

Anotasi Spirit *Unable* dan *Unwilling* Terhadap Kejahatan Perang Israel Palestina

“*Unable and Unwilling Spirit Annotation Against Israel-Palestine War Crimes*”

Zainal Abdul Aziz Hadju¹

¹Program Magister Ilmu Hukum, Universitas Padjadjaran, Indonesia. Email: zainal.hadju2103@gmail.com

Info Artikel

Kata Kunci:

Unable; Unwilling; Kejahatan Perang

Cara mengutip (APA Citation Style):

Hadju, Zainal Abdul Aziz. (2019). “Anotasi Spirit *Unable* dan *Unwilling* Terhadap Kejahatan Perang Israel Palestina”. *Jambura Law Review*, JALREV 1 (2): 167 - 191

Abstrak

Tujuan dari penelitian ini adalah mengetahui Apa yang menjadi pertimbangan utama suatu entitas diakui sebagai negara oleh hukum internasional dan Bagaimana relasi antara spirit International Criminal Court (ICC) dengan prinsip *unable and willing* terhadap Palestina menurut hukum internasional. Jenis penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif, dengan pendekatan perundang-undangan, pendekatan kasus, dan pendekatan historis. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa Pasal 1 Konvensi Montevideo menyebutkan bahwa ada empat kriteria yang harus dipenuhi oleh sebuah negara baru untuk menjadi sebuah negara berdaulat, yaitu; adanya populasi yang tetap, wilayah, pemerintah, dan kapasitas negara sebagai penunjang dalam melakukan hubungan dengan negara lain. Terdapat pula pengakuan terhadap suatu negara yang terbagi dalam dua bentuk yakni pengakuan secara *de jure* maupun secara *de facto*, Palestina telah diakui secara *de jure* karna dalam praktiknya yang dibuktikan dengan melakukan perjanjian internasional dengan beberapa negara. Bahwa, ICC memiliki empat macam yuridiksi yakni, yuridiksi personal, kriminal, temporal dan territorial. Pasal 17 ayat 2 dan ayat 3 menentukan negara yang dianggap tidak mau (*unwilling*), ketidaksediaan (*unable*). Berkenan dengan hal itu kita dapat kembali ke prinsip otomatis yaitu *locus delicti* bahwa Israel melakukan kejahatan perang di wilayah palestina dan didukung dengan yurisdiksi dari mahkamah tersebut, maka ICC sudah lebih dari cukup untuk mengadili Israel dengan menggunakan yuridiksi prinsip otomatis yang terkandung dalam statute roma 1998. Kriteria *unwilling* dan *unable* dapat diperluas penegakkan melalui Pasal 13 Statuta Roma 1998 yang menyatakan bahwa ICC memiliki tiga kewenangan untuk memeriksa kejahatan internasional, jika terdapat suatu keyakinan bahwa salah satu dan atau seluruh pihak melakukan kejahatan internasional sesuai dengan Pasal 5 Statuta Roma 1998.

Article Info

Keywords:

Unable; Unwilling; War Crimes

How to cite (APA Citation Style):

Hadju, Zainal Abdul Aziz. (2019). "Unable and Unwilling Spirit Annotation Against Israel-Palestine War Crimes ". *Jambura Law Review, JALREV* 1 (2): 167 - 191

Abstract

The purposes of this study are to know what is the main consideration of an entity recognized as a state by international law and what is the relationship of International Criminal Court (ICC) spirit and the principle of being unable and unwilling towards Palestine under international law. The research used in this study is normative juridical, with a legal approach, a case approach, and a historical approach. The results indicate that Article 1 of the Montevideo Convention states there are four criteria that must be met by a new country to become a sovereign state, namely; the existence of a permanent population, region, government, and the capacity of the state as a support in conducting relations with other countries. There is also recognition of a country divided into two forms, namely de jure and de facto recognition, Palestine has been de jure recognized because in practice it is proven by making international agreements with several countries and the ICC has four types of jurisdiction namely, personal, criminal, temporal and territorial jurisdiction, that in Article 17 paragraph 2 and paragraph 3 determine which countries are considered unwillingness. In this regard, we can return to the locus delicti automatic principle that Israel commits war crimes in the Palestinian territories and is supported by the jurisdiction of the court, the ICC is more than enough to try Israel by using the automatic principle jurisdiction contained in the Rome statute 1998. The unwilling and unable criteria can be extended to enforce through Article 13 of the Rome Statute of 1998 which states that the ICC has three powers to examine international crimes, if there is a belief that one or all parties have committed international crimes in accordance with Article 5 of the Rome Statute 1998.

1. Pendahuluan

Setiap negara pada dasarnya memiliki yurisdiksi untuk menangani suatu kasus pidana, namun hal ini bergantung pada yurisdiksi tempat terjadinya tindak pidana dan terhadap pelakunya. Tindakan itu dipandang sebagai *jure gentium* dan semua negara berhak menangkap dan mengadili pelakunya. Hal tersebut lazim sebab semakin berkembangnya teknologi dan maraknya perpindahan orang antar negara, maka sangat besar kemungkinan satu negara membutuhkan bantuan dari negara lain dalam menjalankan kewenangannya untuk menangani suatu perkara tersebut.¹

Kedaulatan negara dalam hukum internasional juga tidak bisa terlepas dari perjanjian Westphalia 1648 yang mengenalkan konsep *nation state* dimana negara memiliki kedaulatan eksternal dan internal, negara berdaulat memiliki kewenangan eksklusif atas suatu wilayah tertentu tanpa campur tangan dari pihak luar.² setiap bentuk intervensi suatu negara terhadap negara lain dengan menggunakan tindakan pemaksaan bahkan kekerasan pada situasi damai dianggap sebagai pelanggaran terhadap kedaulatan negara.

Tindakan kejahatan perang dilarang dalam lembaga hukum pidana internasional.³ Dalam hukum pidana internasional, seseorang yang dianggap telah melakukan kejahatan perang apabila telah melakukan pelanggaran terhadap konvensi Jenewa 1949 (*Geneva Law*) atau telah melanggar ketentuan hukum dan kebiasaan perang (*Hague Law*). Tentunya semuanya dilakukan dalam situasi dan dalam konteks konflik

¹ Anthony Aust. (2005). "*Handbook of International Law*". New York: Cambridge University Press. hal. 263

² Sefriani. (2018). "Hukum Internasional Suatu Pengantar, Edisi Kedua". Depok: Rajawali Pers. hal. 13

³ Statuta Roma dari *International Criminal Court*; Statuta dari *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*; Statuta dari *International Criminal Tribunal of Rwanda*; Statuta dari *International Military Tribunal at Nuremberg*; Statuta dari *International Military Tribunal for the Far East*

bersenjata.⁴ Kejahatan perang selalu meliputi pelanggaran serius dari ketentuan internasional, atau dengan kata lain merupakan pelanggaran dari ketentuan yang melindungi nilai-nilai penting, dan pelanggaran tersebut harus mendapatkan konsekuensi bagi pelaku kejahatan tersebut.⁵

Deklarasi universal hak asasi manusia (*Universal Declaration of Human Right, 1948*) merupakan langkah awal meletakkan landasan kearah penyusunan standar instrument HAM yang akan menjadi perjanjian internasional bagi setiap negara. Pada tahun 1966 Sidang Umum Majelis PBB telah mengadopsi tiga instrument internasional HAM yaitu, *The International Convenan on Civil and Cultural Right and The Optional Protocol to the International Convenan on Civil And Political Right*. Konvenan mengenai Hak-hak Sipil dan Politik merupakan sarana hukum internasional yang sangat strategis dalam rangka menciptakan bangsa-bangsa yang bermartabat dan menjunjung tinggi hak-hak dasar yang melekat kepada setiap orang. Hal ini tersirat dalam pasal 1 ICCPR.⁶

“All peoples have the right of self-Determinatio, by virtue of that right they freely determine their political status and freey pursue their economic, social and cultural development”.

Penegasan mengenai hak-hak dasar tersebut diperkuat dengan kewajiban setiap Negara pihak (*state party*) terhadap konvensi untuk memelihara dan menjamin hak-hak dasar semua orang yang berada di dalam wilayah teritorialnya dan wilayah yuridiksinya tanpa membedakan atas dasar ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik, kebangsaan, atau keturunan harta kekayaan, kelahiran atau status lainnya (pasal 2 ayat 1). Salah satu dasar yang bersifat universal dan seluruh agama mengakui hak tersebut, adalah “hak untuk hidup” (*the right to life* dalam pasal 6).⁷

Statuta Roma adalah perjanjian yang diadopsi dalam Konferensi Roma 1998 untuk menjadi dasar terbentuknya *International Criminal Court (ICC)* (*Human Rights Watch*

⁴ Antonio Cassese. (2003). “International Criminal Law”. Oxford: Oxford University Press. hal. 47

⁵ *Ibid.*

⁶ Romli Atmasasmita. (2001). “Hukum Pidana Internasional”. Jakarta: Hecca Mitra Utama. hal. 3

⁷ *Ibid.* hal 4

1998). Perjanjian yang disusun dan disetujui pada hari yang sama yaitu 17 Juli 1998 tersebut hingga saat ini telah diratifikasi oleh 124 negara, sedangkan jumlah negara penandatanganan mencapai 139 negara.⁸

Pada Pasal 34 1969 *Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)* secara tegas diatur bahwa: “*A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent*”. Pasal ini memperlihatkan hubungan antara negara non pihak⁹ dengan perjanjian internasional adalah dengan adanya *consent*. Prinsip ini dikenal dengan prinsip *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Prinsip ini sekaligus menegaskan bahwa hanya negara pihak dari suatu perjanjian internasional yang terikat oleh norma dalam perjanjian tersebut.¹⁰

Menurut Schabas, sifat permanen ICC dan sifat terbukanya ICC untuk semua negara menghendaki agar ICC tidak terlalu diberi ruang yang luas bagi munculnya *judge-made law*, yang oleh beberapa negara bisa dipandang sebagai suatu bentuk ketidakpastian yang bertentangan dengan prinsip *nulum crimen sine lege*¹¹ Secara keseluruhan, Statuta Roma 1998 memuat daftar lima puluh perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai kejahatan perang (*war crimes*). terdapat norma hukum kebiasaan internasional yang justru tidak dimasukkan ke dalam rumusan Statuta Roma 1998, misalnya norma yang melarang penggunaan senjata biologis dan kimiawi.¹²

Salah satu masalah yang telah menggurita sekian lama adalah konflik antara Israel dan Palestina adalah sebuah konflik antara Israel dan Palestina dalam

⁸ Wakhid Aprizal Maruf. (2017). “Kebijakan Indonesia Belum Meratifikasi Statuta Roma 1998”. *Journal Of International Relations*, Volume 3, Nomor 2, Tahun 2017: 83

⁹ Pasal 34 Konvensi Wina 1969

¹⁰ *Ibid.* hal. 28

¹¹ *Nulum Crimen Sine Lege* merupakan Suatu perbuatan menjadi tindak pidana yang pelakunya dapat dijatuhi hukuman hanya kalau sebelum perbuatan itu dilakukan dan sudah ada hukum yang menyatakan demikian.

¹² Arie Siswanto. (2015). “Hukum Pidana internasional”. Yogyakarta: C.V Andi. hal. 196

memperebutkan otoritas tanah yang mana kedua belah pihak mengklaim mempunyai hak yang sama atas tanah tersebut. Dalam penelitian ini tanah yang diperebutkan itu disebut Tanah Suci. Perang 6 hari atau Perang Arab-Israel 1967 adalah perang yang berlangsung selama 6 hari ini merupakan konflik bersenjata antara Israel melawan negara-negara Arab yang diwakili oleh Mesir, Suriah dan Yordania. Pasca perang yang dimenangkan oleh Israel tersebut, wilayah Israel terus meluas, sementara wilayah negara-negara Arab mulai berkurang.

Kejahatan Perang Israel terhadap Palestina yang menimbulkan kerugian dan banyaknya korban jiwa adapun pelanggaran tersebut diantaranya melakukan penyerangan terhadap penduduk sipil, menyerang obyek sipil, fasilitas umum, penggunaan senjata terlarang, penyerangan udara secara tidak proporsional. Akibat dari serangan tersebut mengakibatkan lebih dari Empat puluh warga Palestina telah tewas dan 5.511 terluka dalam pawai Gaza di sepanjang pagar perbatasan antara Jalur Gaza dan Israel sejak 30 Maret 2018. Dari mereka yang berada di rumah sakit pemerintah, 1.499 terkena peluru tajam, 107 dengan peluru bermata spons, 408 menderita inhalasi gas dan 582 menderita luka-luka lainnya; 2.142 adalah orang dewasa dan 454 adalah anak di bawah umur.¹³ Permasalahan lain yang melandasi sulitnya mengadili Israel adalah masalah entitas palestina yang masih dipertanyakan sebagai sebuah negara walaupun secara administratif telah memenuhi suatu negara aka tetapi secara politik posisi palestina masih lemah.¹⁴

¹³ Matamata Politik. (edisi 17 November 2018). "Luka PBB Laporkan Jumlah Palestina yang Terus Bertambah di Pawai Gaza". Diakses dari <https://www.Matamatapolitik.Com/40-Mati-5-511-Luka-Luka-Pbb-Laporkan-Jumlah-Korban>

¹⁴ Pengakuan sendiri secara umum diartikan sebagai perbuatan politik dimana suatu Negara menunjukkan kesediaannya untuk mengakui suatu situasi fakta dan menerima akibat hukum dari pengakuan tersebut. Kemudian dalam praktek Negara modern pengakuan bukan sekedar mengetahui (*recognition*), atau lebih daripada suatu pernyataan mengetahui bahwa suatu negara atau pemerintah memenuhi syarat untuk diakui. Lebih lanjut lihat. Boer Mauna (2000). "Hukum Internasional, Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global". Bandung: Alumni. hal. 60

Penegakan hukum atas kejahatan internasional yang dilaksanakan oleh suatu negara, ada kalanya negara dianggap tidak mau (*unwilling*), bahkan tidak mampu (*unable*), padahal dalam penegakan hukum atas kejahatan ini haruslah akuntabel. International Criminal Court merupakan suatu mahkamah yang memiliki yurisdiksi terhadap kejahatan internasional tetap menjadi perhatian dan pengharapan masyarakat internasional, ketika suatu negara mengalami keadaan negara dianggap tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*).

Negara yang dianggap melakukan *unwilling* dan *unable* pada prinsipnya hanya berlaku bagi negara peserta yang telah melakukan ratifikasi terhadap statute roma akan tetapi makna bisa diperluas dengan dasar ICC memiliki kewenangan untuk mengadili kejahatan yang paling serius (*the most serious crimes*) yakni kejahatan terhadap kemanusiaan, genosida, kejahatan perang, dan agresi. Pada Pasal 12 ayat (2) Statuta Roma¹⁵ dinyatakan bahwa ICC memiliki kewenangan untuk mengadili individu yang melakukan kejahatan di wilayah teritorial negara pihak dari ICC atau individu yang berasal dari negara yang sudah menjadi pihak dari ICC.¹⁶ Pasal

¹⁵ Lihat Pasal 5 ayat (1) Statuta Roma menyatakan bahwa:

“Jurisdiksi Mahkamah terbatas pada kejahatan paling serius yang menyangkut masyarakat internasional secara keseluruhan. Mahkamah mempunyai jurisdiksi sesuai dengan Statuta berkenaan dengan kejahatan-kejahatan berikut:

- (a) Kejahatan genosida;
- (b) Kejahatan terhadap kemanusiaan;
- (c) Kejahatan perang;
- (d) Kejahatan agresi.”

¹⁶ Pasal 12 ayat (2) Statuta Roma menyatakan bahwa: “Dalam hal pasal 13, ayat (a) atau (c), Mahkamah dapat melaksanakan jurisdiksinya kalau satu atau lebih Negara berikut ini adalah pihak dari Statuta ini atau telah menerima jurisdiksi Mahkamah sesuai dengan ayat 3:

- (a) Negara yang berkuasa atas wilayah di mana perbuatan yang dipersoalkan itu terjadi atau, kalau kejahatan itu dilakukan di atas kapal atau pesawat terbang, Negara di mana kapal atau pesawat terbang itu terdaftar;
- (b) Negara di mana orang yang dituduh melakukan kejahatan adalah warga negara”

tersebut mengartikan bahwa ICC tidak hanya dapat mengadili individu yang berasal dari negara yang sudah mengakui yurisdiksi ICC atau menjadi pihak Statuta Roma.

Hal ini menunjukkan bahwa Israel baik secara implisit dan eksplisit melanggar hukum internasional dengan berlandaskan pada pasal 12 dan ICC memiliki kewenangan dalam mengadili Israel yang telah melakukan pelanggaran HAM di wilayah Palestina selain itu perlunya sprit dari lembaga International Criminal Court (ICC) terkait prinsip Unable dan Unwilling terhadap pengadilan suatu negara dalam menyelesaikan pelanggaran HAM berat terutama kejahatan yang termuat dalam pasal 5 statuta roma yakni kejahatan War Crime yang di lakukan oleh negara non state dan pasal 12 sebagai landasan yuridiksi ICC. Berdasarkan penjelasan diatas penulis tertarik menulis artikel tentang "Anotasi Spirit *International Criminal Court* Dalam Menanggulangi Prinsip *Unable* dan *Unwilling* Terhadap Kejahatan Perang Israel Palestina"

2. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian tersebut di atas setidaknya muncul dua permasalahan yaitu apa yang menjadi pertimbangan utama suatu entitas diakui sebagai negara oleh hukum internasional dan bagaimana relasi antara spirit *International Criminal Court (ICC)* dengan prinsip *unable and willing* terhadap Palestina menurut hukum internasional.

3. Metode

Penelitian ini merupakan penelitian normatif yang menggunakan bahan hukum primer dan sekunder, berupa peraturan perundang-undangan, literatur, serta hasil penelitian yang relevan dengan penelitian ini. Data yang ada dikaji dan dianalisa melalui studi kepustakaan untuk selanjutnya ditarik kesimpulannya. Pendekatan yang dilakukan adalah dengan pendekatan perundang-undangan, pendekatan sejarah serta pendekatan kasus. Analisis data yang dilakukan dengan menggunakan deskriptif analitis dan pendekatan historis.

4. Pertimbangan Diakunya Palestina Sebagai Sebuah Negara Menurut Hukum Internasional

Pengakuan terhadap suatu negara melibatkan dua aspek yaitu aspek hukum dan politik akan tetapi para pakar hukum internasional selalu berusaha untuk menentukan aspek mana yang lebih menonjol dari kedua aspek tersebut. Banyak yang berpendapat bahwa pengakuan merupakan suatu perbuatan hukum.¹⁷

Di dalam praktik internasional pengakuan secara tegas (*express recognition*) dapat dilakukan dengan pernyataan pengakuan lewat *public statement*, nota diplomatik, atau juga perjanjian bilateral. Sedangkan dalam praktik pengakuan diam-diam (*implied recognition*) justru lebih sering dilakukan tindakan negara membuka hubungan diplomatik dengan suatu negara baru, pemberian *execuatur* pada konsuler negara baru.¹⁸ Sebagai tambahan tentang bentuk pengakuan tadi, masih terdapat pengakuan yang diberikan secara terang-terangan dan secara diam-diam, dan terakhir adalah pengakuan secara *de jure* dan *de facto*.¹⁹

Berdasarkan Konvensi Montevideo tentang Hak dan Kewajiban Negara dirumuskan dalam konferensi Internasional ketujuh negara-negara yang berada di benua Amerika pada tanggal 26 Desember tahun 1933 di Uruguay. Konvensi ini mendorong agar teori deklaratif dapat diterima sebagai bagian dari hukum kebiasaan internasional (*international customary law*).

Konvensi ini ditanda tangani oleh sembilan belas negara dan telah menjadi referensi utama dalam upaya menerjemahkan arti dan ciri sebuah negara Pasal 1 Konvensi ini menyebutkan bahwa ada empat kriteria yang harus dipenuhi oleh sebuah negara baru untuk menjadi sebuah negara berdaulat, yaitu; adanya populasi yang tetap (*permanent population*), adanya wilayah yang jelas dan tetap (*defined territory*), adanya

¹⁷ Boer Mauna. (2000). "Hukum Internasional, Pengertian Peranan Dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global". Bandung: Alumni. hal. 60

¹⁸ Sefriani. (2014). "Hukum Internasional Suatu Pengantar". Jakarta: Rajawali Pers. hal. 183

¹⁹ Bayu Sujadmiko. "Pengakuan Negara Baru Ditinjau Dari Perspektif Hukum Internasional (Studi Terhadap Kemerdekaan Kosovo)". *Fiat Justitia Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 6 No. 1 Januari-April 2012: 4

pemerintah (*government*) dan adanya kapasitas (*negara*) untuk melakukan tindakan atau hubungan hukum dengan negara lain.²⁰

Jika dikaitkan dengan permasalahan terhadap duakuinya Palestina sebagai sebuah negara maka berdasarkan pasal 1 konvensi montevidio maka status dan kedudukan dari Palestina sendiri sudah memuat ketentuan dalam pasal 1 konvensi montovidio, akan tetapi yang menjadi problematika ketika terdapat konflik disuatu negara tersebut yang membuat berubahnya berubahnya status dan kedudukan terhadap dari syarat diakuinya suatu negara menurut konvensi tersebut. Terdapat beberapa kriteria diakuinya suatu negara yakni:

Kriteria pertama yakni (*permanent population*), populasi didefinisikan sebagai penduduk tetap yang menghuni suatu tempat di daerah tertentu secara terus menerus dalam hal ini penduduk yang telah menempati suatu negara (*permanent population*). Bila dikaji melalui negara Palestina bahwa hal tersebut tidak menjadi masalah sama sekali karena jauh sebelum deklarasi negara Palestina dilakukan, sudah terdapat manusia atau penduduk²¹ yang menghuni wilayah tersebut. Namun ketika konflik yang terjadi dengan Israel pada tahun 1948 sebagian penduduk palestina terpaksa meninggalkan tempat mereka dan kembali lagi setelah perang berakhir.

Kedua, terdapatnya wilayah dalam sebuah negara merupakan salah satu penunjang adanya sebuah negara karena didalam suatu wilayahlah negara dapat melakukan pemerintahannya²² suatu negara, tanpa kedaulatan sudah jelas tidak dapat dikatakan

²⁰ M. Syuib. "Negara Palestina Dalam Perspektif Hukum Internasional". Banda Aceh: Uin Ar-Raniry. hal. 4

²¹ Saat ini jumlah penduduk Palestina sekitar 4,5 juta orang yang tinggal di wilayah Palestina dan sekitar 6 juta yang tinggal di luar negeri (diaspora). Lebih lanjut lihat. Palestinian Central Bureau Statistics. (2019, 1 Juli). "Population".

²² Jean Bodin, seorang ahli teori kedaulatan menyatakan bahwa kedaulatan adalah aspek utama sebuah negara. Lebih lanjut lihat. Andrew Edward. (2011). "Jean Bodin on Sovereignty". *Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts* 2, no. 2 June 1, 2011: 75-84

sebuah negara. Seperti kita ketahui wilayah Palestina saat ini terbagi ke dalam tiga wilayah utama, yaitu; Jalur Gaza, Yerusalem Timur dan Tepi Barat. Pada dasarnya Palestina telah kehilangan beberapa wilayahnya akibat konflik yang terjadi seperti beberapa wilayah Palestina di Yerusalem Timur yang telah dikuasai Israel.

Ketiga adalah memiliki pemerintah, penetapan ketiteria adanya pemerintah ini telah menjadi salah satu syarat penting juga dalam mendirikan sebuah negara baru. Sebenarnya bagi Palestina ketentuan tersebut belum begitu jelas apakah pemerintah saat ini bisa disebut pemerintah yang efektif sebagaimana dimaksud dalam kriteria ini atau tidak karena sejujurnya mereka tidak memiliki kontrol yang penuh atas wilayah-wilayahnya tersebut. Beberapa bagian dari wilayah Palestina masih dikendalikan oleh pemerintah Israel, seperti Tepi Barat.

Hal serupa juga terjadi di Jalur Gaza di mana setelah penarikan militer Israel pada tahun 2005, pemerintah Israel masih mengambil kendali di daerah ini²³. Ini berarti bahwa, pemerintah Palestina belum memiliki kontrol penuh terhadap wilayahnya sendiri. Memang, Palestina memiliki pemerintah, tetapi tampaknya mereka tidak memiliki 'pemerintah yang efektif'.

Keempat yakni kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum atau hubungan dengan negara-negara lain, kriteria ini sulit untuk difenisikan mengingat bahwa dengan status kemerdekaan dengan sendirinya sebuah negara dapat melakukan perbuatan hukum atau hubungan hukum dengan negara-negara lain. Palestina sendiri sudah menjalin hubungan internasional dengan negara lain berupa perjanjian-perjanjian internasional seperti Piagam Budaya dan Warisan UNESCO (*the UNESCO Cultural and Heritage Charter*), Piagam Arab tentang Hak Asasi Manusia (*the Arab Charter on Human Rights*). Selain itu, mereka juga telah ikut serta terlibat dengan banyak negara untuk membuat perjanjian, seperti dengan Indonesia. Di sisi lain, dalam perjanjian Oslo (*the Oslo Accord*) tidak memasukkan fungsi-fungsi dasar tertentu dari sebuah negara bagi Palestina untuk dilaksanakan, misalnya pembukaan misi atau kantor diplomatik

²³ Trias Kuncayono. (2008). "Jerusalem: Kesucian, Konflik, dan Pengadilan Akhir". Jakarta: Kompas. hal. 25

Palestina di luar negeri atau pembukaan kantor diplomatik Internasional atau konsulat di Jalur Gaza dan Tepi Barat.²⁴

Dari uraian diatas telah dijelaskan bagaimana teori-teori pengakuan terhadap sebuah negara yakni teori konsultatif²⁵ yang berarti untuk bisa dikatakan sebagai negara maka harus mendapat pengakuan oleh negara lain dan menurut teori deklaratif²⁶ merujuk terhadap Konvensi Montevideo yakni Pasal 1 Konvensi ini menyebutkan bahwa ada empat kriteria yang harus dipenuhi oleh sebuah negara baru dan juga terdapat pengakuan terhadap pemerintahan melalui suatu pengakuan berdasarkan kenyataan yang ada (*de jure*) dan suatu pengakuan berdasarkan pada hukum (*de facto*).

Penulis berpendapat sebagaimana telah dijelaskan dalam latar belakang masalah bahwa salah satu permasalahan yang menghambat penyelidikan pelanggaran HAM yang dilakukan Israel adalah masih tidak jelasnya kedudukan dari palestina sebagai sebuah negara karena sampai saat ini kedaulatan negara palestina baik secara implisit dan eksplisit telah direduksi oleh konflik dengan israel yang mengakibatkan wilayah palestina terus berkurang.

²⁴ Badri Alzaky. (2017). "Diplomasi Palestina Menjadi Negara Pengamat Non- Anggota Di Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) Tahun 2011-2012". *JOM FISIP*, Vol. 4 No. 1 – Februari 2017: 12

²⁵ Teori konsultatif berpendapat bahwa suatu negara menjadi subyek hukum internasional hanya melalui pengakuan, hanya dengan pengakuanlah suatu negara baru itu diterima sebagai anggota masyarakat internasional dan karenanya dapat memperoleh statusnya sebagai subagai subyek hukum internasional *de jure*, Pendukung utama teori ini ialah. Lebih lanjut lihat, Huala Adolf. (2015). "Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional". Bandung: Keni Media. hal. 69

²⁶ Teori Deklaratif merupakan pengakuan tidak menciptakan suatu Negara karena lahirnya suatu Negara semata-mata merupakan suatu fakta murni dan dalam hal ini pengakuan hanya penerimaan fakta tersebut. Mereka menegaskan bahwa suatu Negara begitu lahir langsung menjadi anggota masyarakat internasional dan pengakuan hanya merupakan pengukuhan dari kelahiran tersebut. Lihat lebih lanjut, Bayu Sujadmiko. (2012). "Pengakuan Negara Baru Ditinjau Dari Perspektif Hukum Internasional (Studi Terhadap Kemerdekaan Kosovo)". *Fiat Justitia Jurnal Ilmu Hukum* Volume 6 No. 1 Januari-April 2012: 5

Palestina pada pratiknya sudah memenuhi unsur negara menurut Konvensi Pasal 1 Konvensi Montevideo, akan tetapi keempat unsur yang dimiliki yang menjadi permasalahan ketika memenuhi ketentuan akan tetapi didalamnya terjadi sebuah konflik, apakah Palestina bisa dikatakan sebuah negara, hal ini masih menjadi permasalahan mengingat bahwa Palestina sendiri secara praktik telah diakui oleh negara-negara melalui hubungan internasional dengan negara lain melalui perjanjian internasional.

Terkait hal tersebut untuk mengukur diakuinya sebuah negara disamping dari melihat teori konsultatif, teori deklaratif maupun Konvensi Montevideo maka kita harus kembali kepada sifat dan hakekat dari hukum internasional bahwa pada dasarnya hukum internasional adalah hukum yang bersifat koordinatif bukan sub-ordinatif seperti halnya hukum nasional, sub-ordinatif diartikan ada hubungan tinggi rendah antara pemerintah (rakyat) dengan yang memerintah (pemerintah/ penguasa). Tidak ada suatu badan supranasional ataupun pemerintah dunia (*world government*).

Sebagai hukum yang bersifat koordinatif, hukum internasional tidak bersifat superior terhadap negara. Sistem hukum ini tidak mengenal lembaga legislatif, eksekutif, dan yudikatif seperti hukum nasional. Hukum internasional adalah sistem hukum yang bersifat horizontal. Perserikatan bangsa-bangsa (PBB) bukan merupakan lembaga dunia (*world legislature*)²⁷ yang memiliki kewenangan untuk mengatur, mengukur dan memaksa berlakunya suatu aturan internasional, jadi terhadap pengakuan suatu negara kembali ke sifat dan hakekat hukum internasional itu sendiri.

²⁷ Atip Latipulhayat. (2015). "Pengantar Hukum Internasional, Buku Ajar". Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran. hal. 9

5. Relasi spirit International Criminal Court (ICC) terhadap prinsip *Unable and Unwilling* Palestina dalam mengadili kejahatan perang oleh Israel

Kejahatan perang telah mengejutkan dan menyerang manusia serta merupakan pelanggaran terhadap norma paling dasar dalam kemanusiaan. Sebuah norma yang tidak dapat dikesampingkan dan harus ditaati. Oleh sebab itu larangan terhadap kejahatan perang merupakan sebuah hukum memaksa, hukum yang tidak dapat dibantah dan tidak dapat diberikan pengecualian. Hukum yang seperti ini disebut juga dengan *jus cogens*.²⁸ *Jus cogens*²⁹ pada hakekatnya memaksa negara-negara untuk melindungi norma-norma dasar atau *peremptory norms*.

Kejahatan perang (*war crime*) sebagai salah satu yuridiksi oleh mahkamah pidana internasional dalam menyelesaikan kasus-kasus yang terjadi pada negara-negara di dunia, hal ini berdasarkan pada Pasal 8 ayat (1) Statuta Roma yakni:³⁰

“The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.”

Konflik Palestina dan Israel adalah topik yang tak asing lagi bagi umat manusia. Sudah dari pertengahan abad ke-20 hingga sekarang, konflik antara kedua negara tersebut tidak pernah selesai. Akibat dari serangan yang berlangsung selama 22 hari tersebut sekitar 1434 penduduk Palestina tewas menjadi korban. Korban penduduk sipil berjumlah 960, 239 polisi dan 235 pejuang Hamas. Dari 960 penduduk sipil yang tewas terdiri dari 288 anak, 121 wanita, dan 409 penduduk sipil selain wanita dan anak-anak. Menurut data dari Departemen Kesehatan Palestina, korban luka-luka mencapai 5303 yang terdiri dari 1606 anak-anak dan Wanita.³¹

²⁸ Cherif Bassiouni. (1996). *“International Crimes Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”*. Durham: Duke University School of Law. hal. 267

²⁹ Konsep *jus cogens* didasarkan atas penerimaan nilai-nilai fundamental dan superior dalam sistem dan dalam beberapa hal mirip dengan gagasan tentang ketertiban umum dan kebijakan umum dalam tatanan hukum domestik. Hal ini juga mencerminkan pengaruh pemikiran hukum alam. Kaidah *jus cogens* bukanlah aturan yang baru dalam hukum internasional. Prinsip dasar hukum internasional yang diakui oleh komunitas internasional sebagai norma yang tidak boleh dilanggar.

³⁰ Anis Widyawati. (2014). *“Hukum Pidana Internasional”*. Jakarta: Sinar Grafika. hal. 72

³¹ Aryuni Yuliantiningsih. *“Agresi Israel Terhadap Palestina Perspektif Hukum Humaniter Internasional”*. *Jurnal Dinamika Hukum* Vol. 9 No. 2 Mei 2009. Hal. 8

Serangan Israel juga telah menghancurkan rumah-rumah, masjid dan kantor lembaga bantuan PBB dan infrastruktur lain. Untuk dapat menaggulangi kejahatan perang yang dilakukan oleh Israel maka perlulah suatu lembaga seperti *International Criminal Court (ICC)* yang dibentuk untuk mengadili segala jenis kejahatan berat, mengingat ketika Palestina dalam hal ini tidak mampu untuk mengadili kejahatan perang yang dilakukan oleh Israel.³² Disamping itu yuridiksi ICC merupakan perluasan dari yuridiksi pidana nasional dari negara-negara pesertanya atau dengan kata lain ICC merupakan suplemen bagi pengadilan nasional dalam hal yang terakhir ketika gagal menjalani fungsinya, ICC dalam menjalankan yuridiksinya membutuhkan kerjasama dengan pemerintah nasional.³³ ICC memiliki kewenangan untuk mengadili kejahatan yang paling serius (*the most serious crimes*) yakni kejahatan terhadap kemanusiaan, genosida, kejahatan perang, dan agresi.

Kejahatan perang (*war crime*) yang dilakukan oleh Israel terhadap Palestina dalam praktiknya kejahatan yang dilakukan termasuk dalam wilayah negara yang menjadi pihak dalam Statuta Roma yakni negara Palestina maka hal tersebut sesuai dengan ketentuan pasal 12 ICC ayat 2³⁴, walaupun Israel bukan menjadi pihak dari ICC maka ICC memiliki kewenangan untuk mengadili berdasarkan pasal tersebut walaupun Israel sendiri bukan merupakan non pihak Statuta Roma. Kejahatan perang tersebut termasuk bagian yurisdiksi dari Mahkamah Pidana Internasional.

Pertama, tindakan dan perlakuan tentara Israel terhadap Palestina merupakan kejahatan perang (*war crimes*), yang merupakan yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional berkaitan dengan pokok perkara (*subject matter jurisdiction*), sebagaimana tercantum dalam pasal 5 ayat (1)³⁵ Statuta Roma 1998.

Kedua, kejahatan perang yang dilakukan oleh tentara Israel terjadi terus menerus sampai dengan saat ini, dimana tahun-tahun tersebut merupakan tahun setelah berlakunya Statuta Roma 1998 pada tanggal 1 Juli 2002, yang artinya termasuk dalam yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional berkaitan dengan waktu (*Temporal Jurisdiction*).³⁶

Ketiga, walaupun kejahatan perang dilakukan di wilayah teritorial Israel yang mana bukan merupakan negara yang ikut meratifikasi Statuta Roma 1998, apabila kejahatan yang dilakukan termasuk dalam kategori kejahatan yang termasuk dalam Pasal 5 Statuta, maka berdasarkan prinsip universal yang dikenal dalam Hukum Internasional semua negara termasuk di dalamnya pengadilan internasional memiliki yurisdiksi terhadap pelaku tanpa memperhatikan nasionalitas para pelaku maupun tempat dilakukannya kejahatan tersebut. Dari penjelasan tersebut, maka Mahkamah Pidana Internasional tetap mempunyai yurisdiksi teritorial (*territorial jurisdiction*)³⁷

Pelaksanaan dari yuridiksi mahkamah diatas atas tindak pidana kejahatan perang (*war crime*) yang dilakukan Israel terhadap Palestina bisa diadilili berdasarkan prinsip dan yurisdiksi yang telah diuraikan sebelumnya, dan berdasarkan hal tersebut statuta tidak memerlukan persetujuan sebelumnya dari negara pihak termasuk terhadap Palestina maupun Israel. Semua negara secara otomatis menertima yuridiksi mahkamah atas semua tindak pidana sesuai dengan Pasal 12 ayat 1 Statuta.³⁸

Dalam kejahatan perang yang dilakukan Israel terhadap Palestina maka terdapat suatu regulasi dalam memahami konflik yang terjadi di Palestina suatu spirit dari *International Criminal Court* (ICC) sangat diperlukan dalam menganalisa konflik tersebut maka dalam hal ini Mahkamah Pidana internasional, berdasarkan prinsip komplementer seperti yang tertera dalam ayat 10 Pembukaan dan dipertegas oleh ketentuan Pasal 1 Statuta Roma 1998, sebagai berikut:³⁹

“Emphasizing that the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions”

Sedangkan terdapat ketentuan Pasal 1 Statuta Roma 1998 tentang Mahkamah Pidana Internasional, sebagai berikut:⁴⁰

³⁷ Yuridiksi teritorial dalam hal ini tidak terdapat satu Pasal pun yang menegaskan. Mengingat mahkamah merupakan suatu peradilan kriminal yang dimaksudkan untuk menjangkau keempat jenis kejahatan yang ditentukan dalam statuta. Penerapan suatu yuridiksi teritorial tidak menjadi

“An International Criminal Court (‘the Court’) is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute, and shall be complementary to national criminal jurisdictions. The jurisdiction and functioning of the Court shall be governed by the provisions of this Statute.”

Ketentuan dalam Statuta Roma 1998, meskipun pada dasarnya menyebutkan bahwa kewajiban untuk menegakkan hukum ada di suatu negara, akan tetapi negara dapat berada dalam keadaan atau dianggap tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*) dalam penyelesaian kejahatan internasional. Ketentuan yang terdapat dalam Pasal 17 ayat 2 Statuta Roma 1998, menentukan negara yang dalam keadaan atau dianggap tidak mau atau ketidaksediaan (*unwilling*) sebagai berikut:⁴¹

“In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable:

The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5;

There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;

The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.”

masalah mengingat negara-negara tersebut merupakan negara yang menerima yuridiksi dari mahkamah sebagaimana yang dijelaskan dalam Pasal 12 Ayat 1.

³⁸ Selanjutnya Pasal 12 Ayat 2 statuta, mahkamah dapat melaksanakan yuridiksinya bila

1. Kejahatan yang terjadi wilayah negara pihak statute (*Locut Delicti*)
2. Orang yang melakukan kejahatan tersebut adalah warga negara dari negara pihak tersebut.

³⁹ Paragraf 10 Preamble Rome Statute of The International Criminal Court 1998

⁴⁰ Article 1 Rome Statute of The International Criminal Court 1998.

⁴¹ Article 17 (2) Rome Statute of The International Criminal Court 1998.

Berbeda dengan ketentuan dalam Pasal 17 ayat 3 Statuta Roma 1998, menentukan negara yang dalam keadaan atau dianggap tidak mampu atau ketidaksediaan (*unable*) adalah sebagai berikut:⁴²

"In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings."

Walaupun kejahatan perang Israel terhadap Palestina sudah memenuhi ketiga yurisdiksi di atas, namun Mahkamah Pidana Internasional tidak dapat langsung mengadili pelaku karena kedudukan Mahkamah Pidana Internasional merupakan pelengkap dari yurisdiksi pidana nasional.⁴³ Ciri khusus dari ICC, dan untuk membedakannya dengan pengadilan internasional lainnya terletak bahwa ICC didasarkan atas prinsip komplementaritas, dimana pengadilan nasional memegang prioritas. sebuah kasus bisa tidak diterima dan pengadilan tidak mampu menjalankan yuridiksi dalam sejumlah situasi. Seperti halnya yang terjadi pada Israel dan Palestina yang tidak bersedia atau benar-benar tidak mampu melaksanakan penyelidikan maupun penuntutan.⁴⁴

Pada bulan November 2012, 193 negara anggota Majelis Umum PBB mengakui secara *de facto* Palestina sebagai sebuah negara dengan peningkatan status dari "*entity*" menjadi "*non-member state*". Bergabungnya Palestina dengan ICC maka ICC berkewenangan untuk melakukan peyidikan, penyelidikan maupun penuntutan terhadap Israel didukung dengan prinsip komplementer dan dari prinsip otomatis yakni *locus dilicti* dari ICC.

Ketika Palestina tidak dapat melaksanakan suatu kewajiban dalam mengadili kejahatan yang dilakukan oleh Israel, suatu keadaan dimana Palestina tidak mampu

⁴² Article 17 (3) Rome Statute of The International Criminal Court 1998.

⁴³ Paragraf 10 Preamble Statuta Roma 1998: *emphasizing that the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions.*

⁴⁴ Malcom N Shaw. (2013). "Hukum Internasional". Bandung: Nusa Media. Hal. 403

(*unable*) dalam menyelesaikan kejahatan yang dilakukan oleh Israel. Negara yang dianggap tidak mau (*unwilling*) merupakan negara yang pada dasarnya dapat menegakkan aturan dalam hukum nasional terhadap pelaku kejahatan yang dimaksud, akan tetapi pada pelaksanaannya negara tersebut tidak kredibel atau tidak mempunyai kekuatan dalam mengadili kejahatan tersebut baik dalam tahapan serta terhadap putusannya.

Berbeda dengan negara yang dianggap tidak mau (*unwilling*), negara yang tidak mampu (*unable*) Palestina dalam hal ini tidak mampu (*unable*) dalam penyelesaian kejahatan internasional, sebelum terbentuknya Statuta Roma 1998 tentang Mahkamah Pidana Internasional adalah negara yang tidak dapat menerapkan sistem hukum nasionalnya. Keadaan negara tersebut sama halnya yang terjadi terhadap Palestina terutama dalam penegakan hukum atas pelanggaran kejahatan perang yang dilakukan oleh Israel, baik dalam proses maupun hasil yang diputuskan.

Suatu negara dikatakan tidak mempunyai kemauan dalam menyelenggarakan peradilan atas pelaku kejahatan yang terdapat dalam Statuta Roma 1998 apabila peradilan nasional dibentuk untuk melindungi pertanggung jawaban pelaku, ketidakmampuan negara dalam menyelenggarakan peradilan atas pelaku kejahatan yang terdapat dalam Statuta Roma 1998 dapat dilihat apabila tidak mampu untuk membawa pelaku ke hadapan pengadilan, jika tidak mampu untuk mendapatkan bukti-bukti dan kesaksian berhubungan dengan kejahatan tersebut, dan jika tidak berfungsinya sistem hukum nasional baik sebagian atau seluruhnya.

Penulis berpendapat perluasan makna yuridiksi *unable* dan *unwilling* sendiri dapat dilakukan dengan dasar Pasal 13 Statuta Roma 1998 menyatakan bahwa ICC memiliki tiga kewenangan untuk memeriksa kejahatan internasional, jika terdapat suatu keyakinan bahwa salah satu/ seluruh pihak melakukan kejahatan internasional sesuai yang disebutkan dalam Pasal 5 Statuta Roma 1998 telah terjadi. Atas permintaan negara peserta di mana terjadi pelanggaran HAM. Referensi dari Dewan Keamanan PBB (DK PBB) berdasarkan kewenangan Bab VII Piagam PBB.

Penulis berpendapat Inisitif dari jaksa ICC sebagai pintu gerbang utama dalam memperluas makna dari *unable* dan *unwilling* karena secara objektif inisitif jaksa tidak bersifat politis tetapi berdasarkan hukum akan tetapi jika mengacu pada poin pertama dan kedua tidak akan efektif karena israel tidak mungkin untuk menyerahkan yuridiksi kepada mahkamah dan poin kedua sangat mungkin amerika serikat untuk melakukan veto resolusi yang dikeluarkan oleh PBB.

Dalam penggunaan inisiatif jaksa ICC (*in proprio motu*) sebenarnya ICC dapat melaksanakan yurisdiksinya apabila negara tempat pelanggaran terjadi (*locus delicti*) atau negara tempat kewarganegaraan pelaku haruslah negara pihak atau negara yang telah menerima yurisdiksi ICC dalam statuta Roma 1998 seperti bunyi Pasal 12 ayat (2) Statuta Roma 1998. Tetapi dalam bunyi Pasal 12 ayat (3) Statuta Roma 1998 menyatakan bahwa ICC bisa menjalankan fungsi dan kewenangannya di negara yang bukan pihak, asalkan membuat suatu deklarasi atau pernyataan yang didaftarkan yang isinya negara tersebut telah menundukan diri, menerima berlakunya yurisdiksi mahkamah yang berkaitan dengan kasus tersebut, dan negara harus bekerjasama dengan mahkamah untuk dapat menyelesaikan kasus tersebut.

Penggunaan *in proprio motu* bisa saja dilakukan dalam kasus ini asalkan salah satu pihak baik itu Israel maupun Palestina membuat suatu perjanjian khusus seperti yang disebutkan dalam Pasal 12 ayat (3) Statuta Roma 1998. Selain itu, penggunaan inisiatif jaksa ICC (*in proprio motu*) sudah pernah dilakukan terhadap Presiden Sudan Umar Hasan Ahad al-Bashir.⁴⁵ Meskipun Sudan bukan negara peserta ICC, namun karena dianggap telah melakukan pelanggaran HAM berat (kejahatan kemanusiaan) maka Umar Hasan Ahad al-Bashir diajukan oleh jaksa ICC untuk diadili di ICC. Hal ini juga sama seperti kasus konflik antara Israel-Palestina, walaupun Israel belum meratifikasi Statuta Roma 1998 yang menjadi dasar dari ICC tetapi Israel telah dianggap melakukan pelanggaran HAM berat. H. Donnedieu de Vabres sendiri menyatakan “memidana

⁴⁵ Mustika Ayuningrum. (2018). “Peran Karakteristik Pemimpin Sudan dalam Kasus Penolakan Agensi Kemanusiaan Asing Tahun 2009 pada Konflik Darfur”. *Jurnal Analisis Hubungan Internasional*, Vol. 7 No. 2, mei 2018: 5

dengan melanggar asas legalitas memang tidak adil, tetapi tidak menghukum orang yang bersalah karena kejahatan yang dilakukannya jauh lebih tidak adil”.⁴⁶ Oleh karena itu kejahatan yang dilakukan oleh Israel harus berdasarkan pada pertimbangan kemanusiaan.⁴⁷

Israel dapat dikatakan memiliki ketidakmampuan (*unwilling*) untuk mengadili pelaku kejahatan perang karena kejahatan perang yang dilakukan oleh tentaranya sudah berlangsung sejak tahun 2014.⁴⁸ Israel telah membuktikan bahwa negaranya memiliki kemauan mengadili pasukan perangnya yang menembak mati seorang warga sipil Palestina⁴⁹, namun Israel tidak mengadili tentaranya yang melakukan penahanan dan penganiayaan terhadap warga Palestina. Maka dari itu, kasus ini dapat menjadi yurisdiksi dari Mahkamah Pidana Internasional.

Perlu diketahui lebih lanjut bahwa didalam Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court/ICC*) dikenal dengan adanya asas tanggung jawab individu. Artinya bahwa kedudukan resmi pelaku tidak dapat dijadikan alasan untuk

⁴⁶ Eddy.O.S. Hiariej. (2010). “Pengadilan Atas Beberapa Kejahatan Serius Terhadap HAM. Jakarta: Erlangga. hal. 60

⁴⁷ *General Principles of Justice Override Existing Domestic Law*. Prinsip ini menyatakan, “bahwa jikalau pun perbuatan ini secara formal sah menurut rezim hukum sebelumnya, perbuatan tersebut sedemikian tercelanya sehingga sesungguhnya menurut rezim hukum sebelumnya pun perbuatan itu tidak sungguh-sungguh legal karena perbuatan itu telah melanggar prinsip-prinsip umum keadilan yang mengesampingkan hukum positif yang berlaku saat itu.

⁴⁸ SindoNews. (tanpa tahun). “Bukti Kejahatan Perang Dibeber, Israel Murka di Sidang PBB”. Diakses dari <http://international.sindonews.com/read/1018342/41/bukti-kejahatan-perang-dibeberisrael-murka-di-sidang-pbb-1435629802>

⁴⁹ Tempo. (edisi 5 Januari 2017). “Tewaskan Warga Palestina, Tentara Israel Dihukum”. Diakses dari <http://m.tempo.co/read/news/2017/01/05/115832787/tewaskan-warga-palestina-tentara-israel-dihukum>

menghindarkan diri dari tanggung jawab pidana. Adanya asas tanggung jawab individu semakin menguatkan kembali pendapat penulis bahwa Israel dapat dituntut ke mahkamah internasional. Jaksa Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court/ICC*) dapat menuntut para petinggi pemerintahan Israel yang menjadi otak serangan Israel ke Palestina.⁵⁰

ICC tidak akan mengambil langkah jika suatu negara pihak telah melakukan penyelidikan dan pengadilan sendiri seperti yang selama ini telah dilakukan oleh Israel lepas dari hasilnya yang tidak memuaskan Palestina. Menjadi tantangan tersendiri untuk membuktikan bahwa sistem pengadilan Palestina "*unable*" (tidak mampu) untuk mengadili tindakan tentara Israel. Berkenan dengan hal itu kita dapat kembali ke prinsip otomatis yaitu *locus delicti* bahwa Israel melakukan kejahatan perang di wilayah palestina oleh karena ICC sudah lebih dari cukup untuk mengadili Israel sebagai yuridiksi prinsip otomatis yang terkandung dalam statuta roma 1998.

6. Kesimpulan

Pasal 1 Konvensi montevidio menyebutkan bahwa ada empat kriteria yang harus dipenuhi oleh sebuah negara baru untuk menjadi sebuah negara berdaulat, yaitu; adanya populasi yang tetap, wilayah, pemerintah, dan kapasitas negara sebagai penunjang dalam melakukan hubungan dengan negara lain. Terdapat pula pengakuan terhadap suatu negara yang terbagi dalam dua bentuk yakni pengakuan secara *de jure* maupun secara *de facto*, Palestina telah diakui secara *de jure* karna dalam praktiknya yang dibuktikan dengan melakukan perjanjian internasional dengan negara yang pada dasarnya merumakan subyek dari hukum internasioan dibuktikan dengan bergabungnya Palestina di anggota UNESCO dan Statuta Roma 1998. hukum

⁵⁰ Prinsip *Clear Violation of Prior Law*. Maksudnya, perbuatan tersebut sedemikian tercelanya sehingga perbuatan tersebut bahkan tidak benar-benar legal secara formal berdasarkan hukum yang berlaku sebelumnya; hukum tersebut, melalui setiap interpretasi yang masuk akal, menghukum perbuatan itu pada saat dilakukan. Prinsip dapat dilakukan terhadap israel dengan menginterpretasi ketentuan dari pasal 5, 12 dan 13.

internasional ini sendiri bersifat koordinatif dan bukan subordinatif seperti hukum nasional, dan untuk menentukan Palestina sebagai sebuah negara maka kembali kepada Konvensi Montevideo dan sifat hakekat dari hukum internasional itu sendiri.

ICC merupakan suatu lembaga pelengkap dari hukum nasional yang mempunyai kekuasaan untuk melaksanakan yurisdiksinya atas orang-orang yang melakukan kejahatan paling serius yang tercantum dalam Pasal 5, ICC pun memiliki empat macam yuridiksi yakni, yuridiksi personal, kriminal, temporal dan territorial. Pasal 17 ayat 2 dan ayat 3 menentukan negara yang dianggap tidak mau (*unwilling*). ketidaksediaan (*unable*). Berkenan dengan hal itu kita dapat kembali ke prinsip otomatis yaitu *locus delicti* bahwa Israel melakukan kejahatan perang di wilayah palestina dan didukung dengan yuridiksi dari mahkamah tersebut, maka ICC sudah lebih dari cukup untuk mengadili Israel dengan menggunakan yuridiksi prinsip otomatis yang terkandung dalam statute roma 1998. Kriteria *Unwilling* dan *Unable* dapat diperluas penegakkan melalui Pasal 13 Statuta Roma 1998 yang menyatakan bahwa ICC memiliki tiga kewenangan untuk memeriksa kejahatan internasional, jika terdapat suatu keyakinan bahwa salah satu dan atau seluruh pihak melakukan kejahatan internasional sesuai dengan Pasal 5 Statuta Roma 1998.

Referensi

- Adolf, Huala. (2015). "Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional". Bandung: Keni Media.
- Alzaky, Badri. (2017). "Diplomasi Palestina Menjadi Negara Pengamat Non- Anggota Di Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) Tahun 2011-2012, JOM FISIP VoL. 4 No. 1 – Februari.
- Atmasasmita, Romli. (2004). "Hukum Pidana Internasional" Jakarta: Hecca Mitra Utama.
- Aust, Anthony. (2005). "Handbook of International Law". New York: Cambridge University Press.
- Bassiouni, Cherif. (1996). "International Crimes Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes". Durham: Duke University School of Law
- Cassese, Antonio. (2003). "International Criminal Law". Oxford: Oxford University Press.
- Christianti, Diajeng Wulan. (2015). "Yurisdiksi *International Criminal Court (Icc)* Terhadap Warga Negara Non-Pihak Statuta Roma Dan Dampaknya Terhadap

- Indonesia". *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 2 Nomor 1 Tahun 2015.
- Edward, Andrew. (2011). "Jean Bodin on Sovereignty". *Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts* 2, no. 2 June 1
- Hiariej, Eddy.O.S. (2010). "Pengadilan Atas Beberapa Kejahatan Serius Terhadap HAM". Jakarta: Erlangga.
- Latipulhayat, Atip. (2015). "Pengantar Hukum Internasional, Buku Ajar". Fakultas Hukum. Universitas Padjadjaran.
- Mauna, Boer. (2000). "Hukum Internasional, Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global". Bandung: Alumni.
- Maruf, Wakhid Aprizal. (2017). "Kebijakan Indonesia Belum Meratifikasi Statuta Roma 1998". *Journal Of International Relations*, Volume 3, Nomor 2.
- Matamata Politik. (edisi 17 November 2018). "Luka PBB Laporkan Jumlah Palestina yang Terus Bertambah di Pawai Gaza". Diakses dari <https://www.Matamatapolitik.Com/40-Mati-5-511-Luka-Luka-Pbb-Laporkan-Jumlah-Korban>
- Mustika, Ayuningrum. (2018). "Peran Karakteristik Pemimpin Sudan dalam Kasus Penolakan Agensi Kemanusiaan Asing Tahun 2009 pada Konflik Darfur". *Jurnal Analisis Hubungan Internasional*, Vol. 7 No. 2, mei
- Sefriani. (2014). "Hukum Internasional Suatu Pengantar". Jakarta: Rajawali Pers.
- _____. (2018). "Hukum Internasional Suatu Pengantar, Edisi Kedua". Depok: Rajawali Pers.
- Shaw, Malcom N. (2013). "Hukum Internasional". Bandung: Nusa Media.
- SindoNews. (tanpa tahun). "Bukti Kejahatan Perang Dibeber, Israel Murka di Sidang PBB". Diakses dari <http://international.sindonews.com/read/1018342/41/bukti-kejahatan-perang-dibeberisrael-murka-di-sidang-pbb-1435629802>
- Siswanto, Arie. (2015). "Hukum Pidana internasional". Yogyakarta: C.V Andi.
- Starke, J. G. (2001). "Pengantar Hukum Internasional". Jakarta: Sinar Grafika.
- Sujadmiko, Bayu. (2012). "Pengakuan Negara Baru Ditinjau Dari Perspektif Hukum Internasional (Studi Terhadap Kemerdekaan Kosovo)". *Fiat Justitia Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 6 No. 1 Januari-April.
- Syuib M. (Tanpa Tahun). "Negara Palestina Dalam Perspektif Hukum Internasional". Banda Aceh: Uin Ar-Raniry.
- Tempo. (edisi 5 Januari 2017). "Tewaskan Warga Palestina, Tentara Israel Dihukum". Diakses dari http://m.tempo.co/read/news/2017/01/05/11_5832787/tewaskan-warga-palestina-tentara-israel dihukum
- Thontowi, Jawahir, Dkk. (2016). "Hukum Internasional Kontemporer". Bandung: Refika Aditama.
- Widyawati, Anis. (2014). "Hukum Pidana Internasional". Jakarta: Sinar Grafika.
- Yuanita, Putri. (2009). Skripsi "Pandangan Kompas Dan Media Indonesia atas Konflik

Israel Palestina”. Depok: Universitas Indonesia.

Yuliantiningsih, Aryuni. (2009). “Agresi Israel Terhadap Palestina Perspektif Hukum Humaniter Internasional”. *Jurnal Dinamika Hukum* Vol. 9 No. 2 Mei.