tradisi

¹⁵Farid Sufian Shuaib, “The Status of International Law in the Malaysian Municipal Legal System”, hlm. 202.

¹⁶Baca Joseph Chinyong Liow, *Piety and Politics: Islamism in Contemporary Malaysia* (Oxford: Oxford University Press, 2009), hlm. xi.

Common Law, namun hukum di tingkat propinsi (*state*) pada dasarnya adalah hukum Islam.¹⁷ Malaysia karena itu memiliki dua sistem hukum yang paralel, yaitu hukum Common Law dan hukum Islam, dimana keduanya berjalan beriringan. Hukum di tingkat negara bagian (Perda dalam bahasa sistem hukum Indonesia) bersifat Islamis sedang sistem hukum federalnya pada dasarnya adalah Common law yang sekuler. Skedul 9 dari Konstitusi Malaysia mengakui hukum Islam sebagai subyek hukum negara,¹⁸ dalam arti bahwa negara-negara bagian mempunyai kewenangan untuk menetapkan dan mengimplementasikan hukum Islam. Karena itu, kita melihat beberapa propinsi di Trengganu, Kelantan dan Perlis telah menetapkan hukum pidana Islam sebagai hukum resmi negara bagian tersebut. Namun kita melihat bahwa hingga saat ini penetapan hukum Islam sebagai basis hukum negara itu masih kontroversial, dan tidak implementatif karena dianggap secara konstitusional bertentangan dengan Undang-undang Dasar Malaysia.

Walhasil hingga saat ini masih sering muncul kasus-kasus kontroversial yang melibatkan konflik antara hukum Islam dengan hukum sekuler, yang mewujud dalam hukum federal dan sekaligus norma-norma internasional. Konflik ini terefleksi utamanya dalam bentuk perebutan yurisdiksi hukum antara Pengadilan Umum dengan Pengadilan Agama terhadap satu masalah tertentu yang menjadi perdebatan antara keduanya. Salah satu kasus yang cukup terkenal muncul tahun 2007 ketika Lina Joy yang murtad dari Islam menjadi seorang penganut Kristen, setelah menjalani proses persidangan yang bertele-tele hingga 10 tahun akhirnya kasusnya diputuskan oleh Mahkamah Agung federal sebagai kasus yang harus ditangani oleh Pengadilan Agama. Karenanya, wanita tersebut harus menerima hukuman cambuk sebagai balasan dari tindakan pidana yang telah dilakukannya.¹⁹ Tindakan murtad adalah termasuk perbuatan pidana yang dapat diancam dengan hukuman cambuk, sebagaimana perbuatan-perbuatan pidana Shariah lainnya seperti perzinahan, *kebalwat*, minum minuman keras, dan lain sebagainya. Bahkan di beberapa negara bagian, seseorang yang menerbitkan buku yang tidak sesuai dengan paham Islam

¹⁷Secara umum baca dalam Sharifah Suhanah Syed Ahmad dan Roy Rajasigham, "The Malaysian Legal System, Legal Practice and Legal Education," *IDE Asian Law Series No. 4: Judicial System and Reforms in Asian Countries (Malaysia)*, March 2001, hlm. 1-34.

¹⁸Konstitusi Malaysia Skedul 9 dapat dilihat pada "Constitution of Malaysia" pada www1.umn.edu/humanrts/research/malaysia-constitution.pdf. Diakses pada 1 Mei 2015.

¹⁹Baca mengenai Lina Joy dan hubungannya dengan naik daunnya gerakan politik Islamisasi di Malaysia dalam Joseph Chinyong Liow, *Piety and Politics: Islamism in Contemporary Malaysia*, hlm. 65 dst.

yang secara resmi dianut oleh masyarakat umumnya dapat diancam dengan hukuman tertentu karena termasuk dalam tindakan pidana pelecehan agama.

Perbuatan-perbuatan pidana Islam diatur dalam *Syariah Criminal Offences (Federal Territory) Act of 1997*. Dalam hal ini jelas bahwa bagi setiap Muslim hukum personalnya (hukum keluarga, harta benda dan hal-hal yang berhubungan dengan agama) berlaku hukum Islam, sementara bagi masyarakat yang non-Muslim harus mengikuti hukum negara. Amendemen Konstitusi tahun 1988 mengamanatkan bahwa Pengadilan Negeri tidak dapat mengadili perkara-perkara yang menjadi yurisdiksi Pengadilan Agama. Dengan amendemen ini maka kedudukan Pengadilan Agama menjadi sangat kuat dalam kekuasaannya untuk menangani hal-hal yang berhubungan dengan hukum Islam. Ini merupakan hasil dari perjuangan para politisi di UMNO (*United Malays National Organization*) yang merupakan partai terbesar yang sejak awal 1980an telah memulai perjuangan untuk mengkampanyekan program Islamisasi di Malaysia, termasuk di dalamnya untuk meningkatkan kedudukan sistem hukum Islam. Termasuk dalam hal ini adalah program peningkatan administrasi hukum Islam dalam tataran Negara. Amendemen konstitusi 1988 tersebut merupakan hasil puncak dari perjuangan tersebut, yang dengannya pembagian kekuasaan antara Pengadilan Agama dan Pengadilan Umum menjadi semakin jelas.²⁰

Meski hukum Islam memiliki kedudukan hukum yang kuat secara konstitusional, ia selalu saja memercikkan kontroversi. Hal ini bermuara pada pertentangan idenya terhadap hukum negara yang notabene didasari atas kerangka hukum sekuler, yang sebagian besar berasal dari hukum Inggris. Sesuai dengan sifat Common Law yang menekankan pada lembaga peradilan maka bentuk konflik antar hukum yang berbeda itu selalu saja bermuara pada bentuk interaksi antar hukum yang berbeda ketika suatu perkara muncul di lembaga peradilan. Utamanya pada persoalan-persoalan yang berhubungan dengan masalah hak asasi manusia, seperti misalnya masalah kebebasan individu untuk memeluk atau berpindah dari suatu kepercayaan tertentu kepada kepercayaan lain, ataupun kebebasan untuk mengeluarkan pendapat tentang suatu masalah

²⁰Secara umum tentang fenomena islamisasi dalam hubungannya dengan strategi politik UMNO di Malaysia, baca Joseph Chinyong Liow, *Piety and Politics: Islamism in Contemporary Malaysia*. Baca juga tentang strategi politik Malaysian Islamic Party (PAS) mengenai isu Negara Islam dalam Liew Chin Tong, "PAS Politics: Defining an Islamic State" dalam Edmund Terence Gomez, ed., *Politics in Malaysia: The Malay Dimension* (London and New York: Routledge, 2007), hlm. 107-137.

agama atau hak-hak asasi lainnya. Terhadap kasus-kasus seperti itu tentu sudah jelas bahwa Pengadilan Umum lah yang berhak untuk mengadilinya, namun persoalan selalu muncul menjadi api yang besar ketika masalah HAM itu berhubungan dengan materi ajaran Islam. Pendapat yang dominan selalu saja ingin membawa kasus-kasus HAM yang berhubungan dengan Islam itu kepada lembaga Peradilan Agama. Karena itu, kasus-kasus perpindahan agama dari Islam ke dalam agama lain selalu dipandang dari segi persoalan Syariah (yaitu karena adanya larangan murtad) dan bukan ditinjau dari perspektif hukum kebebasan asasi bagi seseorang memeluk agama tertentu, yang semestinya harus dibawa ke dalam yurisdiksi Pengadilan Umum.²¹ Pada April 2004, sebagai contohnya, Mahkamah Agung telah menolak permohonan seorang ibu non-muslim agar supaya pengadilan menyatakan ketidakabsahan anaknya yang telah berpindah agama menjadi seorang muslim. Pengadilan menetapkan bahwa persoalan itu harus diadili oleh Pengadilan Agama, meskipun perkawinan dari orangtuanya adalah perkawinan non-Muslim dan anak itu lahir dari perkawinan tersebut. Hal ini juga terlepas dari kenyataan bahwa ayah dari si anak itu yang terlebih dahulu merubah agamanya menjadi Islam dan kemudian merubah agama anaknya yang masih kecil tersebut menjadi Muslim tanpa sepengetahuan dan perijinan dari ibunya yang masih tetap memeluk agama Hindu.²² Persoalan seperti inilah yang kemudian sering menyulutkan api kontroversi dalam masyarakat.

Kompetisi Hukum dalam Konteks Pluralisme Hukum

Kasus-kasus di atas menjadi bukti kuat betapa persoalan konflik hukum antara hukum negara yang sebetulnya membawa nilai-nilai norma hukum internasional (persoalan HAM) dan hukum Islam yang hendak menjalankan misi islamisasinya selalu muncul di permukaan meskipun konstitusi sudah jelas mendukung pelaksanaan hukum Islam itu ke dalam sistem hukum nasional Malaysia. Dengan kata lain, prinsip segregasi hukum yang berlaku di negara ini, dimana Pengadilan Agama tidak mempunyai yurisdiksi sama sekali terhadap kasus-kasus yang berhubungan dengan warga non-Muslim sementara yurisdiksi Pengadilan Umum tidak

²¹Joseph Chinyong Liow, *Piety and Politics: Islamism in Contemporary Malaysia*, hal. 51. (“...apostasy has become a key point of contention in the discursive terrain of political Islam in Malaysia”).

²²Salbiah Ahmad, “Islam in Malaysia, Constitutional and Human Rights Perspectives,” hlm. 2, http://aannaim.law.emory.edu/ihr/wrkpaper/s_ahmad.doc. Diakses pada 25 April 2015.

bersangkutan dengan apapun yang berhubungan dengan hukum agama, ternyata dalam prakteknya menimbulkan kerumitan dalam kasus-kasus tertentu sehubungan dengan pengadilan mana yang berhak untuk mengadili permasalahan-permasalahan tersebut, utamanya dalam hal yang saling berkaitan antara hukum negara dan hukum Islam. Tapi justru disinilah problemnya, segregasi hukum itu ternyata tidak menghilangkan kompetisi antara lembaga pengadilan yang berbeda tersebut. Segregasi itu pada kenyataannya justru mengakibatkan munculnya kebijakan diskriminasi hukum, dan dalam banyak hal memang mengakibatkan terlanggarnya prinsip-prinsip *Rule of Law* yang lebih mendasar sifatnya. Hal seperti ini khususnya terjadi pada kasus-kasus yang melibatkan pihak Muslim yang berlawanan dengan pihak lain yang non-Muslim. Kasus ini sangat rentan terhadap tuduhan pelanggaran dari pihak negara terhadap prinsip kesamaan di hadapan hukum bagi semua warga negara maupun prinsip kebebasan beragama. Banyak sekali contoh kasus dimana orang Islam diingkari hak kebebasan agamanya karena hukum Islam yang berlaku di Malaysia tidak mengakui adanya hak untuk murtad dari Islam, karenanya jika itu dilanggar maka yang bersangkutan akan mendapatkan hukuman pidana. Berdasar pada hal ini pula, maka Mahkamah Agung tidak pernah mengizinkan seorang Muslim untuk keluar dari agamanya meski konstitusi sudah menjamin kebebasan untuk memeluk agama tertentu. Kebolehan untuk keluar dari Islam itu dimungkinkan untuk diberikan jika pemohon memang bukan orang Islam sejak lahirnya. Dengan kata lain, tindakan murtad dari Islam itu dijustifikasi jika diketahui bahwa yang bersangkutan dahulunya memang bukan Muslim. Artinya, tindakan murtadnya itu karena memang ia ingin kembali kepada agama yang dianutnya semula. Kebolehan keluar dari Islam itu dengan demikian tidak berlaku bagi orang yang telah memeluk Islam sejak lahirnya, yaitu seseorang yang lahir dari kedua orangtua yang beragama Islam dan melangsungkan perkawinan menurut agama Islam.

Problem pluralisme hukum seperti itu tentu saja tidak dapat dengan mudah diresolusi hanya dengan melibatkan metode juristik, baik secara legal substansial maupun jurisprudensial. Permasalahan tersebut lebih bersangkutan dengan persoalan politik, karena semuanya berasal dari kerangka politik hukum yang sudah dibangun dalam negeri Malaysia. Meski Konstitusi yang tertulis sudah disepakati mempunyai kedudukan tertinggi, Islam di sisi lain juga diakui sebagai agama resmi dari Federasi Malaysia. Frame seperti ini terbangun karena Malaysia pada prinsipnya masih tetap memberlakukan penggolongan penduduk berdasar pada rasnya. Sebagai ras “tertinggi”, kaum Melayu yang notabene Muslim

diperlakukan secara terpisah dengan ras suku lain, seperti Cina ataupun India, karena mereka tidak bisa dipisahkan pula dari kecenderungan keagamaannya yang non-Muslim. Problem seperti ini tentu saja harus melibatkan dasar politik hukum makro di negeri ini karena masalah-masalah *hard cases* tidaklah mungkin terpecahkan dengan sekedar bersandar pada dasar normatifitas aturan hukum yang ada saja.

Tampaknya, masalah sebagaimana yang tergambar di atas pada dasarnya berhubungan dengan dua persoalan hukum: *Pertama*, keberlakuan hukum Islam atau prinsip-prinsip hukum yang secara khusus berlaku untuk orang Islam terhadap orang-orang non-Muslim, dan *kedua*, pengaplikasian ajaran-ajaran fiqh Islam kepada warga Muslim meskipun ajaran tersebut bertentangan dengan prinsip-prinsip kemanusiaan baik yang didasarkan pada tradisi Islam maupun hak asasi manusia universal.²³ Di Malaysia, kedua persoalan rumit ini masih sering muncul sementara resolusi dan manajemen dari persoalan itu tidak pernah menyentuh akar permasalahannya karena pada dasarnya berhubungan dengan kerangka konstitusi Malaysia dan bagaimana menempatkan Islam sebagai agama resmi negara dalam frame sekulerisme hukum negara federal. Pertanyaannya sekarang bagaimana mencari titik temu dari dua kubu yang divergens tersebut secara adil, tanpa harus mengorbankan aspek-aspek hak asasi manusia universal yang secara internasional sudah menjadi norma yang umum diikuti. Dalam konteks Malaysia, pertanyaan selalu berkuat pada persoalan apakah negara ini dapat untuk menggunakan norma hak asasi manusia internasional sebagai basis hubungan antara hukum Islam dengan hukum nasional (federal) di tengah mileu multi-kulturalisme negara? Dan inilah inti dari persoalan segitiga hubungan antara hukum internasional, nasional (*municipal*) dan Islam di Malaysia hingga kini.

Dalam pengalaman keseharian, persoalan hak asasi manusia sebagai representasi dari norma internasional itu muncul pada hal-hal berikut:²⁴

1. Pada kasus-kasus hukum ketika hukum Islam yang dinyatakan keberlakuannya oleh negara bertentangan dengan prinsip-prinsip kebebasan beragama (*religious freedom*) dan persamaan kedudukan bagi seluruh warga negara di depan hukum (*equality before the law*).
2. Konflik antara hukum negara dengan hukum Islam yang muncul pada persoalan-persoalan hukum berat yang melibatkan berbagai variabel

²³Salbiah Ahmad, "Islam in Malaysia, Constitutional and Human Rights Perspectives," hlm. 3.

²⁴Salbiah Ahmad, "Islam in Malaysia, Constitutional and Human Rights Perspectives," hlm. 3-4.

sosial (*hard cases*) seperti: kasus murtad anak-anak di bawah umur, tuntutan dari salah seorang pihak suami/istri ketika ikatan perkawinan itu berakhir karena salah seorang pasangan masuk Islam, maupun hak asuh anak dalam kasus perceraian karena murtad,²⁵ dan lain-lain.

Deskripsi di atas dapat pula ditafsirkan bahwa implementasi hukum Islam di Malaysia harus berhadapan secara antagonis dengan eksistensi hukum nasional dan internasional. Komplikasi muncul utamanya karena dasar konstitusionalisme negara yang cenderung ingin memberlakukan hukum federal dengan hukum Islam secara bersamaan tanpa diikuti oleh sistem hukum interpersonal (*interpersonal law*) yang akan memanjaje interaksi antara kedua tradisi hukum yang berbeda itu dan merumuskan sejak awal resolusi hukum yang harus ditempuh jika terjadi konflik antara kedua hukum itu. Karena pengaruh English Common Law nya maka hukum konstitusi negara ini cenderung reseptif terhadap nilai-nilai sekuler dari Barat, termasuk di dalamnya norma hak asasi manusia internasional. Namun tradisi keislaman dari ras Melayu yang menjadi ras dominan di negeri ini dalam banyak hal menjadi faktor penghambat bagi masuknya norma-norma internasional tersebut untuk secara kuat memberikan pengaruh bagi perkembangan sistem hukum Malaysia. Islam dianggap sebagai “Elemen Melayu” (*Malayan Elements*) karenanya hukum Islam harus secara kultural dan historis ditempatkan pada posisi yang secara unik unggul dari yang lain, meski sifat sekulerisme hukum Inggris harus ditegakkan pula dalam kerangka konstitusionalisme negara. Di ketika terjadi konflik antara tradisi hukum Islam dan internasional, preferensi selalu saja diberikan kepada hukum Islam. Hal itu terutama terjadi pada kasus-kasus yang cenderung tidak menguntungkan bagi Islam, seperti tampak dalam kasus-kasus perpindahan agama seseorang dari Islam kepada agama lain dan perpecahan ikatan keluarga karena murtadnya salah seorang pasangan suami-istri. Hal ini mengandung makna bahwa ketika terjadi konflik hukum antara hukum Islam dan hukum lainnya maka hukum Islam lah yang harus dimenangkan.

Identitas keislaman dari bangsa Melayu ini secara tegas disebutkan dalam pasal 160 dari Konstitusi Malaysia.²⁶ Karena itu berbagai penulis

²⁵Dalam hal kasus tersebut baca juga Farid Sufian Shuaib, “Spousal Religious Conversion: Choice of Law and Forums in Malaysia,” *International Islamic University Malaysia Law Journal*, Special Edition, (December 2011), hlm. 19-38.

²⁶Konstitusi Malaysia Pasal 160 berbunyi: “Malay’ means a person who professes the religion of Islam, habitually speaks the Malay language, conforms to Malay custom.”

secara afirmatif menguatkan posisi istimewa dari Islam ini, diantaranya Salleh Abas, yang dalam tulisannya terang sekali menyinggung masalah ini:

(T)he Malays practice only one religion: Islam. The notion of a non-Muslim Malay is alien to the Malay mind. Such a person would be a murtad-excluded from the faith. To be a Malay one must be a Muslim, although he may not be a practicing or devout Muslim. This complete identification of religion with race is so fundamental to Malay thought that the religion of Islam has become an important constituent element in the legal and constitutional definition of 'Malay'. Article 160 defines a Malay as 'a person who professes the religion of Islam, habitually speaks the Malay language and conforms to Malay custom'.²⁷

Keunggulan posisi Islam atas agama-agama lain di Malaysia ini mempunyai basis hukum yang kuat karena secara sharih Islam disebut sebagai agama negara. Pasal 3 Konstitusi menyebutkan bahwa: "Islam is official religion of the Federation". Hal ini diperkuat lebih lanjut dalam tafsiran-tafsiran para hakim yang mengakui kekuatan lebih dari kedudukan Islam ini dibanding agama-agama lainnya. Pada tahun 1999, hakim Mahkamah Agung dalam kasus antara *Meor Atiqulrahman bin Ishak v. Fatimah bte Sibi* secara jelas memberikan tafsiran terhadap pasal 3 UUD tersebut dan menyebutkan bahwa Islam lebih penting dari agama-agama seperti Kristen, Budha, Hindu maupun agama lainnya. Menurut hakim ini, Islam adalah agama utama di antara agama-agama lainnya yang hidup di negeri Malaysia.²⁸ Abdul Aziz Bari, profesor hukum pada International Islamic University, menyambut positif keputusan hakim ini dan berpendapat bahwa:

It is interesting to note that the learned judge held that Islam is the primary religion which takes precedence over the other religions in the country. This is the implication of the stipulation of Islam as the religion of the Federation. Islam would not have been put as the religion of the Federation if its position was just as one (of) the religions existing in the country.²⁹

²⁷SallehAbas, "Traditional Elements of the Malaysian Constitution", Trindade et.al. (eds.), *The Constitution of Malaysia: Further Perspectives and Developments* (Petaling Jaya: FajarBakti, 1986), hlm. 5-6.

²⁸Lihat kasus ini dalam *Malay Law Journal* 5 (2000), hlm. 375 dst.

²⁹Abdul AzizBari, "Islam in the Federal Constitution: A commentary on the decision of MeorAtiqulrahman", *Malay Law Journal* 2 (2000), hlm. cxxxii. Aziz Bari pada saat itu adalah Kepala Bagian Hukum Publik di Universitas Islam Internasional Malaysia (International Islamic University Malaysia).

Jauh sebelum kasus di atas muncul, Ahmad Ibrahim, profesor hukum paling terkemuka di Malaysia pun sudah terlebih dahulu memberikan pandangan yang afirmatif terhadap keunggulan posisi Islam ini,

There seems to be a need therefore to give a proper place to the Islamic law and the Shariah Courts and thus to implement the provision that Islam is of the religion of the Federation. As Islam is the religion of the Federation the Shariah as based on the Quran and Sunnah must be enforced in the Federation and it should be provided that any law which is inconsistent with the Holy Quran and the Sunnah shall be void to the extent of such inconsistency. The Privy Council has ruled that in the case of Singapore a law to be valid must conform to the fundamental rules laid down by the English Common Law. This view seems to be acceptable to some in Malaysia too but *as Islam is the religion of the Federation surely the fundamental principles of the laws should be based in Malaysia, not on the English Common Law but on the Shariah.*³⁰

Benturan antara kedua tradisi hukum tersebut terjadi pada dasarnya karena adanya kompetisi dalam memperebutkan eksistensinya dalam masyarakat. Sebagaimana dikemukakan sebelumnya, di Malaysia dengan sistem Common Law-nya plethora dari konflik antara tata hukum itu utamanya terletak di ranah peradilan, dimana berbagai kasus yang berhubungan dengan konflik hukum antar personal yang dibawa ke pengadilan dapat dianalisis sebagai gambaran interaksi antara kedua ide hukum internasional dan municipal. Karena itu, deskripsi di bawah ini dapat memperjelas contoh kasus berat (*hard cases*)sebagaimana disinggung di atas.³¹

1. Kasus konversi Agama (Non-muslim menjadi muslim atau sebaliknya)

Kasus konversi (murtad) ini selalu saja mengundang perdebatan dan polemik dalam masyarakat Malaysia. Permasalahan selalu saja berkuat pada pengadilan mana yang sejatinya berhak untuk menangani

³⁰Ahmad Ibrahim, "Islam and the Constitution".Paper dipresentasikan pada Konferensi tentang Konstitusi Malaysia setelah 30 tahun, Malaya University, Kuala Lumpur. 1987. Ahmad Ibrahim adalah Dekan pertama kali pada Fakultas Hukum Universitas Malaya, Dia juga Dekan paling awal pada Kulliyah of Laws, International Islamic University dan Wakil Rektor (Akademik) pada universitas tersebut hingga wafatnya pada 1997. Cetak miring untuk penekanan dari penulis.

³¹Lihat kasus-kasus dimaksud dalam Salbiah Ahmad, "Islam in Malaysia, Constitutional and Human Rights Perspectives," hlm. 37-47.

permasalahan ini, apakah Pengadilan Umum (*Civil Court*) atau Pengadilan Agama (*Shariah Court*). Polemik ini merupakan refleksi dari kompetisi yang akut antara hukum Islam dengan hukum umum yang secara beriringan berlaku di negeri Melayu. Apa yang selama ini terjadi adalah bahwa para hakim di Pengadilan Federal selalu saja berkecenderungan untuk melihat kasus ini dari sisi hukum Islam dan bukannya menterjemahkannya sebagai hak dasar (HAM) bagi setiap warga negara yang sejatinya juga dijamin persamaannya di depan hukum.

Dalam kasus *Shamala Sathiyaseelan vs. Dr. Jeyaganesh C. Mogarajah*, diputus perkara ini pada 23 April 2004, Mahkamah Agung menolak untuk mengakui perpindahan agama kepada Islam dari dua anak yang masih di bawah umur (2 dan 4 tahun) yang menjadi Islam setelah ayahnya sebelumnya sudah masuk Islam. Kedua orang tua anak-anak itu sebelumnya adalah non-Muslim dan kawin secara non-Islam. Dan si ibu tetap mempertahankan agama aslinya. Mahkamah Agung menetapkan bahwa kasus ini tidak dapat ditangani oleh Pengadilan Umum, disamping Mahkamah juga tidak memberikan solusi bagaimana perkara itu akan diselesaikan, apakah melalui Pengadilan Negeri atau Pengadilan Agama karena ibu dari si anak itu tetap non-Muslim. Meski mengundang polemik di berbagai media, dan munculnya protes dari kelompok-kelompok organisasi non-Muslim yang memandang keputusan Mahkamah Agung itu sangat merugikan hak-hak orang tua non-Muslim, Mahkamah tetap pada pendiriannya bahwa kasus itu harus ditangani menurut yurisdiksi Pengadilan Agama. Karena itu bisa diduga bahwa ibu si anak yang dipindahkan agamanya itu tidak dapat menuntut persamaan haknya atas anaknya. Menurut Pengadilan Agama, perkawinan dari kedua orang tua si anak itu harus bubar dan kedua anaknya pasti akan diberikan hak perawatannya kepada si ayah yang sudah menjadi seorang Muslim.

Di sisi lain kasus *Soon Singh Bikar v Pertubuhan Kebajikan Islam Malaysia (PERKIM) Kedah & Anor* yang sudah terjadi sebelum kasus pertama di atas, juga memberikan contoh keberpihakan negara dan istitusi pengadilan kepada Islam. Dalam kasus ini Soon Singh masuk menjadi Muslim dari agama aslinya, Sikh, ketika ia berusia 17 tahun. Ia kemudian setelah 13 tahun menjadi Muslim menyatakan kembali kepada agama semula sebelum Islam. Pengadilan Federal meski berargumen berdasar pada pasal 11(1) Konstitusi Malaysia tentang kebebasan menjalankan agama, namun tetap memutuskan untuk memberikan hak peradilan kepada Pengadilan Agama, atas dasar argumen bahwa tindakan perpindahan agama dari Islam kepada non-Islam disamakan dengan

perpindahan dari non-Islam kepada Islam. Pengadilan Agama karena itu menangani kasus ini meski Soon Singh tidak lagi beragama Islam saat itu.

2. Murtadnya Orang asli Melayu

Kasus perpindahan orang Muslim Melayu kepada agama lain merupakan persoalan pidana yang jauh lebih berat hukumannya. Dalam kasus *Daud Mamat vs Majelis Agama Islam/Adat Istiadat Melayu, Kelantan, Kerajaan Negeri Kelantan*, murtadnya seorang etnis Melayu diganjar dengan hukuman penjara selama 20 tahun oleh Pengadilan Agama berdasar pada argumen bahwa Daud Mamat telah melakukan penyimpangan terhadap Islam. Ketika perkara ini dibawa ke tingkat banding, Pengadilan Agama tingkat banding memutuskan lain. Daud diperintahkan untuk menjalani masa rehabilitasi dengan setiap bulan menemui kantor Pengadilan Agama selama tiga tahun sampai dia menyatakan pertobatannya dan kembali kepada Islam. Daud tidak mau menerima keputusan Pengadilan banding ini. Walhasil dia dijatuhi hukuman karena penolakannya ini dengan penjara selama 3 tahun disamping tentunya hukuman karena kemurtadan yang dilakukan sebelumnya. Ketika kasus ini dibawa ke Mahkamah Agung, kasasi ke pengadilan tertinggi ini ditolak, meski litigan beralasan bahwa dia mempunyai hak kebebasan beragama berdasar pada pasal 11 UUD Malaysia.

3. Kasus Purdah

Dalam masalah ini, persoalan berkuat pada persoalan definisi dan model yang bagaimanakah dari baju Muslim itu yang dianggap sesuai dengan ajaran Islam. Kasus *Halimatussaadiyah vs Public Services Commission* menjadi contoh yang menarik dalam hal ini.³² Halimatussaadiyah adalah seorang pegawai negeri sipil yang bekerja di kantor bantuan hukum negara di Perlak. Setiap harinya ia memakai pakaian “purdah” yang menutup seluruh badan termasuk kepala dan wajahnya kecuali bagian mata saja. Cara berpakaian seperti ini dianggap bertentangan dengan peraturan berpakaian bagi PNS dimana pakaian bagi pegawai perempuan tidak boleh menutup wajah. Wanita itu tetap menolak untuk tidak menutup wajahnya, karena itu kemudian ia dikeluarkan dari tempat kerjanya. Dan dia kemudian mengajukan kasusnya ke Pengadilan Tinggi, menolak pemberhentiannya dari pekerjaannya atas dasar kebebasan menjalankan ajaran agama yang ia yakini (Pasal 11 UUD Malaysia). Kasusnya pun kemudian bergulir hingga ke Mahkamah Agung. Mahkamah Agung dalam

³²Lihat kasus ini pada *Malay Law Journal* 3 (1994), hlm. 61.

putusannya menolak kasasi yang diajukan oleh wanita itu. Dalam argumennya hakim Mahkamah Agung berpendapat bahwa kebebasan beragama yang digunakan sebagai alasan untuk memakai purdah itu harus dihubungkan dengan pasal 11(5) dari UUD Malaysia, dimana pelaksanaan ajaran agama itu tidak boleh bertentangan dengan tatanan publik (*public order*), kesehatan dan moralitas publik. Artinya MA menilai bahwa memakai purdah yang menutup wajah itu meski dilakukan atas dasar pemahaman agama tertentu namun dilarang karena bertentangan dengan tatanan publik masyarakat Malaysia.

Kasus-kasus di atas menggambarkan betapa kompetisi antara norma Internasional dan municipal menjadi lebih rumit ketika ada faktor Islam dalam pergumulannya. Kasus-kasus tersebut merupakan ujud kompetisi antara ide-ide kebebasan dan hak asasi manusia yang dibawa oleh norma-norma internasional dengan kewajiban ketaatan kepada ajaran hukum agama yang dibawa oleh hukum Islam. Dalam banyak hal, negara seperti ini cenderung untuk lebih berpihak kepada hukum Islam, sejauh itu tidak membahayakan norma-norma publik masyarakat modern Malaysia. Hal ini karena komitmen konstitusionalnya yang menjadikan Islam sebagai agama resmi negara, dan karena Islam sebagai agama yang tidak bisa dipisahkan dengan ras Melayu. Seperti dalam kasus murtad yang selalu menonjol di arena publik, sebagaimana contoh di atas, Pengadilan Federal cenderung melihat hal itu sebagai tindakan yang membahayakan Islam, karenanya Pengadilan Agama dianggap sebagai lembaga yang berhak mengadili sesuai dengan ajaran Islam, meski untuk itu hak kebebasan beragama yang sudah ditetapkan oleh Konstitusi dikesampingkan.

Analisis terhadap Pluralisme Hukum di Malaysia

Secara teoritik, kita dapat melihat betapa pluralisme hukum di Malaysia mengejawantah secara nyata dalam kerangka konstitusinya yang memberikan kesempatan hukum Islam dan hukum Sipil untuk berdampingan dalam sistem hukum negara federal. State Law Pluralism dengan demikian tetap hidup sebagai kerangka dasar dalam menghadapi pluralisme hukum ini. Meski segregasi hukum itu dijadikan sebagai basis metode dalam menghadapi kenyataan pluralisme, komplikasi akibat kompetisi antar dua tradisi hukum itu senantiasa muncul terutama dalam kasus-kasus berat (*hard cases*) yang menjadi *plethora* dari pertemuan dua tradisi itu. Dalam hal ini, pengaruh norma internasional selalu saja tidak bisa dielakkan meski hukum Islam lebih sering menjadi penghalang dari

penyerapan ide-ide norma internasional itu. Sebagai contoh, keengganan Malaysia untuk secara total menaati keseluruhan pasal dalam konvensi CEDAW semata terjadi karena pengaruh nilai-nilai hukum Islam yang dianggap lebih *establish* dalam sistem norma domestik masyarakat Malaysia, yang dalam banyak hal bertentangan dengan ide-ide gender yang dibawa oleh norma konvensi CEDAW. Pengadilan Federal mungkin dalam hal ini menjadi pintu terbaik bagi pengaruh norma-norma hukum internasional itu untuk masuk ke dalam sistem hukum nasional; atau dengan kata lain, karena kesamaan tradisi sekulerisme hukum yang dibawa oleh agen hukum nasional itulah yang menjadikan norma internasional itu untuk mampu memberikan pengaruh.

Sejatinya, semakin terbukanya negara terhadap norma-norma dan mekanisme internasional untuk memecahkan banyak masalah lokal tidak terlepas dari upaya-upaya baru dalam mengkonseptualisasikan kembali kedaulatan negara di era post-modern. Dengan demikian, jika awal 1900-an ditandai oleh konsepsi kedaulatan negara yang kaku yang bersumber pada perspektif penguasaan atas wilayah tertentu,³³ yang mana negara dipahami sebagai satu-satunya pemilik proses pembuatan hukum dan dengan demikian satu-satunya lembaga yang sah untuk menangani konflik hukum warga negara, gelombang pemahaman baru tentang kedaulatan negara malah melihatnya sebagai kewajiban negara untuk melindungi warga negara.³⁴ Dengan kata lain, "kedaulatan" sekarang disikapi sebagai sebuah kewajiban, bukan hanya sebatas hak negara. Ketika ini dibawa ke masalah hukum internasional dalam yurisdiksi negara tertentu, peningkatan peran hukum internasional itu hanya dapat dilihat dari perspektif kewajiban negara untuk menegakkan hak-hak setiap orang untuk mendapatkan manfaat dari mekanisme hukum internasional, terutama ketika mereka menghadapi masalah-masalah tertentu dengan hukum nasional.

Pandangan ini berkaitan erat dengan prinsip-prinsip yang dikemukakan oleh Komisi Hukum Internasional (*International Law Commission, ILC*) dalam persoalan tanggung jawab negara atas apa yang disebutnya sebagai "tindakan yang salah secara internasional." Dokumen tentang Tanggung Jawab Negara atas Tindak Pelanggaran Internasional pada Pasal 12 menerangkan dengan sangat jelas bahwa: "Ada pelanggaran kewajiban internasional oleh Negara ketika tindakan Negara tidak sesuai

³³Lihat A. Vali, *Servitudes of International Law: A Study of Rights in Foreign Territory* (London: P.S. King & Son, Ltd., 1933), hlm. 6-19.

³⁴Lihat ICISS, *The Responsibility to Protect* (Ottawa: IDRC, 2001).

dengan apa yang dituntut oleh kewajiban itu, terlepas dari asal atau karakternya."³⁵ Hal ini dapat dipahami bahwa pelanggaran prinsip-prinsip hukum internasional bisa dimintai pertanggungjawaban kepada negara yang bersangkutan; kewajiban negara karena itu harus sesuai dengan norma-norma dan instrumen internasional dengan cara menempatkan hukum nasional sejalan dengannya. Dan memang dalam banyak kasus, forum internasional dapat memberikan *remedy* yang efektif untuk setiap pelanggaran yang terjadi di setiap negara.³⁶

Penjelasan di atas secara terang menunjukkan bahwa dalam tataran teori hukum nasional dan hukum internasional dapat secara bersama-sama menciptakan kondisi yang harmonis karena pada dasarnya kedua sistem memiliki tujuan yang sama, yaitu, untuk menciptakan ketertiban, membangun keseimbangan antara kepentingan yang saling bertentangan dan menjaga stabilitas dalam masyarakat. Oleh karena itu baik hukum internasional maupun hukum nasional harus memiliki orientasi yang sama menjunjung tinggi prinsip-prinsip keadilan dan memberikan pelayanan yang baik kepada masyarakat. Di era saat ini, keselarasan semacam ini sejalan dengan tren baru dimana hukum internasional dilihat dari perspektif modern sebagai lembaga yang memberikan begitu banyak perhatian pada kehidupan individu daripada kepada negara. Inilah yang dapat kita pahami dari banyak sarjana hukum internasional yang mendukung penggunaan hukum internasional untuk kemajuan individu

³⁵Secara rinci instrumen mengenai hal ini bisa ditemukan dalam http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf.

³⁶Lebih lanjut tentang isu pelanggaran hukum internasional, Pasal 40 dari Dokumen tentang Tanggung Jawab Negara atas Tindak Pelanggaran Internasional menyatakan bahwa: (1) Bab ini berlaku atas pertanggungjawaban internasional yang disertai oleh pelanggaran serius oleh Negara atas kewajiban yang timbul didasarkan pada norma-norma hukum internasional secara umum, (2) Pelanggaran atas kewajiban tersebut bersifat serius jika memuat kegagalan sistematis oleh negara yang bertanggung jawab dalam memenuhi kewajibannya. Untuk melengkapi Pasal 40, Pasal 41 menyatakan: (1) Negara-negara harus bekerjasama untuk mengakhiri berbagai bentuk pelanggaran melalui cara-cara yang sah sesuai dengan maksud pasal 40, (2) Tidak ada satu Negara pun diakui sebagai sah dalam pengertian pasal 40, atau memberikan bantuan dalam mempertahankan situasi itu, (3) Pasal ini tidak bertentangan dengan berbagai konsekuensi lain yang dimaksud dalam bagian ini dan berbagai konsekuensi lebih lanjut seperti berbagai pelanggaran yang mana pelanggaran yang bab ini berlaku mungkin menyertainya di bawah hukum internasional. Baca http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf. Terjemahan dari teks bahasa Inggris oleh penulis.

dan bukan dari perspektif kepentingan pemerintah.³⁷ Dengan kata lain, orientasi sistem hukum internasional harus diarahkan sedemikian rupa sehingga menempatkan kepentingan individu sebagai tujuan utama.

Dalam konteks pluralisme hukum di Malaysia, arah baru hukum internasional itu tentunya dapat menimbulkan konsekuensi berupa munculnya pemahaman baru tentang pluralisme hukum itu sendiri. Pluralitas hukum dipahami tidak hanya sebagai situasi dimana lebih dari satu tradisi hukum domestik bisa hidup berdampingan tetapi juga menyertakan norma-norma internasional untuk tenggelam di dalamnya dan karenanya meningkatkan keragamannya. Hal ini tentunya akan membuat peta baru pluralisme karena varian perbedaan tidak terbatas pada hukum-hukum domestik sebagaimana yang terlihat hidup di tengah masyarakat tetapi melibatkan norma-norma asing yang berasal dari luar yurisdiksi negara; persaingan antara hukum yang berbeda itupun mungkin akan menjadi lebih rumit. Jika demikian, apa yang mungkin perlu dilakukan adalah tidak hanya membatasi cakrawala fenomena tetapi untuk justru memperbesar perspektifnya.

Hal ini tentu saja memerlukan pendekatan baru dalam memahami fenomena pluralisme hukum itu dan lebih khususnya dalam melihat kompetisi antar tradisi-tradisi hukum yang berbeda di Malaysia. Ini dapat dilakukan dengan merubah pendekatan model lama yang bersifat *top-down* menuju *bottom-up* dan berorientasi non-negara (*non-state oriented*). Kalau ini bisa dilakukan, maka perspektif baru pluralisme hukum di Malaysia ke depannya akan dipengaruhi oleh pola umum dalam studi hukum baru tersebut dimana struktur hukum tidak terbatas lagi oleh dominasi negara tetapi dipahami sebagai pola yang variatif dan tersebar dalam karakternya sehingga memperluas *epicentrum* dimana proses pembuatan hukum itu berlangsung. Pemahaman ini mengembalikan makna pluralisme hukum dalam pesan intinya dimana deskripsi pluralitas hukum tidak terbatas pada sistem-sistem hukum yang ada pada suatu yurisdiksi tertentu dengan meniadakan monopoli hukum dan lebih mengandalkan pada prinsip Hukum Tinggi (*Higher Law*).³⁸ Dengan prinsip ini, kriteria hukum tidak lagi

³⁷Lihat misalnya Philip Allot, *The Health of Nations: Society and Law Beyond the State* (New York: Cambridge University Press, 2004), khususnya Bagian Tiga.

³⁸Hukum yang didasarkan pada hukum yang lebih tinggi (*Higher Law*) bisa dipahami sebagai hukum yang tidak bisa ditegakkan oleh pemerintah kecuali ia sejalan dengan prinsip-prinsip keadilan, *fairness*, dan moral universal, entah itu dalam bentuk tertulis atau tidak. Pembahasan tentang inilihat M.N.S. Sellers, *Republican Legal Theory: The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State* (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003), hlm. 26-31, 56-61.

dibangun atas dasar kesesuaian dengan aturan hukum dari yurisdiksi suatu negara tertentu tetapi pada keberhasilannya untuk menciptakan keadilan bagi rakyat.

Sejalan dengan prinsip *Higher Law*, sistem hukum plural dari suatu negara saat ini seharusnya tidak bergantung pada tradisi hukum domestik saja, namun diperluas pada setiap norma hukum yang ada, tergantung pada kesesuaiannya dengan kriteria umum untuk memenuhi syarat hukum yang efektif tersebut. Berdasarkan kriteria ini, meskipun berasal dari norma-norma dan nilai-nilai dari luar, hukum internasional dapat menjadi salah satu tatanan normatif yang diterima sebagai bagian dari pluralisme hukum domestik atas dasar kesesuaiannya dengan *Higher Law*. Oleh karena itu, di era transnasionalisme, dalam hubungannya dengan dekonstruksi metode yang berpusat pada negara, perspektif pluralisme hukum tidak didasarkan pada yurisdiksi hukum atau kesefahaman mereka dengan nilai-nilai hukum resmi negara tetapi lebih pada kesesuaian mereka dengan dasar nilai-nilai hukum yang bekerja untuk semua tatanan normatif yang ada. Perspektif semacam ini akan memungkinkan setiap tradisi hukum yang berbeda untuk hidup berdampingan berkat nilai-nilai persamaannya (*common denominator*) yang dapat digunakan untuk menjembatani kesenjangan antara berbagai perbedaan tersebut.

Penutup

Dari deskripsi di atas, kita tampaknya dapat mengambil suatu kesimpulan bahwa di Malaysia peta hubungan antara tradisi hukum yang berlainan tidak lagi bisa dijelaskan dengan menggunakan perspektif lama yang menekankan negara sebagai pusat dari sistem interaksi tersebut. Dalam hal ini, model interaksi antara norma hukum internasional, municipal dan Islam yang selama ini dipraktekkan di negeri ini tampaknya lebih didominasi oleh teori kompartementalisasi karena segregasi antara hukum Common Law Inggris dan hukum Islam secara konstitusional dipilih sebagai kerangka pluralisme hukum dalam negara yang menganut federalisme itu. Segregasi itu muncul dalam bentuk pembagian secara rigid antara lembaga Peradilan Umum (*Civil Court*) dan Peradilan Agama (*Shariah Court*) yang diperankan sebagai dua lembaga yang secara terpisah masing-masing mempunyai yurisdiksi yang berbeda. Dalam situasi ini, pengadilan umum sebetulnya bisa berperan sebagai pintu utama dari masuknya pengaruh norma-norma internasional ke dalam sistem hukum nasional. Dan karenanya dengan hadirnya hukum internasional itu kompetisi antar berbagai hukum yang berbeda semakin meningkat. Kasus-

kasus konflik hukum biasanya muncul dalam kasus-kasus berat (*Hard Cases*) yang melibatkan ketiga tradisi hukum yang berbeda itu. Hukum internasional secara teoritik dapat diterima dalam sistem hukum nasional Malaysia sepanjang kepentingan dalam negeri menghendaki demikian dan substansinya tidak bertentangan dengan norma hukum nasional. Untuk itulah, Malaysia tampaknya tidak mau menerima teori monisme dalam pemberlakuan hukum internasional dalam sistem hukum municipalnya. Doktrin monisme ini tidak dapat diterima dalam kebijakan hukumnya karena sangat tidak logis menempatkan hukum internasional itu lebih tinggi dari hukum nasional. Karena preferensi itu diberikan senantiasa kepada hukum municipal maka dalam hal konvensi hukum internasional pun negeri ini dapat mengetrapkan kebijakan *partial compliance* dengan menaati sebagian saja dari isi konvensi yang sudah diratifikasi itu, dengan alasan utama bahwa hanya bagian yang dipandang sejalan dengan prinsip-prinsip pembangunan hukum nasional Malaysia sajalah yang bisa diaplikasikan.

Dalam banyak hal, kasus-kasus konflik hukum antara hukum internasional dan hukum nasional itu muncul secara tidak langsung dalam kasus-kasus berat yang melibatkan hukum Islam di dalamnya. Kasus-kasus seperti perpindahan agama, perceraian karena murtad, purdah/pakaian Islami, dan lain-lainnya, menjadi muara besar dari konflik antara ide hak asasi manusia universal yang dibawa oleh norma internasional dengan hukum personal Islam. Konflik laten antara universalisme HAM dan relativisme lokal itu selalu dimuarakan dalam bentuk pertentangan tentang lembaga peradilan mana yang harus mengadili kasus-kasus tersebut. Memang, dalam negara federalisme seperti Malaysia, eksistensi hukum itu lebih digantungkan kepada lembaga peradilan. Karena itu, perebutan yurisdiksi lembaga peradilan itu pada dasarnya merefleksikan konflik tradisi hukum mana yang akan diterapkan. Uniknya, Malaysia sebagai negara dengan pemihakan yang blatan terhadap ras Melayu itu selalu menempatkan Islam sebagai preferensi utama. Secara konstitusional, Islam diakui sebagai agama negara karena Islam adalah agama yang dianut oleh ras Melayu yang merupakan ras dominan. Bahasa dominasi inilah yang pada kenyataannya masih berlaku hingga sekarang di negeri ini. Karenanya, ketika terjadi konflik antara ide hukum internasional dengan hukum Islam maka pemihakan selalu berujung kepada hukum Islam. Dengan kata lain, dalam banyak kasus-kasus berat yang melibatkan hukum Islam, maka Pengadilan Agama biasanya yang selalu dianggap sebagai tempat paling tepat untuk mencari resolusi hukum, dan karenanya hukum Islam hadir disitu, menyumbat ide hukum internasional.

Dalam situasi saat ini dimana transnasionalisasi menjadi bahasa umum terkait hubungan antara orang dengan kepatuhan terhadap hukum yang berbeda, pengaruh hukum internasional dalam yurisdiksi hukum nasional memperkaya kinerja pluralisme hukum, dimana logika “pluralisme hukum negara” (*state legal pluralism*) tidak dapat dipahami hanya melibatkan pertemuan antara tradisi hukum domestik saja. Dalam kasus Malaysia, manajemen terhadap kasus-kasus berat yang melibatkan persoalan HAM seseorang untuk menjalankan pemahaman agamanya dapat secara nyata menjadi bukti kuat pelanggaran prinsip norma internasional itu di negara ini. Ini adalah contoh terkait ketidakterpisahan hukum internasional dengan sistem hukum nasional. Kehadiran hukum internasional melalui instrumen dan mekanisme dalam yurisdiksi hukum nasional memperluas kemungkinan persaingan antara tatanan normatif yang ada dalam masyarakat sehingga tercipta lanskap pluralitas hukum yang baru dimana hukum internasional berperan secara mendalam sebagai salah satu unsur yang ada dalam pluralisme. Konsekuensinya, kebutuhan untuk meninjau ulang pola pluralisme hukum di negara Malaysia ini menjadi sesuatu yang niscaya.

Hal itu tentu saja menuntut sebuah perspektif baru dalam melihat masalah kompetisi hukum dalam lingkungan pluralisme hukum kekinian. Pertama, dalam melihat hubungan antara tradisi hukum yang berbeda, perspektif *bottom-up* dan pendekatan non-negara harus digunakan untuk memahami secara mendalam atas karakter kompetisi yang sedang berlangsung. Ini akan mendorong pada munculnya lingkup yang lebih luas untuk mencari resolusi yang dibutuhkan dalam kasus konflik yang mungkin terjadi sebagai akibat dari perbedaan itu. Kedua, membangun sistem hukum sesuai dengan prinsip Hukum Tertinggi (*Higher Law*) harus menjadi orientasi baru dalam yurisprudensi pluralisme hukum di Malaysia. Dengan prinsip ini, semua tatanan normatif yang ada dalam kehidupan masyarakat dapat diterima atas dasar kesesuaiannya dengan Hukum Tertinggi tersebut, yaitu, prinsip-prinsip keadilan universal, moralitas, dan *fairness*, dan bukan pada kedekatan mereka dengan karakter dan logika hukum resmi negara saja (*Westphalian Duo*).

DaftarPustaka

Abas, Salleh, “Traditional Elements of the Malaysian Constitution”, Trindade et.al. (eds.), *The Constitution of Malaysia: Further Perspectives and Developments* (Petaling Jaya: FajarBakti, 1986)

- Ahmad, Salbiah, "Islam in Malaysia, Constitutional and Human Rights Perspectives," hlm. 2, http://aannaim.law.emory.edu/ihr/wrkpaper/s_ahmad.doc.
- Ahmad, Sharifah Suhanah Syed dan Roy Rajasigham, "The Malaysian Legal System, Legal Practice and Legal Education," *IDE Asian Law Series No. 4: Judicial System and Reforms in Asian Countries (Malaysia)*, March 2001.
- Allot, Philip, *The Health of Nations: Society and Law Beyond the State* (New York: Cambridge University Press, 2004).
- Anonymous, *Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976*, Kuala Lumpur: The Commissioner of Law Revision, Malaysia Under the Authority of the Revision of Laws of 1968 in Collaboration with Percetakan Nasional Malaysia BHD, 2006).
- Bari, Abdul Aziz, "Islam in the Federal Constitution: A commentary on the decision of MeorAtiqulrahman", *Malay Law Journal* 2 (2000),
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 4th. Ed. (Oxford: Clarendon Press, 1990)
- Cassese, Antonio, *International Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2005)
- Griffith, John, "Four Laws of Interaction in Circumstances of Legal Pluralism: First Step Towards An Explanatory Theory," ed. by Gordon R. Woodman and A. Allott, *People's Law and State Law: The Bellagio Papers* (Dordrecht: Foris Publications, 1985)
- Griffith, John, "What is Legal Pluralism" *Journal of Legal Pluralism* 24 (1986): 1 Ibrahim, Ahmad, "Islam and the Constitution". Paper dipresentasikan pada Konferensi tentang Konstitusi Malaysia setelah 30 tahun, Malaya University, Kuala Lumpur. 1987.
- ICISS, *The Responsibility to Protect* (Ottawa: IDRC, 2001).
- Jewa, Tunku Sofiah, *Public International Law: A Malaysian Perspective*, vol. 1 (Kuala Lumpur: Pacifica Publications, 1996).
- Liow, Joseph Chinyong, *Piety and Politics: Islamism in Contemporary Malaysia* (Oxford: Oxford University Press, 2009).
- Maier, Harold G., "The Utilitarian Role of A Restatement of Conflicts in Common Law System: How Much Judicial Deference Is Due To

- the Restaters or ‘Who are These Guys, Anyway?’”, *Indian Law Journal* 75 (2000)
- Malaya Law Journal* 2 [1988].
- Malay Law Journal* 3 (1994).
- Malay Law Journal* 5 (2000).
- Oppenheim, LFL, *Oppenheim’s International Law*, Vol. 1, Edisi 9 (London: Longman, 1996).
- Renteln, Alison Dundes, *International Human Rights: Universalism Versus Relativism* (California: Sage, 1990).
- Sellers, M.N.S., *Republican Legal Theory: The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State* (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003).
- Shaw, Malcolm N., *International Law*, Ed. 6 (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).
- Shuaib, Farid Sufian, “Contemporary Human Rights Issues in Malaysia,” dalam Abdul Ghafur Hamid dan Khin Maung Sein (eds.), *Human Rights Law: International, Malaysian and Islamic Perspectives* (Selangor: Thomas Reuters Malaysia Sdn Bhd, 2012)
- Shuaib, Farid Sufian, “Fundamental Liberties under the Federal Constitution: A Critical Analysis,” dalam Abdul Ghafur Hamid dan Khin Maung Sein (eds.), *Human Rights Law: International, Malaysian and Islamic Perspectives* (Selangor: Thomas Reuters Malaysia Sdn Bhd, 2012)
- Shuaib, Farid Sufian, “Spousal Religious Conversion: Choice of Law and Forums in Malaysia,” *International Islamic University Malaysia Law Journal*, Special Edition, (December 2011)
- Shuaib, Farid Sufian, “The Status of International Law in the Malaysian Municipal Legal System: Creeping Monism in Legal Discourse?” *International Islamic University Malaysia Law Journal* 16 (2008)
- Tamanaha, Brian Z., “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global (2007 Julius Stone Address)” *Legal Studies Research Paper Series*, Paper #07-00800 May 2008, St. John’s University School of Law, downloadable at The Social Science Research Network Electronic Paper Collection <http://ssrn.com/abstract=1010105>.

Tong, Liew Chin, "PAS Politics: Defining an Islamic State" dalam Edmund Terence Gomez, ed., *Politics in Malaysia: The Malay Dimension* (London and New York: Routledge, 2007)

Twinning, William, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

Vali, A., *Servitudes of International Law: A Study of Rights in Foreign Territory*(London: P.S. King & Son, Ltd., 1933)

Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

URL Links:

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf.

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>.

http://aannaim.law.emory.edu/ihr/wrkpaper/s_ahmad.doc.

<http://ssrn.com/abstract=1010105>.

www1.umn.edu/humanrts/research/malaysia-constitution.pdf.