

IMPLEMENTASI PENETAPAN SUATU NEGARA UNWILLING ATAU UNABLE OLEH INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC)

Fadil Aulia, Program Studi Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum
Universitas Gadjah Mada, E-mail : fadilsyahrin97@gmail.com

doi: <https://doi.org/10.24843/KS.2021.v09.i03.p13>

ABSTRAK

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui dan mengkaji proses penetapan suatu negara dikatakan unwilling atau unable oleh ICC serta untuk mengetahui dan mengkaji implementasi penetapan unwilling atau unable terhadap suatu negara oleh ICC. Penelitian Hukum ini yaitu menggunakan metode penelitian hukum normatif dengan pendekatan perundang-undangan dan konseptual. Hasil penelitian menunjukkan bahwa proses penetapan suatu negara unwilling atau unable itu dilakukan dengan beberapa tahapan seperti penilaian oleh jaksa Penuntut umum, hasil penilaian dari Jaksa Penuntut umum tersebut akan dibawa kepada Pre-Trial Chamber dan Appeal Chamber untuk memutuskan apakah benar negara tersebut Unwilling atau Unable. Sedangkan Implementasi penetapan unwilling atau unable oleh ICC pada dasarnya sampai sekarang belum pernah dilakukan, hal tersebut menggambarkan masih kurangnya spirit ICC dalam menetapkan suatu negara unwilling atau unable.

Kata Kunci: Internasional Criminal Court, Unwilling, Unable

ABSTRACT

This research aims to determine and study the process of determining a country as unwilling or unable by the ICC and to determine and assess the implementation of the determination of a country as unwilling or unable to a country by the ICC. This legal research uses normative legal research methods with statutory and conceptual approaches. The results show that the process of determining a country as unwilling or unable is carried out in several stages such as an assessment by the public prosecutor, the results of the assessment of the public prosecutor will be brought to the Pre-Trial Chamber and Appeal Chamber to decide whether the country is truly Unwilling or Unable. While the implementation of the determination of unwilling or unable by the ICC has basically never been done so far, this reflects the lack of spirit of the ICC in determining a country as unwilling or unable.

Keyword: Internasional Criminal Court, Unwilling, Unable

1. Pendahuluan

1.1. Latar Belakang Masalah

ICC (*International Criminal Court*) atau Mahkamah Pidana Internasional adalah suatu badan peradilan permanen yang dibentuk oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa.¹ Pembentuk ICC ini tidak terlepas dari keprihatinan masyarakat internasional terhadap kejahatan yang telah mengancam perdamaian, keamanan, dan kesejahteraan dunia pada masa lalu. Pembentukan ICC tidak berkaitan dengan kasus tertentu yang terjadi pada saat dan tempat tertentu, tetapi didasarkan pada pertimbangan kepentingan umat manusia untuk masa depan.² Tujuan utama pembentukan ICC adalah untuk

¹ Widyawati, Anis. *Hukum Pidana Internasional*, (Jakarta, Sinar Grafika, 2014), 150.

² Martowirono, Suwardi. "Azas Pelengkap Statuta Roma 1998 tentang Pengadilan Pidana Internasional.", *Jurnal Hukum dan Pembangunan* No. 4 (2017) : 342.

memutus praktik *impunity* terhadap pelanggaran HAM berat yang dilakukan, difasilitasi, atau didiamkan oleh pemerintah yang dilakukan secara sistematis dengan akibat yang meluas.³ Adapun yurisdiksi ICC berdasarkan jenis kejahatan yang menjadi ruang lingkungannya atau *material jurisdiction* meliputi empat jenis kejahatan yaitu : *genocide, crimes against human right, war crime, dan aggression*.⁴ Berdasarkan *preamble* dan Pasal 5 Statuta Roma 1998 tentang Pembentukan ICC, keempat kejahatan tersebut dikatakan sebagai *the most serious crime of concern to international community as a whole*.

Di sisi lain, pada dasarnya kedudukan ICC hanya sebagai institusi pelengkap bagi peradilan domestik yang dimiliki oleh masing-masing negara. Hal ini ditegaskan dalam *Preamble* paragraf 10 statuta yang menyatakan bahwa *empha-sizing that the ICC establishment under this statute shall be complementary to national criminal jurisdiction*. Hal yang sama juga ditetapkan dalam Pasal 1 Statuta Roma. Dengan kedudukan sebagai institusi komplementer atau sekunder sebagaimana ditetapkan di atas, yurisdiksi utama adalah tetap di tangan institusi nasional. Hukum nasional didahulukan untuk diterapkan terhadap kejahatan-kejahatan internasional yang terjadi di wilayah negara yang bersangkutan dan terhadap warga negaranya. ICC hanya dapat mengadili suatu praktek kejahatan kemanusiaan, kejahatan perang, kejahatan agresi dan genocide sepanjang suatu negara tidak mau (*Unwilling*) atau tidak mampu (*Unable*) melaksanakan fungsinya.⁵

Mengenai suatu negara dikatakan *unwilling* atau *unable* pada dasarnya masih menimbulkan pertanyaan yang mendasar, seperti dalam keadaan seperti apa suatu negara dapat dikatakan tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*). Pertimbangan-pertimbangan apa yang diperlukan oleh ICC untuk menentukan suatu negara dikatakan *unwilling* atau *unable*. Karena pada hakikatnya bisa dikatakan semua negara yang pelaku kejahatan internasional adalah warga negaranya sendiri terkhusus warga negara yang mempunyai peran yang cukup besar terhadap negara tersebut tidak akan mau untuk mengadili orang yang bersangkutan apabila dia melakukan suatu kejahatan internasional.⁶ Negara akan berusaha sebisa mungkin untuk melindungi warga negaranya. Adanya wewenang ICC untuk menetapkan apakah suatu negara *unwilling* atau *unable* tentunya merupakan sesuatu yang sangat bagus dalam kaitannya sebagai lembaga komplementer dalam penegakan hukum pidana internasional terhadap pelaku-pelaku kejahatan internasional agar pelaku-pelaku internasional tidak terbebas dari hukuman. Akan tetapi, apakah kewenangan yang dimiliki ICC untuk menetapkan suatu negara *unwilling* atau *unable* tersebut bisa diterapkan oleh ICC dengan baik, sehingga tidak adanya pelaku kejahatan internasional yang terbebas dari hukuman.

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah diatas, maka rumusan masalah dalam penelitian ini sebagai berikut :

³ Sekartadji, Kartini. "Prospek dan Tantangan International Criminal Court", *Jurnal Hukum dan Pembangunan* 34, No.2 (2017) : 93

⁴ Pasal 5 Ayat (1) Statuta Roma, lihat juga Hiariej, Eddy O.S. *Pengantar Hukum Pidana Internasional* (Jakarta, Erlangga, 2009), 71.

⁵ Natarajan, Mangai. *Kejahatan Dan Pengadilan Internasional* (Bandung, Nusa Media, 2015), 365.

⁶ Sekartadji, Kartini. *Op. Cit* : 101.

1. Bagaimana proses penetapan suatu negara dikatakan *unwilling* atau *unable* oleh ICC?
2. Bagaimana implementasi penetapan *unwilling* atau *unable* terhadap suatu negara oleh ICC?

1.3 Tujuan Penelitian

Tujuan dilakukannya penelitian hukum ini ialah :

1. Untuk mengkaji proses penetapan suatu negara dikatakan *unwilling* atau *unable* oleh ICC
2. Untuk mengkaji dan menganalisis implementasi penetapan *unwilling* atau *unable* terhadap suatu negara oleh ICC

2. Metode Penelitian

Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif atau penelitian yang menggunakan studi kepustakaan yaitu penelitian hukum yang meletakkan hukum sebagai sebuah bangunan sistem norma, sistem norma yang dimaksud adalah mengenai asas-asas, norma, kaidah dari peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan serta doktrin (ajaran).⁷ Teknik analisis bahan hukum dalam penelitian ini ialah bahan hukum dan bahan non hukum yang diperoleh akan dianalisis secara preskriptif dengan menggunakan metode deduktif yaitu data umum tentang konsepsi hukum baik berupa asas-asas hukum , serta ajaran-ajaran (doktrin) dan pendapat para ahli yang dirangkai secara sistematis sebagai susunan fakta-fakta hukum untuk mengkaji Implementasi penetapan suatu negara *unwilling* atau *unable* oleh International Criminal Court.

3. Hasil dan Pembahasan

3.1. Proses Penetapan Suatu Negara Dikatakan *Unwilling* atau *Unable* oleh ICC

Sebelum membahas mengenai proses penetapan suatu negara dikatakan *unwilling* atau *unable* oleh ICC, maka terlebih dahulu kita harus mengetahui mengenai pelaksanaan yurisdiksi ICC. Berdasarkan Pasal 13 Statuta Roma, ICC dapat melaksanakan yurisdiksinya mengadili pelaku kejahatan internasional dalam hal :⁸

- a. *Compalint by a State Party*
- b. *Refferal by the Security Council*
- c. *Trigger by the Prosecutor*

Dari ketiga yurisdiksi yang dimiliki oleh ICC untuk mengadili pelaku kejahatan internasional tersebut, dapat diketahui bahwa penuntut umum (*prosecutor*) ICC karena jabatannya (*proprio motu*) dapat melakukan penyidikan berkenaan dengan kejahatan yang termasuk dalam yurisdiksinya. Akan tetapi penyidikan ini hanya dapat dilakukan oleh ICC dalam hal berdasarkan putusan *pre-trial chamber* suatu negara dinyatakan *unwilling* atau *unable*. Adapun kriteria suatu negara dapat dikatakan tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*) untuk mengadili suatu perkara pada dasarnya sudah diatur dalam pasal 17 ayat (2) dan ayat (3) Statuta Roma.

⁷ Fajar ND, Mukti dan Achmad, Yulianto. *Dualisme Penelitian Hukum Normatif & Empiris*, (Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2015), 34.

⁸ Pasal 13 Statuta Roma

Berdasarkan pasal 17 ayat (2) Statuta Roma suatu negara dikatakan tidak mau (*unwilling*) untuk mengadili pelaku kejahatan internasional didasarkan oleh beberapa pertimbangan yaitu :⁹

- a. Langkah-langkah hukum sudah atau sedang dilakukan atau keputusan nasional diambil untuk tujuan melindungi orang yang bersangkutan dari tanggungjawab pidana atas kejahatan yang berada dibawah yurisdiksi mahkamah sebagaimana tercantum dalam pasal 5;
- b. Ada suatu penangguhan yang tidak dapat dibenarkan dalam langkah-langkah hukum yang dalam keadaan itu tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan mahkamah;
- c. Langkah-langkah hukum dulu atau sekarang tidak dilakukan secara mandiri atau tidak memihak, dan langkah-langkah tersebut dilakukan dengan cara dimana, dalam hal itu tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan mahkamah.

Akan tetapi meskipun Statuta Roma memberikan kriteria mengenai dalam keadaan seperti apa suatu negara dapat dikatakan tidak mau (*unwilling*) oleh ICC untuk mengadili suatu kejahatan, statuta roma tidak memberikan penjelasan lebih lanjut terhadap kriteria-kriteria tersebut.

Pertama, mengenai Yurisdiksi Nasional “melindungi” pelaku kejahatan internasional dari tanggung jawab pidana. Pada prinsipnya Statuta Roma sendiri tidak menjelaskan secara spesifik keadaan-keadaan yang seperti apa suatu negara dapat dikatakan “melindungi” pelaku kejahatan internasional dari tanggung jawab pidana. Tidak adanya penjelasan yang spesifik mengenai standar suatu negara dikatakan melindungi pelaku kejahatan internasional tentunya akan berdampak kepada penafsiran tersendiri yang dilakukan oleh ICC terhadap istilah melindungi tersebut. Akan tetapi hal ini dijelaskan dalam ICC Informal Expert Paper, yang mana berdasarkan ICC Informal Expert Paper ada beberapa keadaan sehingga suatu negara dapat dikatakan melindungi pelaku kejahatan internasional tersebut, keadaan tersebut ialah seperti adanya bukti keterlibatan politis, obstruksi, dan penundaan dalam pelaksanaan proses peradilan atau adanya irregularitas procedural yang mengidentifikasi adanya ketidakmauan untuk secara sungguh-sungguh melakukan penyelidikan atau penuntutan.¹⁰

Kedua, mengenai Yurisdiksi Nasional melakukan penundaan proses peradilan yang tidak dapat dijustifikasi. Statuta roma juga tidak memberikan penjelasan lebih lanjut mengenai penundaan seperti apa yang dimaksud di sini. X. Agirre dkk dalam Informal Expert Paper menjelaskan adanya penundaan dalam berbagai tahap proses peradilan baik pada tahap penyelidikan maupun penuntutan perlu dilihat dengan membandingkannya dengan penundaan-penundaan yang biasanya terjadi dalam sistem nasional negara tersebut dalam hal menangani kasus-kasus dengan tingkat kompleksitas yang sama. dalam hal terdapat penundaan, perlu juga dilihat apakah yang menjadi hal-hal yang dapat menjustifikasi penundaan tersebut, dan apabila tidak ada apakah penundaan tersebut bertentangan dengan niat untuk membawa orang yang bersangkutan pada keadilan.¹¹

⁹ Pasal 17 Ayat (2) Statuta Roma

¹⁰ Agirre, X dkk. *Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice*, (Amsterdam, The Hague : International Criminal Court, 2003) : 14.

¹¹ *Ibid* : 29

Ketiga, mengenai Yurisdiksi nasional melakukan proses peradilan tidak secara independen dan imparial. Di sini, statuta roma juga tidak memberikan penjelasan lebih lanjut mengenai tolak ukur suatu peradilan dikatakan tidak independen dan imparial. M. Cherif Bassiouni menyatakan bahwa yang dimaksud dengan proses peradilan yang independen adalah tingkat independensi dari badan judicial, badan penuntut dan badan penyelidikan. pengukuran independensi juga dapat dilihat dari pola-pola intervensi politis yang ada dalam proses penyelidikan dan penuntutan. sedangkan imparialitas berkaitan dengan adanya persamaan tujuan antara tersangka pelaku kejahatan dengan aparat negara yang terlibat dalam proses penyelidikan, penuntutan maupun adjudikasi. hal ini juga berhubungan dengan unsur-unsur politis seperti tujuan aparat negara atau partai politik dominan.¹²

Kriteria-kriteria mengenai suatu negara dikatakan tidak mau (*unwilling*) sebagaimana diatur dalam statuta roma tersebut seperti melindungi, penundaan yang tidak dijustifikasi, dan tidak independen dan imparial, pada dasarnya tidak selalu berdiri sendiri. adakalanya ketika satu kriteria dilakukan maka kriteria yang lain akan dengan sendirinya mengikuti. Contohnya ialah adanya penundaan yang tidak dapat dijustifikasi dapat mengidentifikasikan atau dapat menunjukkan adanya tujuan untuk melindungi pelaku kejahatan internasional dari tanggung jawab pidana dan juga menunjukkan bahwa proses peradilan tidak dilakukan secara independen dan imparial. Oleh karena itu, suatu hal yang harus diperhatikan bahwa untuk menentukan suatu negara tidak mau atau *unwilling* dalam suatu kasus, ICC harus menerapkan prinsip-prinsip "*due proses*" yang diakui hukum internasional.¹³ Penilaian terhadap ketidakmauan atau *unwilling* tersebut pada dasarnya tidak didasarkan pada hasil atau putusan dari suatu peradilan nasional. Seperti misalnya putusan pembebasan yang diberikan oleh pengadilan terhadap seseorang yang jelas-jelas bersalah. Akan tetapi penilaian ketidakmauan atau *unwilling* itu di dasarkan pada faktor-faktor procedural bukan pada hasil substantif.¹⁴

Kemudian selanjutnya mengenai ketidakmampuan atau *unable*, berbeda halnya dengan *Unwilling*, suatu negara dikatakan tidak mampu (*unable*) dalam melaksanakan proses peradilan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 ayat (3) Statuta Roma, dinyatakan bahwa "Untuk menentukan ketidakmampuan atau *unable* suatu negara, ICC mempertimbangkan apakah disebabkan oleh keruntuhan menyeluruh atau sebagian besar dari pengadilan nasionalnya, Negara tersebut tidak mampu menghasilkan tertuduh atau terbukti dan kesaksiannya perlu atau sebaliknya tidak dapat melaksanakan langkah-langkah hukumnya".¹⁵ Ketentuan pasal tersebut dapat diketahui bahwa, kriteria bahwa suatu negara dinyatakan tidak mampu atau *unable* oleh ICC ialah ketika suatu negara tidak mampu untuk menangkap tersangka, memperoleh bukti dan kesaksian yang dibutuhkan atau melaksanakan peradilan karena tidak tersedianya atau karena tidak berfungsinya secara total atau sebagian dari pada sistem judicial nasionalnya. Keadaan seperti ini biasanya terdapat atau bisa kita lihat pada negara-negara yang baru mengalami konflik, yang mana infrastruktur

¹² Bassiouni, M. Cherif. "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years : The Need to Establish a Permanent International Criminal Court", *Harvard Human Right Journal* 10 (1997) : 37.

¹³ Ellis, Mark S. "The International Criminal Court and Its Implication for Domestic Law and National Capacity Building." *Florida Journal of International Law* 15 (2002) : 226

¹⁴ Agirre, X dkk. *Loc., Cit*

¹⁵ Pasal 17 ayat (3) Statuta Roma

sumber dayanya telah hancur atau tidak tersedia.¹⁶ Akan tetapi terhadap standar poin yang diberikan oleh Pasal 17 ayat (3) Statuta Roma tersebut tidak begitu spesifik. Artinya penjelasan yang terdapat dalam pasal tersebut masih menimbulkan pertanyaan yang tidak bisa dijawab oleh statuta roma, misalnya mengenai berapa jangka waktu sehingga suatu negara dikategorikan tidak mampu menangkap tersangka, memperoleh bukti dan lain sebagainya.

Oleh karena itu, pada dasarnya masih terdapat ambiguitas dari statuta roma dalam mendefinisikan dan menentukan apa yang menjadikan suatu negara *unwilling* atau *unable*. Penjelasan-penjelasan yang ada terkait dengan ketentuan tersebut hanyalah interpretasi dari pakar-pakar hukum pidana internasional, yang hal tersebut masih bisa diperdebatkan. Kurangnya pengaturan yang spesifik mengenai kriteria suatu negara dikatakan *unwilling* atau *unable* tentunya berdampak kepada kedudukan ICC sebagai lembaga pelengkap/komplementer. Sifat komplementer ICC yang merupakan celah penghubung antara yurisdiksi nasional dengan yurisdiksi ICC¹⁷ bisa terciderei ketika tidak adanya ukuran yang jelas dan pengaturan yang spesifik mengenai *unwilling* atau *unable* tersebut. Unsur politis sebagaimana yang ditakutkan oleh banyak pihak bisa saja masuk dalam hal tersebut akibat kurangnya pengaturan yang spesifik sehingga menyebabkan tidak obyektifnya ICC dalam menetapkan suatu negara *unwilling* atau *unable*. Maka dari itu diperlukan suatu standar yang lebih obyektif untuk menilai pelaksanaan judicial suatu negara apakah *unwilling* atau *unable* atau tidak.

Dengan demikian, dari pemaparan diatas dapat diketahui bahwa penetapan suatu negara *unwilling* atau *unable* itu dilakukan dengan beberapa tahap. *Pertama*, Jaksa Penuntut umum memiliki kesempatan utama untuk menilai apakah suatu negara memenuhi kriteria sehingga bisa dikatakan negara tersebut *unwilling* atau *unable*. Kemudian hasil penilaian dari Jaksa Penuntut umum tersebut akan dibawa kepada *Pre-Trial Chamber* dan *Appeal Chamber* untuk memutuskan apakah benar negara tersebut *Unwilling* atau *Unable*. Dalam *Pre-Trial Chamber* ini negara yang bersangkutan diberikan hak untuk memberikan argument terkait dengan dugaan negara yang bersangkutan *unwilling* atau *unable*. Apabila terbukti, maka *Pre-Trial Chamber* akan memutuskan bahwa negara tersebut *Unwilling* atau *Unable*, dan penyelidik ICC di perbolehkan untuk melakukan penyelidikan dan penuntutan terhadap perkara tersebut sebagaimana yang diatur dalam pasal 13 huruf C Statuta Roma 1998.

3.2 Implementasi Penetapan *Unwilling* atau *Unable* Terhadap Suatu Negara oleh ICC

Adanya pengaturan *unwilling* atau *unable* dalam Statuta Roma pada dasarnya memberikan penjelasan bahwa masyarakat Internasional melalui statuta roma menginginkan tidak adanya pelaku kejahatan internasional yang terbebas dari hukuman. Sifat komplementer yang dimiliki oleh *International Criminal Court* semakin diperkuat dengan adanya pengaturan *unwilling* dan *unable* tersebut. Keberadaan pengaturan *Unwilling* dan *unable* ini seperti senjata bagi mahkamah pidana internasional dalam mengawasi pelaksanaan yurisdiksi oleh negara dalam mengadili pelaku kejahatan internasional. Akan tetapi, meskipun statuta roma mempunyai

¹⁶ Agirre, X dkk. *Op., Cit* : 8

¹⁷ Kleffner, Jann K. "The Impact of Complementary on National Implementation of Substantive International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice* I (2003) : 112.

pengaturan mengenai *unwilling* dan *unable*, yang diharapkan oleh masyarakat internasional bisa menjadi jalan untuk menghukum pelaku kejahatan internasional yang didiamkan oleh suatu negara, dalam praktiknya implementasinya tidak sesuai dengan apa yang seharusnya dilakukan. Misalnya penerapan penetapan *unwilling* atau *unable* terhadap Israel atau Palestina dalam kasus kejahatan kemanusiaan / kejahatan perang yang dilakukan oleh Israel terhadap Palestina.

Konflik antara Palestina dan Israel adalah sesuatu yang tidak asing lagi bagi umat manusia di penjuru dunia. Dari pertengahan abad ke-20 sampai sekarang, konflik yang terjadi antara Palestina dengan Israel tidak pernah selesai. Setiap tahunnya Israel terus melakukan penyerangan terhadap Palestina. Akibat dari serangan yang dilakukan oleh Israel terhadap palestina, banyak warga palestina yang kehilangan nyawanya.¹⁸

Kejahatan perang yang telah dilakukan oleh individu-individu Israel terhadap warga negara Palestina sampai sekarang masih belum mendapat respon yang baik dari *International Criminal Court*. Respon yang diberikan ICC hanya sebatas akan menyelidiki.¹⁹ Berbagai kecaman datang berbagai negara yang menyuarakan agar pelaku kejahatan perang terhadap warga negara Palestina segera dihukum. Akan tetapi faktanya belum ada satu orang pun warga negara Israel yang dihukum atas kejahatan perang yang dilakukan terhadap warga negara Palestina.²⁰

Jika melihat kembali Yurisdiksi ICC, berdasarkan Pasal 5 Statuta Roma sebagaimana yang sudah disebutkan diatas maka kejahatan terhadap perang masuk kedalam yurisdiksi ICC. Artinya ICC berwenang untuk mengadili kajahatan perang tersebut. Kemudian terkait dengan pengaturan mengenai hanya negara pihak yang menjadi yurisdiksi ICC, Palestina sendiri pada dasarnya merupakan negara pihak dari Statuta Roma.²¹ Meskipun Israel sendiri bukan merupakan negara pihak dari statuta roma, akan tetapi berdasarkan Pasal 12 Statuta Roma ICC berlaku terhadap semua individu²², sehingga ICC memiliki yurisdiksi terhadap Israel. Disisi lain meskipun Israel bukan merupakan negara pihak dari statuta roma, akan tetapi berdasarkan Prinsip universal apabila kejahatan yang dilakukan termasuk dalam kategori Pasal 5 statuta maka semua negara termasuk ICC memiliki yurisdiksi terhadap pelaku tanpa

¹⁸ DetikNews, Total 2.016 Warga Palestina Tewas Akibat Serangan Israel di Gaza, <https://news.detik.com/internasional/d-2665366/total-2016-warga-palestina-tewas-akibat-serangan-israel-di-gaza> (Diakses pada tanggal 3 Januari 2021)

¹⁹ iNews.id, Pengadilan Kriminal Internasional Akan Selidiki Israel atas Kejahatan Perang Terhadap Palestina, <https://www.inews.id/news/internasional/pengadilan-kriminal-internasional-akan-selidiki-israel-atas-kejahatan-perang-terhadap-palestina> diakses pada tanggal 3 Januari 2021

²⁰ Victor Maulana, SindoNews, Warga Israel Penyerang Warga Palestina Tidak Pernah Dihukum, <https://international.sindonews.com/berita/1271990/43/warga-israel-penyerang-warga-palestina-tidak-pernah-dihukum> (Diakses pada tanggal 3 Januari 2021)

²¹ CNN Indonesia, Sekjen PBB: Palestina Resmi Anggota ICC 1 April, <https://www.cnnindonesia.com/internasional/20150108140118-120-23231/sekjen-pbb-palestina-resmi-anggota-icc-1-april> diakses pada tanggal 3 Januari 2021.

²² Christianti, Diajeng Wulan. "Yurisdiksi International Criminal Court (ICC) Terhadap Warga Negara Non-Pihak Statuta Roma dan Dampaknya Terhadap Indonesia" *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum* 2, No. 1 (2015) : 28

memperhatikan nasionalitas para pelaku maupun tempat dilakukannya kejahatan. Maka berdasarkan hal tersebut ICC memiliki yurisdiksi teritorial.²³

Akan tetapi, karena sifat ICC pada dasarnya adalah sebagai pelengkap/komplementer maka ICC tidak bisa langsung melakukan penyelidikan sampai mengadili warga negara Israel pelaku kejahatan perang tersebut. Kewenangan utama untuk mengadili kejahatan yang dilakukan oleh warga negara Israel itu ada pada Palestina ataupun Israel. ICC baru mempunyai kewenangan untuk mengadili apabila Palestina ataupun Israel itu *unwilling* atau *unable*. Fakta yang ada sampai sekarang ini baik Palestina maupun Israel sendiri belum pernah mengadili pelaku kejahatan perang yang dilakukan oleh warga negara Israel terhadap warga negara palestina. Itu artinya terdapat kendala dari dua negara tersebut dalam mengadili pelaku kejahatan tersebut.

Jika melihat kondisi Palestina sekarang ini, berdasarkan apa yang dijelaskan Pasal 17 ayat (3) Statuta Roma mengenai kriteria suatu negara dikatakan tidak mampu atau *unable* yaitu ketika suatu negara tidak mampu untuk menangkap tersangka, memperoleh bukti dan kesaksian yang dibutuhkan atau melaksanakan peradilan karena tidak tersedianya atau karena tidak berfungsinya secara total atau sebagian dari pada sistem judicial nasionalnya, maka berdasarkan pasal tersebut Palestina bisa dikatakan *unable* dalam mengadili pelaku kejahatan perang terhadap warga negara Israel.²⁴ Hal itu karena Palestina yang sampai sekarang ini masih dalam konflik atau masih diserang oleh Israel sehingga belum bisa menjalankan hukum nasionalnya dengan baik. Hal tersebut sebagaimana yang disampaikan oleh Agirre dkk bahwa suatu negara yang dalam keadaan konflik biasanya tidak bisa menjalankan hukum nasionalnya.²⁵

Di samping itu, melihat kondisi Israel yang dari pertengahan abad ke-20 sampai sekarang ini terus melakukan penyerangan terhadap Palestina, dan tidak ada tanda-tanda Israel akan mengadili pelaku kejahatan perang tersebut, maka berdasarkan kepada Pasal 17 ayat (2) Statuta Roma mengenai kriteria suatu negara dikatakan *unwilling* oleh ICC sebagaimana sudah dijelaskan sebelumnya, Israel dapat dikatakan tidak mau atau *unwilling* dalam mengadili pelaku kejahatan perang yang dilakukan oleh warga negaranya terhadap warga negara Palestina.

Akan tetapi, meskipun secara teori Palestina bisa dikatakan *unable* dan Israel bisa dikatakan *unwilling* dalam mengadili kejahatan pelaku kejahatan perang tersebut, dalam praktiknya ICC belum pernah mengatakan bahwa baik Palestina maupun Israel *unwilling* atau *unable*. Oleh karena itu, melihat praktik yang ada masih kurangnya spirit ICC dalam penerapan penetapan suatu negara *unwilling* atau *unable*. Di sisi lain sejauh ini penulis sendiri juga belum pernah menemukan kondisi dimana ICC menetapkan suatu negara *unwilling* atau *unable*. Itu artinya dalam kaitannya dengan implementasi dari pada penetapan suatu negara dikatakan *unwilling* atau *unable* dibutuhkan spirit yang lebih dari ICC itu sendiri.

²³ Sefriani, "Yurisdiksi ICC Terhadap Negara Non Anggota Statuta Roma 1998", *Jurnal Hukum* 14, No. 2 (2007) : 32, lihat juga Simon. Mengenal ICC Mahkamah Pidana Internasional (Jakarta, Koalisi Masyarakat Sipil untuk Mahkamah Pidana Internasional, 2009), 9.

²⁴ Hadju, Zainal Abdul Aziz "Anotasi Spirit *Unable* dan *Unwilling* Terhadap Kejahatan Perang Israel", *Jurnal Jambura Law Review* 1 No. 02 (2019) : 185.

²⁵ Agirre, X dkk, *Op.Cit*

4 Kesimpulan

Berkaitan dengan penegakan hukum pidana internasional suatu negara bisa dikatakan tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*) oleh ICC. Dalam penetapan *unwilling* atau *unable*, itu didasarkan pada kriteria yang diatur dalam Pasal 17 ayat (2) dan ayat (3) Statuta Roma. Akan tetapi, kriteria-kriteria yang diberikan oleh Statuta Roma untuk menetapkan suatu negara *unwilling* atau *unable* pada dasarnya masih belum spesifik, dibutuhkan penjelasan yang lebih spesifik terhadap sub kriteria yang ada dalam statuta roma, agar ketentuan tersebut tidak ditafsirkan begitu saja, karena hal ini berkaitan dengan pelaku kejahatan internasional. Penetapan suatu negara *unwilling* atau *unable* tentunya dilakukan melalui tahapan, seperti penilaian yang dilakukan oleh Jaksa penuntut umum ICC terhadap suatu negara, kemudian hasil dari penilaian tersebut dibawa ke *pre-trial chamber* dan nanti setelah menjalani persidangan baru diputuskan oleh *pre-trial chamber*.

Kemudian, meskipun dalam statuta roma terdapat pengaturan *unwilling* atau *unable* tersebut, akan tetapi dalam implementasinya ICC belum pernah menetapkan suatu negara *unwilling* atau *unable*. Masih kurangnya spirit ICC dalam menetapkan suatu negara *unwilling* atau *unable*. Seperti halnya yang terjadi dalam kasus kejahatan perang yang dilakukan oleh Israel terhadap warga negara Palestina. Sehingga untuk penerapan dari pada penetapan suatu negara *unwilling* atau *unable* dibutuhkan spirit yang kuat dari ICC itu sendiri.

Daftar Pustaka

Buku

- Fajar ND, Mukti dan Achmad, Yulianto. *Dualisme Penelitian Hukum Normatif & Empiris*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2015.
- Hiariej, Eddy O.S. *Pengantar Hukum Pidana Internasional* Jakarta, Erlangga, 2009.
- Natarajan, Mangai. *Kejahatan Dan Pengadilan Internasional* Bandung, Nusa Media, 2015.
- Simon. *Mengenal ICC Mahkamah Pidana Internasional* (Jakarta, Koalisi Masyarakat Sipil untuk Mahkamah Pidana Internasional, 2009.
- Widyawati, Anis. *Hukum Pidana Internasional*, Jakarta, Sinar Grafika, 2014.

Jurnal

- Agirre, Xabier, A. Cassese, R. E. Fife, H. Friman, C. K. Hall, J. T. Holmes, J. Kleffner et al. "Informal expert paper: The principle of complementarity in practice." (2003).
- Bassiouni, M. Cherif. "From Versailles to Rwanda in seventy-five years: The need to establish a permanent international criminal court." *Harv. Hum. Rts. J.* 10 (1997): 11.
- Ellis, Mark S. "The international criminal court and its implication for domestic law and national capacity building." *Fla. J. Int'l L.* 15 (2002): 215.
- Christianti, Diajeng Wulan. "Yurisdiksi International Criminal Court (ICC) terhadap Warga Negara Non-Pihak Statuta Roma dan Dampaknya bagi Indonesia." *Padjadjaran Journal of Law* 2, no. 1 (2015).
- Hadju, Zainal Abdul Azis. "Anotasi Spirit Unable dan Unwilling Terhadap Kejahatan Perang Israel Palestina." *Jambura Law Review* 1, no. 2 (2019): 167-191.
- Kleffner, Jann K. "The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law." *Journal of international criminal justice* 1, no. 1 (2003): 86-113.

- Martowirono, Suwardi. "Azas Pelengkap Statuta Roma 1998 Tentang Pengadilan Pidana Internasional." *Jurnal Hukum & Pembangunan* 31, no. 4 (2017): 339-356.
- Sefriani, Sefriani. "Yurisdiksi ICC terhadap Negara non Anggota Statuta Roma 1998." *Jurnal Hukum IUS QUIA IUSTUM* 14, no. 2 (2007).
- Sekartadji, Kartini. "Prospek dan Tantangan International Criminal Court." *Jurnal Hukum & Pembangunan* 34, no. 2 (2017): 91-109.

Website

- CNN Indonesia, Sekjen PBB: Palestina Resmi Anggota ICC 1 April, <https://www.cnnindonesia.com/internasional/20150108140118-120-23231/sekjen-pbb-palestina-resmi-anggota-icc-1-april>
- DetikNews, Total 2.016 Warga Palestina Tewas Akibat Serangan Israel di Gaza, <https://news.detik.com/internasional/d-2665366/total-2016-warga-palestina-tewas-akibat-serangan-israel-di-gaza>
- iNews.id, Pengadilan Kriminal Internasional Akan Selidiki Israel atas Kejahatan Perang Terhadap Palestina, <https://www.inews.id/news/internasional/pengadilan-kriminal-internasional-akan-selidiki-israel-atas-kejahatan-perang-terhadap-palestina>
- Victor Maulana, SindoNews, Warga Israel Penyerang Warga Palestina Tidak Pernah Dihukum, <https://international.sindonews.com/berita/1271990/43/warga-israel-penyerang-warga-palestina-tidak-pernah-dihukum>

Peraturan Perundang-Undangan Statuta Roma