

## BAB II

### PEMBAHASAN

#### **A. Tinjauan mengenai hukum humaniter dan mekanisme penegakan hukum humaniter.**

##### **1. Tinjauan umum mengenai HHI**

Menurut J.G. Starke yang dimaksud dengan hukum humaniter terdiri dari seperangkat pembatasan yang diatur oleh hukum internasional yang di dalamnya diatur penggunaan kekerasan yang dapat digunakan untuk menundukan pihak musuh dan prinsip-prinsip yang mengatur perlakuan terhadap individu dalam perang dan konflik bersenjata.<sup>28</sup>

Sedangkan Mochtar Kusumaatmadja membagi hukum perang sebagai berikut :<sup>29</sup>

1. *Jus ad bellum* yaitu hukum tentang perang, mengatur tentang dalam hal bagaimana negara dibenarkan menggunakan kekerasan bersenjata.
2. *Jus in bello* yaitu hukum yang berlaku dalam perang dibagi menjadi 2 (dua) yaitu:
  - a) Hukum yang mengatur cara dilakukannya perang (*conduct of war*) yang disebut *The Hague Laws* atau Hukum Den Haag.
  - b) Hukum yang mengatur perlindungan orang-orang yang menjadi korban perang lazim disebut *The Geneva Laws* atau Hukum Jenewa.

---

<sup>28</sup> J.G. Starke, *Op.Cit.*, hlm. 698.

<sup>29</sup> Mochtar Kusumaatmadja, 1980, *Hukum Humaniter dalam Pelaksanaan dan Penerapannya di Indonesia*, hlm 5

Selain membagi hukum perang menjadi dua bagian, Mochtar Kusumaatmadja juga mengartikan hukum humaniter sebagai berikut : “bagian dari hukum yang mengatur ketentuan-ketentuan perlindungan korban perang, berlainan dengan hukum perang yang mengatur perang itu sendiri dan segala sesuatu yang menyangkut cara melakukan perang itu sendiri”<sup>30</sup>

Secara historis istilah yang pertama kali digunakan adalah hukum perang (*laws of war*) namun karena adanya suasana antiperang sehingga banyak orang tidak menginginkan adanya perang sehingga istilah hukum perang tidak disukai. Namun karena pertikaian bersenjata itu tidak bisa dihindarkan sehingga saat itu diperkenalkan istilah baru yaitu Hukum Konflik Bersenjata (*Laws of armed conflict*).

Selanjutnya setelah perang dunia II, karena banyaknya korban jiwa yang timbul akibat adanya perang, sehingga konsepsi awal mengenai hukum perang maupun konflik bersenjata menjadi bergeser, tidak lagi fokus pada cara dan sarana perang melainkan fokus terhadap pemberian jaminan perlindungan terhadap korban konflik maupun pihak yang berkonflik atas dasar prinsip kemanusiaan. Berkaitan dengan hal tersebut maka dikenalah istilah *international humanitarian law applicable in armed conflict* yang lazim disebut dengan HHI.<sup>31</sup>

Dilihat dari istilahnya yaitu *international humanitarian law applicable in armed conflict* , HHI hanya berlaku pada saat perang atau konflik bersenjata

---

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> K.G.P.H. Haryomataram, *Op.Cit.*, hlm. 17.

saja sehingga dengan kata lain HHI tidak berlaku pada masa damai seperti ketika hanya terjadi huru hara, kerusuhan dan ketegangan. Semula ada *Klausula Martens* yang terdapat dalam pembukaan konvensi Den Haag ke-II tahun 1899 yang secara ringkas menyebutkan bahwa apabila hukum humaniter belum mengatur suatu ketentuan hukum mengenai masalah-masalah tertentu, maka ketentuan yang dipergunakan harus mengacu kepada prinsip-prinsip hukum internasional yang terjadi dari kebiasaan yang terbentuk diantara negara-negara yang beradab, dari hukum kemanusiaan serta dari pendapat publik.<sup>32</sup> Selanjutnya menurut Konvensi Den Haag III tahun 1907 mengenai cara memulai permusuhan disebutkan dalam pasal 1 :*“The contracting powers recognize that hostilities between them must not comence without previous and unequivocal warning, which shall take the form either of a declaration of war, giving reasons, or of an ultimatum.”*

Berdasarkan pasal tersebut maka Konvensi tersebut hanya berlaku apabila ada pernyataan perang yang disertai alasan yang sah oleh kedua pihak atau dengan suatu ultimatum, dengan pernyataan perang apabila ultimatum tersebut tidak dipenuhi.<sup>33</sup> Selain itu pada pasal 2 Konvensi IV Den Haag 1907 pada pasal 2 mengatur mengenai *Klausula si Omnes* yaitu bahwa konvensi ini hanya berlaku apabila kedua pihak yang bertikai adalah pihak dalam konvensi,

---

<sup>32</sup> Arlina Permanasari dkk, Op.Cit., hlm 50

<sup>33</sup>*Ibid*, hlm 26

apabila salah satu pihak bukan peserta konvensi maka konvensi ini tidak berlaku.<sup>34</sup>

Namun, sekarang berdasarkan Konvensi Jenewa 1949 pada pasal 2 yang mengatur tentang masa berlaku, konvensi ini bisa berlaku pada perang yang diumumkan, pertikaian bersenjata sekalipun keadaan perang tidak diakui dan dalam hal pendudukan sebagian atau seluruhnya sekalipun pendudukan tersebut tidak menemui perlawanan.<sup>35</sup> Selain itu pada pasal 3 konvensi tersebut yang sering disebut “*mini convention*” mengatur mengenai konflik bersenjata yang tidak bersifat internasional.<sup>36</sup> Konflik bersenjata dapat digolongkan menjadi dua yakni konflik bersenjata yang bersifat internasional dan konflik bersenjata yang tidak bersifat internasional. Ketentuan-ketentuan HHI yang berlaku di masing-masing konflik tidaklah sama seperti dalam konflik bersenjata yang bersifat non-internasional hanya berlaku pasal 3 Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan II 1977 yang mengatur mengenai konflik bersenjata non-internasional.<sup>37</sup>

Bentuk-bentuk Konflik bersenjata lainnya juga dikenal dalam HHI antara lain : CAR (*Colonial domination, Alien occupation, and Rasict regime*).<sup>38</sup> Sekarang HHI lebih terfokus pada perlindungan korban perang atau perlindungan HAM disaat perang atau konflik bersenjata. Dengan demikian

---

<sup>34</sup> *Ibid*, hlm. 27

<sup>35</sup> *Ibid*, hlm.35

<sup>36</sup> *Ibid*.

<sup>37</sup> Andrey Sujatmoko, 2016. Hukum HAM dan Hukum Humaniter, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada., hlm. 174

<sup>38</sup> Pasal 1 ayat (4) Protokol Tambahan 1977

HHI bisa berlaku disituasi apapun karena fokusnya untuk melindungi korban perang.

HHI tidak dimaksudkan untuk melarang perang, melainkan hanya mengatur supaya perang dapat dilakukan dengan lebih memperhatikan prinsip-prinsip kemanusiaan.<sup>39</sup> Ada beberapa tujuan HHI antara lain :

1. Memberikan perlindungan terhadap kombatan maupun penduduk sipil dari penderitaan yang tidak perlu.
2. Menjamin hak hak asasi manusia yang sangat fundamental bagi orang-orang yang jatuh ke tangan musuh. Kombatan yang jatuh ke tangan musuh harus dilindungi dan dirawat serta berhak diperlakukan sebagai tawanan perang.
3. Mencegah dilakukannya perang secara kejam tanpa mengenal batas.<sup>40</sup>

Intinya tujuan dari HHI tersebut membatasi penderitaan umat manusia akibat perang demi alasan-alasan kemanusiaan sehingga secara singkat bisa diartikan bahwa ada perlindungan HAM ketika konflik Bersenjata.<sup>41</sup>

HHI sendiri merupakan hukum yang berkaitan dengan perlindungan HAM disaat konflik sehingga ada 3 pandangan yang mempengaruhi kaitan HHI dengan hukum HAM:

---

<sup>39</sup>Arlina Permanasari, dkk. *Op.Cit.*, hlm. 12

<sup>40</sup> Frederic de Mullinen yang dikutip dan diterjemahkan dalam Arlina Permanasari, dkk., *Op.Cit.*, hlm. 12

<sup>41</sup> Kuliah Hukum Humaniter Fakultas Hukum Universitas Atmajaya Yogyakarta yang disampaikan oleh Triyana Yohanes pada tanggal 5 Februari 2018.

- a. Aliran Integrationiste menyatakan bahwa hukum HAM merupakan dasar dari Hukum Humaniter begitu pula sebaliknya.
- b. Aliran separatiste menyatakan bahwa hukum HAM dan hukum Humaniter tidak saling terkait karena keduanya mengandung perbedaan berdasarkan objek, Sifat dan saat berlakunya.
- c. Aliran Complementariste menyatakan bahwa Hukum HAM dan Hukum Humaniter berkembang sejalan dan keduanya saling melengkapi sehingga dalam aliran ini juga memberikan perbedaan antara Hukum HAM dan Hukum Humaniter.<sup>42</sup>

Aliran ketiga inilah yang menjadi dasar berlakunya HHI karena HHI tidak hanya mengatur hukum perang melainkan lebih fokus pada perlindungan korban perang atau perlindungan HAM disaat konflik.

## **2. Prinsip-prinsip dalam HHI**

Dalam hukum humaniter, ada beberapa prinsip yang menjadi dasar dari ketentuan-ketentuan pokok HHI sendiri. Prinsip-prinsip tersebut sebagai bagian dari sistem hukum humaniter internasional yang ada untuk saling melengkapi dan menjelaskan, sehingga penegakan hukum humaniter bisa dilaksanakan secara maksimal.<sup>43</sup> Ada beberapa prinsip-prinsip dasar HHI, antara lain.<sup>44</sup>

- a. Prinsip kepentingan Militer

---

<sup>42</sup> Andrey Sujatmoko, *Op.Cit.*, hlm181.

<sup>43</sup> Ambarwati dkk, *Hukum Humaniter Internasional dalam studi Hubungan Internasional*, Jakarta, PT RajaGrafindo Persada, Hlm. 41

<sup>44</sup> Kuliah Hukum Humaniter Fakultas Hukum Universitas Atmajaya Yogyakarta yang disampaikan oleh Triyana Yohanes pada tanggal 4 April 2018

Dalam perang para pihak boleh menggunakan segala kemampuan militernya baik strategi atau cara perang maupun penggunaan senjatanya. Dalam ketentuan Protokol I tahun 1977 pasal 57 ayat 3 yang berkaitan dengan prinsip Kepentingan Militer yakni apabila dimungkinkan pilihan antara beberapa sasaran militer untuk memperoleh keuntungan militer yang sama, maka sasaran yang akan dipilih adalah sasaran yang diharapkan mengakibatkan bahaya yang paling kecil bagi nyawa orang-orang sipil dan objek-objek sipil. Namun dalam menggunakan kemampuan militernya tidak tanpa batasan, untuk itu ada 2 prinsip yang membatasi prinsip kepentingan Militer tersebut yaitu:<sup>45</sup>

Prinsip Limitasi, prinsip ini ada untuk membatasi penggunaan senjata, sehingga sekalipun ada prinsip kepentingan militer, penggunaan senjata tidak tanpa batas tetapi di batasi dengan prinsip limitasi.<sup>46</sup> Misalnya dengan tidak menggunakan modifikasi lingkungan, penggunaan nuklir, peluncuran proyektil, cara perang tidak boleh keji.

Prinsip Proporsionalitas, dalam prinsip ini penggunaan senjata dan sarana perang harus sesuai dengan proporsinya atau sesuai dengan proporsionalitas keuntungan militer.<sup>47</sup> Selain itu prinsip ini juga tertuang dalam ketentuan Protokol Tambahan I tahun 1977 pasal 57 ayat (2) (iii) yang menyatakan bahwa “setiap serangan dalam operasi militer harus didahului dengan tindakan yang memastikan bahwa serangan tersebut tidak akan menyebabkan korban ikutan dipihak sipil yang berupa kehilangan nyawa, luka-luka ataupun

---

<sup>45</sup> *Ibid*

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*

kerusakan harta benda yang berlebihan dibandingkan keuntungan militer yang berimbas langsung akibat serangan tersebut.”

b. Prinsip Kesatriaian

Prinsip ini mengandung arti bahwa di dalam perang, kejujuran harus diutamakan. Penggunaan alat-alat yang tidak terhormat, berbagai macam tipu muslihat dan cara-cara yang bersifat khianat dilarang.<sup>48</sup> Prinsip ini merupakan prinsip yang harus bisa dilaksanakan oleh kombatan, supaya menjadi batasan apa yang boleh dilakukan maupun tidak boleh dilakukan ketika melakukan penyerangan.

c. Prinsip Kemanusiaan

Berdasarkan prinsip ini maka pihak yang bersengketa diharuskan untuk memperhatikan perikemanusiaan, dimana mereka dilarang untuk menggunakan kekerasan yang dapat menimbulkan luka yang berlebihan atau penderitaan yang tidak perlu.<sup>49</sup> Prinsip ini merupakan Prinsip paling penting dalam hukum humaniter karena dalam keadaan apapun, para pihak yang bertikai harus lebih mengutamakan prinsip kemanusiaan tanpa membedakan ras, suku, negara apabila mereka melihat orang lain terluka akibat konflik bersenjata tersebut. Prinsip ini terealisasi antara lain dalam prinsip pembedaan.

Prinsip Pembedaan atau *Distinction Principle* merupakan prinsip yang membedakan atau membagi penduduk dari suatu negara yang sedang

---

<sup>48</sup> Arlina Permanasari dkk, *Op.Cit.*, hlm 11

<sup>49</sup> *Ibid.*



berperang atau sedang terlibat dalam konflik bersenjata, ke dalam dua golongan, yakni : Kombatan dan Penduduk sipil.<sup>50</sup>

Kombatan adalah golongan penduduk yang secara aktif turut serta dalam permusuhan, sedangkan penduduk sipil adalah golongan penduduk yang tidak turut serta dalam permusuhan.<sup>51</sup>

Pembedaan ini penting untuk menunjukkan siapa yang boleh diserang dilukai dan dibunuh dan boleh menyerang melukai dan membunuh. Pembedaan ini juga penting untuk memberikan jaminan perlindungan terhadap penduduk sipil untuk tidak dilukai, tidak diserang maupun tidak dibunuh. Prinsip pembedaan juga memberikan implikasi apabila kombatan jatuh ketangan musuh ia berhak atas status tawanan perang, sedangkan untuk penduduk sipil yang jatuh ke tangan musuh berhak atas status tawanan perang.<sup>52</sup> Prinsip pembedaan tidak hanya berlaku untuk membedakan antara penduduk sipil dan kombatan tetapi juga berlaku untuk pembedaan terhadap objek sipil maupun objek militer berdasarkan Protokol Tambahan 1977 pasal 48 yang mana serangan atau operasi militer harus di arahkan terhadap sasaran-sasaran atau objek militer saja. Dalam perkembangannya Objek sipil pun bisa menjadi sasaran apabila dipenuhi hal berikut :

- 1) Objek tersebut telah memberikan kontribusi efektif bagi tindakan militer pihak musuh; dan

---

<sup>50</sup> *Ibid*, hlm 73

<sup>51</sup> K.G.P.H. Haryomataram, *Op.Cit.*, hlm. 63

<sup>52</sup> Pasal 13 Konvensi Jenewa I dan II tahun 1949 dan pasal 4a dan 4b Konvensi Jenewa IV tahun 1949 serta Protokol I tahun 1977 pasal 48.

- 2) Tindakan penghancuran atau penangkapan atau perlucutan terhadap objek tersebut memang akan memberikan suatu keuntungan militer yang semestinya bagi pihak yang akan melakukan tindakan

### 3. Mekanisme Penegakan HHI

Penegakan HHI secara khusus diartikan sebagai sebuah implementasi hukum yang mengkontestasi norma-norma HHI dalam konteks dan perspektif sekarang sehingga tujuannya tercapai.<sup>53</sup>

Implementasi HHI meliputi kegiatan-kegiatan sebagai berikut, yaitu : langkah-langkah pencegahan, langkah-langkah pelaksanaan, langkah-langkah penegakan hukum,, dan langkah-langkah lainnya.<sup>54</sup>

Langkah-langkah pencegahan dilaksanakan dengan meliputi kegiatan penyebarluasan pengetahuan tentang HHI baik di tingkat nasional maupun internasional, melaksanakan pelatihan-pelatihan untuk kader profesional dan penyediaan fasilitas latihan kepada organ-organ negara seperti pada angkatan bersenjata, pembuatan peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan HHI dan menerjemahkan teks-teks yang berhubungan dengan HHI.<sup>55</sup>

Langkah pelaksanaan merupakan implementasi terhadap pengawasan pelaksanaan HHI selama masa konflik.<sup>56</sup> Hal tersebut dilakukan oleh negara pelindung<sup>57</sup> atau negara yang dilindungi pada saat terjadi konflik dan

<sup>53</sup> H. Jaka Triyana dkk. 2015. *Konteks Dan Perspektif Politik Terkait Hukum Humaniter Internasional Kontemporer*. Jakarta. PT. RajaGrafindo Persada. Hlm 1

<sup>54</sup> Fred Tanner, 2000, *Conflict Prevention and Conflict Resolution: Limits Multilateralism*, 83 *International Review of the Red Cross*, hlm 547-556, dan *International Committee of The Red Cross*, 1997, *International Humanitarian Law Answer to your question*, hlm 32-33.

<sup>55</sup> H. Jaka Triyana, *Op.Cit.*, hlm 4

<sup>56</sup> *Ibid*

<sup>57</sup> Negara pelindung berdasarkan pasal 1c Protokol Tambahan 1977 adalah sebuah negara netral atau lainnya bukan pihak dalam sengketa yang telah ditunjuk oleh suatu pihak dalam sengketa dan

pelaksanaan pengawasan serta aksi kemanusiaan oleh *International Committee of Red Cross (ICRC)*.<sup>58</sup>

Langkah-langkah penegakan hukum terhadap pelanggaran HHI.<sup>59</sup> Berdasarkan Konvensi Jenewa 1949 maupun Protokol Tambahan 1977 telah dinyatakan bahwa ada kewajiban negara anggota untuk mencegah dan menghukum pelanggaran terhadap HHI.<sup>60</sup> Dalam ketentuan pasal 49 ayat 1 Konvensi Jenewa 1949 menyatakan bahwa :

*“The high contracting parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for person committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following article.”*

Kewajiban tersebut berimplikasi pada negara anggota harus menerbitkan suatu Undang-undang nasional yang memberikan sanksi pidana efektif kepada setiap orang yang melakukan atau memerintah untuk melakukan pelanggaran berat terhadap HHI.<sup>61</sup> Apabila mekanisme internal atau nasional ini tidak berfungsi atau tidak difungsikan dengan baik maka pada tahapan selanjutnya kasus pelanggaran tersebut dapat diambil alih oleh suatu mekanisme internasional baik melalui pengadilan yang bersifat ad hoc atau yang permanen seperti ICC.<sup>62</sup> Pada dasarnya kejahatan perang merupakan *International crimes* sehingga pada prinsipnya kejahatan tersebut bisa diadili oleh ICC. Mekanisme

---

disetujui oleh pihak lawannya dan yang telah menyetujui untuk melaksanakan fungsi-fungsi yang dibebankan kepada suatu negara pelindung oleh konvensi jenewa maupun protokol tambahannya.

<sup>58</sup> Pasal 126 Konvensi Jenewa III dan pasal 143 Konvensi Jenewa IV tahun 1949

<sup>59</sup> H. Jaka Triyana, *Op.Cit.*, hlm 5

<sup>60</sup> Pasal 1 (*Common article*), pasal 49 ayat 1 Konvensi Jenewa I, pasal 87 dan pasal 90 Protokol Tambahan 1977.

<sup>61</sup> Arlina Permanasari dkk, *Op.Cit.*, hlm 182

<sup>62</sup> *Ibid.*

peradilan di ICC hanya untuk mengadili individu saja. Selain itu juga dikenal sanksi untuk pelanggaran HHI yang dibagi menjadi dua :

- a. Sanksi kepada negara atau lembaga seperti *complaint* (diprotes), Reprisal, dan Pembayaran ganti rugi atau kompensasi.
- b. Sanksi kepada Individu seperti pelaku pelanggaran diadili sebagai penjahat perang atau pelaku *International Crimes* sehingga pelaku bisa diadili oleh peradilan negara manapun dan peradilan internasional atau ICC.

Langkah-langkah lainnya yaitu langkah-langkah implementasi yang harus dilaksanakan bersama-sama dengan ketiga langkah sebelumnya, seperti dibentuknya prosedur penyelidikan/penyidikan yang baku, kerja sama dengan Komisi Internasional Pencari Fakta dan kerja sama dengan Perserikatan Bangsa-bangsa (PBB).<sup>63</sup>

## **B. Tinjauan mengenai konflik bersenjata antara Palestina dan Israel**

Konflik bersenjata antara Israel dan Palestina pada mulanya mirip sengketa bersenjata non-internasional apabila merujuk pada pengertian Konflik Bersenjata Internasional hanya terjadi apabila Konflik bersenjata tersebut melibatkan Angkatan bersenjata dari masing-masing negara. Namun dalam Konflik yang terjadi di Israel dan Palestina khususnya Palestina yang di dalamnya banyak organisasi yang mengatasnamakan pembebasan Palestina salah satunya adalah Hamas, dari upaya pendudukan yang dilakukan oleh Israel. Tetapi pada konflik bersenjata antara Israel dan Palestina sudah

---

<sup>63</sup> H. Jaka Triyana. *Op.Cit.* hlm 6

ditegaskan bahwa hukum yang ditegaskan merupakan hukum yang berlaku untuk perang Internasional. Penegasan tersebut dilakukan oleh Majelis Umum PBB dalam Resolusi ES/10-14 dan Pernyataan ICJ dalam *Advisory Opinion* 9 Juli 2004 yang menegaskan mengenai diberlakukannya seluruh ketentuan Konvensi Jenewa 1949 di wilayah pendudukan Israel atas wilayah Palestina yang berarti bahwa tindakan bersenjata yang dilakukan oleh tentara Israel terhadap kelompok bersenjata di Palestina.<sup>64</sup>

ICJ dalam *Advisory Opinion* tersebut mengemukakan bahwa :

“Tindakan-tindakan penguasa dan tentara israel harus berpedoman terhadap Hukum Humaniter Internasional yang berlaku bagi situasi sengketa bersenjata Internasional dan Situasi pendudukan. Faktor yang menjadi salah satu penentu bahwa tanah Palestina merupakan wilayah pendudukan Israel adalah kenyataan bahwa tanah Palestina tersebut berada diluar kekuasaan Israel sebelum terjadi konflik bersenjata antara Israel dan penguasa tanah tersebut.”<sup>65</sup>

*Advisory Opinion* adalah pendapat hukum atau pandangan hukum mahkamah internasional atau ICJ, yang pada dasarnya tidak mengikat, namun juga bisa mengikat apabila ada kesepakatan dan hanya mengenai persoalan hukum. *Advisory Opinion* hanya bisa diminta secara langsung oleh Majelis Umum dan Dewan Keamanan sedangkan secara tidak langsung boleh dimintakan oleh organ-organ PBB lainnya maupun badan-badan khusus PBB dengan ijin dari Majelis Umum PBB. Dengan demikian berdasarkan *Advisory Opinion* tersebut, konflik bersenjata antara Israel dan Palestina menurut ketentuan humaniter internasional termasuk dalam tindakan konflik bersenjata Internasional karena menurut pasal 1 ayat (4) Protokol Tambahan I konflik

---

<sup>64</sup> *Advisory Opinion* yang dimuat dalam buku Ambarwati dkk., 2012, *Hukum Humaniter Internasional dalam Studi Hubungan Internasional*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 56

<sup>65</sup> *Ibid.*

disuatu wilayah negara dimana bangsa (*people*) berperang melawan dominasi kolonial, pendudukan asing dan penguasa yang bersifat rasis. Hal tersebut masuk kedalam jenis konflik bersenjata internasional.

Hingga saat ini indikasi pelanggaran atas konflik yang terjadi masih terus berlangsung. Berdasarkan laporan A/HRC/34/38 di tahun 2017 pelanggaran utama dalam pendudukan yang dilakukan oleh Israel adalah pembangunan dan perluasan pemukiman secara ilegal oleh Israel dan pelanggaran HAM di Tepi Barat.<sup>66</sup> Selain itu pemindahan populasi ke wilayah yang diduduki dilarang oleh Konvensi Jenewa,<sup>67</sup> hal tersebut dinyatakan dalam :

*“Any act that would facilitate population transfer is also prohibited under international humanitarian law. Such transfer stands in violation of the Fourth Geneva Convention, and is recognized as a war crime that may lead to individual criminal responsibility”<sup>68</sup>. “The illegality of settlements under international law has been confirmed by various international bodies, including the ICJ, the Security Council, the General Assembly and the Human Rights Council.”<sup>69</sup>*

Tidak hanya pemindahan populasi ke wilayah pendudukan yang dilarang namun pemindahan paksa secara individu atau massal atau deportasi penduduk suatu wilayah yang diduduki tanpa diketahui motifnya juga merupakan pelanggaran serius terhadap Konvensi Jenewa dan merupakan salah satu kejahatan perang.<sup>70</sup> Sejak bulan Juni 2007, setelah pengambilalihan Gaza oleh Hamas, dan dalam konteks serangan berlanjut terhadap target sipil Israel yang berasal dari Gaza, Israel secara signifikan memperketat pembatasan pergerakan

---

<sup>66</sup> A/HRC/34/39; A/71/355 paragraf 34

<sup>67</sup> Pasal 49 (6) konvensi Jenewa IV 1949

<sup>68</sup> Pasal 147 Konvensi Jenewa IV 1949 and pasal 8 (2) (b) (viii) Statuta Roma

<sup>69</sup> A/HRC/34/38 para 18

<sup>70</sup> Pasal 147 GC IV; pasal 8(2)(b)(viii) Statuta Roma

melalui darat ke dan dari jalur Gaza, menambah pencegahannya terhadap semua akses. via udara dan laut sejak tahun 1967. Meskipun ada pelanggaran bertahap dari beberapa pembatasan sejak 2010, Israel terus mempertahankan kebijakan penutupan yang ketat, meninggalkan 1,9 juta orang Palestina terkunci di Gaza, sebagian besar tidak dapat mengakses Tepi Barat, termasuk Yerusalem Timur, dan dunia luar. Dampak dari blokade ini diperparah oleh penutupan terus-menerus dari penyeberangan penumpang Rafah yang telah melihat beberapa pelanggaran pembatasan selama tahun lalu dan dengan semakin meningkatnya penolakan Yordania untuk memberikan jalan ke Palestina dari Gaza melalui penyeberangan Allenby.<sup>71</sup>

Sejak 2007, ada tiga eskalasi besar di Gaza yang mengakibatkan 3.808 korban tewas Palestina, termasuk 928 anak-anak.<sup>72</sup> Selama eskalasi permusuhan terakhir pada bulan Juli-Agustus 2014, 1460 warga sipil, termasuk 556 anak tewas, dan 82 rumah sakit dan 295 sekolah hancur atau rusak. Secara total 90 orang Israel, termasuk 11 warga sipil tewas.

Pada puncak konflik yang terjadi di tahun 2014 di sepanjang Agustus, lembaga kesehatan di Jalur Gaza menyatakan 200 warga sipil terluka akibat serbuan Israel. Di samping itu, 2100 warga Palestina tewas, dan 67 prajurit serta enam warga Israel meninggal. Hal tersebut terjadi akibat penyerangan yang dilakukan oleh Israel pada 1 Agustus 2014 di Rafah, jalur Gaza. Aksi

---

<sup>71</sup> istilah “blockade” yang digunakan disini adalah menggambarkan tindakan yang dilakukan oleh Israel terhadap penutupan berkepanjangan dan pembatasan ekonomi dan pembatasan gerakan di Jalur Gaza (A/71/364 para. 5, [A/HRC/24/30](#) para. 21 sampai 23, A/69/347 para. 30-34 dan [A/RES/69/93](#)).

<sup>72</sup> Data dari OCHA

militer tersebut dilakukan untuk mencari penculik Letnan Hadar Goldin dan menyerang teroris di wilayah itu. Israel menyatakan bahwa penyerangan tersebut bukanlah aksi balas dendam dan bukan merupakan kejahatan perang karena menurut Israel atau IDF operasi tersebut sudah diperhitungkan matang dan berusaha sekuat mungkin menghindari korban warga sipil.<sup>73</sup>

Sejak September 2015, telah terjadi peningkatan kekerasan baru di West Bank, dengan serangan yang dilakukan oleh Palestina terhadap Israel. Dalam konteks ini, ada juga peningkatan tajam dalam insiden yang jelas dari penggunaan kekuatan yang berlebihan, baik dalam konteks bentrokan dan sebagai tanggapan terhadap serangan atau dugaan serangan oleh orang Palestina terhadap orang Israel.<sup>74</sup>

Lebih dari dua tahun setelah konflik 2014, keprihatinan serius tetap ada mengenai kurangnya akuntabilitas oleh otoritas Israel dan Palestina terkait dengan dugaan pelanggaran hukum humaniter internasional termasuk dugaan kejahatan perang pelanggaran hukum HAM. Tidak ada investigasi yang berarti yang telah diumumkan oleh pihak berwenang Palestina sejauh ini. Sejumlah besar kasus yang melibatkan IDF tidak akan tunduk pada prosedur investigasi kriminal karena mereka ditutup oleh Kantor Advokat Militer Israel, sehingga kurangnya alasan yang masuk akal untuk mencurigai perilaku kriminal, meskipun memang ada tuduhan serius.<sup>75</sup> Ketika penyelidikan dibuka, ada

---

<sup>73</sup> Reuters CNN, 2018, Israel 'Cuci Tangan' Soal Penyerbuan Ke Rafah Pada 2014. <https://www.cnnindonesia.com/internasional/20180816021330-120-322654/israel-cuci-tangan-soal-penyerbuan-ke-rafah-pada-2014>

<sup>74</sup> A/HRC/31/40.

<sup>75</sup> A/71/364 para. 38-41.



kekhawatiran mengenai pemenuhan jaminan hak asasi manusia. Dalam pelaksanaannya, hanya sedikit pelaku yang akhirnya dibawa ke pengadilan, menghadapi dakwaan dan hukuman yang tidak memberatkan.<sup>76</sup>

Ada keprihatinan serius tentang penggunaan kekuatan yang berlebihan dan pembunuhan tidak sah oleh IDF, termasuk eksekusi ekstrajudisial yang tidak jelas.<sup>77</sup> Masih ada kekhawatiran mengenai akuntabilitas dalam operasi penegakan hukum. Sejak peningkatan kekerasan pada September 2015, hanya satu kasus di antara 169 warga Palestina yang dibunuh (per 31 Oktober 2016) oleh Israel, yang diproses.<sup>78</sup>

Pelanggaran tersebut terus berlangsung bahkan hingga sekarang, sejak bulan maret 2018 telah tercatat 171 warga Palestina yang tewas dalam kekerasan di jalur Gaza, sedangkan ribuan orang menderita luka-luka akibat penggunaan kekuatan yang berlebihan dan tidak proporsional oleh tentara Israel. Termasuk baru-baru ini terjadi, 3 orang anak berusia 12 dan 14 tahun tewas karena dituduh menanam bom di perbatasan utara jalur Gaza.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> A/71/364, para. 40.

<sup>77</sup> A/71/355, para. 43, A/71/364 para. 8-9, A/HRC/31/40 para. 10-15

<sup>78</sup> A/71/355 para. 45; A/71/364 para. 45;

<sup>79</sup> Agnes Savitri., 2018, PBB Kutuk Kekerasan Israel terhadap Palestina di Jalur Gaza, CNN.

<https://www.cnnindonesia.com/internasional/20180614083130-134-305993/pbb-kutuk-kekerasan-israel-terhadap-palestina-di-jalur-gaza>.

## C. Peran badan penyelidik internasional dalam menegakan hukum humaniter

### 1. Tinjauan umum mengenai Badan Penyelidik Internasional

Salah satu mekanisme dalam penegakan HHI adalah penyelidikan. Sejak awal mekanisme penyelidikan sudah dikenal dalam Konvensi Den Haag tahun 1907 tepatnya pada pasal 9 sampai 36 yang mengatur mengenai *International Commission of Inquiry*.<sup>80</sup>

Prosedur Penyelidikan telah diatur oleh Konvensi Jenewa 1949 pada pasal 52 Konvensi I, pasal 53 Konvensi II, pasal 132 Konvensi III, dan pasal 149 Konvensi IV.<sup>81</sup> Prosedur penyelidikan tersebut bersifat sangat terbatas karena harus dengan adanya persetujuan dari para pihak yang bersengketa.<sup>82</sup>

Selanjutnya, berdasarkan Protokol Tambahan Prosedur penyelidikan dalam Konvensi Jenewa 1949 mengalami penyempurnaan dengan adanya ketentuan mengenai Internasional Fact-Finding Commission yang tercantum dalam pasal 90.<sup>83</sup> Komisi ini terbentuk di Bern pada tahun 1991 dengan 20 negara penandatanganan yang menyetujui kompetensinya. Dengan dibentuknya *International Humanitarian Fact-Finding Commission* (IHFFC) sebagai badan Penyelidik yang bersifat permanen untuk menyelidiki fakta dan bukti terkait

---

<sup>80</sup> Hague Convention for the Pacific Settlement of Disputes of 1907 lihat pasal 9-36

<sup>81</sup> Arlina Permanasari dkk, *Op.Cit.*, hlm. 184

<sup>82</sup> *Ibid*, hlm 218

<sup>83</sup> *Ibid*.

adanya pelanggaran berat dan serius terhadap Hukum Humaniter Internasional.<sup>84</sup>

Kompetensi dan Kewenangan dari Komisi ini pada pasal 2a menjelaskan bahwa untuk menjalankan kompetensinya negara wajib membuat pernyataan resmi atau deklarasi terhadap ketentuan tentang kompetensi ini. Pernyataan persetujuan tersebut dapat dilakukan bersamaan ketika ratifikasi maupun aksesinya terhadap ketentuan Protokol ini maupun pernyataan persetujuan sementara yang didasarkan dari kasus per kasus.<sup>85</sup>

Selain komisi penyelidikan secara permanen, penyelidikan juga bisa dilakukan oleh suatu komisi atau misi apabila suatu negara pihak bukanlah sebagai negara yang meratifikasi Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan 1977 maupun bukan juga sebagai negara yang memberikan persetujuannya terhadap kompetensi dari IHFFC. Komisi atau misi penyelidikan bisa dibentuk secara kasuistis untuk merespon pelanggaran serius terhadap HHI dan hukum HAM internasional. Apabila penyelidikan tidak menggunakan IHFFC maka berdasarkan praktek, prosedur pembentukan badan penyelidikan tersebut tidak terlepas dari peran PBB. Berdasarkan piagam PBB dinyatakan bahwa salah satu tujuan PBB adalah :

*“To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law,*

---

<sup>84</sup> *Ibid*, hlm 219

<sup>85</sup> *Ibid*, hlm 226

*adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace;*<sup>86</sup>

Untuk mewujudkan tujuan tersebut PBB memiliki beberapa organ yang mana organ-organ tersebut memiliki fungsinya. Berdasarkan Sistem PBB (UN System) organ tersebut antara lain : *General assembly, Security council, Economic and social council, Trusteeship Council*<sup>87</sup>, *Secretariat, International Court of Justice.*

Majelis Umum merupakan organ PBB yang terdiri dari seluruh anggota dari PBB yang artinya semua negara anggota harus memberikan perwakilannya untuk ditempatkan di Majelis umum.<sup>88</sup> Majelis Umum memiliki fungsi salah satunya dalam memberikan rekomendasi dalam mengendalikan atau mencegah suatu keadaan yang mengancam keamanan dan kedamaian dunia hanya jika suatu kasus atau keadaan tersebut sedang tidak ditangani oleh Dewan Keamanan.<sup>89</sup> Salah satu pejabat UNIC menyatakan bahwa : “untuk menjalankan fungsinya menjadi lebih efektif, Majelis Umum membentuk organ subsider yang berada di bawah wewenangnya dan yang bertugas membantunya salah satunya adalah Dewan Hak Asasi Manusia”.<sup>90</sup> Dewan HAM tersebut dalam melaksanakan tujuan PBB berwenang untuk membentuk badan sementara (*ad hoc bodies*) yang salah satunya adalah badan investigasi yang dalam mandatnya bisa bernama macam-macam seperti : *Commission of Inquiry,*

<sup>86</sup> Piagam PBB pasal 1 angka 1.

<sup>87</sup> The Trusteeship Council suspended operation on 1 November 1994, as on 1 October 1994 Palau, the last United Nations Trust Territory, became independent.

<sup>88</sup> Piagam PBB pasal 9

<sup>89</sup> Piagam PBB pasal 12 dan pasal 11 ayat (2)

<sup>90</sup> Lihat lampiran UN Systems

*Mission of Inquiry, Commission of Fact Finding, Mission of Fact Finding, Investigation body, etc.*<sup>91</sup>

Berdasarkan praktek, komisi atau misi tersebut bisa dibentuk oleh beberapa lembaga seperti dalam *Guidance and Practice Commissions of Inquiry and Fact-Finding missions on International Human Rights and International Humanitarian Law* :

1. *The Security Council/Dewan Keamanan*,<sup>92</sup>
2. *The General Assembly/Majelis Umum*,<sup>93</sup>
3. *The Human Rights Council./Dewan HAM*<sup>94</sup>
4. *its predecessor, the Commission on Human Rights/Komisi HAM pendahulu*,<sup>95</sup>
5. *The Secretary-General/Sekretaris Jendral*,<sup>96</sup>
6. *The High Commissioner for Human Rights/Komisioner tinggi HAM*.<sup>97</sup>

<sup>91</sup> <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/COIs.aspx> diakses pada 30 Oktober 2018

<sup>92</sup> Contohnya adalah *the Commission of Experts on the former Yugoslavia (1992-1994), established by Security Council resolution 780 (1992) of 6 October 1992,*

<sup>93</sup> Contohnya adalah *the General Assembly, by resolution 52/135 of 12 December 1997, set up the Group of Experts for Cambodia to examine requests for assistance in responding to past serious violations.*

<sup>94</sup> Contohnya adalah *International Fact-Finding Mission on Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territory (2012), established by the Human Rights Council under resolution 19/17 of 22 March 2012.*

<sup>95</sup> Contohnya adalah *the International Commission of Inquiry on East Timor set up in 1999 by Commission on Human Rights resolution 1999/S-4/1 of 27 September 1999 to look into post-consultation violence.*

<sup>96</sup> Contohnya adalah *the Secretary-General established in 2000 the International Commission of Inquiry for Togo to look into allegations of extrajudicial killings in 1998 raised in an Amnesty International report, following a request by the Government of Togo to the Secretary-General of the United Nations and the Secretary-General of the Organization of Africa Unity.*

<sup>97</sup> Contohnya adalah *the Human Rights Council requested the High Commissioner to monitor the situation in northern Mali and to report to the Council (resolution 20/17 of 6 July 2012) and the High Commissioner sent a fact-finding mission to Mali and neighbouring countries and presented a report to the Council at its twenty-second session (A/HRC/22/33).*

Prosedur mengenai penyelidikan diatur lebih lanjut dalam *Rules of the International Humanitarian Fact-Finding Commission Chapter III rules 26 and 27* yang menyatakan bahwa komisi tersebut dapat menetapkan instruksi atau petunjuk umum atau khusus mengenai penyelidikan dan mengenai prosedur penyelidikannya.<sup>98</sup>

Ketika Badan Penyelidik tersebut melaksanakan mandatnya maka harus ada laporan akhir atau *final report* sebagai hasilnya dan laporan tersebut umumnya bersifat publik.<sup>99</sup> Laporan akhir bersifat umum, hal tersebut dikarenakan sifat umum sangat penting bagi semua pihak untuk berkontribusi pada rekaman peristiwa bersejarah, memperkuat panggilan, untuk akuntabilitas maupun mempromosikan pelaksanaan rekomendasi. Di dalam laporan tersebut salah satu bagianya berisi rekomendasi. Rekomendasi yang ada di dalam laporan akhir tersebut harus dibuat secara cermat dengan memperhatikan mandat, situasi HAM, ditujukan kepada siapa, relevansi yang mempengaruhi perubahan yang diperlukan dan kelayakan pelaksanaan.<sup>100</sup>

Setiap rekomendasi harus secara jelas mengidentifikasi penerima yang diharapkan mengimplementasikan rekomendasi tersebut bahkan tidak hanya ditujukan kepada negara sebagai aktor yang berkonflik tetapi juga bisa ditujukan kepada komunitas internasional maupun kepada organ-organ PBB

---

<sup>98</sup> [http://www.ihffc.org/index.asp?Language=en&page=rules\\_of\\_commission](http://www.ihffc.org/index.asp?Language=en&page=rules_of_commission) diakses pada tanggal 4 Oktober 2018.

<sup>99</sup> United Nations, 2015, *Commissions of Inquiry and Fact-Finding missions on International Human Rights and International Humanitarian Law*, Guidance and Practice, New York, Hlm. 94

<sup>100</sup> *Ibid*

termasuk kepada pengadilan pidana internasional.<sup>101</sup> Isi dari rekomendasi harus berorientasi pada tindakan dan berkontribusi pada perubahan positif dalam situasi HAM termasuk melalui komitmen pertanggungjawaban atas kejahatan yang terjadi, perbaikan dan reparasi bagi korban, perubahan dalam hukum, kebijakan dan praktik.<sup>102</sup>

Setelah laporan akhir tersebut diterbitkan maka laporan tersebut menjadi dokumen PBB namun temuan dan kesimpulannya tetap independen berdasarkan mandatnya.<sup>103</sup> Dalam banyak contoh setelah laporan dipublikasikan maka badan yang memberi mandat seperti Dewan Keamanan, Majelis Umum atau dewan HAM akan mempertimbangkan laporan dan mengadopsi resolusi-resolusi yang diperlukan untuk mendukung kesimpulan dan rekomendasi dan/atau memanggil aktor yang dituju dalam rekomendasi tersebut.<sup>104</sup> Rekomendasi sendiri hanyalah aturan hukum internasional yang tidak mengikat, rekomendasi baru memiliki kekuatan mengikat ketika ada ketentuan lanjutannya yang berupa enforcement dari pihak lain atau memberi mandat kepada pihak lain yang lebih berwenang untuk menindaklanjuti keadaan apabila rekomendasi tersebut tidak dijalankan.

Selain itu pelaksanaan rekomendasi dari badan penyelidik biasanya tergantung pada kemauan politik dari aktor atau entitas yang mereka tuju dan

---

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> *Ibid.*, hlm 99

<sup>104</sup> *Ibid.*

organ selaku pemberi mandat hanya sebagai pemantau saja.<sup>105</sup> Sekalipun mandat dari badan penyelidik tersebut telah berakhir setelah laporan akhirnya diserahkan ke badan pemberi mandat, tetapi tindak lanjut atas laporan tersebut dapat berlanjut lama setelahnya.<sup>106</sup>

Sebagai perbandingan dalam penegakan hukum pidana di Indonesia sendiri diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Acara pidana yang selanjutnya disebut KUHAP adalah serangkaian tindakan penyelidik untuk mencari dan menemukan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana guna menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penyidikan menurut cara-cara yang diatur oleh KUHAP.<sup>107</sup> Apabila dalam penyelidikan menemukan bahwa hal tersebut merupakan tindak pidana selanjutnya akan dilakukan penyidikan. Penyidikan merupakan serangkaian tindakan penyidik dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang untuk mencari serta mengumpulkan bukti yang terjadi dan guna menemukan tersangkanya.<sup>108</sup> Hasil akhir dari penyidikan tersebut berupa berita acara untuk setiap tindakan pemeriksaan tersangka, penangkapan, penahanan, penggeledahan, pemasukan rumah, penyitaan benda, pemeriksaan surat, pemeriksaan saksi, pemeriksaan di tempat kejadian, pelaksanaan penetapan dan putusan pengadilan dan pelaksanaan tindakan lain sesuai dengan ketentuan KUHAP.<sup>109</sup> Apabila semua sudah terpenuhi dan lengkap maka berkas perkara, tersangka dan barang bukti dapat

---

<sup>105</sup> *Ibid*, hlm. 101

<sup>106</sup> *Ibid*, hlm. 104

<sup>107</sup> KUHAP pasal 1 angka 5.

<sup>108</sup> KUHAP pasal 1 angka 2

<sup>109</sup> KUHAP pasal 8 ayat (1) dan 75 ayat (1)



diajukan kepada penuntut umum.<sup>110</sup> Setelah itu penuntut umum berwenang untuk melakukan penuntutan terhadap siapapun yang didakwa melakukan suatu tindak pidana dengan melimpahkan perkara ke pengadilan yang berwenang mengadili.<sup>111</sup>

Seperti dalam hukum pidana nasional, Statuta Roma adalah aparatus hukum unik yang menggunakan model prosedur kriminal adversarial dan penyelidikan dalam upaya untuk melindungi seluruh warga dunia.<sup>112</sup> Prosedur tersebut mengarahkan dan mengatur ICC yang memiliki yuridiksi atas hal-hal berikut : Kejahatan internasional, genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang termasuk kejahatan agresi.<sup>113</sup>

Ada beberapa kondisi yang menjadikan dasar bahwa suatu kasus dapat dilimpahkan kepada jaksa penuntut ICC yaitu :

- 1) Sebuah negara yang telah meratifikasi Statuta Roma bisa melimpahkan kasus tersebut jika kejahatan yang dilakukan telah tercantum dalam yuridiksi ICC.
- 2) Dewan keamanan PBB bisa melimpahkan kasus sesuai dengan Bab VII<sup>114</sup> Piagam PBB. Dalam Kondisi semacam ini, tidak dibutuhkan persetujuan dari negara manapun.
- 3) Jaksa bisa menginisiasi penyelidikan *proprio motu* (inisiatif sendiri) atas kepentingannya sendiri.<sup>115</sup>

<sup>110</sup> KUHAP Pasal 8 ayat (2) dan (3)

<sup>111</sup> KUHAP pasal 137

<sup>112</sup> Mangai Natarajan. 2015. *International Crime and Justice*. Cambridge University Press. Newyork. Yang diterjemahkan oleh Irfan M. Zakkie. *Kejahatan dan Pengadilan Internasional*. Nusamedia. Bandung. Hlm 364

<sup>113</sup> *Ibid* hlm 365

<sup>114</sup> BAB VII piagam PBB yang mengatur mengenai kewajiban Dewan Kemanan untuk mengambil tindakan yang berhubungan dengan ancaman perdamaian, pelanggaran perdamaian, dan tindakan agresi.

<sup>115</sup> Mangai Natarajan, *Op.Cit.*, hlm 366.

Selanjutnya adalah Langkah penyelidikan dalam pemrosesan kasus pada ICC : “Penyelidikan merupakan analisis awal mengenai situasi terkait, situasi penyidikan, bukti-bukti pembanding untuk melakukan penahanan atas kasus tersebut.”<sup>116</sup>

Berdasarkan prosedur penyelidikan ICC, apabila individu melakukan pelanggaran pidana internasional dan setelah dilakukan penyelidikan ia terbukti bersalah maka kekuatan dari hasil penyelidikannya bersifat mengikat dan dapat menjadikannya sebagai tahanan ICC. ICC dalam mengemban tugasnya sebagai badan peradilan internasional menjadi salah satu tonggak akhir dari suatu mekanisme penegakan keadilan termasuk didalamnya penegakan hukum perang. Selain itu, ICC juga bersifat pelengkap (*complementary*) atau pelengkap dari mahkamah pidana nasional, maksudnya bahwa ICC baru akan menjalankan fungsinya apabila mahkamah nasional tidak menjalankan fungsinya dengan baik.<sup>117</sup> Dalam statuta dikatakan bahwa ICC baru bekerja apabila mahkamah nasional tidak mau (*unwilling*) dan tidak mampu (*unable*) untuk mengadili pelaku kejahatan-kejahatan serius.<sup>118</sup>

Pertimbangan penggunaan IHFFC maupun badan penyelidikan sementara berlaku secara mutatis mutandis dengan ICC, dengan catatan ICC mau memberlakukan semua aturan HHI meskipun tanpa adanya persetujuan dari para pihak atas proses yang dilakukan oleh IHFFC maupun badan

---

<sup>116</sup> Mangai Natarajan. *Op.Cit.*, hlm. 367 dalam boks.1 Langkah-langkah Pemrosesan kasus pada ICC

<sup>117</sup> J.G. Starke *Op.Cit* hlm. 191

<sup>118</sup> *Ibid*

penyelidik sementara lainnya sehingga hasil temuan dari badan penyelidik tersebut dapat digunakan oleh ICC. Untuk itu, ICC dapat meminta kepada suatu organisasi antar pemerintahan untuk memberikan informasi dan dokumen. ICC juga dapat meminta bentuk-bentuk kerjasama dan bantuan lainnya yang mungkin disepakati dengan organisasi tersebut dan yang sesuai dengan kompetensi atau mandatnya.

## 2. *Peran badan penyelidik dalam konflik bersenjata Israel-Palestina*

Konflik bersenjata antara Israel dan Palestina yang telah berlangsung sejak lama. Indikasi pelanggaran-pelanggaran terhadap HHI maupun hukum HAM internasional juga semakin banyak sehingga perlu untuk ditindak lanjuti. Untuk menindaklanjuti pelanggaran-pelanggaran tersebut bahkan telah tercatat beberapa *commission or mission inquiry or fact finding* yang kesemuanya disebut sebagai badan penyelidik. Hal tersebut dikarenakan Israel bukan sebagai negara peratifikasi Protokol Tambahan 1977 sehingga hal tersebut secara otomatis tidak mengakui kompetensi dari IHFFC.<sup>119</sup> Badan penyelidik tersebut diberi mandat untuk menyelidiki apa saja yang telah terjadi dalam konflik dari Israel dan Palestina tersebut. Secara kronologis telah ada beberapa badan/misi/komisi investigasi yang diberi mandat oleh tiga organ PBB antara lain :

- 1) Pada tahun 1979 Dewan Keamanan telah membentuk badan investigasi yang diberi nama “*Security council commission concerning Israeli Settlements in*

<sup>119</sup> [https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp\\_viewStates=XPages\\_NORMStatesParties&xp\\_treatySelected=470](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=470) diakses pada 09 November 2018

*Arab Territories Occupied since 1967, including Jerusalem*” berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan nomor 446 pada 22 Maret 1979, 452 pada 20 Juli 1979, dan 465 of 1 maret 1980. Di dalam resolusi tersebut dinyatakan bahwa Israel tidak bersikap kooperatif dengan komisi tersebut. Selanjutnya dalam rekomendasinya menyatakan penegasan terhadap perlindungan terhadap orang maupun bangunan yang ada dalam pemindahan penduduk terlebih terhadap bangunan suci yang ada di kota Yerusalem. Dalam Resolusi tersebut Amerika Serikat menyatakan *absteption* atau tidak menyatakan persetujuannya.

- 2) Pada tahun 2000, Komisi Hak Asasi Manusia PBB membentuk “*commission of inquiry to gather and compile information on violation of Human Right and acts which constitute grave breaches of international humanitarian law by the Israeli occupying power in the occupied Palestinian territories*” berdasarkan pada *Commission on Human Rights Resolution S-5/1* pada 19 oct 2000. Rekomendasi yang ada dalam laporan komisi tersebut berisi perintah penghentian, yang mana meminta penghentian pemhancuran bangunan dan poenghancuran lahan pertanian dan tanam pangan menggunakan *buldozer*.
- 3) Pada tahun 2006, Dewan Hak Asasi Manusia PBB membentuk “*High-level Fact-Finding mission to Beit Hanoun*” berdasarkan Human Right Council Resolution S-3/1 pada 15 November 2006. Rekomendasi yang ada dalam laporan akhirnya berisi permintaan untuk dibentuknya komisi khusus untuk memantau situasi atau memastikan tindak lanjut dan implementasi rekomendasi untuk siap dilaporkan secara terbuka dengan tujuan untuk

mendorong kepatuhan yang lebih besar dari para pihak terhadap HHI dan Hukum HAM.

- 4) Pada tahun 2009 Dewan Hak Asasi Manusia kembali membentuk “*United Nations Fact-Finding mission on the Gaza Conflict*” berdasarkan *Human Right Council Resolution S-9/1* of 12 Januari 2009. Rekomendasi yang ada dalam laporan akhirnya termasuk dalam jenis permintaan investigai, penuntutan dan rekomendasi terkait etika pertanggungjawaban pelanggaran HAM. Misi tersebut merekomendasikan kepada negara-negara peserta Konvensi Jenewa untuk memulai penyelidikan kriminal di pengadilan nasional masing-masing pihak menggunakan yuridiksi universal dikarenakan ada bukti yang cukup dari misi tersebut terkait pelanggaran Konvensi Jenewa 1949. Selain itu rekomendasi Misi tahun 2009 di Gaza termasuk salah satu keberhasilan rekomendasi yang berhasil diterapkan yang mana Dewan HAM selaku pemberi mandat, atas laporan Misi Gaza 2009 membentuk komite yang bertugas untuk memantau dan menilai setiap proses domestik hukum atau tindakan lainnya yang dilakukan oleh pemerintah Israel dan Palestina.
- 5) Pada tahun 2010 Dewan Hak Asasi Manusia kembali membentuk “*International Fact-Finding mission to investigate violations of international law, including International Humanitarian Law and Human Right Law, resulting from the Israeli attacks on the Flotilla of ships carrying humanitarian assistance to Gaza*” berdasarkan *Human Right Council Resolution 14/1* pada 2 Juni 2010. Dalam laporan akhir misi tersebut meminta penghentian pelanggaran dan pertanggungjawaban terutama oleh Israel atas perbuatan

penyerangan yang dilakukannya terhadap kapal yang mengangkut bantuan kemanusiaan ke Gaza.

- 6) Pada tahun 2012 Dewan Hak Asasi Manusia membentuk “*Independent International fact-finding mission to investigate the implications of the Israeli Settlements on the civil, political, economic, social and cultural rights of the palestinian people throughout the occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*” berdasarkan *Human Right Council Resolutions* 19/17 pada 22 Maret 2012. Dalam rekomendasinya menyatakan penghentian pelanggaran atas perbuatan Israel yang membuat sebagian penduduk Palestina terkunci di Gaza karena ditutupnya perbatasan sehingga banyak hak kebebasan berpergian atau berpindah, mengakses dunia luar, bahkan juga terbatasnya pendidikan dan sumber pangan akibat pemindahan pemukiman oleh Israel dan penutupan perbatasan.
- 7) Pada tahun 2014 Dewan Hak Asasi Manusia membentuk “*The United Nations Independent Commission of inquiry on the 2014 Gaza Conflict*” berdasarkan *Human Right Council Resolutions* S-21/1 pada 23 Juli 2014
- 8) Pada Tahun 2018 Dewan Hak Asasi Manusia kembali membentuk “*United Nations Commission of inquiry on the 2018 protests in the occupied palestinian territory*” berdasarkan *Human Right Council Resolutions* S-28/1 pada 22 may 2018 .<sup>120</sup>

Wewenang dari badan penyidik tersebut berdasarkan masing-masing resolusi salah satunya resolusi (S-28/1) yang dibuat oleh Dewan HAM yang

<sup>120</sup> <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/COIs.aspx> dan <http://libraryresources.unog.ch/factfinding/reading> yang diakses pada tanggal 30 Oktober 2018

memberi mandat untuk dibentuknya suatu badan penyelidik tersebut, dengan mandat :

*(1) investigate all alleged violations and abuses of international humanitarian law and international human rights law in the Occupied Palestinian Territory (OPT), including East Jerusalem.*

*(2) to establish the facts and circumstances, with assistance from relevant experts and special procedure mandate holders, of the alleged violations and abuses, including those that may amount to war crimes;*

*(3) to identify those responsible;*

*(4) to make recommendations, in particular on accountability measures, all with a view to avoiding and ending impunity and ensuring legal accountability, including individual criminal and command responsibility, for such violations and abuses, and on protecting civilians against any further assaults;*

Berdasarkan resolusi diatas dapat disimpulkan bahwa wewenang badan penyelidik ad hoc untuk menginvestigasi semua pelanggaran HHI dan hukum HAM dalam peristiwa pendudukan di Palestina. Selain itu juga untuk menyusun fakta-fakta dan situasi terkait dengan bantuan ahli yang terkait dan spesial prosedur yang digunakan berdasarkan mandat dan mengidentifikasi pihak yang harus bertanggung jawab. Berdasarkan wewenangnya badan penyelidik berwenang untuk membuat rekomendasi, khususnya mengenai langkah-langkah pertanggungjawaban, semua dengan maksud untuk menghindari dan mengakhiri impunitas dan memastikan pertanggungjawaban hukum, termasuk tanggung jawab pidana dan komando perorangan, untuk pelanggaran-pelanggaran semacam itu, serta untuk melindungi warga sipil dari serangan lebih lanjut.

Dalam melaksanakan mandatnya badan penyelidik tersebut dilaksanakan dengan melakukan perjalanan ke wilayah tersebut, bertemu dengan saksi dan korban, serta mengumpulkan informasi dari berbagai sumber dengan didampingi oleh tim penyelidik dan analis profesional.

Salah satu rekomendasi dituangkan dalam laporan terbaru yang dibuat oleh Dewan HAM A/HRC/34/38 di tahun 2017 termasuk dalam jenis rekomendasi yang berisi penghentian pelanggaran HAM dan penghormatan kembali terhadap Hukum Internasional dan mematuhi kewajiban maupun tanggung jawab hukum HAM. Semua pihak termasuk kelompok bersenjata Palestina harus menghormati HHI termasuk prinsip pembedaan dan prinsip proporsionalitas juga memastikan kembali pertanggungjawaban untuk semua pelanggaran.<sup>121</sup>

Seperti pada 22 Juni 2015 Komisi Penyelidikan Independen Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang konflik Gaza 2014 telah mengumpulkan informasi penting yang menunjukkan kemungkinan kejahatan perang oleh Israel maupun Palestina.<sup>122</sup> Sebelumnya pada konflik 2014 terlihat peningkatan besar dalam persenjataan yang digunakan di Gaza, dengan lebih dari 6.000 serangan udara oleh Israel dan sekitar 50.000 tank dan tembakan artileri ditembakkan. Dalam operasi 51 hari, 1.462 warga sipil Palestina tewas, sepertiga dari mereka anak-anak. Kelompok-kelompok bersenjata Palestina menembakkan 4.881 roket dan 1.753 mortir ke Israel pada bulan Juli dan Agustus 2014, menewaskan 6 warga

---

<sup>121</sup> A/HRC/34/38

<sup>122</sup> <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=16119&LangID=E>  
diakses pada 14 November 2018



sipil dan melukai sedikitnya 1.600 orang. Ratusan warga sipil Palestina terbunuh di rumah mereka sendiri, terutama wanita dan anak-anak.

Badan penyelidik tersebut meminta Israel untuk kerjasama namun melalui siaran persnya rekomendasi tersebut tidak ditindaklanjuti dengan kooperatif oleh pihak Israel, hanya Palestina yang menerima kerjasama untuk memberikan informasi.<sup>123</sup> Selain itu dalam beberapa rekomendasi dari badan-badan penyelidik diatas juga menyatakan untuk membawa indikasi pelanggaran tersebut ke ICC. Hal tersebut nampak pada laporan secara mendetail mengenai komisi penyelidik Gaza di tahun 2014 A/HRC/CRP/4 atas penyelidikan yang dilakukan sejak 23 Juli 2014 sampai Juni 2015. Dalam laporan tersebut menyebutkan bahwa otoritas Palestina pada akhirnya mengajukan dokumen kepada PBB untuk bergabung dengan pengadilan ICC dan meminta supaya dilakukan penyelidikan. Hal tersebut ditempuh oleh Palestina setelah Dewan Keamanan tidak berhasil mengeluarkan resolusi mengenai penegakan negara Palestina karena kedekatan salah satu anggota tetap Dewan Keamanan dengan Israel sehingga menjadikan Dewan Keamanan tidak objektif dalam menilai maupun menindaklanjuti pelanggaran-pelanggaran dalam konflik antara Israel dan Palestina.<sup>124</sup> Oleh karena itu Penuntut Umum ICC mengumumkan bahwa pada 16 Januari 2015 telah membuka

---

<sup>123</sup><https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=23107&LangID=E> diakses pada 8 November 2018

<sup>124</sup><https://www.voaindonesia.com/a/as-pbb-uni-eropa-dan-rusia-akan-bahas-israel-palestina/2600767.html> diakses pada 14 November 2018

pemeriksaan pendahuluan<sup>125</sup> dalam situasi dan perkembangannya di Palestina dengan menggunakan prosedur investigasi sesuai statuta.<sup>126</sup>

Strategi baru yang ditempuh Palestina dengan bergabung dengan ICC dengan meratifikasi Statuta Roma pada 1 April 2015 sehingga wewenang memaksa dari Statuta Roma dapat dijalankan sepenuhnya.<sup>127</sup> Strategi tersebut dilakukan oleh Palestina untuk menekan Israel supaya mereka menarik diri dari wilayah-wilayah mereka dan menyetujui negara Palestina.<sup>128</sup> Langkah tersebut akan memungkinkan rakyat negara Palestina mengajukan dakwaan kejahatan perang melawan Israel.<sup>129</sup> Israel bukan anggota ICC, tetapi warganya dapat dituntut oleh pengadilan jika mereka dicurigai melakukan kejahatan di wilayah atau terhadap warga negara yang menjadi anggota ICC, karena ICC telah mengakui Palestina sebagai negara anggota.<sup>130</sup> Namun, ICC tidak dapat menuntut tersangka, ICC tidak memiliki kewenangan untuk melakukan penangkapan karena hal tersebut tergantung pada kerjasama dari negara-negara anggota untuk menegakan surat perintah penangkapan.<sup>131</sup> Hal tersebut tidak serta merta dapat diterima oleh Israel sehingga Israel mengecam tindakan tersebut dengan membekukan transfer pembayaran pendapatan pajak sebesar 125 juta dolar ke Palestina termasuk juga Amerika Serikat juga memberikan

---

<sup>125</sup> Pemeriksaan pendahuluan bukanlah penyelidikan, melainkan pengkajian informasi-informasi mengenai kemungkinan kejahatan perang dan isu yuridiksi untuk melakukan apakah penyelidikan penuh akan dilakukan.

<sup>126</sup> <https://www.voaindonesia.com/amp/askecam-keputusan-icc-soal-penyelidikan-kejahatan-perang-terhadap-israel/2602554.html> diakses pada 14 November 2018

<sup>127</sup> <https://www.voaindonesia.com/a/palestina-bergabung-dengan-mahkamah-internasional-1-april/2588589.html> diakses pada 14 november 2018

<sup>128</sup> *Ibid*

<sup>129</sup> *Ibid*

<sup>130</sup> <https://m.republika.co.id/amp/p94i39382> Pengadilan Pidana Internasional diminta Selidiki Israel yang diakses pada 14 November 2018

<sup>131</sup> *Ibid*

kecaman terkait tindakan tersebut karena menurut Amerika Serikat, ironis jika Israel harus dicurigai karena Israel hanya sebatas memerangi melakukan tindakan memerangi teroris.<sup>132</sup> Selain itu, Israel tetap menolak kritik dan kecaman yang dilayangkan padanya, Israel tetap menyalahkan Hamas atas jatuhnya puluhan korban tewas dalam aksi demonstrasi diperbatasan jalur Gaza karena menentang pembukaan kedutaan besar Amerika Serikat di Yerusalem pada 14 Mei 2015.<sup>133</sup>

Tindak lanjut sebuah rekomendasi nyatanya mengalami kendala seperti pada badan penyelidik untuk Israel Palestina di tahun 2014 maupun di tahun 2018. Kendala bisa disebabkan dari faktor internal maupun faktor eksternal. Faktor internal meliputi atas kemauan dari para pihak atau negara yang dituju dalam rekomendasi tersebut. Sedangkan faktor eksternal bisa dari pengaruh negara lain yang cukup besar yang menghambat rekomendasi tersebut untuk dijalankan hal tersebut nampak ketika Dewan Keamanan tidak berhasil untuk mengeluarkan resolusi mengenai penegakan negara Palestina karena peran Amerika Serikat sebagai anggota tetap dewan keamanan yang tidak sepatutnya. Selain itu juga hambatan bisa terjadi karena lembaga lain yang turut dituju dalam rekomendasi yang karena keterbatasannya sehingga tidak dapat menjalankan rekomendasi seperti pada kasus 2014 dalam laporannya merekomendasikan untuk ICC bisa melakukan penyelidikan apabila penyelidikan independen yang dilakukan oleh Israel dinilai gagal. ICC bisa

---

<sup>132</sup> <https://www.voaindonesia.com/a/palestina-bergabung-dengan-mahkamah-internasional-1-april/2588589.html> diakses pada 14 november 2018

<sup>133</sup> <https://m.republika.co.id/berita/internasional/palestina-israel/18/05/21/p92eiq330-hamas-sambut-keputusan-pbb-utus-tim-penyelidik-ke-gaza> diakses pada 14 November 2018

saja masuk dan melakukan pemeriksaan pendahuluan, hanya saja kendala ICC terletak pada yuridiksinya yang tergantung pada kerjasama negara yang bukan anggota ICC seperti dalam menegakan surat perintah penangkapan. Berdasarkan apa yang telah diuraikan diatas dan hambatan dari tindak lanjut laporan badan penyelidik dapat diketahui bahwa peran badan penyelidik hanya sebatas untuk mencari fakta-fakta dan bukti terkait dengan mandatnya saja.

Rekomendasi yang merupakan bagian dari laporan akhir badan penyelidik tersebut harus secara hati-hati dituliskan, dengan mempertimbangkan mandat, situasi hak asasi manusia, para aktor yang mereka tuju, relevansi mereka untuk mempengaruhi perubahan yang diperlukan untuk memperbaiki situasi hak asasi manusia, dan masalah lain, seperti sumber daya yang tersedia dan kelayakan pelaksanaannya. Pengertian rekomendasi sendiri tidak secara tertulis ada dalam konvensi maupun piagam PBB, tetapi beberapa kali di sebutkan. Profesor Boer Mauna dalam bukunya menyebutkan bahwa rekomendasi-rekomendasi hanya merupakan usul tanpa kekuatan hukum yang mengikat seperti halnya keputusan.<sup>134</sup>

Dalam Hukum Internasional sudah mengalami perkembangan yang signifikan yang semula sumber hukum terbatas pada Statuta Mahkamah Internasional pasal 38 menentukan sebagai berikut :

*“The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:*  
*a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;*  
*b. international custom, as evidence of a general practice accepted as*

---

<sup>134</sup> Boer Mauna, 2015, *Hukum Internasional Pengertian, Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, PT. Alumni, Bandung, Hlm 220

*law;*

*c. the general principles of law recognized by civilized nations;*

*d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.*<sup>135</sup>

Dalam beberapa literatur ditambahkan beberapa sumber hukum internasional, daftar sumber-sumber dalam Pasal 38 Statuta sering dikritik karena tidak lengkap.<sup>136</sup> Majelis Umum PBB tidak memiliki kekuatan untuk membuat undang-undang bagi komunitas internasional, resolusinya tidak mengikat secara hukum.<sup>137</sup> Namun, banyak dari resolusi tersebut memiliki efek penting pada proses pembuatan undang-undang.<sup>138</sup> Beberapa resolusi merupakan bagian dari proses pembuatan perjanjian, melampirkan teks perjanjian yang dinegosiasikan dalam kerangka kerja PBB dan direkomendasikan kepada Negara-negara Anggota oleh Majelis.<sup>139</sup> Sementara itu adalah perjanjian yang menciptakan kewajiban hukum dan kemudian hanya untuk Negara-negara yang memilih untuk menjadi pihak di dalamnya pentingnya Perserikatan Bangsa-Bangsa dalam proses menciptakan perjanjian yang tidak boleh diremehkan.<sup>140</sup> Apabila berdasarkan literatur resolusi yang dibuat oleh Majelis Umum dan diadopsi oleh beberapa organ subsider seperti Dewan HAM untuk membentuk beberapa misi, komisi maupun badan investigasi hal tersebut memberikan kontribusi yang lebih maju karena pada akhirnya organ-organ PBB turut memberikan kontribusi dalam perkembangan

<sup>135</sup> Hugh M. Kindred, 1987, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, Emond Montgomery Publications Limited, Canada, hlm. 109

<sup>136</sup> Christopher Greenwood. *Sources of International Law: an Introduction*. [http://legal.un.org/avl/pdf/1s/greenwood\\_outline.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/1s/greenwood_outline.pdf) diakses pada 23 Januari 2019

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> *Ibid.*

sumber hukum internasional sekalipun masih banyak perdebatan diantara para ahli terkait kekuatan mengikat dari sumber-sumber hukum yang telah disebutkan sebelumnya.

Terkait mengenai kekuatan mengikat dan tidak mengikatnya suatu kaidah hukum, dalam Hukum Internasional juga dikenal mengenai *Hard Law* dan *Soft Law*. *Hard Law* didefinisikan sebagai kaidah hukum yang memiliki kekuatan hukum yang mengikat. Sedangkan *Soft Law* merupakan kaidah hukum yang tidak memiliki kekuatan hukum mengikat biasanya berisi pedoman, prinsip, kode etik, dan sebagainya, sekalipun perangkat ini tidak memiliki sifat hukum yang mengikat namun didalamnya berisi hal-hal yang terkait dengan praktek penegakan hukum sehingga kepatuhan terhadap aturan ini sangat diharapkan.

Francis Snyder menyatakan: “*Soft law... means ‘rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects’*”.<sup>141</sup> Apabila diartikan sebagai berikut *Soft law* merupakan 'aturan perilaku yang, pada prinsipnya, tidak memiliki kekuatan yang mengikat secara hukum tetapi yang mungkin memiliki efek praktis. Meskipun tidak memiliki kekuatan hukum yang mengikat, biasanya hukum lunak internasional harus dipatuhi dalam hubungan internasional, karena pelanggaran *Soft law* akan menyebabkan efek praktis dalam hubungan internasional, seperti

---

<sup>141</sup> Pendapat Francis Snyder seperti dikutip dalam Triyana Yohanes dkk, 2017, “Legally Binding of the World Trade Organization Dispute Settlement Body’s Decision”, *Hasanudin Law Review*, Vol. 3 Issue 2 Agustus 2017. Universitas Hasanudin, hlm. 169.

terganggunya hubungan atau kerjasama internasional, pembalasan dari negara lain, sanksi moralitas, dll. <sup>142</sup> Tachensz Grnchala menyatakan :

*“Soft law is distinguished by the way in which it works, and the subject matter it concerns. It is not the legal form of a soft law norm that determines the amount of control and the availability of justifiable sanctions. Sanctions may be justified, and control exercised, depending on the constraint of the norm, which is to say its precision, the action it prescribes, its burden of proof and any implied or explicit escape clauses it contains.”*<sup>143</sup>

Apabila diartikan dengan bebas adalah sebagai berikut Hukum lunak dibedakan dengan cara kerjanya, dan masalah yang menjadi perhatiannya. Bukan bentuk hukum norma hukum lunak yang menentukan jumlah kontrol dan ketersediaan sanksi yang dapat dibenarkan. Sanksi dapat dibenarkan, dan kontrol dilakukan, tergantung pada batasan norma, yaitu untuk mengatakan ketepatannya, tindakan yang ditentukannya, beban pembuktiannya, dan “*escape clause*” yang tersirat atau eksplisit yang dinyatakan.

Berdasarkan beberapa pengertian yang telah disebutkan rekomendasi hanya sebatas usulan yang hanya mengikat secara moral, sehingga rekomendasi bisa dikategorikan sebagai *Soft Law*. Sekalipun rekomendasi seperti *Soft law*, dalam penegakannya tidak tanpa sanksi. Seperti dalam rekomendasi untuk konflik Israel Palestina beberapa negara memberikan kecaman dan aksi protes terhadap para pihak yang tidak menjalankan rekomendasi. Sekalipun pada kenyataannya ketika Palestina menjalankan rekomendasinya dengan bergabung dengan ICC supaya pelanggaran yang

<sup>142</sup> Triyana Yohanes dkk, 2017, “Legally Binding of the World Trade Organization Dispute Settlement Body’s Decision”, *Hasanudin Law Review*, Vol. 3 Issue 2 Agustus 2017. Universitas Hasanudin, hlm. 169.

<sup>143</sup> Tachensz Grnchalla-Wesierski. 1984. “*A Framework for Understanding Soft Law*”. McGill Law Journal Vol. 30. Hal. 50

terjadi dapat diperiksa dan diadili oleh ICC nyatanya itu juga mengalami hambatan karena Israel memiliki hubungan kuat dengan salah satu anggota tetap Dewan Keamanan yakni Amerika Serikat, yang akhirnya juga mengecam tindakan Palestina yang bergabung dan meminta pelanggaran yang terjadi di periksa oleh ICC. Jika dilihat dengan seksama, Dewan Keamanan memiliki wewenang untuk membawa pelanggaran berat atau pelanggaran serius untuk diadili ICC bahkan ketika sebuah negara tersebut bukan anggota Statuta Roma sehingga sekarang objektivitas ICC pun dipertanyakan karena kinerjanya dalam melakukan pemeriksaan pendahuluan dalam konflik Israel Palestina 2015 cenderung lama dan ICC cenderung mendapat kesulitan untuk melakukan pemeriksaan terhadap Israel karena Israel mengecam tindakan tersebut dan menutup akses informasi.

Jadi, rekomendasi sendiri pada akhirnya bisa dimasukkan ke dalam aturan hukum internasional yang tidak mengikat secara hukum melainkan hanya mengikat secara moralitas karena memberikan sanksi seperti protes, kecaman maupun sanksi ekonomi dari negara lain apabila rekomendasi tersebut tidak dijalankan. Dengan demikian rekomendasi sendiri baru punya kekuatan mengikat ketika ada ketentuan lanjutannya yang berupa *enforcement* atau tindakan pemaksaan dari pihak lain atau yang berisi mandat kepada pihak lain yang lebih berwenang untuk menindaklanjuti keadaan apabila rekomendasi tersebut tidak dijalankan.