

**STUDI TENTANG PUTUSAN PENGADILAN KASASI ITALIA ATAS  
GUGATAN *LUIGI FERRINI* TERHADAP *SOVEREIGN IMMUNITY*  
NEGARA JERMAN DARI SUDUT PANDANG HUKUM INTERNASIONAL**

**SKRIPSI**

**Diajukan Untuk Memenuhi Sebagian Syarat- Syarat  
Memperoleh Gelar Kesarjanaan  
Dalam Ilmu Hukum**

Oleh:

**DWIKA RINDANG PASASARI**

**NIM. 0810110022**



**KEMENTERIAN PENDIDIKAN DAN KEBUDAYAAN NASIONAL**

**UNIVERSITAS BRAWIJAYA**

**FAKULTAS HUKUM**

**MALANG**

**2013**

**LEMBAR PENGESAHAN**

**Studi Tentang Putusan Pengadilan Kasasi Italia Atas Gugatan Luigi Ferrini Terhadap Sovereign  
Immunity Negara Jerman Dari Sudut Pandang Hukum Internasional**

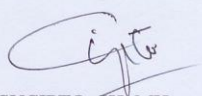
Oleh:

**DWIKA RINDANG PASASARI**

**NIM.0810110022**

Skripsi ini telah disahkan oleh Majelis Penguji pada tanggal :

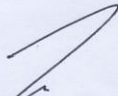
Ketua Majelis Penguji



SUCIPTO, SH. MH

NIP.195012111980101001

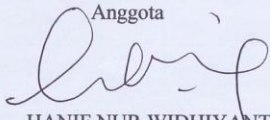
Anggota



NURDIN, SH. MHum

NIP.195612071986011001

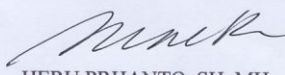
Anggota



HANIF NUR WIDHIYANTI SH. MHum

NIP.197808112002122001

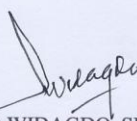
Anggota



HERU PRIJANTO, SH. MH

NIP.195602021985031003

Anggota



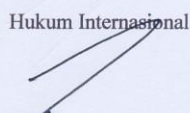
SEPYO WIDAGDO, SH. MHum.

NIP.195903201986011003

Mengetahui,

Ketua Bagian

Hukum Internasional



NURDIN, SH. MHum

NIP.195612071986011001

Dekan Fakultas Hukum

Dr. SIHABUDIN, SH.MM.

NIP.195912161985031001

**LEMBAR PERSETUJUAN**

Studi Tentang Putusan Pengadilan Kasasi Italia Atas Gugatan *Luigi Ferrini* Terhadap  
*Sovereign Immunity* Negara Jerman Dari Sudut Pandang Hukum Internasional

Oleh:

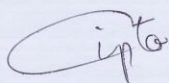
**DWIKA RINDANG PASASARI**

**NIM.0810110022**

Disetujui pada tanggal :

Pembimbing Utama

Pembimbing Pendamping



SUCIPTO, SH, MH  
NIP.195012111980101001



NURDIN, SH, MHum  
NIP.195612071986011001

Mengetahui,  
Ketua Bagian  
Hukum Internasional



NURDIN, SH, MHum  
NIP.195612071986011001

## KATA PENGANTAR

Segala puji penulis panjatkan hanya kehadirat Tuhan Yang Maha Kuasa yang telah memberikan rahmat dan karunia yang tiada henti hingga penulis dapat menyelesaikan penyusunan skripsi dengan judul **STUDI TENTANG PUTUSAN PENGADILAN KASASI ITALIA ATAS GUGATAN *LUIGI FERRINI* TERHADAP *SOVEREIGN IMMUNITY* NEGARA JERMAN DARI SUDUT PANDANG HUKUM NTERNASIONAL.**

Adapun tujuan dari penyusunan skripsi ini adalah untuk memenuhi salah satu persyaratan guna mendapatkan gelar Sarjana pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang.

Sehubungan dengan selesainya penyusunan skripsi ini, penulis menyampaikan ucapan terima kasih yang sebesar- besarnya kepada :

1. Bapak Dr.Sihabudin, SH., MH. selaku Dekan Fakultas Hukum, Universitas Brawijaya, Malang.
2. Bapak Nurdin, SH. Selaku Kepala Bagian Konsentrasi Hukum Internasional sekaligus sebagai Dosen Pembimbing atas bimbingan, motivasi, kesabaran dalam memberi arahan, dan kemudahan yang telah diberikan kepada penulis dalam proses penyusunan skripsi ini.
3. Bapak Sucipto selaku Dosen Pembimbing atas kesabarannya dalam memberi arahan dan bantuan kepada penulis dalam menyelesaikan penyusunan skripsi ini.
4. Bapak dan Ibu Dosen Fakultas Hukum Universitas Brawijaya yang telah memberikan ilmunya kepada penulis selama kuliah.

5. Bapak dan Ibu Karyawan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya yang telah banyak membantu seluruh urusan penulis dalam rangka penulisan skripsi ini.
6. Ayah Penulis, Djoko Sri Sunarto dan Ibu Penulis, Almh. Mudrikah Sudjono atas motivasi tiada henti kepada penulis untuk segera menyelesaikan studi penulis, dan telah memberikan dukungan baik moril maupun materiil kepada penulis selama proses penyusunan skripsi.
7. Rekan Penulis Juwita Purnami, Jayanti Dwi Arini, Dwi Ari Ningsih, Dyca Sartika, Eka Devita, Emma Septaningrum, Ayu Fadhilah Hasma, Nurul Mahmudah, Aulia Rahmawati, Kuntari, Ajeng Henindra, Prisca Listianingrum, Lelly Manulang yang telah memberikan dukungan dan memotivasi penulis dalam menyelesaikan skripsi ini.
8. Teman-teman Fakultas Hukum Universitas Brawijaya yang penulis tidak bisa sebutkan satu persatu yang telah banyak mendukung dan memotivasi penulis dalam penulisan skripsi ini.

Penulis menyadari skripsi ini masih jauh dari kesempurnaan sebagai akibat terbatasnya pengetahuan dan kemampuan yang penulis miliki, oleh karena itu penulis selalu terbuka untuk menerima masukan dan kritik agar dapat dilakukan perbaikan.

Harapan akhir dari penulis adalah semoga hasil laporan skripsi ini akan berguna untuk kepentingan empiris praktis maupun pengembangan ilmu khususnya disiplin ilmu hukum.

Malang, Maret 2013

**DAFTAR ISI**

Lembar Persetujuan.....ii

Lembar Pengesahan.....iii

Kata Pengantar.....iv

Daftar Isi.....vi

Abstraksi.....ix

**BAB I PENDAHULUAN**

1.1.Latar Belakang.....1

1.2.Rumusan Masalah.....8

1.3.Tujuan Penelitian.....8

1.4.Manfaat Penelitian.....8

1.5.Sistematika Penulisan.....10

**BAB II TINJAUAN PUSTAKA**

2.1. Tinjauan Umum mengenai Teori Imunitas Negara.....13

    2.1.1. Definisi Teori Imunitas Negara.....13

    2.1.2. Teori Imunitas Negara Mutlak.....16

    2.1.3. Teori Imunitas Negara Terbatas.....18

2.2. Ketentuan Hukum Internasional.....19

    2.2.1. Sumber Hukum Internasional.....21

    2.2.2. Teori Dualisme dan Monisme.....23

    2.2.3. Tinjauan Umum Hukum Internasional mengenai *Sovereign Immunity*.....26

2.3. Tinjauan Umum mengenai Hukum Italia.....27



2.3.1. Sistem Hukum Negara Italia.....	28
2.3.2. Hukum Italia tentang Kedaulatan Negara.....	32
2.3.3. Tinjauan mengenai Hukum Negara Italia yang Mengizinkan Individu Menggugat Suatu Negara.....	33
2.4. Tinjauan Umum mengenai Kasus antara <i>Luigi Ferrini v. Negara Jerman</i> .....	34
2.4.1. Latar Belakang masalah antara Ferrini dengan Jerman.....	34
2.4.2. Hasil Putusan I atas gugatan Ferrini terhadap Jerman di <i>Cassation Court</i> di Italia.....	35
2.4.3. Hasil Putusan II atas gugatan Jerman terhadap Italia di ICJ.....	37

**BAB III METODE PENELITIAN**

3.1. Jenis dan Pendekatan Penelitian.....	38
3.2. Sumber Bahan Hukum.....	39
3.2.1. Bahan Hukum Primer.....	39
3.2.2. Bahan Hukum Sekunder.....	41
3.2.3. Bahan Hukum Tersier.....	41
3.3. Metode Pengumpulan Bahan Hukum.....	41
3.4. Metode Analisa Bahan Hukum.....	42

**BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN**

4.1. Menurut Ketentuan Hukum Internasional Individu sebagai Warga Negara tidak dapat mengajukan gugatan terhadap suatu Negara yang memiliki Hak kekebalan hukum ( <i>Sovereign Immunity</i> ) yang tidak dapat diganggu gugat.....	44
--	----



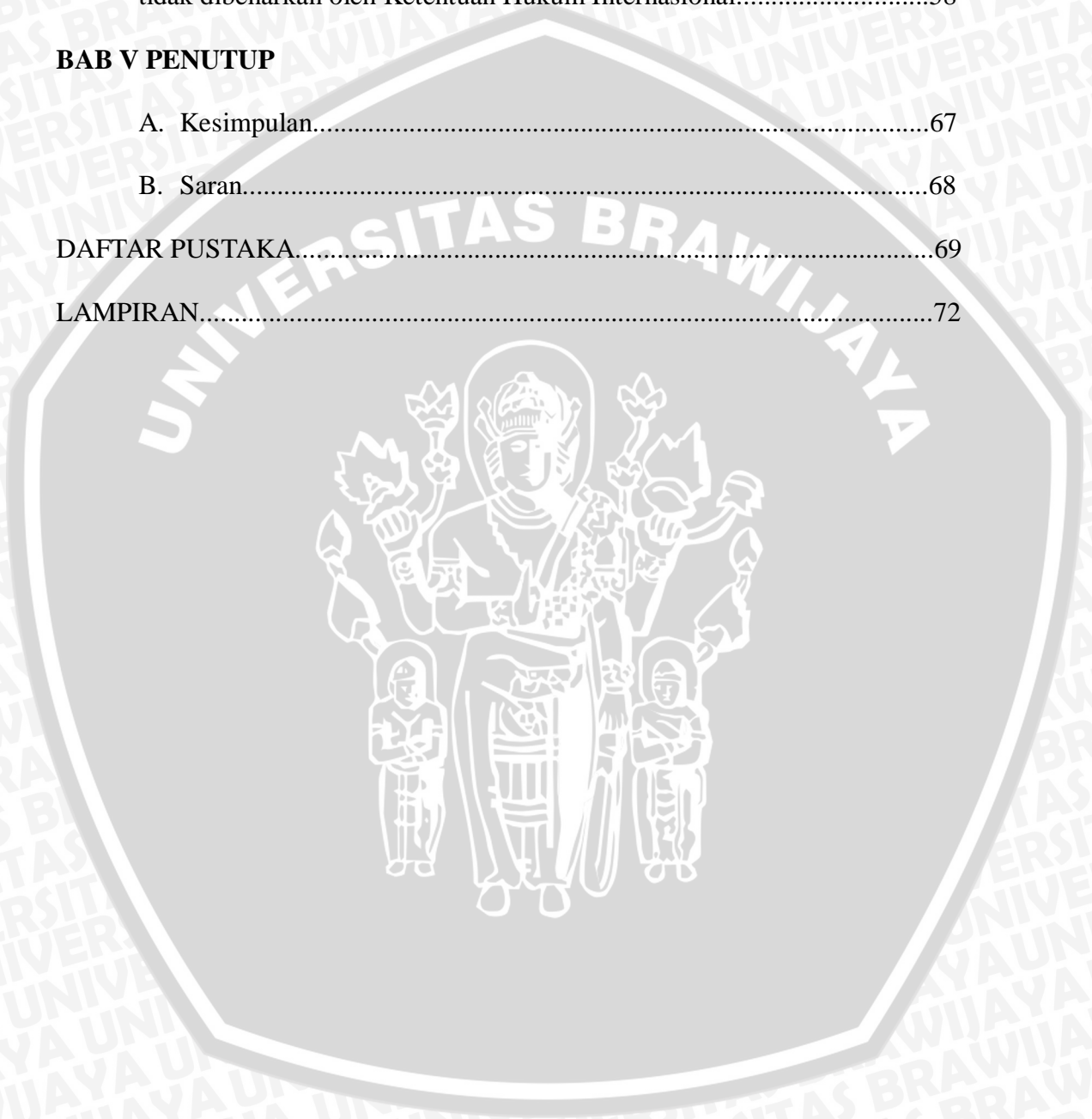
4.2. Dasar pertimbangan Hukum dari Keputusan Hakim Pengadilan  
Tingkat Kasasi di Italia yang menjatuhkan putusan dakwa bahwa negara  
Jerman bersalah dan bertanggung jawab atas gugatan Warga Negara Italia  
tidak dibenarkan oleh Ketentuan Hukum Internasional.....58

**BAB V PENUTUP**

A. Kesimpulan.....67  
B. Saran.....68

DAFTAR PUSTAKA.....69

LAMPIRAN.....72





## ABSTRAKSI

DWIKA RINDANG PASASARI, Hukum Internasional, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Desember 2012, *Studi Tentang Putusan Pengadilan Kasasi Italia Atas Gugatan Luigi Ferrini Terhadap Sovereign Immunity Negara Jerman Dari Sudut Pandang Hukum Internasional*, Nurdin, SH., MHum; Sucipto, S.H., M.H

Dalam penulisan skripsi ini penulis membahas mengenai Putusan Pengadilan Kasasi Italia atas Gugatan *Luigi Ferrini* terhadap *Sovereign Immunity* Negara Jerman dari sudut pandang Hukum Internasional. Hal ini dilatarbelakangi dengan Negara Italia yang pada tahun 2004 menjatuhkan hukuman bersalah kepada Jerman untuk mengganti biaya rugi kepada *Luigi Ferrini*, salah seorang warga Italia yang sejak tahun 1944 diculik dan dijadikan sebagai pekerja paksa kepada salah satu perusahaan Jerman hingga tahun 1945. Putusan tersebut menuai protes dari negara-negara lain, karena Pengadilan Tingkat Kasasi tersebut dianggap telah menentang ketentuan dari Hukum Kebiasaan Internasional, yakni setiap negara yang berdaulat memiliki kekebalan akan adanya tuntutan yang diajukan oleh warga sipil di Pengadilan Negara lain.

Dalam upaya mengetahui apakah individu sebagai warga negara dapat mengajukan gugatan terhadap suatu Negara yang memiliki *Sovereign Immunity* yang tidak dapat diganggu gugat berikut dasar pertimbangan Hukum dari Keputusan Hakim Pengadilan Tingkat Kasasi di Italia yang menjatuhkan putusan dakwa bahwa negara Jerman bersalah dan bertanggung jawab atas gugatan tersebut, maka metode pendekatan yang dipakai adalah yuridis normatif, menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan hukum dari sisi normatifnya yang difokuskan untuk mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma dalam hukum positif. Kemudian, seluruh data yang ada dianalisis secara deskriptif analisis.

Berdasarkan hasil penelitian, penulis memperoleh jawaban atas permasalahan yang ada, bahwa berdasarkan ketentuan Hukum Internasional, Individu sebagai Warga Negara tidak dapat mengajukan terhadap suatu Negara yang memiliki *Sovereign Immunity*. Kemudian dasar pertimbangan hukum dari Keputusan Hakim Pengadilan Tingkat Kasasi di Italia tidak dibenarkan oleh Hukum Internasional.

Menyikapi fakta-fakta tersebut di atas, maka perlu kiranya kejelasan Hukum Internasional yang mengatur Kedaulatan Negara sebagai upaya untuk meminimalisir terjadinya pelanggaran terhadap Kedaulatan Negara yang merupakan Hukum Kebiasaan Internasional yang telah diterima masyarakat.

# BAB I

## PENDAHULUAN

### 1.1. Latar Belakang

Pada tahun 2004 masyarakat dunia dikejutkan dengan adanya gugatan oleh *Luigi Ferrini* terhadap Jerman, yang diputuskan oleh Pengadilan tingkat kasasi di Italia (*Cassation Court of Italy*) yang menjatuhkan putusan bahwa Jerman bersalah dan bertanggung jawab atas gugatan yang diajukan oleh seorang Warga Negara Italia.<sup>1</sup> Dengan menggunakan pengajuan gugatan yang diajukan pada tanggal 23 September 1998, Luigi Ferrini, yang lahir pada 12 Mei 1926, yang telah ditangkap oleh Pasukan Jerman di Arezzo pada tanggal 4 Agustus 1944, dan kemudian dideportasi ke Jerman di mana ia dipaksa untuk Melakukan Pekerjaan sebagai buruh paksa di industri persenjataan *Reimagh (Reich Marschall Hermann Göring)*<sup>2</sup> *Werke and Messerschmitt* sampai 20 April 1945 melembagakan proses ke Pengadilan di Arezzo, mengklaim perbaikan dan untuk keadilan, atas cedera yang diderita selama deportasi sampai pembebasan pada bulan Mei 1945 (kembali ke Italia pada bulan Agustus 1945).

Dalam putusan hakim yang ditetapkan pengadilan, Pengadilan Arezzo menolak klaim (penghakiman 3 Nopember 2000), dengan alasan bahwa *Luigi Ferrini* tidak memiliki yurisdiksi karena Jerman telah bertindak dalam menjalankan kekuasaan kedaulatannya dan dilindungi oleh Hukum Kebiasaan

<sup>1</sup> *Luigi Ferrini v. Germany*, Hasil Putusan Banding No. no 5044/4; ILDC 19 (IT 2004) 11 Maret 2004

<sup>2</sup> <http://www.century-of-flight.net/Aviation%20history/WW2/Goering.htm> Reichsmarschall merupakan jabatan tertinggi dalam angkatan bersenjata nazi Jerman selama perang dunia ke II, yang pada saat itu dipimpin oleh *Hermann Göring*.

Internasional yang menyebutkan bahwa setiap negara memiliki kekebalan hukum. Karena sebuah Negara memiliki *Sovereign Immunity* telah diakui sebagai sebuah Hukum Kebiasaan Internasional yang juga menjadi sumber hukum dari negara-negara yang berdaulat sebagai Subyek Internasional. Hal tersebut juga ditegaskan lagi di dalam Konvensi PBB mengenai Konvensi Kekebalan Kedaulatan Negara dan Properti Negara (*Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004*).<sup>3</sup>

Atas putusan tersebut, Luigi Ferrini mengajukan banding di *Para Corte di Appello di Firenze* (Pengadilan Tingkat Banding di Florence). Pengadilan Tingkat Banding di Florence menolak banding yang diajukan oleh Ferrini (penghakiman 16 November 2001/14 Januari 2002). Pengadilan tingkat banding ini menekankan putusan yang dikeluarkan oleh Pengadilan Arezzo, yang menyebutkan bahwa klaim oleh pemohon tidak mencukupi atas pelanggaran dalam hukum hak asasi manusia.<sup>4</sup>

Kemudian Luigi Ferrini mengajukan kasasi terhadap gugatannya tersebut ke *Para Corte di Cassazione* (Pengadilan Tingkat Banding di Florence). *Para Corte di Cassazione* berangkat dari dasar-dasar dimana dua pengadilan yang lebih rendah yakni Pengadilan daerah dan pengadilan tingkat banding yang telah memberikan keputusan mereka. Tidak perlu untuk mencerminkan secara penuh pengamatan dari Corte di Cassazione. *Para Corte di Cassazione* menggaris bawahi mengenai gravitasi dari kejahatan deportasi dilarang menurut Hukum Humaniter Internasional.

<sup>3</sup> Pasal 5 *State Immunity, Part II General Principles, United Nations Convention On Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004*

<sup>4</sup> <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16644.pdf>

Kemudian ditegaskan kekhususan dari Kasus Ferrini bertentangan dengan kasus *McElhinney* diputuskan oleh *European Court of Human Right*<sup>5</sup> yang berkaitan pada tanah milik negara Italia. Selanjutnya, *Corte di Cassazione* mengacu pada perkembangan di Amerika Serikat di mana Undang-undang Amerika Serikat, yakni *US Foreign Sovereign Immunities Act* diubah dengan penambahan Undang-undang Terorisme dan Anti-Hukuman Mati Efektif 1972.<sup>6</sup> Terakhir, Pengadilan Tingkat Kasasi berpendapat bahwa jika para pemimpin yang menduduki posisi tinggi dalam suatu Negara pemerintah dapat diberi dakwaan telah melakukan kejahatan berat, tidak ada alasan untuk menghalangi para korban dari membawa gugatan perdata terhadap Negara yang bertanggung jawab.

Sedangkan berdasarkan Hukum Kebiasaan Internasional yang telah diakui oleh negara- negara, yakni *Konvensi Eropa Mengenai Imunitas Negara* tahun 1972 (*European Convention on State Immunity 1972*), suatu Negara memiliki kekebalan atau imunitas yang tidak dapat diganggu gugat di pengadilan setempat berdasarkan kegiatan pemerintah yang dilakukannya, oleh suatu individu atau perorangan dari negara lain.<sup>7</sup> Konvensi tersebut telah diadopsi oleh negara-negara di Eropa, termasuk negara- negara yang menandatangani, seperti Austria, Belgia, Cyprus, Jerman, Belanda, Luxemburg, Portugal, Swiss dan Inggris.

Di samping dengan adanya *Konvensi Eropa Mengenai Imunitas Negara* tahun 1972, Hukum Kebiasaan Internasional mengenai *Sovereign Immunity* juga terbentuk sejak adanya Putusan Pengadilan dari Amerika Serikat. Pengadilan-pengadilan di Amerika Serikat merupakan pengadilan pertama yang merumuskan

<sup>5</sup> *McElhinney v. Ireland*, application No. 31253/96, 21 November 2001.

<sup>6</sup> United States Foreign Sovereign Immunities Act 1972

<sup>7</sup> Pasal 31 *Konvensi Eropa Mengenai Imunitas Negara* tahun 1972 (*European Convention on State Immunity 1972*)

doktrin Imunitas Mutlak. Keputusan hakim *Marshall* dalam perkara *The Schooner Exchange* melawan Mc. Faddon pada tahun 1812 telah berulang kali dijadikan acuan sebagai sikap yudisial mengenai doktrin imunitas mutlak. Dalam perkara tersebut Hakim *Marshall* antara lain menyatakan bahwa<sup>8</sup>:

*"The Jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself. Any restriction upon it, deriving validity an external source, would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction, and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction."*

Disebutkan dalam hasil putusan pengadilan tersebut bahwa yurisdiksi sebuah negara dalam wilayahnya adalah absolut dan eksklusif, tetapi ini tidak berlaku terhadap kedaulatan asing yang ada di wilayahnya. Kemudian kekebalan tersebut berlaku bagi kepala Negara asing, perwakilan diplomatik dan barang-barang mereka, serta kekebalan tersebut tidak berlaku bagi barang-barang pribadi (*private properties*), perorangan yang berada dalam wilayah suatu negara untuk tujuan bisnis dan urusan pribadi lainnya, juga terhadap kapal dagang (*merchant vessel*) yang memasuki wilayah sebuah negara untuk urusan perdagangan.

Selain dari Hukum Kebiasaan Internasional yang menguatkan posisi Negara Jerman yang memiliki kekebalan hukum sebagai sebuah negara, Sebuah perjanjian 1961 bilateral antara Italia dan Jerman sudah disepakati oleh Negara Jerman dan Italia untuk menyelesaikan pertanyaan umum mengenai kompensasi bagi para korban rezim Nazi. Kesepakatan tersebut merupakan perjanjian serupa yang dibuat oleh Jerman dengan Negara Barat lainnya. Namun perjanjian tersebut telah dianggap oleh Pemerintah Italia tidak termasuk sebagai partisipasi Italia

---

<sup>8</sup>Teks dikutip dari L.C. Green, *Interntional Law Through The Cases*, Fourth Edition Toronto, The Crswell Company Limited, 178, hlm. 237-238

dalam negosiasi lebih lanjut pada subjek.<sup>9</sup>

Jika pandangan ini benar, kedaulatan yang bertentangan dengan Hukum Internasional bisa dikatakan bahwa paham kedaulatan demikian pada hakikatnya merupakan penyangkalan terhadap Hukum Internasional sebagai suatu sistem hukum yang mengikat bagi negara dalam hubungannya satu sama lain. Sehingga perlu diadakan penelitian lebih lanjut mengenai Putusan Pengadilan Italia tersebut yang telah melanggar prinsip dari Hukum Internasional.

Merasa dirugikan, Jerman mengajukan banding atas keputusan itu, atas dasar imunitas negara, dan dengan alasan bahwa putusan pengadilan pertama tidak harus dikesampingkan. Hal ini mengungkapkannya kesalahpahaman atas dasar dari Hukum Internasional. Interpretasi yang keliru akan pelanggaran hak-hak asasi manusia berdasarkan Hukum Internasional harus diperbaiki melalui proses nasional. Pengadilan Tingkat Kasasi di Italia, dalam hal apapun, tidak menunjukkan kepatuhan tentang adanya prosedur internasional.

Dalam gugatan yang diajukan oleh Jerman pada 22 Desember 2008 ke Mahkamah Internasional (ICJ), Jerman menegaskan bahwa Italia, melalui praktek hukumnya, "dilanggar ... kewajibannya terhadap Jerman di bawah hukum internasional. "Jerman berpendapat bahwa sejak tahun 2004" badan peradilan Italia telah berulang kali mengabaikan kekebalan yurisdiksi dari Jerman sebagai negara berdaulat. " gugatan ini mengikuti penilaian dari *Corte di Cassazione*<sup>10</sup> pada 11 Maret 2004 di kasus Ferrini dimana pengadilan Italia menyatakan bahwa Italia mengadakan yurisdiksi sehubungan dengan klaim yang dibawa oleh seseorang yang telah dideportasi ke Jerman selama Perang Dunia II.

<sup>9</sup> 1961 Agreements (Perjanjian Bilateral antara Negara Jerman dan Italia)

<sup>10</sup> *Corte de Cassazione* merupakan pengadilan tingkat kasasi di Italia

Atas dasar pertimbangan itu, Jerman menegaskan bahwa "banyak proses lain" itu terpicu untuk melawannya di pengadilan Italia oleh orang-orang yang juga mengalami cedera sebagai akibat dari Perang Dunia II. Dalam gugatannya, Jerman meminta ICJ untuk menyatakan bahwa "Negara Italia harus mengambil semua langkah untuk memastikan bahwa pengadilan Italia untuk selanjutnya tidak melakukan tindakan hukum melawan Jerman lagi" dengan memungkinkan klaim sipil atas dasar pelanggaran hukum kemanusiaan internasional dengan *Reich Jerman* selama Perang Dunia II.

Penyelesaian sengketa internasional secara damai bertujuan untuk mencegah dan menghindarkan kekerasan atau peperangan dalam suatu persengketaan antar negara. Menurut Pasal 33 ayat 1 Piagam PBB penyelesaian sengketa dapat ditempuh melalui negosiasi, penyelidikan, jasa-jasa baik, mediasi, konsiliasi, arbitrase, penyelesaian sengketa menurut hukum, melalui badan-badan regional, dan cara-cara damai lainnya. Berkaitan dengan kasus *Luigi Ferrini v. Germany*, negara Jerman dan negara Italia telah menandatangani dan menyepakati sebuah perjanjian bilateral, yang merupakan bentuk penyelesaian sengketa secara damai dari Jerman terhadap Italia, dengan cara Jerman mengganti kerugian atas dampak yang diakibatkan oleh Jerman dan sekutunya selama Perang Dunia kedua.<sup>11</sup> Dalam kasus Oil Platform, proposisi ini adalah baru dikonfirmasi.<sup>12</sup> Dalam hal apapun, sejak pengiriman penghakiman Ferrini oleh *Corte di Cassazione*, Jerman telah melakukan kontak yang tetap dengan pihak yang berwenang di Italia, dan menghimbau mereka untuk memastikan bahwa jalan

<sup>11</sup> Pasal 33 Piagam PBB, *United Nations Charter*

<sup>12</sup> ICJ Reports 2003, p. 161, 210, para. 10; *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary* (Oxford 2006), p. 649, margin note 115; Anne Peters, 'International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties', 14, (2003) EJIL 1, at 14.

salah yang diikuti oleh pengadilan Italia agar dihentikan.

Bertentangan dengan hal tersebut, berdasarkan Pasal 10(1) Hukum Konstitusi negara Italia, Hakim Italia adalah independen dan tidak tunduk pada instruksi yang diberikan untuk mereka beserta dengan pemerintah mereka. Meskipun demikian, Italia sebagai negara berdaulat dan merupakan subyek dari Hukum Internasional secara keseluruhan harus mematuhi kaidah-kaidah dan peraturan-peraturan Hukum Internasional apapun pertimbangan dari hukum Nasional mereka.

Kemudian komentar dari ILC (*International Law Commission*) pada Pasal 4(1) menjelaskan bahwa setiap negara untuk mematuhi seluruh penyelenggaraan hukum, sedemikian cara agar pelanggaran hukum internasional yang merugikan negara lain tidak akan terjadi<sup>13</sup>, mengingat bahwa kekebalan imunitas suatu negara atau biasa disebut dengan *Sovereign Immunity* tersebut menjadi Hukum Kebiasaan Internasional, yang setelah sebelumnya telah didukung dari konstitusi negara- negara di dunia seperti Belgia, Denmark, Vatikan, Islandia, Irlandia, Italia, Malaysia, Nigeria, Norwegia, Spanyol, Sri Langka, Swedia, dan Singapura. *Sovereign Immunity* tersebut juga didukung oleh Negara- negara Common Law seperti Inggris, Amerika Serikat, dan Australia melalui *Foreign Sovereign Immunities Act 1976* (FSIA) yang dimiliki oleh Amerika Serikat, *State Immunity Act 1978* (SIA) yang dimiliki oleh Inggris, serta *Foreign States Immunities Act 1985* yang dimiliki oleh Australia.

---

<sup>13</sup> James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility* (Cambridge 2002), p. 95, para. 6.



## 1.2. Rumusan Masalah

1. Menurut Ketentuan Hukum Internasional Apakah individu sebagai Warga Negara dapat mengajukan gugatan terhadap suatu Negara yang memiliki hak kekebalan hukum (*Sovereign Immunity*) yang tidak dapat diganggu gugat?
2. Apakah dasar pertimbangan Hukum dari Keputusan Hakim Pengadilan Tingkat Kasasi di Italia yang menjatuhkan putusan dakwa bahwa negara Jerman bersalah dan bertanggung jawab atas gugatan Warga Negara Italia dibenarkan oleh Ketentuan Hukum Internasional?

## 1.3. Tujuan Penelitian

1. Untuk menganalisis individu sebagai Warga Negara dapat mengajukan gugatan terhadap suatu Negara yang memiliki hak kekebalan hukum (*Sovereign Immunity*) yang tidak dapat diganggu gugat dikaji dari perspektif Hukum Internasional.
2. Untuk menganalisis dasar pertimbangan Hukum dari Keputusan Hakim Pengadilan Tingkat Kasasi di Italia yang menjatuhkan putusan dakwa bahwa negara Jerman bersalah dan bertanggung jawab atas gugatan Warga Negara Italia dibenarkan oleh Ketentuan Hukum Internasional.

## 1.4. Manfaat Penelitian

1. Manfaat Teoritis
  - a. Untuk mengetahui kekuatan hukum dari teori mengenai Hukum Internasional yang memberikan Kekebalan Imunitas (*Sovereign Immunity*)

terhadap setiap Negara yang tunduk pada Hukum Internasional,

- b. Untuk memperoleh pengetahuan mengenai pertimbangan lain yang dapat mengesampingkan teori Kekebalan Imunitas yang dimiliki oleh suatu Negara.
- c. Untuk mengetahui aplikasi Hukum yang ditetapkan oleh Negara lain saat bertentangan dengan Hukum Internasional

## 2. Manfaat Praktis

### a. Bagi Pemerintah

Dapat dijadikan dasar pertimbangan dalam hal terkait dengan penyelesaian sengketa Internasional dalam negeri, saat seorang individu hendak mengajukan gugatan terhadap Negara lain. Selain itu dapat dijadikan salah satu sumber dalam hal mengetahui usaha penanganan kasus yang terjadi di negara lain, yang bisa dijadikan bahan perbandingan dan dapat mengetahui langkah apa yang akan diambil ketika terjadi hal yang serupa terjadi di dalam negeri.

### b. Bagi Penulis

Dapat mengetahui berbagai macam fenomena hukum baru yang belum diatur secara spesifik dalam perangkat Hukum Internasional khususnya Hukum Kebiasaan Internasional dan Yurisprudensi yang berlaku di subyek Hukum Internasional. Dalam hal ini mengenai kasus *Luigi Ferrini v. Germany* dalam lingkup perspektif Hukum Internasional, serta memahami dasar hukum dan kekuatan hukum Italia yang mengizinkan individu mengajukan gugatan terhadap suatu negara yang memiliki kekebalan

hukum dalam lingkup Hukum Internasional.

c. Bagi Pihak Fakultas

Hasil penelitian ini diharapkan dapat menambah wawasan Hukum Kebiasaan Internasional yang baru. Serta dapat menambah referensi baru untuk perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya dalam bidang Hukum Publik Internasional.

d. Bagi Akademis lainnya dan masyarakat

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan informasi mengenai kekuatan Hukum dari penerapan yurisprudensi yang bertentangan dengan Hukum Internasional, serta dapat menjadi literatur yang bermanfaat bagi peneliti-peneliti ataupun kalangan akademis lainnya yang mempunyai perhatian yang sama terutama pada studi keilmuan Hukum Internasional, serta untuk pengembangan pengetahuan hukum pada umumnya dan Hukum Internasional pada khususnya.

### 1.5. Sistematika Penulisan

Di dalam menghasilkan karya ilmiah yang baik, maka pembahasan penelitian ini harus diuraikan secara sistematis. Untuk mempermudah penulisan penelitian ini maka diperlukan adanya sistematika penulisan yang teratur dan terbagi dalam bab per bab yang saling berangkaian satu sama lain. Berikut dipaparkan garis besar atau sistematika penulisan dari skripsi ini, yaitu :

#### **BAB I PENDAHULUAN**

Berisikan pendahuluan yang merupakan pengantar yang di dalamnya terurai mengenai latar belakang urgensinya topik penelitian, perumusan masalah,

kemudian dilanjutkan dengan tujuan dan manfaat penelitian, yang kemudian diakhiri dengan sistematika penulisan.

## **BAB II TINJAUAN PUSTAKA**

Bab ini menguraikan tentang tinjauan pustaka yang akan digunakan untuk menganalisa dan menyelesaikan permasalahan dalam penelitian ini.

Dalam tinjauan Pustaka ini diuraikan tentang Hukum Italia, Sistem Hukum Negara Italia, Hukum Italia tentang Kedaulatan Negara, Hukum Italia tentang Kekebalan Imunitas suatu negara (*Sovereign Immunity*), Yurisprudensi Negara Italia yang mengizinkan individu menggugat suatu negara, Tinjauan Umum mengenai Teori Imunitas Negara (*Sovereign Immunity*), Definisi Teori Imunitas Negara (*Sovereign Immunity*), Teori Imunitas Negara Mutlak, Teori Imunitas Negara Terbatas, Tinjauan Umum mengenai Kasus antara Luigi Ferrini v. Jerman, Latar Belakang masalah antara Ferrini dengan Jerman, Hasil Putusan I atas gugatan Ferrini terhadap Jerman di Italia, Hasil Putusan II atas gugatan Ferrini Terhadap Jerman di ICJ, Perjanjian 1961 antara Negara Italia dan Jerman, Perjanjian 1961 antara Negara Italia dan Jerman, Tinjauan Umum Hukum Internasional, Subyek Hukum Internasional, Sumber Hukum Internasional, Teori Dualisme dan Monisme, Tinjauan Umum Hukum Internasional mengenai *Sovereign Immunity*.

## **BAB III METODE PENELITIAN**

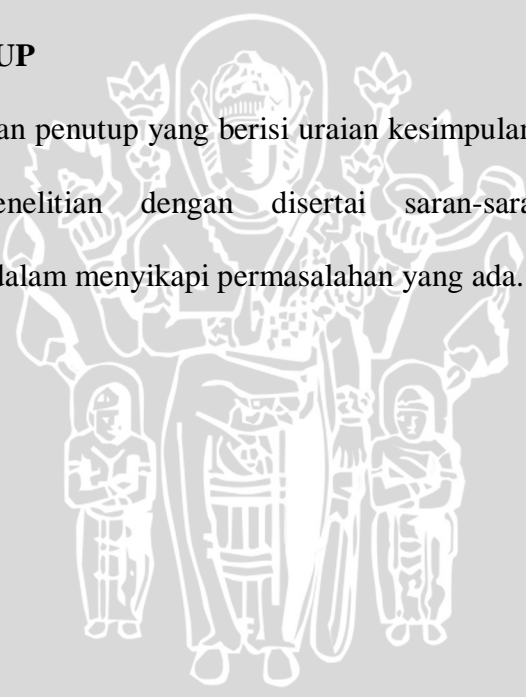
Bab ini menguraikan tentang metode pendekatan yang akan digunakan dalam penelitian ini, bahan hukum, teknik penelusuran bahan hukum, dan tehnik analisis bahan hukum.

#### **BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN**

Bab ini berisi tentang hasil pembahasan mengenai permasalahan yang dikaji dalam penelitian ini, yaitu mengenai apakah individu sebagai warga negara dapat mengajukan gugatan terhadap suatu Negara yang memiliki hak kekebalan hukum (*Sovereign Immunity*) yang tidak dapat diganggu gugat, dan apakah dasar pertimbangan hukum dari keputusan Hakim Pengadilan Tingkat Kasasi di Italia yang menjatuhkan putusan dakwa bahwa negara Jerman bersalah dan bertanggung jawab atas gugatan warga negara Italia dibenarkan oleh Hukum Internasional.

#### **BAB V PENUTUP**

Bab ini merupakan penutup yang berisi uraian kesimpulan atas keseluruhan pembahasan penelitian dengan disertai saran-saran yang dapat dikontribusikan dalam menyikapi permasalahan yang ada.



## BAB II

### TINJAUAN PUSTAKA

#### 2.1. Tinjauan Umum mengenai Teori Imunitas Negara

Sebuah Negara dikatakan berdaulat karena kedaulatan merupakan suatu sifat atau ciri hakiki dari sebuah Negara. Bila dikatakan bahwa negara itu berdaulat, dimaksudkan bahwa negara itu mempunyai kekuasaan tertinggi. Pengertian kedaulatan Negara sebagai kekuasaan tertinggi inilah yang banyak disalahartikan. Hakikat dan fungsi kedaulatan dalam masyarakat Internasional perlu dijelaskan mengingat pentingnya peran negara dalam masyarakat dan Hukum Internasional dewasa ini. Kedaulatan merupakan kata yang sulit karena orang memberikan arti yang berlainan padanya. Menurut sejarah, asal kata kedaulatan yang dalam bahasa Inggris dikenal dengan istilah *Sovereignty* berasal dari kata Latin *Superanus* berarti yang teratas.

##### 2.1.1. Definisi Teori Imunitas Negara (*Sovereign Immunity*)

Menurut asal katanya, kedaulatan memang berarti kekuasaan tertinggi. Negara berdaulat memang berarti bahwa Negara itu tidak mengakui suatu kekuasaan yang lebih tinggi dari pada kekuasaannya sendiri. Ruang berlaku kekuasaan tertinggi ini dibatasi oleh batas wilayah Negara itu, artinya suatu Negara hanya memiliki kekuasaan tertinggi di dalam batas wilayahnya.

Jadi pembatasan yang penting ini yang melekat pada pengertian kedaulatan itu sendiri dilupakan oleh orang yang beranggapan bahwa kekuasaan yang dimiliki oleh suatu Negara menurut paham kedaulatan itu tidak terbatas. Bahwa

kedaulatan suatu Negara terbatas dan bahwa batas ini terdapat dalam kedaulatan Negara lain merupakan konsekuensi yang logis dari paham kedaulatan sendiri. Dilihat secara demikian, paham kedaulatan tidak usah bertentangan dengan adanya suatu masyarakat internasional yang terdiri dari Negara-negara yang masing-masing berdiri sendiri-sendiri atau dengan perkataan lain merdeka (*independent*) yang satu dari yang lainnya. Suatu akibat paham kedaulatan dalam arti yang terbatas ini selain kemerdekaan (*independence*) juga paham persamaan derajat (*equality*). Artinya, bahwa Negara-negara yang berdaulat itu selain masing-masing merdeka, artinya yang satu bebas dari yang lainnya, juga sama derajatnya satu dengan yang lainnya.

Dalam hukum internasional dijelaskan bahwa imunitas negara berkaitan dengan ketentuan-ketentuan hukum dan prinsip-prinsip hukum yang menentukan kondisi-kondisi dimana suatu negara asing dapat meminta pembebasan yurisdiksi (wewenang legislatif, yudisial dan administratif) dari negara lainnya (seringkali disebut dengan istilah "*forum stat*").

Dari sudut istilah, imunitas negara memiliki arti bahwa terhadap setiap negara berdaulat, yurisdiksi negara lain tidak bisa diperlakukan kepadanya atau dengan kata lain secara khusus pengadilan suatu negara tertentu tidak dapat mengadili negara lain. Hal tersebut dikarenakan menurut hukum internasional setiap negara mempunyai kedaulatan dan persamaan kedudukan. Oleh karena itu adalah tidak sepatasnya atau tidak benar hakim-hakim satu negara mengadili negara lain sebagai tergugat.

Kedudukan hakim lebih tinggi dari tergugat dan hal tersebut bertentangan dengan prinsip persamaan kedudukan tersebut diatas. Selanjutnya dalam hukum

internasional dikenal suatu prinsip yang mengatakan '*par in parem non habet jurisdictionem*', yang artinya bahwa setiap negara mempunyai kedudukan yang sama dan sejajar, tidak ada satu negara yang melaksanakan yurisdiksinya terhadap negara lain tanpa dengan persetujuan negara lain tersebut.

Dengan demikian, adanya kekebalan negara dipengaruhi oleh dua hal, yaitu kedaulatan negara (*state sovereignty*) dan persamaan kedudukan antar negara (*equality of the states*).

Berdasarkan ajaran kedaulatan ini maka dalam setiap wilayah atau negara hanya berlaku satu macam hukum, yaitu hukum dari negara yang memiliki kedaulatan di wilayahnya tersebut. Hukum itu berlaku baik terhadap orang-orang, benda-benda maupun perbuatan-perbuatan hukum yang dilakukan disana.<sup>14</sup> Bagaimana suatu negara akan mengatur wilayahnya tidak dapat dicampuri oleh negara lain tanpa persetujuannya. Ini adalah prinsip teritorial, yang memberikan kepada setiap bangsa (negara) hak untuk menentukan nasibnya sendiri.

Adapun dasar hukum dari persamaan kedaulatan dan kedudukan negara dapat ditemukan dalam pasal 1 ayat (2) Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa mengenai tujuan organisasi ini yaitu, untuk memajukan hubungan persahabatan antar bangsa-bangsa berdasarkan penghargaan atas asas persamaan hak dan hak bangsa-bangsa untuk menentukan nasibnya sendiri. Pasal 2 ayat (1) nya lebih lanjut menyatakan bahwa organisasi Perserikatan Bangsa-Bangsa ini berlandaskan pada asas-asas persamaan kedaulatan dari semua anggota-anggotanya.

Imunitas negara dari intervensi badan-badan peradilan negara lain pada hakekatnya meliputi imunitas dari yurisdiksi (*immunity from jurisdiction*) dan

---

<sup>14</sup>Sudargo Gautama, Hukum Perdata Internasional Indonesia, Buku I, cet ke-7, Jakarta: Binacipta, 1988 hal. 141.



imunitas dari eksekusi (*immunity from execution*). Imunitas dari yurisdiksi asing berarti suatu negara yang berdaulat tidak tunduk ke dalam yurisdiksi negara lain atau kebal terhadap yurisdiksi negara asing. Sementara, yang dimaksud dengan kekebalan dari eksekusi pengadilan negara asing terutama berkenaan dengan hak milik dari negara yang berdaulat yang terletak di luar batas-batas wilayah negaranya. Artinya, hak milik dari suatu negara berdaulat yang berada dalam wilayah negara asing akan kebal dari eksekusi pengadilan negara tersebut. Misalnya mengenai imunitas atau kekebalan terhadap penyitaan aset milik kedaulatan besar suatu negara.

### 2.1.2. Teori Imunitas Negara Mutlak (*Absolute Sovereign Immunity*)

Teori imunitas negara mutlak atau *absolute sovereign immunity* adalah suatu ajaran yang menerangkan bahwa negara dalam segala hal tidak dapat dilakukan gugatan terhadapnya di Pengadilan negara lain, tanpa persetujuan dari negara yang bersangkutan.<sup>15</sup> Jadi mutlak, dengan kata lain tidak diberikan jalan sedikitpun membawa negara asing ke hadapan forum hakim nasional negara lain.<sup>16</sup>

Mengenai hal tersebut tidak terdapat batasan terhadap tindakan-tindakan negara. Seperti apapun sifat tindakan negara tersebut, apakah termasuk tindakan komersial atau publik, tidak bisa digugat di hadapan forum pengadilan negara lain. Doktrin ini berasal dari hukum kebiasaan di abad ke-18 dan ke-19, dan dipraktekkan oleh banyak negara pada masa tersebut. Teori ini lahir dari pandangan sarjana-sarjana hukum dan sarjana-sarjana di bidang politik mengenai

<sup>15</sup>Sudargo Gautama. *Aneka Masalah Hukum Perdata Internasional*, Bandung : Alumni, 1985, hal.36

<sup>16</sup>M. N. Shaw, *International Law, 3rd Ed.*, New York: Cambridge University Press.1995

tak terbatasnya dan tak terbaginya kedaulatan suatu negara.<sup>17</sup> Selain itu doktrin ini bertujuan untuk memupuk persahabatan antara bangsa-bangsa, dan juga untuk memberikan peluang kepada wakil-wakil diplomatik negara lain untuk dapat melaksanakan fungsinya dengan baik di negara tempat ia ditugaskan.

Menurut teori ini, apabila pihak eksekutif suatu negara mengakui kedaulatan negara lain, maka hakim-hakimnya harus mengakuinya pula. Oleh sebab itu, dalam praktek di negara yang menganut teori imunitas negara absolut ini, apabila mereka telah mengakui suatu negara, maka hakim-hakimnya tidak akan mengadakan tindakan-tindakan negara tersebut. Contoh kasusnya adalah *Luther v. Sagor* berkaitan dengan masalah nasionalisasi yang dilakukan oleh Pemerintah Revolusioner Rusia di tahun 1918 atas perusahaan-perusahaan kayu milik perseorangan. Pada saat masalah ini diajukan kepada mahkamah tingkat awal di Pengadilan Inggris, nasionalisasi yang dilakukan oleh Uni Soviet (pada saat perkara tersebut diputuskan di Pengadilan Inggris, Uni Soviet belum memperoleh pengakuan dari Pemerintah Inggris). Setelah kemudian Uni Soviet diakui sebagai suatu negara berdaulat dan kemudian perkara tersebut diajukan pada tingkat banding, nasionalisasi tersebut kemudian diakui keabsahannya.<sup>18</sup>

Beberapa negara yang pernah menganut, mendukung atau memiliki kecenderungan untuk memilih "*absolute immunity*" adalah Inggris, Amerika Serikat, Cekoslovakia, Estonia, Denmark, Polandia, Brazil, Chili, Cina, Hungaria, Jepang, Luxemburg, Norwegia dan Portugal. Sedangkan Belanda, Swedia dan Argentina dianggap termasuk negara-negara yang memposisikan dirinya kurang jelas, karena terkadang menerapkan imunitas absolut dan ada kalanya menerapkan

<sup>17</sup>D.P. O'Connel, *International Law*, 2<sup>nd</sup>, London: Steven and Sons, 1970, hal 644.

<sup>18</sup>Sudargo Gautama, *Segi-segi Hukum Pada Nasionalisasi di Indonesia*, cet. ke-5, Bandung: Penerbit Binacipta, 1987 hal 192.

imunitas terbatas " *restrictive sovereign immunity*". Sementara Jerman dianggap tidak jelas.<sup>19</sup>

Pada tahun 1926, terjadi perkembangan dan perubahan yang cukup besar di kalangan negara-negara pendukung "*imunitas absolut*". Perubahan tersebut terjadi dengan lahirnya "Konvensi Brussels Tentang Imunitas Kapal-kapal milik negara yang digunakan untuk tujuan komersial, imunitas/ kekebalan tidak berlaku, sehingga dapat digugat pengadilan negeri asing.

Perubahan-perubahan tersebut di atas lebih jelas dan tegas kemudian, setelah negara-negara penganut doktrin imunitas absolut mengeluarkan ketentuan-ketentuan hukum nasional khusus mengenai imunitas negara asing yang mengakhiri keberlakuan teori imunitas absolut.

### **2.1.3. Teori Imunitas Negara Terbatas (*Restrictive Sovereign Immunity*)**

Merupakan kelanjutan dari perkembangan Teori Imunitas Absolut dan perkembangan lebih lanjut dari teori imunitas negara. Teori ini pada awalnya dianut oleh Belgia, Italia, Swiss, Perancis, Austria, Mesir, Yunani, Peru, Denmark. Perancis, Austria dan Yunani pada awalnya merupakan pendukung teori Imunitas Negara Mutlak, akan tetapi menjelang abad ke-20 meninggalkannya dan menjadi negara yang menganut teori imunitas terbatas.

Merupakan kebalikan dari imunitas absolut, teori imunitas terbatas (*The Restrictive Theory Immunity*) ini membatasi berlakunya imunitas negara. *Sovereign Immunity terbatas* merupakan kelanjutan dari teori imunitas absolut/ mutlak yang berkembang dari kebiasaan antar bangsa (*customs among nations*)

<sup>19</sup>Hasil studi Departemen Luar Negeri Amerika Serikat tentang perkembangan teori kekebalan negara, yang dimuat dalam 'Tate Letter' 'Dept. State Bull, 984 , 1952. dikutip dari D.P. O'Connell, Op Cit. Hal.857.

dalam bidang kenegaraan (hukum publik). Apabila dalam *absolute immunity* imunitas negara bersifat mutlak, maka dalam *sovereign immunity* imunitas kekebalan negara dari pengadilan negara lain telah dibatasi. Batasannya yakni untuk tindakan negara-negara yang publik (*jure imperii*) yang mempunyai imunitas/ kekebalan, dalam hal tindakan-tindakan negara yang komersial (*jure gestionis*) tidak demikian halnya.

Dapat disimpulkan, berdasarkan "*Sovereign Immunity*" tindakan-tindakan negara dapat dibagi menjadi:

1. Tindakan-tindakan publik atau *jure imperii*, *public act*, ataupun *sovereign act* dan:
2. Tindakan-tindakan dagang (komersial) atau juga disebut *jure gestionis*, *private act*, ataupun *commercial act*.

Di Amerika Serikat doktrin *sovereign immunity* ini pertama kali dinyatakan secara resmi sebagai *United States Foreign Policy* pada tahun 1952 sebagaimana diterangkan oleh "*United District Court*", California.

Pendirian Amerika Serikat tersebut di atas selanjutnya ditegaskan kembali pada tahun 1976, dalam bentuk undang-undang tentang "Imunitas Negara Asing", *Foreign Sovereign Immunity Act*. Seperti diketahui undang-undang khusus tersebut telah dijadikan sebagai salah satu dasar hukum oleh "*District Court of California*".

## 2.2. Ketentuan Hukum Internasional

*Professor Charles Cheney Hyde* dalam *J.G Starke* menyatakan bahwa hukum internasional dapat didefinisikan sebagai keseluruhan hukum-hukum yang

untuk sebagian besar terdiri dari prinsip-prinsip dan kaidah-kaidah perilaku yang terhadapnya negara-negara merasa dirinya terikat untuk menaati, dan karenanya benar-benar ditaati secara umum dalam hubungan-hubungan mereka secara umum.<sup>20</sup>

Definisi ini tidak dapat digunakan sebagai gambaran yang memadai dan lengkap dari maksud, tujuan dan lingkup hukum internasional, juga kesannya tidak dapat diterima karena hukum internasional tidak hanya berkaitan dengan negara. *Starke* mengembangkan definisi dengan menyatakan bahwa hukum internasional juga meliputi kaidah-kaidah hukum yang berkaitan dengan berfungsinya lembaga-lembaga atau organisasi-organisasi internasional, hubungan-hubungan mereka satu sama lain, dan hubungan mereka dengan negara-negara dan individu-individu serta kaidah-kaidah hukum tertentu yang berkaitan dengan individu-individu dan badan-badan non-negara sejauh hak-hak dan kewajiban individu dan badan non-negara tersebut penting bagi masyarakat internasional.<sup>21</sup>

Selanjutnya peraturan-peraturan hukum internasional tertentu diperluas kepada orang-perorangan dan satuan-satuan bukan negara sepanjang hak dan kewajiban mereka berkaitan dengan masyarakat internasional dari negara-negara. Hukum internasional antara lain menetapkan aturan-aturan tentang hak-hak wilayah dari negara (berkaitan dengan darat, laut, dan ruang angkasa), perlindungan lingkungan internasional, perdagangan dan hubungan komersial internasional, penggunaan kekerasan oleh negara, dan hukum hak asasi manusia serta hukum humaniter.

<sup>20</sup>J. G. Starke, *Pengantar Hukum Internasional 1 (Introduction to international Law*, alih bahasa: Bambang Iriana Djajaatmadja), Cetakan Kesembilan, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hal. 3

<sup>21</sup>J.G Starke, *Ibid*

### 2.2.1. Sumber Hukum Internasional

Sumber hukum dipakai pertama sekali pada arti dasar berlakunya hukum. Dalam hal ini yang dipersoalkan adalah apa sebabnya suatu hukum mengikat, yakni sebagai sumber hukum material yang menerangkan apa yang menjadi hakikat dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional.<sup>22</sup>

Sumber hukum internasional dapat diartikan sebagai:

- a. Dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional;
- b. Metode penciptaan hukum internasional;
- c. Tempat diketemukannya ketentuan-ketentuan hukum internasional yang dapat diterapkan pada suatu persoalan konkrit.<sup>23</sup>

Sumber hukum ada 2 jenis yakni:

- a. Sumber hukum materil: dapat didifenisikan sebagai bahan-bahan aktual yang dipergunakan oleh seorang ahli hukum internasional untuk menentukan kaidah hukum yang berlaku terhadap suatu peristiwa atau situasi tertentu.<sup>24</sup>
- b. Sumber hukum Formal : merujuk kepada bukti-bukti baik secara umum maupun khusus yang menunjukkan bahwa hukum tertentu telah diterapkan dalam suatu kasus tertentu. Dari sebuah hukum materil inilah isi dari sebuah hukum bisa ditemukan.<sup>25</sup>

Dalam hukum tertulis, ada dua tempat yang mencantumkan secara tertulis

<sup>22</sup>Mochtar Kusumaatmadja, Etty R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, Cetakan pertama, Bandung, P.T. Alumni, 2003, hal. 113

<sup>23</sup>Yordan gunawan, "*Pengantar Hukum Internasional*", <http://telagahati.wordpress.com>. Diakses Senin, 20 Desember 2010

<sup>24</sup>J. G. starke, *Op. Cit.* hal. 42

<sup>25</sup>Benny setianto, "*Sumber hukum internasional*", <http://bennysetianto.blogspot.com>. Diakses Rabu, 22 Desember 2010

sumber hukum internasional dalam arti formal yakni pasal 7 Konvensi Den Haag XII 1907 tentang pembentukan Mahkamah Internasional Perampasan Kapal di Laut (*International Prize Court*) dan dalam pasal 38 Piagam Mahkamah Internasional Permanen tahun 1920 yang kini tercantum dalam Pasal 38 Piagam Mahkamah Internasional tahun 1945. Namun keberadaan Mahkamah Internasional Perampasan Kapal di Laut tidak pernah terbentuk karena jumlah ratifikasi yang diperlukan tidak tercapai, sehingga sumber hukum internasional yang dipakai pada masa sekarang hanya pasal 38 Piagam Mahkamah Internasional.<sup>26</sup>

Pasal 38 ayat (1) dari Piagam Mahkamah Internasional (*International Court of Justice*) menyatakan bahwa Mahkamah yang memiliki fungsi untuk memutus sesuai dengan hukum internasional yang diajukan kepadanya, akan memberlakukan sumber-sumber hukum sebagai berikut:<sup>27</sup>

- a Konvensi internasional, baik umum maupun khusus, yang membentuk aturan-aturan yang diakui secara tegas oleh negara-negara yang bersengketa;
- b Kebiasaan internasional, sebagai bukti praktek umum yang diterima sebagai hukum;
- c Asas-asas hukum umum yang diterima oleh bangsa-bangsa yang beradab;
- d Tunduk kepada ketentuan pasal 59, putusan pengadilan dan ajaran para ahli yang sangat memenuhi syarat dari berbagai negara sebagai sarana pelengkap bagi penentuan aturan hukum.

Urutan penyebutan sumber hukum dalam pasal 38 ayat (1) Piagam

<sup>26</sup>Mochtar Kusuma Atmadja, *Op. Cit.* hal. 114

<sup>27</sup>Statuta *International Court of Justice (ICJ)* Pasal 38 (1); Pasal 59 Statuta Mahkamah Internasional menegaskan bahwa "*the decision of the Court shall have no binding effect except between the parties and in respect of that particular case*"; *Pengantar Hukum Internasional (Introduction to International Law.1992 Edisi Kesepuluh, J.G Starke, Sinar Grafika Jakarta Halm. 42*

Mahkamah Internasional tidak menunjukkan urutan pentingnya masing-masing sumber hukum itu sebagai sumber hukum formal, karena hal ini sama sekali tidak diatur oleh pasal 38.<sup>28</sup>

### 2.2.2. Teori Dualisme dan Monisme

Dalam hubungan antara hukum internasional dengan hukum nasional, ada dua teori yang terkemuka, yaitu:<sup>29</sup>

#### Dualisme

Teori ini dikemukakan oleh para penulis positivis seperti Triepel dan Anzilotti. Bagi mereka, dengan konsep teori kehendak mereka tentang hukum internasional, merupakan hal yang wajar apabila menganggap hukum nasional sebagai suatu sistem yang terpisah. Menurut Triepel, terdapat dua perbedaan fundamental di antara kedua sistem hukum tersebut yaitu:

- a . Subyek-subyek hukum nasional adalah individu-individu, sedangkan subjek-subjek hukum internasional adalah semata-mata dan secara eksklusif hanya Negara-negara .
- b . Sumber-sumber hukum keduanya berbeda: sumber hukum nasional adalah kehendak Negara itu sendiri, sumber hukum internasional adalah kehendak bersama dari Negara-negara

Sedangkan Anzilotti menganut suatu pendekatan yang berbeda, ia membedakan hukum internasional dan hukum nasional menurut prinsip-prinsip fundamental dengan mana masing-masing sistem itu ditentukan.<sup>30</sup> Dalam

<sup>28</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Op. Cit.* hal. 115

<sup>29</sup> JG Starke, *Op. Cit.* Hal. 96-99

<sup>30</sup> Maludin Oktavia, *Perjanjian Internasional, Dalam Teori dan Praktek di Indonesia*, <http://www.scribd.com>



pendapatnya, hukum nasional ditentukan oleh prinsip atau norma fundamental bahwa perundang-undangan Negara harus ditaati, sedangkan sistem hukum internasional ditentukan oleh prinsip *pacta sunt servanda*, yaitu perjanjian antar negara-negara yang harus dijunjung tinggi, sehingga kedua sistem itu memang terpisah sehingga tidak mungkin terjadi pertentangan antara keduanya, yang mungkin terjadi adalah penunjukan-penunjukan dari sistem yang satu ke sistem yang lain, selain daripada itu tidak ada hubungan apa-apa. Mengenai teori Anzilotti ini, cukuplah mengatakan bahwa karena alasan-alasan yang dikemukakan, tidak benar bahwa *pacta sunt servanda* harus dianggap sebagai norma yang melandasi hukum internasional.

Dalam sistem ini, hukum perjanjian Internasional merupakan dua sistem yang berbeda, sehingga hukum internasional baru berlaku jika diinkorporasikan atau ditransformasikan ke dalam hukum nasional, melalui peratifikasian hukum internasional lewat peraturan perundang-undangan nasional.<sup>31</sup> Prinsip ini hanya merupakan sebagian contoh dari prinsip yang sangat luas yang menjadi akar hukum internasional.

### **Monisme**

Berbeda dengan para penulis yang menganut teori dualism, pengikut-pengikut teori monisme menganggap semua hukum sebagai suatu ketentuan tunggal yang tersusun dari kaidah-kaidah hukum yang mengikat, baik berupa kaidah yang mengikat negara-negara, individu-individu, atau kesatuan-kesatuan lain yang bukan Negara. Menurut pendapat mereka, ilmu pengetahuan hukum merupakan kesatuan bidang pengetahuan dan poin yang menentukan karenanya

---

<sup>31</sup> Nasution, Adnan Buyung. Instrumen Internasional Pokok Hak Asasi Manusia . Jakarta .

adalah apakah hukum internasional itu merupakan hukum yang sebenarnya atau bukan. Jika secara hipotesis diakui bahwa hukum internasional merupakan suatu sistem kaidah yang benar-benar berkarakter hukum, maka menurut Kelsen dan penulis-penulis monistis lainnya, tidak mungkin untuk menyangkal bahwa kedua sistem hukum tersebut merupakan bagian dari kesatuan yang sama dengan kesatuan ilmu pengetahuan hukum. Dengan demikian, suatu konstruksi selain monisme, khususnya dualism, bermuara pada suatu penyangkalan karakter hukum yang sebenarnya dari hukum internasional. Penulis-penulis monistis tidak akan berpendapat lain selain menyatakan bahwa kedua sistem tersebut, karena keduanya merupakan sistem kaidah-kaidah hukum, merupakan bagian-bagian yang saling berkaitan di dalam suatu struktur hukum.

Penulis-penulis lain yang mendukung monisme berdasarkan alasan-alasan yang bukan cuma abstrak semata-mata, dan penulis-penulis tersebut menyatakan, sebagai suatu masalah yang memiliki nilai praktis, bahwa hukum internasional dan hukum nasional keduanya merupakan bagian dari keseluruhan kaidah hukum universal yang mengikat segenap umat manusia baik secara kolektif ataupun individual. Dengan perkataan lain, individulah yang sesungguhnya menjadi akar kesatuan dari semua hukum tersebut.

Dari segi pandang teori dualistik yang menekankan kedaulatan kehendak Negara maka primat (*primacy*) terletak pada hukum nasional. Dalam hal ini, pendukung Monisme berbeda pendapat. Kelsen, misalnya dengan membuat suatu analisis struktural hukum internasional dan hukum nasional. Kelsen menerapkan doktrin hirarkis yang mana menurut doktrin ini kaidah-kaidah hukum ditentukan oleh kaidah-kaidah atau prinsip-prinsip lain yang dengan mana kaidah-kaidah

tersebut mendapat validitas atau kekuatan mengikatnya, dengan demikian kaidah yang ditetapkan dalam peraturan-peraturan atau ketentuan-ketentuan perundang-undangan ditentukan oleh kaidah yang lebih tinggi. Dengan ini, Kelsen keberatan atas pandangan mengenai pemilihan antara hukum internasional dan hukum nasional didasarkan pada alasan bahwa cara pandangya tersebut berakar pada suatu pendekatan filosofis yang sangat meragukan.

### 2.2.3. Tinjauan Umum Hukum Internasional mengenai *Sovereign Immunity*.

Ketentuan- ketentuan mengenai imunitas Negara ini berasal dari hukum Kebiasaan Internasional, meskipun terdapat pula dalam bentuk traktat-traktat internasional multilateral, seperti dalam Konvensi Eropa Mengenai Imunitas Negara tahun 1972 (*European Convention on State Immunity 1972*)<sup>32</sup>

Pada Negara-negara, khususnya negara- negara yang menganut sistem *Common Law* atau pada negara-negara Anglo Saxon seperti Amerika Serikat, Inggris, dan Australia telah memiliki ketentuan hukum nasional yang secara khusus mengatur mengenai kekebalan suatu negara (*sovereign immunity*), seperti *Foreign Sovereign Immunities Act 1976* (FSIA) yang dimiliki oleh Amerika Serikat, *State Immunity Act 1978* (SIA) yang dimiliki oleh Inggris, serta *Foreign States Immunities Act 1985* yang dimiliki oleh Australia.

### 2.3. Tinjauan Umum mengenai Hukum Italia

Sistem Hukum Eropa Kontinental berkembang di negara-negara Eropa daratan yang sering disebut sebagai "*Civil Law*". Peraturan-peraturan hukumnya

---

<sup>32</sup>Konvensi ini ditandatangani oleh 9 Negara anggota Uni Eropa meliputi Austria, Belgia, Cyprus, Jerman, Luxemburg, Belanda, Portugal, Swiss, dan Inggris. Dari ke- 9 negara yang menandatangani hanya Portugal yang belum meratifikasinya.

merupakan kumpulan dari berbagai kaidah hukum yang ada sebelum masa Justinianus yang kemudian disebut dengan "*Corpus Juris Civilis*". *Corpus Juris Civilis* ini menjadi dasar perumusan dan kodifikasi Hukum di negara-negara Eropa daratan, seperti Jerman, Belanda, Perancis, Italia, Amerika Latin, dan Asia termasuk Indonesia sejak masa penjajahan Belanda.

Prinsip utama yang menjadi dasar sistem hukum Eropa Kontinental adalah "*Hukum memperoleh kekuatan mengikat, karena diwujudkan dalam peraturan perundang-undangan yang berbentuk undang-undang dan tersusun secara sistematis di dalam kodifikasi ataupun kompilasi.*" Prinsip dasar ini dianut mengingat bahwa nilai utama yang merupakan tujuan hukum adalah 'kepastian hukum'. Sumber hukum di dalam sistem Hukum Eropa Kontinental adalah 'Undang- undang' yang dibentuk oleh pemegang kekuasaan Legislatif. Selain itu juga diakui peraturan yang dibuat oleh pemegang kekuasaan eksekutif berdasarkan wewenang yang telah ditetapkan oleh undang- undang (peraturan hukum administrasi negara) dan kebiasaan-kebiasaan yang hidup dan diterima sebagai hukum oleh masyarakat selama tidak bertentangan dengan undang-undang.

Italia adalah sebuah Republik Demokratis. Pilihan untuk republik dibuat pada tahun 1946 ketika, melalui referendum, penduduk Italia menghapuskan Monarki dalam mendukung Republik. Konstitusi Italia, yang merupakan hukum dasar untuk Republik Italia, mulai berlaku tanggal 1 Januari 1948.

### 2.3.1. Sistem Hukum Negara Italia

Konstitusi Italia adalah satu, tertulis kaku dan panjang. Semua aturan yang

tercantum dalam teks hukum tertulis. Selain itu, Italia Konstitusi dianggap kaku, ini berarti bahwa untuk mengubah ketentuan-ketentuannya, lebih menuntut proses yang dibutuhkan (tidak cukup mayoritas biasa) dan bahwa hukum di Berbeda dengan Konstitusi harus dihilangkan pada akhir persidangan di depan Mahkamah Konstitusi. Akhir kata, Konstitusi panjang, karena mengandung ketentuan mengenai aspek yang berbeda dari hidup saudara, tidak membatasi diri hanya untuk daftar sumber hukum. Dalam hal ini, penting untuk mengatakan bahwa ketentuan konstitusi terutama milik skema program yang relevan hanya ketika saatnya untuk legislator untuk mengatasi.<sup>33</sup>

Sistem hukum ini berkembang di negara-negara Eropa daratan dan sering disebut sebagai “Civil Law” yang semula berasal dari kodifikasi hukum yang berlaku di kekaisaran romawi pada masa pemerintahan Kaisar justinianus abad VI sebelum masehi.

Sistem Civil Law mempunyai tiga karakteristik, yaitu adanya kodifikasi, hakim tidak terikat kepada preseden sehingga undang-undang menjadi sumber hukum yang terutama, dan sistem peradilan bersifat inquisitorial. Karakteristik utama yang menjadi dasar sistem Hukum Civil Law adalah hukum memperoleh kekuatan mengikat, karena diwujudkan dalam peraturan-peraturan yang berbentuk undang-undang dan tersusun secara sistematis di dalam kodifikasi. Karakteristik dasar ini dianut mengingat bahwa nilai utama yang merupakan tujuan hukum adalah kepastian hukum. Kepastian hukum hanya dapat diwujudkan jika tindakan-tindakan hukum manusia dalam pergaulan hidup diatur dengan peraturan-peraturan hukum tertulis. Dengan tujuan hukum itu dan berdasarkan sistem

<sup>33</sup> The Three Most Important Features of Italy's Legal System that Others Should Understand ,Andrea Scella, University of Udine Faculty of Law, Italy, IALS Conference, Learning from Each Other: Enriching the Law School Curriculum in an Interrelated World

hukum yang dianut, hakim tidak dapat menciptakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat umum. Hakim hanya berfungsi menetapkan dan menafsirkan peraturan-peraturan dalam batas-batas wewenangnya. Putusan seorang hakim dalam suatu perkara hanya mengikat para pihak yang berperkara saja (*Doktrin Res Judicata*).

Karakteristik kedua pada sistem Civil Law tidak dapat dilepaskan dari ajaran pemisahan kekuasaan yang mengilhami terjadinya Revolusi Perancis. Menurut Paul Scolten, bahwa maksud sesungguhnya pengorganisasian organ-organ negara Belanda adalah adanya pemisahan antara kekuasaan pembuatan undang-undang, kekuasaan peradilan, dan sistem kasasi adalah tidak dimungkinkannya kekuasaan yang satu mencampuri urusan kekuasaan lainnya. Penganut sistem Civil Law memberi keleluasaan yang besar bagi hakim untuk memutus perkara tanpa perlu meneladani putusan-putusan hakim terdahulu. Yang menjadi pegangan hakim adalah aturan yang dibuat oleh parlemen, yaitu undang-undang.

Karakteristik ketiga pada sistem hukum Civil Law adalah apa yang oleh *Lawrence Friedman* disebut sebagai digunakannya sistem Inquisitorial dalam peradilan. Di dalam sistem itu, hakim mempunyai peranan yang besar dalam mengarahkan dan memutuskan perkara, yakni hakim aktif dalam menemukan fakta dan cermat dalam menilai alat bukti. Menurut pengamatan Friedman, hakim di dalam sistem hukum Civil Law berusaha untuk mendapatkan gambaran lengkap dari peristiwa yang dihadapinya sejak awal. Sistem ini mengandalkan profesionalisme dan kejujuran hakim.

Bentuk-bentuk sumber hukum dalam arti formal dalam sistem hukum

Civil Law berupa peraturan perundang-undangan, kebiasaan-kebiasaan, dan yurisprudensi. Dalam rangka menemukan keadilan, para yuris dan lembaga-lembaga yudisial maupun quasi-judisial merujuk kepada sumber-sumber tersebut. Dari sumber-sumber itu, yang menjadi rujukan pertama dalam tradisi sistem hukum Civil Law adalah peraturan perundang-undangan. Negara-negara penganut civil law menempatkan konstitusi pada urutan tertinggi dalam hirarki peraturan perundang-undangan. Semua negara penganut civil law mempunyai konstitusi tertulis.

1. Peraturan perundang-undangan mempunyai dua karakteristik, yaitu berlaku umum dan isinya mengikat keluar. Sifat yang berlaku umum itulah yang membedakan antara perundang-undangan dan penetapan. Penetapan berlaku secara individual tetapi harus dihormati oleh orang lain. Sebagai contoh penetapan, misalnya, pemberian grasi oleh Presiden Republik Indonesia melalui suatu keputusan presiden ( Keppres ) kepada seorang terpidana yang putusan pembedanaannya telah memiliki kekuatan yang tetap.
2. Kebiasaan tidak mempunyai kekuatan mengikat. Agar kebiasaan menjadi hukum kebiasaan diperlukan dua hal, yaitu tindakan itu dilakukan secara berulang-ulang dan adanya unsur psikologis mengenai pengakuan bahwa apa yang dilakukan secara terus-menerus dan berulang-ulang itu aturan hukum. Unsur ini mempunyai relevansi yuridis, yaitu tindakan itu bukan sekadar dilakukan secara berulang-ulang, melainkan tindakan itu harus disebabkan oleh suatu kewajiban hukum yang menurut pengalaman manusia harus dilakukan. Unsur psikologis itu dalam bahasa latin disebut

Opinio Necessitatis, yang berarti pendapat mengenai keharusan bahwa orang bertindak sesuai dengan norma yang berlaku akibat adanya kewajiban hukum.

3. Yurisprudensi, ketika mengemukakan bahwa suatu hukum kebiasaan berlaku bagi semua anggota masyarakat secara tidak langsung, melainkan melalui yurisprudensi, *Spruit* sebenarnya mengakui bahwa yurisprudensi merupakan sumber hukum dalam arti formal.<sup>34</sup> Akan tetapi posisi yurisprudensi sebagai sumber hukum di dalam sistem hukum Civil Law belum lama diterima. Hal itu disebabkan oleh pandangan bahwa aturan-aturan tingkah laku, terutama aturan perundang-undangan, ditujuka untuk mengatur situasi yang ada dan menghindari konflik. Dengan demikian, aturan-aturan itu dibuat untuk hal-hal setelah undang-undang itu diundangkan. Undang-undang dalam hal demikian merupakan suatu pedoman mengenai apa yang boleh dan yang tidak boleh dilakukan.

Dalam perkembangannya, sistem hukum ini mengenal pembagian hukum publik dan hukum privat. Hukum publik mencakup peraturan-peraturan hukum yang mengatur kekuasaan dan wewenang penguasa atau negara serta hubungan-hubungan antara masyarakat dan negara (sama dengan hukum publik di sistem hukum Anglo-Saxon). Hukum Privat mencakup peraturan-peraturan hukum yang mengatur tentang hubungan antara individu-individu dalam memenuhi kebutuhan hidup demi hidupnya.

Sistem hukum ini memiliki segi positif dan negatif. Segi positifnya adalah

---

<sup>34</sup> Gatot Soemartono, Tinjauan Perbedaan Antara Sistem Hukum Civil Law [ Eropa Kontinental] denan Common Law [ Anglo Saxon], Mata Kuliah Business Law, Program Pasca Sarjaa Magister Manajemen Unversitas Gajah Mada, 2009



hampir semua aspek kehidupan masyarakat serta sengketa-sengketa yang terjadi telah tersedia undang-undang/hukum tertulis, sehingga kasus-kasus yang timbul dapat diselesaikan dengan mudah, disamping itu dengan telah tersedianya berbagai jenis hukum tertulis akan lebih menjamin adanya kepastian hukum dalam proses penyelesaiannya. Sedang segi negatifnya, banyak kasus yang timbul sebagai akibat dari kemajuan zaman dan peradaban manusia, tidak tersedia undang-undangnya. Sehingga kasus ini tidak dapat diselesaikan di pengadilan. Hukum tertulis pada suatu saat akan ketinggalan zaman karena sifat statisnya. Oleh karena itu, sistem hukum ini tidak menjadi dinamis dan penerapannya cenderung kaku karena tugas hakim hanya sekedar sebagai alat undang-undang. Hakim tak ubahnya sebagai abdi undang-undang yang tidak memiliki kewenangan melakukan penafsiran guna mendapatkan nilai keadilan yang sesungguhnya.<sup>35</sup>

### 2.3.2. Hukum Italia tentang Kedaulatan Negara

Dalam Konstitusi Negara Italia 1948 disebutkan dalam pasal 10 yang menyatakan bahwa:

*"The Italian legal system conforms to the generally recognised rules of international law. The legal status of foreigners is regulated by law in conformity with international provisions and treaties. A foreigner who is denied the effective exercise of the democratic liberties guaranteed by the Italian Constitution in his or her own country has the right of asylum in the territory of the Italian Republic, in accordance with the conditions established by law. Extradition of a foreigner for political offences is not admitted."*

Dalam pasal 10 dari Konstitusi Negara Italia disebutkan bahwa sistem hukum dari negara Italia sesuai dengan aturan yang diakui secara umum dalam

<sup>35</sup><http://id.shvoong.com/law-and-politics/law/2223075-sistem-hukum-eropa-kontinental>

hukum internasional. Dengan adanya pasal tersebut yang mendasari sistem hukum Negara Italia, maka Italia menyatakan negaranya untuk tunduk terhadap Hukum Internasional, juga termasuk di dalamnya adalah mematuhi ketentuan Hukum Internasional yang menyatakan bahwa suatu Negara memiliki kekebalan berdaulat berdasarkan kedaulatan yang telah dimiliki olehnya.

Kemudian dalam pasal 7 disebutkan bahwa

*"The State and the Catholic Church are independent and sovereign, each within its own sphere. Their relations are governed by the Lateran Pacts. Changes to the Pacts that are accepted by both parties do not require the procedure for constitutional amendment."*

Dijelaskan dalam pasal 7 bahwa Negara dan Gereja Katolik yang independen dan berdaulat, masing-masing dalam lingkup sendiri. Hubungan mereka diatur oleh Pakta Lateran. Perubahan pada Pakta yang diterima oleh kedua belah pihak tidak memerlukan prosedur untuk amandemen konstitusi. "

### **2.3.3. Tinjauan mengenai Hukum Negara Italia yang Mengizinkan Individu Menggugat Suatu Negara.**

Dalam pasal 3 dari Konstitusi Italia dinyatakan bahwa setiap warga negara Italia berkedudukan sama di depan hukum, tanpa ada perbedaan gender, ras, bahasa, agama, pandangan politik, pribadi dan kondisi sosial.<sup>36</sup> Selain itu, terdapat dalam pasal 13 dalam Konstitusi Italia disebutkan bahwa "*Personal liberty is inviolable*". Dalam pasal ini menegaskan bahwa setiap warga negara Italia memiliki hak untuk bebas yang tidak dapat diganggu gugat. Sehingga dalam kasus pemaksaan *Luigi Ferrini* untuk bekerja secara paksa terhadap perusahaan Jerman,

<sup>36</sup>Italy Constitution 1948, Article 3. All citizens have equal social dignity and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, religion, political opinions, personal and social conditions.

hal tersebut dianggap bertentangan dengan pasal 13 dari Konstitusi Negara Italia.

## **2.4. Tinjauan Umum mengenai Kasus antara *Luigi Ferrini v. Negara Jerman***

### **2.4.1. Latar Belakang masalah antara Ferrini dengan Jerman**

*Luigi Ferrini* diculik pada 4 Agustus 1944 dekat Arezzo, Italia, oleh tentara Jerman. Ferrini dideportasi ke Jerman dan dibuat untuk bekerja sebagai buruh dipaksa untuk perusahaan Jerman, kemudian ditahan di kamp kerja paksa / pemusnahan paksa (Lager) di Kahla, di mana ia bekerja untuk *Reimagh (Reich Marschall Hermann Göring) Werke dan Messerschmitt* sampai 20 April 1945. Pada tanggal 23 September 1998, Ferrini membawa gugatan perdata untuk reparasi melawan Jerman di Pengadilan Arezzo. Dia meminta kompensasi untuk bahan-luka dan moral-bahwa ia telah menderita melalui penangkapannya, deportasi dan kerja paksa.

Kemudian, sebuah perjanjian 1961 bilateral antara Italia dan Jerman sudah dimaksudkan untuk menyelesaikan pertanyaan umum, kompensasi bagi para korban rezim Nazi.<sup>37</sup>

### **2.4.2. Hasil Putusan I atas gugatan Ferrini terhadap Jerman di *Cassation***

#### ***Court di Italia***

Dari gugatan yang diajukan oleh Luigi Ferrini kepada Negara Federal Jerman di Pengadilan kasasi di Italia, kemudian diputuskan oleh hakim beberapa pernyataan, yakni<sup>38</sup>:

<sup>37</sup> June 1961, the Federal Republic of *Germany and Italy* made two agreements

<sup>38</sup> *Ferrini v Germany*, Appeal decision, no 5044/4; ILDC 19 (IT 2004) 11 March 2004

- a. *The Convention on Jurisdiction, Recognition and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 27 September 1968* ('*Brussels Convention*') tidak berlaku untuk sengketa ini, karena tidak berlaku untuk hal-hal yang menyangkut pelaksanaan kekuasaan publik oleh negara berwenang.
- b. Prinsip hukum kebiasaan internasional dari *state immunity* adalah bagian dari sistem hukum di Italia berdasarkan Pasal 10 Konstitusi Italia, tapi begitu juga prinsip-prinsip yang melindungi kebebasan individu dan martabat, dan norma-norma yang mendefinisikan kejahatan internasional. Pasal 5, 7, 1 Konstitusi Italia.
- c. Tidak ada kontroversi atas fakta bahwa tindakan Jerman yang diklaim oleh Luigi Ferrini didasarkan telah ekspresi kekuasaan kedaulatannya, karena mereka terjadi dalam sebuah konflik bersenjata.
- d. Menurut hukum perjanjian internasional dan praktek peradilan internasional tentang deportasi, subyek dan kerja paksa merupakan kejahatan internasional. Perjanjian *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (8 August 1945)* 82 UNTS 279 (*annex*), mulai berlaku 8 Agustus 1945 ('Piagam Internasional Pengadilan Militer di Nuremberg') 'menyatakan bahwa kejahatan perang termasuk' deportasi ke pekerja paksa "(Pasal 6 (b)). (ayat 7,2) Tindakan-tindakan yang dilakukan dalam Perang Dunia II berdasarkan strategi resmi dari Negara Jerman, dan Jerman sendiri mengakui gravitasi mereka ketika diberlakukan *The Foundation Law*.

- e. Ada banyak dukungan untuk argumen ini (pasal 7 dan 3), termasuk praktik peradilan nasional dan internasional, *Treaty law*, dan hukum rancangan konvensional oleh Komisi Hukum Internasional tentang tanggung jawab negara, pengembangan prinsip universalitas, dan penghapusan sepanjang masa-batas tuntutan mereka. (Pasal 9) Pemberian kekebalan terhadap negara akan berdampak pada kejahatan tersebut berjalan ke dalam pertentangan yang jelas dengan perkembangan ini. Itu kontradiksi hanya bisa diselesaikan dengan mengakui keunggulan norma-norma yang lebih tinggi, dan dengan menolak argumen bahwa sebuah negara dapat memanggil kekebalan dari yurisdiksi dalam kasus tersebut.
- f. Meskipun tidak ada norma yang eksplisit yang ditentukan seperti pengecualian untuk kekebalan Negara, bukti prinsip terkait pentingnya hak asasi manusia telah dilanggar dengan jelas.
- g. Pengadilan menyadari bahwa kendala hukum nasional telah mencegah beberapa Negara dari mengesampingkan kekebalan dalam situasi yang sama, jika kejadian tersebut telah terjadi di luar negeri.
- h. Diskusi Pengadilan didasarkan pada fakta-fakta yang telah terjadi sebagian di Italia. Namun, karena mereka merupakan kejahatan internasional, prinsip yurisdiksi internasional akan berlaku dalam hal apapun.
- i. Keputusan Pengadilan Arezzo dan Pengadilan Tingkat Banding Florence yang terbalik, dan kasus itu diserahkan ke Pengadilan Arezzo.

### 2.4.3. Hasil Putusan II atas gugatan Jerman terhadap Italia di ICJ

Mahkamah Internasional (ICJ), Den Haag pada 3 Februari 2012 mengeluarkan hasil putusan mengenai kasus *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, yakni sebagai berikut ;

1. Republik Italia telah melanggar kewajibannya untuk menghormati kekebalan dimana Republik Federal Jerman memilikinya di bawah hukum internasional dengan memungkinkan gugatan warga sipil untuk menentang Jerman atas dasar pelanggaran hukum kemanusiaan internasional yang dilakukan oleh Reich Jerman antara 1943 dan 1945;
2. Republik Italia telah melanggar kewajibannya untuk menghormati kekebalan dimana Republik Federal Jerman memilikinya di bawah hukum internasional dengan menyatakan berlaku di Italia keputusan pengadilan Yunani atas dasar pelanggaran hukum kemanusiaan internasional yang dilakukan di Yunani oleh Reich Jerman;
3. Republik Italia harus, dengan memberlakukan undang-undang yang sesuai, atau dengan beralih ke metode lain yang dipilihnya, memastikan bahwa keputusan pengadilan dan kekuasaan kehakiman lain yang telah melanggar kekebalan Republik Federal Jerman menikmati di bawah hukum internasional.

## BAB III

### METODE PENELITIAN

#### 3.1. Jenis dan Pendekatan Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif, yaitu prosedur penelitian ilmiah dalam menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan hukum dari sisi normatifnya yang difokuskan untuk mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma dalam hukum positif.<sup>39</sup> Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan perundang-undangan (*state approach*) dengan meneliti berbagai ketentuan hukum positif dan pendekatan kasus (*case approach*) untuk mempelajari penerapan norma-norma atau kaidah hukum yang dilakukan dalam praktik hukum. Kasus tersebut dipelajari untuk memperoleh gambaran terhadap dampak dimensi penormaan dalam suatu aturan hukum dalam praktik hukum, serta menggunakan hasil analisisnya untuk bahan masukan (*input*) dalam menjabarkan ketentuan hukum positif yang dikaji.<sup>40</sup> Untuk mendukung pengkajian permasalahan agar lebih komprehensif digunakan kajian konsep hukum. Penelitian ini mengkaji permasalahan tentang hasil putusan pengadilan Italia yang memperbolehkan individu yakni Luigi Ferrini yang menggugat negara Jerman, yang berdasarkan Hukum Internasional mempunyai kekebalan hukum sebagai suatu negara yang berdaulat, serta dari sudut pandang hukum yang berkaitan dengan obyek kajian.

<sup>39</sup> Johnny Ibrahim, Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif (Edisi Revisi), Malang, Bayumedia Publishing, 2006, hal 57 & 295

<sup>40</sup> Ibid, hal 299 – 321

### 3.2. Sumber Bahan Hukum

Dalam penulisan skripsi ini penulis menggunakan bahan hukum yang terdiri dari 3 (tiga bahan hukum), yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier. Bahan-bahan tersebut yang akan penulis pergunakan sebagai acuan dalam menyelesaikan masalah yang ada pada judul skripsi ini.

#### 3.2.1. Bahan Hukum Primer

Bahan Hukum Primer adalah bahan hukum yang sifatnya mengikat berupa peraturan perundang-undangan yang berlaku dan ada kaitannya dengan permasalahan yang dibahas, yang meliputi:

##### a. Konvensi

- 1) Statuta Mahkamah ICJ (*International Court of Justice Statute*)
- 2) Piagam PBB (*United Nations Charter 1945*)
- 3) Konvensi Eropa Mengenai Imunitas Negara tahun 1972 (*European Convention on State Immunity 1972*)
- 4) *Berlin Treaty 1855*
- 5) Konstitusi Italia (*Constitution of Italy 1947*)
- 6) *Foreign Sovereign of Immunities Act (FSIA)* Amerika Serikat
- 7) *Foreign State of Immunities Act* Australia
- 8) *Foreign Immunity of Act* Inggris
- 9) *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004*
- 10) *Montevideo Convention On Rights And Duties of States 1933*
- 11) *Konvensi Wina 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969)*



12) Konvensi Eropa Mengenai Imunitas Negara tahun 1972 (*European Convention on State Immunity 1972*)

13) *Slavery Convention 1926*

#### **b. Yurisprudensi**

1) Putusan Pengadilan Italia terhadap kasus Ferrini v. Germany no 5044/4; ILDC

19 (IT 2004) 11 March 2004

2) Putusan Pengadilan International Court of Justice ( ICJ) dalam kasus Ferrini v. Germany

3) *A/ 59/49 (VOL.1) (SUPP) ; 14 Maret 2005 (Resolutions and Decisions adopted by General Assembly during its fifty ninth session- volume I Resolutions 14 September- 23 December 2004)*

4) *Resolusi 46/55 dikeluarkan pada 9 Desember 1991*

5) *Resolusi 49/ 61 9 Desember 1994*

6) *Resolusi 52/151 15 Desember 1997*

7) *Resolusi 54/ 101 9 Desember 1999*

8) *Resolusi 55/ 150 12 Desember 2001*

9) *Resolusi 56/ 78 12 Desember 2001*

10) *Resolusi 57/ 16 19 November 2002*

11) *Resolusi 58/ 74 9 Desember 2003*

12) *Official Records of the General Assembly , Forty- six session, supplement No.10 (A/46/10)*

13) *Official Records of the General Assembly, Fifty- fourth session, supplement No.10 and corrigenda (A/54/10 and corr 1 and 2) annex*

14) *GA Resolution 53/98 Desember 1998*

15) *Resolution 55/150 Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities States and Their Property*

16) *A/RES/46/55 Consideration of the draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property A/46/PV.67 9 Desember 1991*

### 3.2.2. Bahan Hukum Sekunder

Bahan Hukum Sekunder adalah bahan hukum yang sifatnya menjelaskan bahan hukum primer, seperti hasil-hasil penelitian dan tulisan para ahli hukum, rancangan undang-undang, buku literatur, hasil karya sarjana, dan sebagainya.

### 3.2.3. Bahan Hukum Tersier

Bahan Hukum tersier merupakan bahan hukum yang dapat memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, berupa: kamus, ensiklopedia, dan sebagainya.<sup>41</sup> bahan hukum tersier yang digunakan oleh penulis dalam penulisan skripsi ini adalah:

- Koran: *La Republica* (koran atau harian dari Negara Italia), *Berliner Zeitung* (Koran Harian Jerman), koran Indonesia, dsb.

### 3.3. Metode Pengumpulan Bahan Hukum

Pengumpulan data dilakukan dengan penelitian kepustakaan (*library research*). Penelitian kepustakaan tersebut bertujuan untuk memperoleh bahan-bahan hukum primer maupun bahan-bahan hukum sekunder. Kemudian berdasarkan studi pustaka tersebut selanjutnya diolah dan dirumuskan secara

<sup>41</sup> Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 2003, hlm.31

sistematis sesuai dengan masing- masing pokok dan materi bahasanya. Selain itu, dalam penelitian ini digunakan pengolahan bahan hukum dengan cara *editing*, yaitu pemeriksaan kembali bahan hukum yang diperoleh terutama dari kelengkapannya, kejelasan makna, kesesuaian, serta relevansinya dengan kelompok yang lain. Setelah melakukan *editing*, langkah selanjutnya adalah *coding*, yaitu memberi catatan atau tanda yang menyatakan jenis sumber bahan hukum (literatur, undang-undang, atau dokumen), pemegang hak cipta (nama penulis, tahun penerbitan) dan urutan rumusan masalah. Selanjutnya adalah rekonstruksi bahan (*reconstructing*) yaitu menyusun ulang bahan hukum secara teratur, berurutan, logis, sehingga mudah dipahami dan diinterpretasikan. Langkah terakhir adalah sistematis bahan hukum (*systematizing*) yakni menempatkan bahan hukum berurutan menurut kerangka sistematika bahasan berdasarkan urutan masalah.

#### 3.4. Metode Analisa Bahan Hukum

Pengolahan data menggunakan metode deskriptif analisis, artinya data yang diperoleh berdasarkan kenyataan kemudian dikaitkan dengan penerapan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dibahas, dianalisa, kemudian ditarik kesimpulan yang akhirnya digunakan untuk menjawab permasalahan yang ada. Dalam penelitian ini, setelah bahan hukum terkumpul maka bahan hukum tersebut dianalisis untuk mendapatkan konklusi, bentuk dalam teknik analisis bahan hukum adalah *content analysis*. Sebagaimana telah dipaparkan sebelumnya, bahwa dalam penelitian normatif tidak diperlukan data lapangan untuk kemudian dilakukan analisis terhadap sesuatu yang ada di balik data tersebut. Dalam analisis

bahan hukum jenis ini dokumen atau arsip yang dianalisis disebut dengan istilah *teks*. *Content analysis* menunjukkan pada metode analisis yang integratif dan secara konseptual cenderung diarahkan untuk menemukan, mengidentifikasi, mengolah, dan menganalisis bahan hukum untuk memahami makna, signifikansi dan relevansinya.<sup>42</sup>

Selain itu, data sekunder yang telah terkumpul kemudian disusun secara sistematis, untuk kemudian dianalisa secara perspektif dengan menggunakan metode deduktif dan induktif. Metode deduktif dilakukan dengan cara membaca, menafsirkan dan membandingkan, sedangkan metode induktif dilakukan dengan menerjemahkan berbagai sumber yang berhubungan dengan putusan pengadilan Kasasi Italia yang bertentangan dengan hukum internasional.



<sup>42</sup>Burhan Bungin, *Metodologi Penelitian Kualitatif: Aktualisasi Metodologi Ke Arah Ragam Varian Kontemporer*,

## BAB IV

### HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

**4.1. Menurut Ketentuan Hukum Internasional Individu sebagai Warga Negara tidak dapat mengajukan gugatan terhadap suatu Negara yang memiliki hak kekebalan hukum (*Sovereign Immunity*) yang tidak dapat diganggu gugat.**

**a. Negara dalam status *Iure Imperii* dan *Iure Gestiones***

Apakah suatu negara berdaulat dapat digugat di hadapan forum pengadilan negara lain dan apakah tindakan suatu negara dapat diuji keabsahannya oleh hakim negara lain akan bergantung pada kualitas negara dalam penampakan dirinya. Pertanyaan pertama mempersoalkan tentang imunitas negara, sedangkan yang kedua mempersoalkan tentang doktrin tindakan negara.

Di negara-negara Anglo Saxon pada permulaannya hakim memegang teguh kedua doktrin imunitas ini. Apabila suatu perbuatan berasal dari negara berdaulat yang diakui oleh negara mereka, maka hakim di negara negara Anglo Saxon merasa tidak mempunyai wewenang untuk mengadakan pengujian terhadap tindakan negara tersebut yang telah dilakukannya sebagai suatu negara yang berdaulat. Dengan perkataan lain, apakah negara yang digugat itu telah melakukan perbuatannya sebagai negara [dalam arti sebagai suatu kesatuan yang berdaulat] dan dengan demikian negara tersebut bertindak daam kualitasnya sebagaia *jure imperii*, ataukah negara tersebut telah bertindak sebagai suatu entitas yang melakukan tindakan perdata sebagaimana perorangan dan dengan demikian

berada dalam kualitas *jure gestiones* akan ditentukan oleh kualitas negara dalam penampakan dirinya.

Dalam perkara OPEC [*Organization of Petroleum Exporting Countries*] lawan IAM [*International Association of Machinist and Aerospace Workers*] dapat dilihat bahwa suatu tindakan biasaa dapat dianggap sebagai kegiatan perdagangan namun perbuatan tersebut dapat pula dianggap secara politis sebagai suatu tindakan untuk mengatur pemakaian secara maksimal dan seefektif mungkin kekayaan alam negara-negara OPEC. Karena masalah harga minyak dalam perkara tersebut secara internasional dianggap sangat sensitif ditinjau dari segi politik.<sup>43</sup> Di sini nagara-negara anggota OPEC melakukan perbuatannya itu untuk kesejahteraan dan pembiayaan pembangunan negerinya. Jadi merupakan posisi negara dalam kualitas *jure imperii*.

Dari perkara tersebut dapat dikemukakan bahwa kualitas negara dalam *jure imperii* dapat pula ditentukan melauai organ-organ di luar negara yang melekatkan diri kepadanya. Sudah barang tentu kelekatan ini harus dibuktikan dnegan seperangkat peraturan negara yang dimiliki disamping organ-organ tersebut dapat membuktikan, bahwa tindakan yang dilakukannya merupakan bagian integral dari pelaksanaan fungsi-fungsi pemerintah berdaulat. Disini terjadi pemberian imunitas negara oleh negara [*immunity granted*].

#### **b. Arbitrase Antara Negara dan Individu**

Setelah Perang Dunia II telah berkembang arbitrase antara negara dan individu. Karena pihaknya salah satu bukan negara maka jika timbul sengketa

---

<sup>43</sup> Sudargi Gautama, Soal- soal Aktual Hukum Perdata Internasional, Bandung, Alumni, 1981, hlm. 178

tidak tunduk pada hukum internasional. Di pihak lain negara yang menjadi pihak menginginkan adanya pengakuan bahwa sebagai negara, negara tersebut mempunyai kedaulatan (*sovereignty*) karena mempunyai hak prerogatif bahkan bila ada sengketa dengan secara privat.

Sehubungan dengan kasus antara negara da individu perlu disebutkan adanya konvensi internasional yang dibuat oleh Bank Dunia untuk memutuskan perkara yang timbul antara negara dan warga negara lain sehubungan dengan masalah investasi, yaitu konvensi Washington yang berlaku sejak 18 Maret 1965 yang telah membentuk *the International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID).<sup>44</sup>

#### ***Pengadilan- Pengadilan Internasional dan Berlakunya Hukum Nasional***

Fakta bahwa pengadilan-pengadilan nasional pertama-tama harus memperhatikan hukum nasional dalam hal terjadi konflik dengan hukum internasional, sama sekali tidak mempengaruhi kewajiban-kewajiban negara terkait untuk melaksanakan kewajiban-kewajiban internasional. Pengaduan nasional yang tunduk pada hukum nasional, meskipun tidak sesuai dengan kaidah hukum internasional, dengan sendirinya bertindak secara bertentangan dengan hukum internasional, dan sebagai sebuah organ negara, pihaknya akan memikul tanggung jawab internasional dari negara itu. Oleh karena itu, di muka pengadilan internasional, suatu negara responden tidak dapat mengemukakan alasan bahwa hukum nasionalnya (bukan hanya konstitusinya)<sup>45</sup> memuat kaidah-kaidah yang

<sup>44</sup> Sri Setianingsih Suwardi, *Penyelesaian Sengketa Internasional*, Jakarta. Penerbit Universitas Indoneisa (UI- Press). 2006

<sup>45</sup> Advisory Opinion on the Treatment of Polish Nationals in Danzig Pub PCIJ (1932), series A/B, No. 44,24 dan juga Case of the Free Zones of Upper Savoy and Gex.

bertentangan dengan hukum internasional, juga negara itu tidak dapat menyatakan ketiadaan (*absence*) suatu ketentuan legislatif atau suatu kaidah hukum internasional sebagai pembelaan diri terhadap dakwaan bahwa pihaknya telah melanggar hukum internasional. Hal ini telah dinyatakan secara tepat dalam perkara *Finnish Ships Arbitration*<sup>46</sup>;

Berkenaan dengan cara pembentukan hukum nasionalnya, negara menurut hukum internasional memiliki kebebasan penuh untuk bertindak, dan hukum nasionalnya merupakan persoalan domestik di mana negara lain tidak berhak untuk mencampurinya, dengan ketentuan bahwa hukum nasional tersebut dibuat sedemikian rupa sehingga dapat mengefektifkan semua kewajiban internasional negara tersebut.”

Penyangkalan terhadap hukum internasional di hadapan pengadilan-pengadilan internasional tidak berarti bahwa kaidah-kaidah hukum nasional tidak relevan dalam kasus-kasus di muka pengadilan internasional. Seringkali dalam permulaan penentuan suatu klaim internasional, pengadilan internasional memandang perlu memperoleh kepastian atau menafsirkan atau menetapkan hukum nasional misalnya, apabila diajukan klaim bahwa telah terjadi pelanggaran keadilan oleh suatu pengadilan nasional, atau apabila suatu ketentuan traktat, yang menuntut penafsiran, dengan mengacu kepada hukum internasional, atau kadang-kadang hanya untuk tujuan menjelaskan fakta.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> *United Nations Report of International Arbitral Awards Vol. 3, hal 1484.* Pasal 13 Draft Declaration of Rights and Duties of States yang disahkan Komisi Hukum Internasional tahun 1949 juga menentukan ;” Setiap negara memiliki kewajiban untuk melaksanakan dengan itikad baik kewajiban- kewajiban yang timbul dari traktat- traktat dan sumber- sumber hukum internasional lainnya dan negara itu tidak boleh menyatakan bahwa ketentuan- ketentuan dalam konstitusinya atau perundang- undangannya sebagai alasan pemaaf bagi kegagalan untuk melaksanakan kewajibannya tersebut”.

<sup>47</sup> J.G. Starke, Pengantar Hukum Internasional, Edisi Kesepuluh, Sinar Grafika, Jakarta, 1992



c. **Pasal 5 dari The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004.**

Terdapat dua puluh delapan negara yang telah menandatangani dan sebelas negara yang telah meratifikasi konvensi ini. Dimana Jerman dan Italia bergabung dan menyatakan diri menjadi anggota PBB pada tanggal 18 September 1973 dan 14 Desember 1955.<sup>48</sup> Konvensi PBB tentang Kedaulatan Negara dan Properti diadopsi oleh Majelis Umum PBB pada 2 Desember 2004, yang diakhiri dengan negosiasi internasional. Konvensi tersebut merupakan instrumen multilateral pertama yang mengartikulasikan pendekatan yang komprehensif mengenai pertanyaan tentang kekebalan berdaulat dari gugatan di pengadilan luar negeri. Hal itu dimaksudkan untuk mengkodifikasi prinsip-prinsip yang ada mengenai Hukum Kebiasaan Internasional. Pada awal Oktober 2011, telah dikumpulkan tiga belas amandemen.<sup>49</sup>

d. **The Eleventh Amendment to the U.S Constitution**

Perubahan kesebelas dari Konstitusi Amerika Serikat diratifikasi untuk melindungi negara dari keputusan Mahkamah Agung dalam kasus *Chisholm v Georgia*, (1793<sup>50</sup>), awalnya hanya melindungi negara dari pengajuan gugatan di pengadilan federal oleh warga negara dari negara lain. Dalam kasus *Hans v Louisiana*, Mahkamah Agung memutuskan bahwa warga negara tidak dapat

<sup>48</sup> <http://www.un.org/en/members/index.shtml>

<sup>49</sup> Stewart, David. P, *The Immunity of State Officials Under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, Professor of International and Transnational Law, Georgetown University Law Center. Vanderbilt Journal of Transnational Law

<sup>50</sup> <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/113275/Chisholm-v-Georgia>, pada tahun 1792, eksekutor harta warga South Carolina, *Alexander Chisholm* menggugat negara bagian Georgia di Mahkamah Agung untuk memaksa pembayaran gugatan yang dibuat terhadap negara itu. Georgia menolak tampil di hadapan pengadilan, menyangkal otoritas pengadilan untuk mendenar kasus-kasus di mana negara adalah terdakwa. Kemudian di tahun 1798, *The Eleventh Amendment* diadopsi untuk menghapus yurisdiksi pengadilan dalam kasus tersebut.

menuntut negara mereka sendiri baik, berdasarkan prinsip-prinsip kekebalan berdaulat negara dan federalisme.<sup>51</sup> The Eleventh Amendment telah dianggap sebagai prinsip dari Hukum Kebiasaan Internasional sejak dipakai sebagai sumber hukum di berbagai kasus Internasional yang merupakan kasus dari gugatan individu terhadap sebuah negara.

Isi dari *The Eleventh Amendment* adalah, ” *The Judicial power of United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subject of any Foreign State.* ”<sup>52</sup>

Dalam *The Eleventh Amendment* tersebut dijelaskan bahwa Kekuatan Yudisial dari Amerika Serikat tidak dapat ditafsirkan terhadap segala gugatan dalam hukum atau keadilan, yang diajukan terhadap salah satu negara bagian dari Amerika Serikat oleh Warga Negara lain, atau oleh Warganya, atau Rakyatnya dari setiap negara asing.

#### **e. Kasus *Alden v. Maine 1938.***

Alden yang merupakan penggugat, seorang petugas pengawas bersama dengan sekelompok petugas pengawas lainnya, mengajukan gugatan terhadap atasan mereka, yakni negara Bagian Maine di pengadilan daerah. Alden menuduh bahwa Maine telah melanggar ketentuan lembur dari *Fair Labor Standards Act of 1938* atau Undang undang mengenai standar buruh 1938 dan menggugat uang lembur dan likuidasi kerusakan. Sementara gugatan tertunda, Mahkamah Agung Amerika Serikat memutuskan kasus *Suku Florida v. Florida 1996* yang

<sup>51</sup> <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/2/419/case.html>

<sup>52</sup> <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/184510/Eleventh-Amendment>

menyatakan bahwa Kngres tidak memiliki kekuasaan di bawah Pasal I Konstitusi untuk membatalkan kekebalan berdaulat negara dari gugatan di pengadilan federal. Berdasarkan keputusan ini, pengadilan daerah menolak gugatan Alden dengan alasan bahwa negara memiliki kekebalan berdaulat dari gugatan.

**e. Pasal 31 European Convention on State Immunity 1972 .**

*“Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State.”*

Dalam Konvensi Eropa tersebut dikemukakan bahwa tidak disebutkan dalam konvensi tersebut yang akan mempengaruhi kekebalan atau hak istimewa yang dimiliki oleh suatu Negara pihak pada persetujuan apapun yang dilakukan atau dihilangkan untuk dilakukan oleh atau dalam hubungannya dengan angkatan bersenjata ketika di wilayah pihak Negara lain. Sehingga dalam praktek kehidupan bernegara, setiap negara yang melakukan tindakan negaranya, meskipun merupakan tindakan dari angkatan bersenjata, tindakan tersebut tidak akan menghilangkan kekebalan atau imunitas yang dimiliki oleh negara yang merupakan bagian dari Konvensi Eropa tersebut.

**f. Pasal 2.1 dari Piagam PBB The 1945 Charter of United Nations**

*“The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members.. “*

Dalam pasal tersebut disebutkan bahwa Organisasi bersendikan pada prinsip-prinsip persamaan kedaulatan dari semua anggota, yang tersirat dalam pasal tersebut bahwa Negara memiliki kedudukan setara dengan negara lain, dimana seorang individu tidak dapat mengganggu gugat suatu negara di depan

pengadilan. Selain itu, Italia yang merupakan salah satu negara yang melegalkan *Luigi Ferrini* menggugat Negara Jerman di Pengadilan tingkat Kasasi telah sah menjadi anggota dari PBB sejak 14 Desember 1955, dan Jerman sah menjadi anggota dari PBB sejak 18 September 1973<sup>53</sup>, yang secara langsung Italia harus tunduk pada ketentuan yang telah ditentukan dalam Piagam PBB 1945.

Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa menurut Bab VII Charter Perserikatan Bangsa-Bangsa 26 Juni 1945, dalam hal terhadap suatu ancaman terhadap perdamaian, pelanggaran perdamaian atau tindakan agresi, dapat menetapkan tindakan pemaksaan terhadap negara tertentu untuk memelihara atau memulihkan perdamaian dan keamanan internasional, sejauh negara yang bersangkutan melanggar hukum internasional, dalam kenyataan ini merupakan suatu bentuk sanksi kolektif untuk menegakkan Hukum Internasional.<sup>54</sup>

Juga menurut pasal 94 ayat 2 Charter, apabila suatu negara, yang menjadi pihak dalam perkara yang diajukan ke muka *International Court of Justice*, tidak melaksanakan kewajiban-kewajiban yang dibebankan kepadanya berdasarkan keputusan yang dijatuhkan oleh Mahkamah, maka Dewan Keamanan atas permohonan negara lain, yang menjadi pihak lawan dalam perkara yang sama dapat memberikan rekomendasi-rekomendasi atau memutuskan mengenai tindakan yang harus diambil untuk terlaksananya putusan tersebut.

Dalam pasal 6 Piagam PBB dijelaskan bahwa Instrumen-instrumen konstitusi organisasi internasional tertentu menetapkan bahwa negara-negara anggota yang tidak menaati prinsip-prinsip dasar yang dimuat dalam instrumen-instrumen ini dapat diskors atau dipecat keanggotaannya, atau dihapuskan keuntungan-

<sup>53</sup> <http://www.un.org/en/members/index.shtml>

<sup>54</sup> J. G . Starke, Pengantar Hukum Internasional, Edisi Kesepuluh, Sinar Graika, Jakarta, 1993,

keuntungan dan hak- hak istimewa keikutsertaannya

#### g. 1976 Foreign Sovereign Immunities Act di Amerika Serikat

FSIA 1976 dikeluarkan untuk mengatur secara khusus masalah imunitas kedaulatan dari negara asing yang menghadapi gugatan perkara di pengadilan-pengadilan Amerika Serikat. Dalam FSIA 1976 diatur mengenai apa yang dinamakan teori imunitas terbatas (*restrictive immunity*). Paham imunitas mutlak (*absolute*) sudah tidak dipertahankan lagi dan diganti dengan imunitas terbatas. Imunitas terbatas ini telah banyak diterima oleh berbagai negara sejak beberapa puluh tahun terakhir ini.

Dalam teori imunitas terbatas dijelaskan bahwa negara dapat menuntut imunitas kedaulatannya apabila ia bertidak sebagai suatu negara atau suatu kesatuan berdaulat yang melahirkan suatu tindakan publik berupa tindakan berdaulat pula.

Ketentuan pasal 1604 FSIA menyatakan bahwa suatu negara asing pada prinsipnya akan dianggap kebal terhadap yurisdiksi-yurisdiksi dari pengadilan-pengadilan Amerika Serikat. Akan tetapi, dalam hal yang ditentukan sebagai pengecualian, yaitu seperti yang tercantum dalam Pasal 1605, maka imunitas tidak diberikan.<sup>55</sup>

Pasal 1605 menentukan adanya pengecualian umum atas imunitas mengenai yurisdiksi pengadilan terhadap suatu negara asing. Pengecualian ini antara lain dapat dirumuskan sebagai berikut;<sup>56</sup>

- a. Apabila negara bersangkutan telah melakukan suatu kegiatan komersial yang telah dilakukan di dalam wilayah Amerika, atau

<sup>55</sup> § 1604. *Immunity of a foreign state from jurisdiction* disebutkan bahwa: "Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter."

<sup>56</sup> Yudha Bhakti Ardhiwisastro, *Imunitas Kedaulatan Negara di Forum Pengadilan Asing.*, Alumni, 1999, Bandung

- b. Apabila dilakukan suatu perbuatan di dalam wilayah Amerika Serikat dalam hubungannya dengan suatu kegiatan komersial dari negara asing di tempat lain, atau
- c. Apabila suatu perbuatan dilakukan di luar wilayah Amerika tetapi dalam hubungannya dengan suatu kegiatan komersial dari negara asing di luar negeri dan perbuatan tersebut telah menyebabkan suatu akibat langsung di Amerika, maka imunitas tidak berlaku.

Dalam suatu tindakan negara yang kemudian dapat dikualifikasikan sebagai tindakan “*jure gestionis*” dimana hakim pengadilan Amerika Serikat sampai kepada suatu hal yang berkenaan dengan penyitaan terhadap kekayaan atau milik pemerintah yang digugat, maka sitaan demikian dapat dilakukan. Namun demikian tindakan penyitaan terhadap milik negara asing seperti dalam situasi di atas harus dikecualikan terhadap milik diplomatik dan konsuler dalam rangka menjalankan tugasnya. Sehingga dapat disimpulkan milik diplomatik dan konsuler kebal dari sitaan berdasarkan ketentuan pasal 22 Konvensi Wina tahun 1961 tentang Hubungan Diplomatik.<sup>57</sup>

#### **h. Teori Imunitas Negara Terbatas (*Restrictive Sovereign Immunity*).**

Merupakan kelanjutan dari perkembangan teori imunitas absolut dan perkembangan lebih lanjut dari teori imunitas negara. Setelah negara-negara penganut doktrin imunitas absolut mengeluarkan ketentuan-ketentuan hukum nasional khusus mengenai imunitas negara asing yang mengakhiri keberlakuan Teori Imunitas Negara Mutlak. Teori Imunitas Negara terbatas pada awalnya

<sup>57</sup> Pasal 22 ayat 3 Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik berbunyi, “*The Premises of the mission, their furnishings and other property there on and the means of transport of the mission shall be immune from search, requisition, attachment or execution.*”

dianut oleh Belgia, Italia, Swiss, Perancis, Austria, Mesir, Yunani, Peru dan Denmark.

Merupakan kebalikan dari imunitas absolut, Teori Imunitas Terbatas (*The Restrictive Theory immunity*) ini membatasi berlakunya imunitas negara. Menurut ajaran teori ini imunitas/ kekebalan negara tersebut terbatas. Batasan dari Imunitas Negara Terbatas yakni untuk tindakan-tindakan negara yang publik (*juri imperii*) saja yang mempunyai imunitas atau kekebalan, dalam hal tindakan-tindakan negara yang komersial (*jure gestionis*) tidak demikian halnya.<sup>58</sup>

**i. Tidak ada ekspresi internasional yang melarang mengenai penyangkalan kekebalan berdaulat suatu negara (*Sovereign Immunity*) atas pelanggaran norma *Ius Cogens*.<sup>59</sup>**

Dalam perkembangan wacana hukum hak asasi manusia internasional berikutnya, pelanggaran terhadap *non-derogable rights* sebagaimana tercantum dalam ICCPR dan dielaborasi dalam beberapa konvensi hak asasi manusia yang lebih spesifik juga dianggap merupakan pelanggaran terhadap *Ius Cogens*, misalnya penyiksaan.

Yang dimaksud dengan *non-derogable rights* (hak yang tidak bisa dikurangi atau ditunda pemenuhan dan perlindungannya dalam kondisi apapun) di sini adalah beberapa hak sipil dan politik yang dijamin dalam Kovenan Hak Sipil dan Politik

<sup>58</sup> Moch, Basrah. Perkembangan Doktrin Tindakan Negara (*Act of State Doctrine*) Setelah Konsep Kekebalan Negara (Teori Imunitas) <http://wartawarga.gunadarma.ac.id/2011/05/perkembangan-doktrin-tindakan-negara-act-of-state-doctrine-setelah-konsep-kekebalan-negara-teori-imunitas/>

<sup>59</sup> *Ius cogens* adalah norma umum dalam hukum Internasional yang disepakati, diterima, dan diakui oleh negara-negara dalam masyarakat internasional secara keseluruhan sebagai sebuah norma yang tidak boleh dilanggar dan atau dikurangi dan hanya bisa dirubah jika lebih banyak negara-negara di dunia menyepakati dan mengakui sebuah norma lain yang subsekuen dengannya.. (*Vienna Convention on the Law and Treaties 1958 pasal 53*)

(ICCPR), yaitu hak untuk hidup (pasal 6), hak untuk tidak mendapatkan penyiksaan (pasal 7), hak untuk tidak diperbudak (pasal 8), hak untuk tidak dipenaa semata-mata atas dasar ketidak mampuan untuk memenuhi suatu kewajiban dalam perjanjian (pasal 11), hak untuk tidak dihukum atas tindakan yang bukan merupakan tindak pidana pada saat tindakan tersebut dilakukan (pasal 15), hak untuk diakui sebagai pribadi di muka umum (pasal 16), dan hak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama (pasal 18).<sup>60</sup>

Beberapa konvensi turunan dari UDHR dan Kovenan Hak Sipil dan Politik secara spesifik juga melindungi non-derogable rights, seperti Konvensi Menentang Penyiksaan (CAT) misalnya yang secara tegas menyatakan status hak untuk tidak mendapatkan siksaan sebagai *non-derogable rights* seperti tercantum dalam pasal 2 ayat (2) ,” Tidak ada keadaan pengecualian apapun, apakah keadaan perang atau ancaman perang, ketidakstabilan politik dalam negeri ataupun keadaan darurat, yang dapat digunakan sebagai pembenaran untuk penyiksaan”.

Putusan Pengadilan baik Regional maupun domestik yang telah ditemukan menjelaskan bahwa tidak ada kewajiban untuk memindahkan kekebalan atas pelanggaran Jus Cogens ada dalam hukum internasional, dan tidak pernah diterangkan bahwa negara dilarang menyangkal kekebalan dalam keadaan seperti itu.<sup>61</sup>

Doktrin *Sovereign Immunity* merupakan pengecualian pada prinsip yurisdiksi teritorial, yang dikembangkan untuk mendorong sikap menghargai Internasional. Oleh karena itu, tidak ada yang melekat pada hak imunitas negara. Pertimbangan praktis membimbing pengadilan negeri dalam kekebalan analisis, kesetaraan dan

<sup>60</sup> Pernyataan tentang hak- hak ini sebagai hak yang tidak dapat dikurangi dalam kondisi apapun, dan kewajiban negara untuk melindunginya juga tidak dapat dikurangi dalam kondisi apapun terdapat dalam pasal 4 ayat 2 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (ICCPR)

<sup>61</sup> Lihat, *Al-Adsani v. U.K.*, E.C.H.R., 35763/97 (2001), ¶61 (hereinafter “*Al-Adsani*” ); *Kalogeropoulou v. Greece*, E.C.H.R., 50021/00 (2002).



keseimbangan terhadap faktor-faktor seperti hak-hak mereka sendiri.

Analisis Penulis berkaitan dengan kasus yang terjadi Luigi Ferrini yang mengajukan gugatan terhadap negara Jerman yang memiliki kekebalan imunitas adalah pada kasus Ferrini yang diputus oleh pengadilan Corte di Cassazione tanggal 11 Maret 2004, yang memutuskan bahwa Italia memegang yurisdiksi mengenai klaim yang dibawa oleh Ferrini yang telah dideportasi ke Jerman untuk melakukan kerja paksa merupakan hal yang bertentangan dengan Hukum Internasional dan tidak dapat dilaksanakan hasil putusan tersebut meskipun putusan tersebut sesuai dengan Hukum nasional Italia.

Setelah penilaian pengadilan Italia tersebut, lebih dari 200 pengadu mengajukan gugatan perdata melawan Jerman. Secara khusus, penghakiman terakhir pada tanggal 28 Oktober 2008 pada kasus *Josef Max Milde*. Kasus tersebut berkaitan dengan tindakan sipil yang diajukan terhadap seorang perwira Jerman yang terbukti bersalah karena terlibat dalam pembunuhan 203 rakyat sipil (termasuk wanita dan anak-anak). Pembantaian tersebut dilakukan pada tanggal 29 Juni 1944 di Munisipalitas Civitella, Cornia, dan S. Pancrazio, Italia. Pengadilan militer La Spezia menjatuhkan hukuman penjara seumur hidup atas kejahatan pembunuhan yang diatur dalam pasal 185 kitab undang-undang hukum pidana militer Italia pada masa perang. Hal ini juga menguatkan pengaduan untuk permintaan kompensasi (ganti rugi) yang diajukan kerabat korban terhadap pihak Jerman.

Secara khusus, pengadilan menemukan bahwa kekebalan negara dapat dikecualikan dalam kasus kejahatan internasional yang merupakan titik tegas dari yurisprudensinya. Menurut mahkamah, tidak logis untuk menegaskan

keunggulan-keunggulan hak-hak asasi manusia kemudian menolak akses ke pengadilan. Sehingga tidak ada jaminan pelaksanaan yang efektif dari pelaksanaan hak-hak.

Pada bulan Oktober 2008, pemerintah Italia memerintahkan kepada pemerintah Jerman untuk melakukan pembayaran sebesar satu juta Euro sebagai kompensasi kepada keluarga dari 9 korban tewas oleh tentara Jerman di Civitella, Tuscany pada tahun 1944. Selain itu, setelah yurisprudensi ini pengadilan Italia mengambil aset Jerman yang ada di Italia dengan hipotek yang dikeluarkan pengadilan Italia secara tertulis dalam register tanah. Aset tersebut adalah Villa Vigoni yang digunakan sebagai pusat pertukaran budaya Italia-Jerman.

#### **4.2. Dasar Pertimbangan Hukum dari Keputusan Hakim Pengadilan Tingkat Kasasi di Italia yang menjatuhkan putusan dakwa bahwa negara Jerman bersalah dan bertanggung jawab atas gugatan Warga Negara Italia tidak dibenarkan oleh Ketentuan Hukum Internasional.**

Berdasarkan surat putusan yang dijatuhkan oleh Hakim Pengadilan Tingkat Kasasi di Italia yang telah memutuskan Jerman bersalah dan bertanggung jawab atas kasus *Luigi Ferrini v. Germany*, dasar yang digunakan Hakim tersebut antara lain sebagai berikut :

- a. berdasarkan *The Convention on Jurisdiction, Recognition and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 27 September 1968 (Brussels Convention)* tidak berlaku untuk hal-hal yang menyangkut pelaksanaan kekuasaan publik oleh negara berwenang. Konvensi Brussels (dimasukkan dalam

Peraturan, (EC) 44/2001, (2001) OJ L12 / 1 dan sekarang hukum Uni Eropa) itu jelas tidak berlaku untuk kontroversi yang berkaitan dengan kegiatan *jure imperii*.<sup>62</sup>

Dalam Hukum perjanjian internasional dipahami bahwa setiap perjanjian melahirkan hubungan hukum berupa hak-hak dan kewajiban-kewajiban bagi para pihak yang terikat pada perjanjian itu. Demikian pula sejak perundingan untuk merumuskan naskah perjanjian, pemberlakuan, pelaksanaannya dengan segala permasalahan yang timbul serta pengakhiran berlakunya perjanjian, seluruhnya tunduk pada hukum internasional maupun hukum perjanjian internasional. Hal ini menunjukkan atau mencirikan, bahwa perjanjian itu memiliki sifat internasional dan oleh karena itu termasuk dalam ruang lingkup hukum internasional.

Dengan terpenuhinya semua unsur perjanjian internasional seperti dikemukakan di atas, secara tersimpul dapatlah dibedakan antara perjanjian internasional yang tunduk pada hukum internasional (publik) dan perjanjian atau lebih tepatnya kontrak-kontrak internasional yang tunduk pada hukum perdata atau hukum perdagangan atau hukum kontrak internasional yang lebih menunjukkan sifat privat atau keperdataan, meskipun dewasa ini bidang hukum ini juga mengandung unsur- unsur publik, atau dengan kata lain sudah menunjukkan sifat dan coraknya yang *sui generis*. Demikian pula secara implisit dapat dibedakan antara perjanjian internasional dan perjanjian atau lebih tepat perikatan nasional, yang tunduk pada hukum nasional masing masing negara.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Acta jure imperii adalah kegiatan yang bersifat pemerintah atau publik yang dilakukan oleh suatu Negara asing atau salah satu dari subdivisi. Acta jure imperii juga memenuhi syarat untuk kekebalan negara di bawah doktrin modern kekebalan berdaulat membatasi asing.

<sup>63</sup> I wayan Parthiana, Perjanjian Internasional Bagian 1, Mandar Maju, 2002, Bandung

b. Prinsip Hukum Kebiasaan Internasional mengenai kekebalan negara adalah bagian dari sistem hukum di Italia berdasarkan Pasal 10 dari Konstitusi Italia, tapi begitu juga prinsip-prinsip yang melindungi kebebasan individu dan martabat, dan norma-norma yang mendefinisikan kejahatan internasional. (paragraf 5, 7.1)

Dalam Hukum Internasional dikenal prinsip yakni Pengutamaan Perjanjian Internasional atas Hukum Nasional. Suatu Negara yang telah meratifikasi suatu perjanjian internasional dan juga telah mengundang ke dalam hukum nasionalnya, serta dalam beberapa hal juga telah menjabarkan atau mentransformasikan ke dalam hukum nasionalnya sendiri, dalam pelaksanaannya di dalam wilayahnya juga akan berhadapan dengan hukum atau peraturan perundang-undangan nasionalnya yang lain.

Bagi masyarakat internasional pada umumnya ataupun bagi negara-negara peserta lainnya tentulah akan lebih baik jika perjanjian internasional itu sendirilah yang harus diutamakan dalam penerapannya, demi terwujudnya tertib masyarakat internasional pada umumnya. Dapat dibayangkan apa yang akan terjadi jika masing-masing negara peserta menolak atau melanggar ketentuan kewajiban internasional atau gagal melaksanakan kewajiban internasional yang berasal dari suatu perjanjian internasional, dengan alasan bahwa perjanjian itu bertentangan dengan hukum atau peraturan perundang-undangan nasionalnya. Boleh jadi akan timbul anarkhi internasional, yang tentu saja akan merugikan semua pihak. hal ini sekaligus juga akan merendahkan nilai-nilai dan tujuan luhur dari perjanjian-perjanjian internasional daripada umumnya.

Oleh karena itu, demi memelihara dan mempertahankan tertib masyarakat

internasional, dan demi nilai-nilai dan tujuan luhur dari perjanjian-perjanjian internasional serta juga supaya negara-negara tidak mudah menjadikan hukum nasionalnya sebagai alasan untuk mengesampingkan suatu perjanjian internasional, oleh Komisi Hukum Internasional maupun negara-negara dalam Konferensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional disepakatilah supaya hukum nasional tidak dapat dijadikan alasan pembenar atas pelanggaran ataupun kegagalannya dalam melaksanakan ketentuan perjanjian internasional. Hal ini ditegaskan dalam pasal 27 (*Internal Law and Observance of Treaties*) Konvensi yang menyatakan bahwa;

*“party may not invoke the provisions of its internal law as justifications of its failure to perform treaty. This rule is without prejudice to article 46.”* (Salah satu pihak tidak boleh menjadikan ketentuan dalam hukum nasionalnya sebagai pembenar atas kegagalannya dalam melaksanakan suatu perjanjian internasional).

Para sarjana hukum internasional dalam pembahasan tentang tidak berlaku surutnya suatu perjanjian internasional sudah umum menghubungkannya dengan pasal 103 piagam PBB yang selengkapnya menegaskan sebagai berikut ,

*“In The event of conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, the obligation under the present charter shall prevail.”*

(Dalam hal adanya konflik atau pertentangan antara kewajiban-kewajiban dari negara-negara anggota PBB berdasarkan Piagam ini dan kewajiban-kewajiban mereka yang berdasarkan atas perjanjian-perjanjian internasional yang lainnya, kewajiban-kewajiban yang berdasarkan atas piagam inilah yang harus

diutamakan)<sup>64</sup>

c. Menurut hukum perjanjian internasional dan praktek peradilan internasional di deportasi, subjek dan kerja paksa merupakan kejahatan internasional. Kesepakatan untuk Penuntutan dan Penghukuman Penjahat Perang utama dari Axis Eropa, dan Penetapan Piagam Pengadilan Militer Internasional (8 Agustus 1945) 82 UNTS 279 (lampiran), mulai berlaku 8 Agustus 1945 ('Piagam Internasional Pengadilan militer di Nuremberg) 'menyatakan bahwa kejahatan perang termasuk' deportasi ke perbudakan '(Pasal 6 (b)). (ayat 7,2)

Pasca Perang Dunia ke II Jerman beserta sekutunya mengadakan perjanjian dengan para korban Perang Dunia II dan membayar kewajiban atas ganti rugi yang telah diakibatkan oleh Jerman beserta sekutunya selama Perang Dunia ke II, beberapa di antaranya adalah ;

#### **The Peace Treaty 1947**

Pada 10 Februari 1947, pasca Perang Dunia Kedua, Jerman mengadakan Perjanjian Damai dengan Italia, yang mengatur khususnya konsekuensi hukum dan ekonomi dari perang dengan Italia. Dalam pasal 77 dari Peace Treaty tersebut disebutkan bahwa;

1. *From the coming into force of the present Treaty property in Germany of Italy and of Italian nationals shall no longer be treated as enemy property and all restrictions based on such treatment shall be removed*
2. *Identifiable property of Italy and of Italian nationals removed by force or duress from Italian territory to Germany by German forces or authorities after September 3, 1943, shall be eligible for restitution.*
3. *The restoration and restitution of Italian property in Germany shall be effected in accordance with measures which will be determined by the Powers in occupation of Germany.*
4. *Without prejudice to these and to any other dispositions in favour of Italy*

<sup>64</sup> I Wayan Parthiana, Perjanjian Internasional. Bagian 2, Mndar Maju, 2005, Bandung

*and Italian nationals all claims against Germany and German nationals outstanding on May 8, 1945 except those arising out of contracts and other obligations entered into, and rights acquired, before September 1, 1939. This waiver shall be deemed to include debts, all inter-governmental claims in respect of arrangements entered into in the course of the war, and all claims for loss or damage arising during the war. ‘*

*‘Settlement of certain property- related, economic and financial questions’.*

Di dalam pasal 1 perjanjian tersebut, Jerman telah membayar biaya kerugian terhadap Italia mengenai *‘outstanding questions of an economic nature’*. Dalam perjanjian tersebut pihak Jerman telah membayar puluhan miliar dolar sejak tahun 1959 terhadap korban kekejaman Nazi kepada keluarga mereka. Sesuai dengan program kompensasi terbaru antara tahun 2001-2007 Jerman telah memberikan hampir 6 miliar dolar AS untuk 1,6 juta orang atau keluarga mereka karena dirugikan dari kerja paksa selama perang. Namun, Italia menyatakan tidak puas dengan inisiasi dari proses tersebut sebelum perkara antara Jerman dengan Itali masuk ke dalam *International Court of Justice*. Niat Jerman untuk mengajukan permohonan ke *International Court of Justice* didukung oleh pemerintah Italia. Tapi, penyelesaian masalah politik tersebut tidak dapat menghentikan pengadilan independen Italia dari keputusan render yang didasarkan pada hukum nasionalnya.

### **The 1961 Agreements**

On 2 June 1961, two agreements were concluded between the Federal Republic of Germany and Italy. The first Agreement, which entered into force on 16 September 1963, concerned the *‘Settlement of certain property-related, economic and financial questions’*. Under Article 1 of that Agreement, Germany

paid compensation to Italy for “outstanding questions of an economic nature”.

Article 2 of the Agreement provided as follows:

“(1) The Italian Government declares all outstanding claims on the part of the Italian Republic or Italian natural or legal persons against the Federal Republic of Germany or German natural or legal persons to be settled to the extent that they are based on rights and circumstances which arose during the period from 1 September 1939 to 8 May 1945.

(2) The Italian Government shall indemnify the Federal Republic of Germany and German natural or legal persons for any possible judicial proceedings or other legal action by Italian natural or legal persons in relation to the abovementioned claims.”

The second Agreement, which entered into force on 31 July 1963, concerned “Compensation for Italian nationals subjected to National-Socialist measures of persecution”. By virtue of this Agreement, the Federal Republic of Germany undertook to pay compensation to Italian nationals affected by those measures. Under Article 1 of that Agreement, Germany agreed to pay Italy forty million Deutsche marks

“for the benefit of Italian nationals who, on grounds of their race, faith or ideology were subjected to National-Socialist measures of persecution and who, as a result of those persecution measures, suffered loss of liberty or damage to their health, and for the benefit of the dependents of those who died in consequence of such measures”.

**Article 3 of that Agreement provided as follows :**

“Without prejudice to any rights of Italian nationals based on German compensation legislation, the payment provided for in Article 1 shall constitute final settlement between the Federal Republic of Germany and the Italian Republic of all questions governed by the present Treaty.”

Dari analisis penulis mengenai dasar pertimbangan hukum dari keputusan hakim pengadilan Italia tidak dibenarkan berdasarkan Hukum Internasional. Karena dalam Hukum Internasional, suatu negara pada dasarnya tidak dapat melakukan penuntutan terhadap negara lain dengan menggunakan sistem hukum nasionalnya sendiri dengan adanya alasan kekebalan negara (*state immunity*). Namun, dalam *European Convention on State Immunity* tahun 1972 menyatakan bahwa suatu



negara berdaulat dapat melakukan penuntutan terhadap negara lain dengan beberapa ketentuan-ketentuan tertentu.

Suatu negara berdaulat dapat melakukan penuntutan terhadap negara lain jika hal itu menyangkut hak asasi manusia seperti yang tercakup dalam pasal 9 Konvensi Eropa mengenai kekebalan negara yang berbunyi :

*“A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate to :*

- a. Its rights or interests in, or its use or possession of, immovable property;*
- b. Its obligations arising out of its rights or interests in, or use or possession of, immovable property and the property is situated in the territory of the State of the forum.”*

Selanjutnya dalam pasal 10 yang berbunyi :

*“A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate to a right in movable or immovable property arising by way of succession, gift or bona vacantia.”*

Dan pasal 11 yang berbunyi :

*“A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.”*

Atas dasar itulah maka pengadilan Italia tidak berhak untuk mengadakan penuntutan terhadap Jerman sebagai mana seharusnya. sehingga, penuntutan yang dilakukan oleh pengadilan Italia terhadap Jerman berujung pada penuntutan ulang oleh pemerintah Jerman terhadap Italia di *International Courts of Justice* dengan alasan bahwa pengadilan Italia telah melanggar yurisdiksi dari kekebalan negara Jerman. Selain itu, pihak Italia menyita aset Jerman yang berada di Italia yaitu Villa Vigoni yang merupakan bangunan pertukaran budaya Italia-Jerman yang tidak digunakan untuk tujuan bisnis. Salah satu kesalahan dari pihak Italia adalah

mengadakan penyitaan terhadap bangunan tersebut. Hal itu disebabkan dengan adanya perlindungan terhadap barang-barang milik suatu negara yang tidak digunakan untuk keperluan bisnis.

Maka tampak jelas bahwa apa yang dilakukan oleh pengadilan Italia dengan melakukan penyitaan terhadap aset Jerman adalah salah. Penyitaan tersebut hanyalah salah satu faktor pemicu penuntutan Jerman terhadap Italia. Faktor lainnya yaitu putusan pengadilan Italia yang menuntut Jerman memberikan kompensasi pada Ferrini sehingga memungkinkan munculnya gugatan-gugatan lain yang serupa dengan tuntutan yang diputus oleh pengadilan Italia sebelumnya. Permintaan Italia dalam *Internationel Courts of Justice* sebagai jawaban dari tuntutan Jerman adalah sebagai berikut :

*“With respect to its counter-claim, and in accordance with Article 80 of the Rules of the Court, Italy asks respectfully the Court to adjudge and declare that, considering the existence under international law of an obligation of reparation owed to the victims of war crimes and crimes against humanity perpetrated by the Third Reich:*

- a. Germany has violated this obligation with regard to Italian victims of such crimes by denying them effective reparation.*
- b. Germany’s international responsibility is engaged for this conduct.*
- c. Germany must cease its wrongful conduct and offer appropriate and effective reparation to these victims, by means of its own choosing, as well as through the conclusion of agreements with Italy”;*

Dengan demikian, dasar pertimbangan hukum dari keputusan Hakim Pengadilan Tingkat Kasasi di Italia yang menjatuhkan putusan dakwa bahwa negara Jerman bersalah dan bertanggung jawab atas gugatan warga Negara Italia tidak dibenarkan oleh Hukum Internasional, disebabkan oleh tuntutan Negara Italia yang telah mengesampingkan perjanjian bilateral yang ditandatangani oleh Negara Italia sendiri dengan Jerman dan menghindari fakta bahwa Negara Jerman telah membayar ganti rugi terhadap korban- korban warga Negara Italia akibat dari Perang Dunia Kedua.

## BAB V

### PENUTUP

#### A. Kesimpulan

Dari permasalahan yang telah diteliti dan diuraikan diatas, dapat disimpulkan sebagai berikut :

1. Imunitas negara di depan forum pengadilan nasional negara asing merupakan hak yang fundamental bagi setiap negara yang berdaulat. Hal ini merupakan implementasi dari prinsip persamaan kedaulatan dan non intervensi dalam hukum internasional. Sehingga individu sebagai warga negara tidak dapat mengajukan gugatan terhadap suatu negara yang telah jelas berdasarkan Hukum Internasional telah memiliki hak kekebalan hukum (*Sovereign Immunity*) yang tidak dapat diganggu gugat
2. Dasar pertimbangan hukum dari Putusan Pengadilan Tingkat Kasasi di Italia yang menjatuhkan putusan dakwa bahwa negara Jerman bersalah dan bertanggung jawab atas gugatan warga negara Italia tdk dibenarkan oleh ketentuan Hukum Internasional. Karena putusan tersebut melegalkan penyitaan terhadap aset Jerman, dimana Jerman telah membayar ganti kerugian terhadap korban Perang Dunia Kedua terhadap Italia, yang telah dtandatangani Italia dalam perjanjian Bilateral Ngera Jerman dan Italia pada tahun 1961. Selain itu setiap negara juga memiliki kekebalan hukum yang tidak dapat digugat oleh Pengadilan Asing berdasarkan hukum nasional negara asing tersebut.

## B. Saran

Keberadaan norma hierarki sangatlah penting dalam hukum internasional. Pengakuan adanya jus cogens, peremptory norm membutuhkan kejelasan lebih lanjut dalam hukum internasional. Masih banyak putusan pengadilan nasional yang tidak mengakui adanya efek hukum terhadap imunitas kedaulatan meskipun suatu negara melakukan pelanggaran jus cogens seperti pelanggaran HAM yang berat. Dengan demikian menurut peneliti sangat dibutuhkan suatu proses yang terkadang cukup panjang dalam hukum internasional untuk terjadinya suatu perubahan. Saat ini perubahan itu sudah dimulai meskipun belum dapat diterima sepenuhnya oleh seluruh masyarakat internasional. Perubahan yang dimaksud antara lain;

- a. Keberadaan pasal 12 Konvensi tentang imunitas negara 2004;
- b. Keberadaan pasal 40 dan 41 draft articles Konvensi tentang tanggung jawab negara yang mewajibkan negara untuk tidak mengakui tindakan yang lahir dari pelanggaran terhadap norma jus cogens
- c. Adanya amandemen yang dilakukan beberapa negara dalam undang-undang tentang imunitas negara asing di depan pengadilan nasional mereka yang tidak memberikan imunitas ketika negara asing itu melakukan pelanggaran jus cogens seperti pelanggaran HAM yang berat
- d. Adanya putusan beberapa pengadilan nasional yang tidak memberikan imunitas pada negara asing dalam kasus pelanggaran HAM yang berat.

## DAFTAR PUSTAKA

*Literatur*

- Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada. 2003.
- Ardhiwisastra, Yudha Bhakti. *Imunitas Kedaulatan Negara Di Forum Pengadilan Asing*. Bandung: PT. Alumni. 1999
- Bungin, Burhan., *Metodologi Penelitian Kualitatif: Aktualisasi Metodologi Ke Arah Ragam Varian Kontemporer*,
- Gautama, Sudargo. *Segi- segi Hukum Pada Nasionalisasi di Indonesia*, cet. ke-5. Bandung: Binacipta, 1987.
- \_\_\_\_\_, *Aneka Masalah Hukum Perdata Internasional*. .Bandung: Alumni.1985.
- \_\_\_\_\_, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*. Buku I. cetakan ke-7. Jakarta: Binacipta.1988.
- Green, L.C. *International Law Through The Cases*, Fourth Edition Toronto, The Crosswell Company Limited.
- Ibrahim, Johnny. *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif (Edisi Revisi)*. Malang: Bayumedia Publishing. 2006.
- Kusumaatmadja, Mochtar. Etty R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, Cetakan pertama. Bandung: P.T. Alumni. 2003.
- O'Connel', D.P. *International Law*, 2<sup>nd</sup>, London: Steven and Sons, 1970.
- Parthiana, I Wayan. *Perjanjian Internasional.l* Bagian 1. Bandung: Mandar Maju. 2002.
- \_\_\_\_\_, *Perjanjian Internasional*. Bagian 2. Bandung: Mandar Maju. 2005.
- Shaw, M. N. *Internatioal Law, 3rd Ed.*, New York: Cambridge University Press.1995.
- Starke, J. G. *Pengantar Hukum Internasional 1 (Introduction to International Law*, alih bahasa: Bambang Iriana Djajaatmadja), Cetakan Kesembilan. Jakarta: Sinar Grafika. 2008.
- \_\_\_\_\_, *Pengantar Hukum Internasional( Introduction to International Law*. Edisi Kesepuluh., Jakarta : Sinar Grafika Jakarta.1992

### ***Putusan Kasus***

Al Adsani v. Kuwait

*Al-Adsani v. United Kingdom*. App No. 35763/97, November, 21, 2001,  
E.C.H.R., 35763/97 (2001),

Bouzari v. Iran [App no 31253/96]

Chisholm-v-Georgia, pada tahun 1972,

*Kalogeropoulou v. Greece*, E.C.H.R., 50021/00 (2002).

Kasus *Alden v. Maine* 1938

Kasus Furundzija

*Luigi Ferrini v. Germany*, Hasil Putusan Banding No. no 5044/4; ILDC 19 (IT  
2004) 11 Maret 2004

*McElhinney v. Ireland*, application No. 31253/96, Judgement [GC], 21 Nov  
2001 21 November 2001.

Perfecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany [the Distomo massacre  
case]

Prinsz v. Federal Republic of Germany

Ron Jones v. Saudi Arabia

The Arrest Warrant of 11 April 2000 [*Democratic Republic of Congo v.  
Belgium*], 14 February 2002

### ***Artikel***

Anne Peters, 'International Dispute Settlement: A Network of Cooperational  
Duties', 14

Comments on Article 36, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm, *The Statute  
of the International Court of Justice. A Commentary* (Oxford 2006), p. 649,  
margin note 115;

David P Stewart. The UN Convention on Jurisdictional Immunity of States and  
Their Property, 99 AM, j. Int'l . 194 . 2005

James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State  
Responsibility* (Cambridge 2002), p. 95, para. 6.

Moch, Basrah. Perkembangan Doktrin Tindakan Negara (*Act of State Doctrine*)  
Setelah Konsep Kekebalan Negara (Teori Imunitas)

Stewart, David. P, The Immunity of State Officials Under the UN Convention on  
Jurisdictional Immunities of States and Their Property

## **Konvensi**

*United Nations Convention On Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004*

*Konvensi Eropa Mengenai Imunitas Negara tahun 1972 (European Convention on State Immunity 1972)*

*Piagam PBB (United Nations Charter 1945)*

*Konvensi Eropa Mengenai Imunitas Negara tahun 1972 (European Convention on State Immunity 1972)*

*Montevideo Convention On Rights And Duties of States 1933*

*Konvensi Wina 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969)*

*Slavery Convention 1926*

*Vienna Convention on the Law and Treaties 1958*

## **Statuta**

*Statuta Mahkamah Internasional (International Court of Justice Statute)*

*ICJ Reports 2003, p. 161, 210, para. 107.*

## **Konstitusi dan Hukum Nasional**

*Konstitusi Italia 1947 (Constitution of Italy 1947)*

*United States Foreign Sovereign Immunities Act 1972*

*Foreign State of Immunities Act Australia*

*Foreign Immunity of Act Inggris*

## **Perjanjian (Charter, Agreement, Treaty )**

*Perjanjian Bilateral antara Negara Jerman dan Italia ( Bilateral Agreement on June 1961, the Federal Republic of Germany and Italy agreements )*

*Berlin Treaty 1855*

*Perjanjian 1961 (The 1961 Agreement)*

*Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (ICCPR)*

### Websites

<http://www.un.org>

<http://www.icj-cij.org>

<http://www.echr.Coe.int/eng/judgements.htm>

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/184510/Eleventh-Amendment>

<http://id.shvoong.com/law-and-politics/law/2223075-sistem-hukum-eropa-kontinental>

<http://wartawarga.gunadarma.ac.id/2011/05/perkembangan-doktrin-tindakan-negara-act-of-state-doctrine-setelah-konsep-kekebalan-negara-teori-imunitas/>

Yordan gunawan, "*Pengantar Hukum Internasional*",

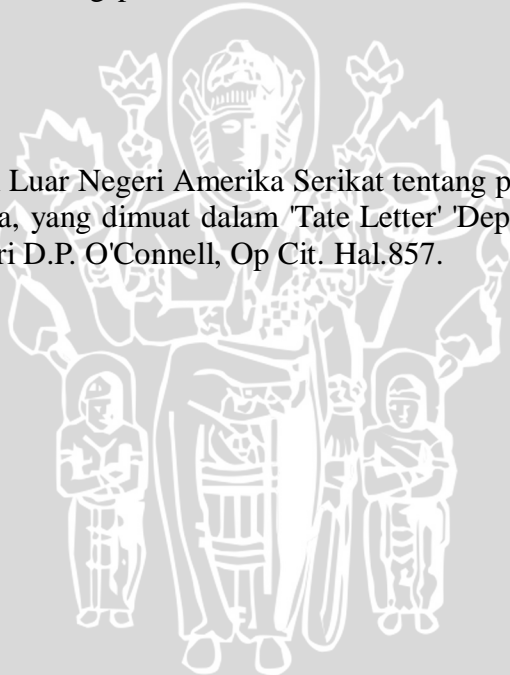
<http://telagahati.wordpress.com>. Diakses Senin, 20 Desember 2010

Benny setianto, "*Sumber hukum internasional*",

<http://bennysetianto.blogspot.com>. Diakses Rabu, 22 Desember 2010

### Hasil Studi

Hasil Studi Departemen Luar Negeri Amerika Serikat tentang perkembangan teori kekebalan negara, yang dimuat dalam 'Tate Letter' 'Dept. State Bull, 984 , 1952. dikutip dari D.P. O'Connell, Op Cit. Hal.857.





## LAMPIRAN I

### PUTUSAN PENGADILAN KASASI ITALIA TERHADAP KASUS LUIGI FERRINI V. JERMAN

Ferrini v Germany,  
Appeal decision, no  
5044/4; ILDC 19 (IT  
2004) 11 March 2004  
Parties: Luigi Ferrini  
Germany

Subject(s): Human rights – Immunities – International criminal law – Statehood, jurisdiction of states, organs of states – Sources, foundations and principles of international law Keyword(s): Armed conflict – Armed conflict, international – Immunity from jurisdiction – International claims – International crimes – International humanitarian law, protected persons and property – Peremptory norms / *ius cogens* – Remedies – Remedies, private-for violation of international law – Reparation – Responsibility of states Core Issue(s) Whether individual fundamental rights prevail over the principle of state immunity.

#### Facts

**F1** Mr Ferrini was abducted on 4 August 1944 near Arezzo, Italy, by the German army. He was deported to Germany and made to work as a forced labourer for German firms. He was detained in a forced labour/extermination camp (*Lager*) at Kahla, where he worked for the *Reimagh [Reich Marschall Hermann Göring] Werke and Messerschmitt* until 20 April 1945. On 23 September 1998, Mr Ferrini brought a civil claim for reparations against Germany at Arezzo Tribunal. He asked for compensation for the injuries-material and moral—that he had suffered through his capture, deportation and forced labour.

**F2** On 12 August 2000, Germany enacted a law establishing a Foundation, ‘Remembrance, Responsibility and Future’, (‘the Foundation’) to administer reparations to World War II forced labourers in the German Reich. However, in 2001, the German Government informed the Foundation that those individuals that had been held as prisoners of war did not qualify to receive compensation from the Foundation. so-called ‘Italian Military Internees’ (‘IMIs’) were, for purposes of the Foundation law, ‘Prisoners of War’. According to Article 34 of the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War 1929, 108 LNTS 343 (ratified by Germany on 21 February 1934), depending on the type of work that prisoners performed, Germany was not under any duty to compensate them. (For a summary of the Foundation law see *Deutsche Botschaft Rom*, updated August 2001. [[http://www.rom.diplo.de/it/seite\\_fondazione.html](http://www.rom.diplo.de/it/seite_fondazione.html)]) The German Government's decision was based on an expert legal opinion according to which IMIs had maintained, all throughout World War II, their status as prisoners of war, even though Hitler himself had decided that their status should be changed to that of ‘civilian workers’. To date, the Foundation had refused approximately 117,000 requests for compensation by IMIs. Claims presented by IMIs before the

repository.ub.ac.id

Berlin Administrative Tribunal (*Berlin Verwaltungsgericht*) no 10, 19 February 2004 and the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) no 1379/01, 28 June 2004 were also unsuccessful. German courts are bound by the German Government's decision.

**F3** In contrast to East European States, Italy and other Western States did not participate in any way in the preparatory work of setting up the Foundation. A 1961 bilateral treaty between Italy and Germany had already been intended to settle general questions of compensation for victims of the Nazi regime. That agreement, in analogy with other similar agreements made by Germany with other Western States, had been considered by the Italian Government as excluding Italy's participation in any further negotiations on the subject. Any further German action depended, therefore, as far as Italy was concerned, on a discretionary interpretation by Germany of the Foundation law. (See *Camera dei Deputati, Allegato B; Seduta no 877; XXXIII, 7 May 2001.*)

**F4** On 3 November 2000, the Arezzo Tribunal declined jurisdiction, and the Florence Court of Appeal confirmed that decision on 14 January 2002. Mr Ferrini brought the present appeal against the Florence Court's decision to the Court of Cassation.

**F5** Luigi Ferrini asked the Court to set aside the Florence Court's decision on jurisdiction on two main grounds: he claimed that Articles 1, 5(3), and 57 of the Convention on Jurisdictional Competence in Civil and Commercial Matters, 27 September 1968 (Brussels), were applicable to the present instance; and he further claimed that the Florence Court had erred in asserting that the principle of jurisdictional immunity of foreign states should be upheld even in the case of a violation of a *ius cogens* rule.

**F6** Germany responded by arguing that Italy did not have jurisdiction and that a further trial on the merits was precluded.

## **Held**

**H1** The Convention on Jurisdiction, Recognition and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 27 September 1968 ('Brussels Convention') was not applicable to this dispute, as it did not apply to matters that concerned the exercise of public powers by state authorities. The Brussels Convention (inserted in Regulation, (EC) 44/2001; (2001) OJ L12/1 and now EU law) was clearly not applicable to controversies related to activities *iure imperii*. This had been made clear several times by the European Court of Justice ('ECJ') when it had confirmed how, in matter of responsibility of the public administration, a compensatory claim is considered as 'civil' (and therefore within the scope of the Brussels Convention) only when related to conducts not performed by that administration in the exercise of its sovereign competence (*acta iure imperii*). (ECJ, C-171/91, 21 April 1993; C-814/79, 16 December 1980; C-29/76, 14 October 1976). As a consequence of this non-applicability, Mr Ferrini's

argument that the Arezzo Tribunal should have referred to the ECJ a question for interpretation on whether the request for reparation against Germany entered within the scope of the Brussels Convention, should have been dismissed. Moreover, even in cases where reference for interpretative purposes to the ECJ was mandatory (which was not the case here for procedural reasons), such mandatory character was not absolute. A judge could abstain from submitting an interpretative question to the ECJ whenever its solution was obvious and did not leave room for reasonable doubts. (paragraphs 2–3)

**H2** The customary international law principle of state immunity is part of the Italian legal system by virtue of Article 10 of the Constitution, (Italy), but so are the international crimes. (paragraphs 5, 7.1)

**H3** The present case differed from the Court's decision in the FILT-CGIL Trento, Cass no 530/00, Giust civ, 2000, I, 2540; ILDC 18 (IT 2000), 3 August 2000), which upheld United States's immunity from civil jurisdiction and held that a state's acts performed within the general conduct of war operations could not be subject to judicial review because they were the manifestation of essentially political functions. Immunity regarding such activity was further confirmed by McElhinney v Williams and Secretary of State for Northern Ireland, (1996) ILR 275 decision of the Irish Supreme Court, and by the related decision at the European Court of Human Rights ('EctHR') McElhinney v Ireland, Case no 31253/96; (2001) 34 EHRR 13 on an alleged violation by Ireland of Article 6(1) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (4 November 1950) 213 UNTS 222; 312 ETS 5, entered into force 3 September 1953 ('European Convention on Human Rights'). (paragraph 6)

**H4** There was no controversy over the fact that Germany's actions on which Ferrini's claim is based had been an expression of its sovereign power, as they took place in the course of an armed conflict. The different question in the present case was whether immunity should be upheld even when specific behaviours within such conflict constituted international crimes and violations of fundamental norms of international law. Although the choice of means in the conduct of war operations was not subject to judicial review (see Presidenza Consiglio Ministri v Markovic, Cass no 8157, 5 June 2002, questions of whether crimes had been perpetrated in the performance of those operations, and of the ensuing civil or criminal responsibilities, were not excluded from review. (paragraph 7.1)

**H5** According to international treaty law and international judicial practice on the subject, deportation and forced labour constitute international crimes. The Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (8 August 1945) 82 UNTS 279 (annex), entered into force 8 August 1945 ('Charter of the International Military Tribunal in Nuremberg') stated that war crimes included 'deportation to slave labour' (Article 6(b)). (paragraph 7.2) Those acts were perpetrated in the course of World War II pursuant to an official strategy of the German State, and Germany itself acknowledged their gravity when it enacted the Foundation Law. (paragraph 7.4)

**H6** There was a wealth of support for this argument ( paragraph 7.3), including national and international judicial practice, treaty law, and draft conventional law by the International Law Commission on state responsibility, the development of the universality principle, and the abolition of all time-limits to their prosecution. (paragraph 9) Granting immunity to states responsible for such crimes runs into clear contradiction with these developments. That contradiction could only be resolved by acknowledging the superiority of higher norms, and by rejecting the argument that a state can invoke immunity from jurisdiction in such cases. This was the position apparently adopted by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in *Prosecutor v Furundžija*, Case No IT-95-17/1; (1999) 38 ILM 317, 10 December 1998, when it included among the effects of the violation of such norms ‘that the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court’ (*Furundžija*, [155]). (paragraph 9.1)

**H7** Although no explicit norm prescribed such an exception to State immunity, evidence of a principle attributing fundamental importance to inviolable human rights was clear and had been confirmed by the International Court of Justice in *Corfu Channel, United Kingdom v Albania*, Judgment, Merits, (1949) ICJ Rep 4; ICGJ 199 (ICJ 1949), 9 April 1949 and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v United States*, Merits, Judgment, (1986) ICJ Rep 14; ICGJ 112 (ICJ 1986), 27 June 1986. This fundamental principle could not fail to affect other international principles, especially the principle of the sovereign equality of states. Legal norms should not be interpreted in isolation, as they ‘complete and integrate each other and condition each others’ application’. (paragraph 9.2)

**H8** The Court realized that internal legal obstacles had prevented some States from setting aside immunity in similar situations when the events in question had taken place abroad. For example, in *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary, ex p Pinochet Ugarte (Amnesty International intervening) (No 3)* (2000) AC 151, Lord Hutton mentioned that Chile, even though responsible at the international level for the crimes perpetrated under the Pinochet regime, might have been able to claim immunity if a compensation claim had been presented to a British judge. Such obstacles did not arise in the present case as some of the events in question took place in Italy. (paragraph 10)

**H9** A departure from the traditional *iure imperii/iure gestionis* was being developed by some jurisdictions, such as the United Kingdom and Canada. In the UK decision *Al-Adsani v Kuwait*, (1996) 107 ILR 536 and the Canadian decision *Houshang Bouzari*, Ontario Superior Court of Justice, 1 May 2002, (2002) CanadianYbk of Intl L 606 (also *Houshang Bouzari*, Ontario Court of Appeal, 30 June 2004, judges underlined the fact that what prevented denial of immunity was that the criminal activities had taken place outside the forum State. Indeed in both England (State Immunity Act, 1978 (United Kingdom)) and Canada (State Immunity Act, (Canada)) this is the decisive factor that rules immunity from civil jurisdiction. The European Convention on State Immunity, (1972) 11 ILM 470,

internal legislation of some countries, and Article 12 of the Draft Convention on State Immunity were further evidence of this trend. The ECtHR's interpretation in the McElhinney case, that Article 12 and similar norms only refer to damage deriving from *acta iure gestionis* of the foreign State is not correct. As dissenting opinions to that judgment point out, derogations to the principle of immunity include damage intentionally inflicted and damage caused by a crime, including homicide and political assassination. There was ample evidence that the distinction between *acta iure imperii* and *acta iure gestionis* was becoming increasingly irrelevant in the context of claims for reparations for attacks on physical integrity. (paragraph 10.1)

**H10** The 1996 amendment to the Foreign Sovereign Immunities Act, (United States) and its numerous judicial applications were further evidence of the growing irrelevance of the distinction, as highlighted by the ILC, 'Report of the International Law Commission Working Group on State Immunity' (6 July 1999) YILC (1991) Vol II Part 2, 13, Article 12. Though its application was limited to terrorism-sponsoring states, it was possible to read the 1996 amendment as confirming the primary importance, in cases of criminal activities of a particular gravity, of safeguarding fundamental human rights, as opposed to safeguarding the individual State's interest in seeing its immunity upheld. (paragraph 10.2)

**H11** Functional immunity of state officials of the foreign state could no longer be invoked in cases of international crimes. Treaty law and ample international judicial practice were unequivocal on this matter. There was then no reason why, in the same way, state immunity—of which functional immunity is only one aspect—should subsist for behaviours that can be defined as international crimes. (paragraph 11)

**H12** The Court's discussion was based on facts having taken place, in part, in Italy. However, as they amounted to international crimes, the principle of universal jurisdiction would, in any event, apply. (paragraph 12)

**H13** The decisions of the Arezzo Tribunal and the Florence Court of Appeal were overturned, and the case was remanded to the Arezzo Tribunal.

Date of Report: 31 August 2006 Reporter(s): Simonetta Stirling-Zanda