

ISBN : 978-602-73574-4-0

DASAR-DASAR HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

Dr. Ari Purwadi, S.H., M.Hum.



Dr. Ari Purwadi, S.H., M.Hum.

DASAR-DASAR HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

Pusat Pengkajian Hukum dan Pembangunan (PPHP)
Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma Surabaya

Buku berjudul Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional ini dimaksudkan untuk menguraikan hal-hal yang mendasarkan dalam Hukum Perdata Internasional, yaitu berkaitan dengan ruang lingkup, teori-teori, prinsip-prinsip, serta persoalan-persoalan yang ada di Hukum Perdata Internasional.

Dengan demikian, buku ini sebagai upaya untuk memperkenalkan materi Hukum Perdata Internasional sesuai rencana kegiatan proses belajar mengajar dengan kepada para mahasiswa Fakultas Hukum yang akan memahami materi Hukum Perdata Internasional.

Buku ini terdiri dari 12 Bab, yaitu meliputi uraian Bab I mengenai Pengertian dan Ruang Lingkup Hukum Perdata Internasional; Bab II mengenai Sejarah Umum Hukum Perdata Internasional; Bab III mengenai Teori Kualifikasi; Bab IV mengenai Titik Taut; Bab V mengenai Renvoi; Bab VI mengenai Ketertiban Umum dan Hak-Hak yang Diperoleh; Bab VII mengenai Prinsip Nasionalitas dan Prinsip Teritorialitas Pada Status Personal (Status dan Wewenang); Bab VIII mengenai HPI di Bidang Subyek Hukum; Bab IX mengenai HPI Bidang Hukum Perkawinan; Bab X mengenai HPI Bidang Hukum Kontrak; Bab XI mengenai Perbuatan Melanggar Hukum di Bidang HPI; serta Bab XII mengenai Interest Analysis Theory.

Harapan buku ini tidak hanya bermanfaat bagi mahasiswa Fakultas Hukum, tetapi juga bermanfaat bagi para praktisi hukum.



Penerbit :
Pusat Pengkajian Hukum dan Pembangunan (PPHP)
Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma Surabaya
Jl. Dukuh Kupang XXV/54 Surabaya 60225 Telp.: 031-5677577
e-mail: pphp.fhuwks@gmail.com

ISBN 978-602-73574-4-0



Penerbit :
Pusat Pengkajian Hukum dan Pembangunan (PPHP)
Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma Surabaya
Jl. Dukuh Kupang XXV/54 Surabaya 60225 Telp.: 031-5677577
e-mail: pphp.fhuwks@gmail.com

DASAR-DASAR HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

Dr. Ari Purwadi, S.H., M.Hum.



Penerbit :
Pusat Pengkajian Hukum dan Pembangunan (PPHP)
Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma Surabaya
Jl. Dukuh Kupang XXV/54 Surabaya 60225 Telp.: 031-5677577
e-mail: pphp.fhuwks@gmail.com

Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional

©2016 Ari Purwadi

ISBN : 978-602-73574-4-0

Penerbit:

Pusat Pengkajian Hukum dan Pembangunan (PPHP)
Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma Surabaya
Jl. Dukuh Kupang XXV/54
Surabaya 60225
e-mail: pphp.fhuwks@gmail.com

Layout: JiPi

Hak Cipta dilindungi oleh undang-undang
Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian
atau seluruh isi buku ini tanpa izin tertulis dari Penerbit

viii + 214 hlm; 15,5 cm x 23 cm

Sanksi Pelanggaran Pasal 22:

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta

1. Barangsiapa dengan sengaja melanggar dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 49 ayat (1) dan ayat (2) di pidana dengan pidana penjara masing-masing paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp 1.000.000,00 (satu juta rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah).
2. Barang siapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu ciptaan atau barang hasil pelanggaran hak cipta atau hak terkait sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dipidana dengan pidana paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

KATA PENGANTAR

Buku ini dimaksudkan untuk memenuhi kebutuhan para mahasiswa Fakultas Hukum akan kepustakaan tentang Hukum Perdata Internasional serta memberikan pengertian yang bersifat dasar mengenai ruang lingkup, prinsip-prinsip, serta persoalan-persoalan Hukum Perdata Internasional. Dengan demikian, buku ini merupakan bahan kajian yang dapat digunakan untuk membantu dalam melaksanakan kegiatan belajar-mengajar di ruang kuliah. Buku ini merupakan bahan untuk membantu dalam memberikan kuliah, sehingga materi buku ini disusun berdasarkan rencana kegiatan proses belajar mengajar.

Dengan adanya buku ini bukan berarti mengesampingkan buku-buku teks (referensi) wajib mengenai mata kuliah Hukum Perdata Internasional yang sudah beredar, melainkan ingin melengkapi dengan tujuan agar mempermudah mahasiswa yang sedang mengikuti proses pembelajaran dalam mata kuliah Hukum Perdata Internasional.

Buku ini tentu tidak lepas dari kekurangan-kekurangan, sehingga penulis menganggap perlu untuk menerima masukan demi kesempurnaan buku ini.

Mudah-mudahan buku ini bermanfaat baik untuk proses pembelajaran maupun untuk kegiatan praktik hukum.

Penulis,

Ari Purwadi

DAFTAR ISI

COVER	i
KATA PENGANTAR	iii
DAFTAR ISI	v

BAB I PENGERTIAN DAN RUANG LINGKUP HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

1. Pengertian Hukum Perdata Internasional	1
2. Hukum Perdata Internasional dan <i>Conflict of Law</i>	7
3. Ketentuan Hukum Perdata Internasional dalam Sistem Hukum Nasional	9
4. Masalah Pokok dan Ruang Lingkup Hukum Perdata Internasional	12

BAB II SEJARAH UMUM HPI

1. Masa Kekaisaran Romawi (Abad ke-2 sebelum Masehi sampai dengan Abad ke-6 sesudah Masehi)	17
2. Masa Pertumbuhan Asas Personal HPI (Abad ke-6 sampai dengan Abad ke-10)	20
3. Pertumbuhan Asas Teritorial (Abad ke-11 sampai dengan Abad ke-12 di Italia)	21
4. Pertumbuhan Teori Statuta di Italia (Abad ke-13 sampai dengan Abad ke-15)	23
4.1. Dasar-dasar Teori Statuta	24
4.2. Penggunaan Teori Statuta dalam HPI	26
5. Perkembangan Teori Statuta di Perancis (Abad 16)	30
5.1. Situasi Kenegaraan di Perancis Abad ke-16	30
5.2. Cara Penyelesaian	30
6. Teori Statuta Belanda (Abad ke-17)	32
7. Teori HPI Universal (Abad ke-19)	34

BAB III	TEORI KUALIFIKASI	
1.	Pengertian Kualifikasi	37
2.	Pentingnya Kualifikasi	42
3.	Teori Kualifikasi	45
3.1.	Kualifikasi menurut <i>Lex Fori</i>	45
3.2.	Kualifikasi menurut <i>Lex Cause</i>	49
3.3.	Kualifikasi Otonom	52
4.	Kualifikasi Masalah Substansial dan Prosedural	56
5.	Teori Kualifikasi HPI	59
BAB IV	TITIK TAUT	
1.	Pengertian Titik-Titik Taut	63
2.	Macam Titik Taut	66
2.1.	Titik-titik Taut Primer (<i>Primary points of conflict</i>)	66
2.2.	Titik-titik Taut Sekunder (<i>Secondary points of contact</i>)	68
3.	Pola Berpikir Yuridik HPI	71
BAB V	RENOI	
1.	Penyebab Timbulnya Renvoi dan Kaitannya dengan Kualifikasi serta Titik Taut	75
2.	Pengertian Renvoi	76
3.	Pro-Kontra Renvoi	77
4.	Jenis Renvoi	78
5.	<i>The Foreign Court Theory</i> „.....	86
6.	Renvoi menurut RUU HPI Indonesia	97
BAB VI	KETERTIBAN UMUM DAN HAK-HAK YANG DIPEROLEH	
1.	Pengertian Ketertiban Umum	99
2.	Ruang Lingkup Ketertiban Umum	101
3.	Faktor Tempat dan Waktu pada Ketertiban Umum dalam HPI	105
4.	Fungsi Lembaga Ketertiban Umum	111
5.	Pengaturan Ketertiban Umum dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 dan PERMA Nomor 1 Tahun 1990	111
6.	Ketertiban Umum dalam RUU HPI Indonesia	114
7.	Hak-Hak yang Diperoleh	114

BAB VII	PRINSIP NASIONALITAS DAN PRINSIP TERITORIALITAS PADA STATUS PERSONAL (STATUS DAN WEWENANG)	
1.	Pengertian Status Personal	123
2.	Ruang Lingkup Status Personal	123
3.	Nasionalitas	124
4.	Domisili	126
5.	Prinsip Nasionalitas dan Prinsip Teritorialitas	127
BAB VIII	HPI DI BIDANG SUBYEK HUKUM	
1.	Asas Nasionalitas	131
2.	Asas Domisili	132
3.	Asas untuk Penentuan Status Badan Hukum	134
BAB IX	HPI BIDANG HUKUM PERKAWINAN	
1.	Perkawinan Internasional	139
2.	Akibat-akibat Perkawinan	143
3.	Perkawinan yang Dilakukan di Luar Indonesia	143
4.	Perceraian	145
BAB X	HPI BIDANG HUKUM KONTRAK	
1.	Hukum Kontrak	153
2.	Pengertian Kontrak	154
3.	Kontrak dalam Sistem Hukum Anglo-Amerika dan Eropa Kontinental	155
3.1.	Kontrak Pada <i>Common Law System</i>	159
a.	<i>Bargain</i>	159
b.	<i>Agreement</i>	159
c.	<i>Consideration</i>	160
d.	<i>Capacity</i>	160
3.2.	Kontrak Pada <i>Civil Law System</i>	161
a.	Kapasitas Para Pihak	161
b.	Kebebasan Kehendak Dasar dari Kesepakatan	162
c.	Subyek yang pasti	163
d.	Suatu sebab yang diijinkan (<i>A Premissible Cause</i>)	163
3.3.	Prinsip Pilihan Hukum	163
a.	<i>Partijautonomie</i>	163
b.	<i>Bonafide</i>	164
c.	<i>Real Connection</i>	164
d.	Larangan Penyelundupan Hukum	164

	e. Ketertiban Umum	164
4.	Persoalan HPI di Bidang Hukum Kontrak	164
BAB XI	PERBUATAN MELANGGAR HUKUM DI BIDANG HPI (<i>Onrechtmatigedaad, Tort</i>)	
1.	Pengertian Perbuatan Melanggar Hukum	175
2.	<i>Tort</i>	181
3.	Persoalan Perbuatan Melanggar Hukum dalam HPI	186
BAB XII	<i>INTEREST ANALYSIS THEORY</i>	203
DAFTAR BACAAN		
BIODATA PENULIS		

BAB I

PENGERTIAN DAN RUANG LINGKUP HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

1. Pengertian Hukum Perdata Internasional

Istilah Hukum Perdata Internasional (HPI) yang digunakan di Indonesia sekarang ini merupakan terjemahan dari *Internationaal Privaatrecht* (Belanda), *Internationales Privaatrecht* (Jerman), *Private International Law* (Inggris) atau *Droit International Prive* (Perancis) yang dianggap salah kaprah karena istilah-istilah tersebut berasal dari tradisi hukum Eropa Kontinental. Sedangkan di Inggris dan negara-negara yang mengembangkan tradisi hukum *Common Law System*, seperti Amerika Serikat, Kanada, Australia, Singapura, Malaysia, India, dan sebagainya menggunakan sebutan lain yang dianggap lebih memadai, yaitu *Conflict of Laws*, dengan anggapan, bahwa “bidang hukum ini pada dasarnya berusaha menyelesaikan masalah-masalah hukum yang menyangkut adanya konflik atau perbenturan antara 2 atau lebih kaidah-kaidah hukum dari 2 atau lebih sistem hukum”.¹

Pemahaman pengertian HPI akan menjadi jelas kalau dikaitkan dengan pembahasan pengertian Hukum Internasional Publik (HI). Hal ini disebabkan keduanya menggunakan istilah “internasional” serta biasanya seringkali dipertentangkan.

Menurut Mochtar Kusumaatmadja, yang dimaksud dengan HPI adalah “Keseluruhan kaidah atau asas hukum yang mengatur hubungan perdata yang melintas batas negara. Atau dapat dikatakan bahwa HPI adalah hukum yang mengatur hubungan hukum keperdataan antara pelaku hukum yang masing-masing tunduk pada hukum perdata (nasional) yang berbeda”.² Sedangkan Hukum Internasional (Publik) adalah Keseluruhan

¹ Bayu Seto, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional (Buku Kesatu)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, h. 3.

² Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional: Buku I Bagian Umum*, Binacipta, Bandung, 1990, h. 1.

kaidah dan asas yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintas batas negara (hubungan internasional) yang bukan bersifat perdata”.³

Pembedaan yang demikian itu dirasakan lebih tepat daripada berdasarkan pelakunya (subyeknya). Sebab kalau dikaitkan subyeknya lalu dikatakan bahwa Hukum Internasional (Publik) mengatur hubungan antara negara, sedangkan HPI mengatur hubungan orang perseorangan. Namun, dalam suatu kondisi tertentu suatu negara (atau badan hukum publik) juga bisa melakukan hubungan keperdataan. Orang perseorangan pun berdasarkan hukum internasional modern bisa juga dianggap memiliki hak dan kewajiban menurut hukum internasional.

Untuk memperoleh gambaran yang lebih utuh mengenai pengertian, ruang lingkup serta masalah-masalah utama yang diatur dalam HPI, maka perlu disampaikan beberapa batasan atau definisi yang diberikan oleh beberapa ahli berikut ini.

R.H. Graveson mengemukakan bahwa:

*The Conflict of Laws, or private international law, is that branch of law which deals with cases in which some relevant fact has a connection with another system of law on either territorial or personal grounds, and may, on that account, raise a question as to application of one's own or the appropriate alternative (usually foreign) law to the determination of the issue, or as to the exercise of jurisdiction by one's own or foreign courts.*⁴

Van Brakel dalam bukunya *Grondslagen en Beginselen van Nederlands Internationaal Privaatrecht*, berpandangan bahwa: “Hukum Perdata Internasional adalah hukum nasional yang dibuat untuk hubungan-hubungan hukum internasional”.⁵

G.C. Cheshire⁶ menganggap bahwa: “... *Private International Law comes into operation whenever the court is faced with a claim that contains a foreign element. It functions only when this element is present and ...*”. Selanjutnya menyimpulkan bahwa: “*Private International Law, then is that part of law which comes into play when the issue before the court*

³ *Ibid.*

⁴ Graveson, R.H., *Conflict of Laws-Private International Law*, Sweet & Maxwell, London, 7th edition, 1974, h. 3.

⁵ Sunaryati Hartono, *Pokok-Pokok Hukum Perdata Internasional*, Binacipta, Bandung, 1976, h. 8.

⁶ North, P.M. dan J.J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, Butterworths, 12th, 1992, h. 3.

affects some fact, event, or transaction that is so closely connected with a foreign system of law as to necessitate recourse to that system”.

Kemudian Sudargo Gautama mendefinisikan Hukum Perdata Internasional (HPI) sebagai:

... keseluruhan peraturan dan keputusan hukum yang menunjukkan stelsel hukum manakah yang berlaku, atau apakah yang merupakan hukum, jika hubungan-hubungan atau peristiwa-peristiwa antara warga (-warga) negara pada suatu waktu tertentu memperlihatkan titik pertalian dengan stelsel-stelsel dan kaidah-kaidah hukum dari 2 (dua) atau lebih negara, yang berbeda dalam lingkungan kuasa, tempat, pribadi dan soal-soal.⁷

Secara sederhana: Apakah yang dimaksud dengan Hukum Perdata Internasional? Hukum Perdata Internasional yaitu hukum perdata untuk perkara-perkara internasional, yang bercorak “internasional”. Apakah perkara internasional itu? Yaitu perkara yang ada unsur asing (*foreign element*). Unsur asing inilah yang menentukan apakah suatu masalah/perkara termasuk Hukum Perdata Internasional atau tidak. Apakah yang dimaksud dengan “unsur asing”?

Untuk itu perlu disajikan beberapa contoh:

- A (WNI) dan B (WNI), keduanya bertempat tinggal di Surabaya melakukan transaksi jual beli mobil di Surabaya juga. Karena adanya wanprestasi (ingkar janji), maka A menggugat B di Pengadilan Negeri Surabaya, dan hakim yang mengadili perkara ini dengan menerapkan Hukum Perdata Indonesia (BW Indonesia). Dengan demikian, perkara ini merupakan perkara intern, bukan perkara Hukum Perdata Internasional, karena semua unsur-unsurnya tidak satu pun menunjukkan “unsur asing”.
- A (WNI) melakukan transaksi jual beli mobil dengan seorang WNA di Surabaya. Kemudian timbul sengketa, di mana A menggugat WNA tersebut di Pengadilan Negeri Surabaya. WNA tersebut mendalilkan bahwa transaksi tersebut tidak sah, karena menurut hukumnya ia belum dewasa ketika perjanjian itu dibuat. Jadi menurut hukumnya sendiri ia dianggap belum

⁷ Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, Binacipta–Badan Pembinaan Hukum Nasional, Bandung, 1987, h. 21.

cakap membuat perjanjian, karena ia baru dianggap berwenang setelah berumur 23 tahun.

Persoalannya: Hukum manakah yang diterapkan untuk menilai wenang/tidaknya WNA tersebut? Hukumnya A —yaitu Hukum Indonesia— atautkah hukum asing.

Jelas ini merupakan perkara internasional, karena ada unsur asing, yaitu salah satu pihak orang asing (WNA).

- A pergi berobat ke Jerman. Di sana ia membuat *testament* (surat wasiat). Apakah ia harus memperhatikan ketentuan-ketentuan BW Jerman (Hukum Perdata Jerman) tentang pembuatan *testament*, atautkah ia hanya memperhatikan ketentuan-ketentuan BW Indonesia? Hukum manakah yang diperlakukan/digunakan? Inipun merupakan perkara internasional, karena adanya unsur asing berupa tempat dilakukannya tindakan, yaitu pembuatan *testament*.

Demikian juga, semakin banyak kita jumpai peristiwa-peristiwa hukum yang menunjukkan adanya ciri khusus, sebagaimana ilustrasi berikut ini:

- Seorang WNI menikah dengan seorang warga negara Jepang. Pernikahan dilangsungkan di Tokyo, dan karena salah satu pihak ternyata masih terikat pada suatu perkawinan lain yang sudah ada, maka pihak itu dianggap telah melakukan poligami, dan pihak yang lain mengajukan gugatan perceraian di pengadilan Indonesia.
- Sebuah kontrak jual beli antara sebuah perusahaan ekspor Indonesia dengan sebuah perusahaan importir di negara bagian Florida Amerika Serikat mengenai barang-barang yang harus diangkut dari pelabuhan Tanjung Perak Surabaya ke Miami Florida. Perjanjian dibuat di Jakarta. Ketika barang siap dikirimkan, ternyata importir tidak memenuhi janjinya untuk melakukan pembayaran pada waktunya. Eksportir Indonesia kemudian berniat untuk mengajukan gugatan wanprestasi (ingkar janji) dan menuntut ganti rugi melalui pengadilan di kota Miami Florida.

Ada juga peristiwa hukum yang menunjukkan ciri yang sama, namun bersifat agak khusus, misalnya dalam ilustrasi:

- Dalam rangka pemasaran sejumlah produk elektronik dari Indonesia ke Korea Selatan, eksportir Indonesia dan eksportir Korea Selatan telah membuat sebuah kontrak yang siap untuk dilaksanakan. Namun demikian, dalam pelaksanaannya ternyata para pihak menghadapi hambatan karena adanya pembatasan-pembatasan impor (bea masuk atau standar mutu) yang ditetapkan oleh pemerintah Korea Selatan untuk impor barang-barang elektronik. Timbul persoalan tentang sejauh mana kaidah-kaidah hukum administrasi asing itu mengikat dan berlaku terhadap perjanjian-perjanjian semacam itu.

Contoh-contoh tadi menggambarkan bahwa sistem hukum atau aturan-aturan hukum dari suatu negara yang berdaulat seringkali dihadapkan pada masalah-masalah hukum yang tidak sepenuhnya bersifat intern domestik, melainkan adanya kaitan dengan unsur-unsur asing (*foreign elements*).

Unsur asing ini disebut juga titik pertalian (*point of contact*), karena mempertalikan fakta-fakta dan keadaan-keadaan/peristiwa-peristiwa dengan sesuatu sistem hukum tertentu. Di dalam perkara dengan unsur asing ini selalu timbul pertanyaan: Hukum mana yang diterapkan/diberlakukan?

Rene van Rooij dan Maurice van Polak menyatakan bahwa:

The hybrid nature of private international law, ... can hardly be described more accurately than in the words of van Brakel: 'Private International Law is national law written for international situations'. Private International Law is indeed, an amalgam of international and national elements. Its sources are to be found on both an international and a national level; its subject matter is always international.

Pandangan tersebut menurut Bayu Seto⁸ menguatkan pandangan bahwa:

- a. HPI adalah bagian dari hukum nasional ("*... national law written for ...*")
- b. Walaupun dalam perkembangannya kaidah-kaidah HPI dapat dijumpai di dalam sumber-sumber hukum nasional maupun

⁸ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 7-8.

hukum internasional (“... *both an international and a national level ...*”), serta

- c. HPI adalah bidang hukum yang masalah-masalah pokoknya selalu difokuskan pada persoalan-persoalan yang bersifat melampaui batas-batas negara (“... *its subject matter is always international*”)

Di dalam sistem hukum setiap negara –termasuk juga Indonesia– terdapat 2 (dua) kelompok hukum, yaitu:

1. ketentuan yang digunakan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan intern, dalam arti semua unsur-unsurnya terdiri atas unsur-unsur intern, ketentuan ini yang dinamakan Hukum Materiil Intern.
2. ketentuan yang mengatur dan menyelesaikan masalah-masalah yang mengandung unsur asing. Ketentuan ini menetapkan hukum mana yang berlaku terhadap hubungan-hubungan hukum yang tidak termasuk persoalan-persoalan intern. Inilah yang dinamakan Hukum Perdata Internasional (HPI).

Jadi sebenarnya HPI itu adalah bagian Hukum Nasional. Apakah artinya?

- HPI merupakan salah satu sub bidang hukum dalam sebuah sistem hukum nasional yang bersama-sama dengan sub-sub bidang hukum lain seperti hukum keperdataan, hukum dagang, hukum pidana, dan sebagainya, membentuk suatu sistem hukum nasional yang utuh;
- Suatu sistem hukum negara seharusnya dilengkapi dengan suatu sistem HPI nasional yang bersumber pada sumber-sumber hukum nasional, tetapi yang khusus dikembangkan untuk memberi kemampuan sistem hukum itu untuk menyelesaikan perkara-perkara yang mengandung unsur asing.

Hukum Perdata Internasional terdiri atas:

- HUKUM SUBSTANTIF (Hukum Materiil) meliputi:
 - I. Hukum Pribadi (*law of persons*):
 1. Status personal/status dan wewenang (*personel status*)
 2. Kewarganegaraan (*nationality*)
 3. Domisili (*domicile*)
 4. Badan hukum (*corporations*)

II. Hukum Harta Kekayaan (*law of property*):

1. Harta Kekayaan Materiil: a. benda-benda tetap
b. benda-benda bergerak
2. Harta Kekayaan Immaterial
3. Perikatan (*obligations*): a. perjanjian (*contracts*)
b. perb. melanggar hukum (*tort*)

III. Hukum Keluarga (*family law*):

1. Perkawinan (*marriage*)
2. Adopsi (*adoption*)
3. Perceraian (*divorce*)
4. Harta Perkawinan (*marital property*)
5. Hubungan Orangtua dan Anak

IV. Hukum Waris (*successions*)

- HUKUM AJEKTIF (Hukum Formal)

1. Kualifikasi Persoalan Pendahuluan
2. Penyelundupan hukum
3. Pengakuan hak yang telah diperoleh
4. Ketertiban Umum hakim/arbitrer asing
5. Asas timbal-balik
6. Penyesuaian
7. Renvoi
8. Pelaksanaan keputusan

2. Hukum Perdata Internasional dan *Conflict of Laws*

Sebagaimana yang telah diuraikan di atas istilah Hukum Perdata Internasional merupakan terjemahan dari istilah-istilah asing seperti *Internationaal Privaatrecht* (Belanda), *Internationales Privaatrecht* (Jerman), *Private International Law* (Inggris), atau *Droit International Prive* (Perancis). Istilah-istilah yang banyak berasal dari tradisi hukum Eropa Kontinental ini kemudian diterjemahkan menjadi Hukum Perdata Internasional.

Di negara-negara yang menganut tradisi *common law system*, seperti Inggris, Amerika Serikat, Kanada, Australia, Singapura, Malaysia, India,

dan sebagainya, menggunakan yang lebih memadai yaitu *Conflict of Laws*, dimana bidang hukum ini pada dasarnya berusaha menyelesaikan persoalan-persoalan hukum yang menyangkut adanya *konflik* atau *collision* atau perbenturan antara 2 (dua) atau lebih kaidah-kaidah hukum dari 2 (dua) atau lebih sistem hukum. Namun demikian, istilah *conflict of laws* inipun tidak jarang digunakan untuk mengartikan kaidah-kaidah hukum yang dibuat untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang melibatkan 2 (dua) aturan hukum yang berbeda atau 2 (dua) sistem hukum yang berbeda tanpa harus ada unsur asing. Dengan demikian, *conflict of laws* cakupan bidangnya lebih luas daripada HPI.

Istilah *conflict of laws* dalam bahasa Indonesia selain dipadankan dengan HPI juga dipadankan dengan Hukum Perselisihan. Istilah Hukum Perselisihan menimbulkan kritik⁹ antara lain:

1. Istilah hukum perselisihan memberi kesan seolah-olah dalam HPI terdapat perselisihan, pertikaian atau pertentangan di antara berbagai sistem hukum. Padahal, yang dihadapi semata-mata suatu pertemuan atau pertautan berbagai sistem hukum. Tugas utama HPI justru untuk menghindari bentrokan atau pertentangan atau perselisihan di antara berbagai sistem hukum yang bersangkutan untuk diberlakukan dalam suatu peristiwa hukum tertentu. Apabila suatu sistem hukum tertentu digunakan hakim, ini semata-mata karena ditentukan oleh hukum nasional hakim tersebut (*lex fori*); dan
2. Dalam istilah ini juga ada kesan seolah-olah kedaulatan negara sedang berkonflik, hingga hakim dalam memilih hukum yang harus dipakainya (*lex causae*) terpengaruh untuk selalu menggunakan hukumnya sendiri (*lex fori*). Kedaulatan negaranya turut berbicara. Kedaulatan negara mensyaratkan agar hakim selalu memakai hukumnya sendiri yang harus selalu dipakai. Padahal, sebenarnya tidak ada sama sekali konflik kedaulatan negara, karena HPI merupakan bagian dari sistem hukum nasional. Jika menurut kaidah HPI harus digunakan hukum asing, hal ini semata-mata didasarkan pada hukum nasional hakim sendiri.

Menurut Bayu Seto, dalam konteks teori dan hukum positif Indonesia berada dalam satu kelas dengan Hukum Perselisihan. Hukum Perselisihan

⁹ Sudargo Gautama, *op.cit.*, h. 10-11.

adalah sekumpulan kaidah hukum yang mengatur hubungan atau peristiwa hukum yang melibatkan dua atau lebih aturan, kaidah, sistem, subsistem hukum yang berbeda, dan sub-sub bidang hukum yang termasuk di dalamnya misalnya Hukum Antar Golongan, Hukum Antar Adat, Hukum Antar Waktu, Hukum Antar Wewenang, dan bahkan juga Hukum Pidana Internasional.

Dari uraian tersebut dapat dikatakan bahwa HPI adalah bidang hukum yang berdiri sendiri, bukan bagian dari Hukum Keperdataan; HPI tidak setara dengan Hukum Perselisihan, dan lebih baik dipahami sebagai bagian dari Hukum Perselisihan.¹⁰

3. Ketentuan Hukum Perdata Internasional dalam Sistem Hukum Nasional

Lalu, di mana tempat HPI kita?

Kita tidak mempunyai suatu kodifikasi HPI. Ketentuan HPI tersebar di pelbagai ketentuan perundang-undangan kita, misalnya di dalam BW, WvK, Undang-Undang Kepailitan, Rv, Undang-Undang Perkawinan. Walaupun ketentuan HPI ini tersebar di mana-mana, tetapi ada juga wadah utamanya, *ALGEMENE BEPALINGEN VAN WETGEVING* (AB).

Ada 3 (tiga) ketentuan pokok HPI, yaitu:

Pasal 16 AB: Status wewenang seseorang harus dinilai menurut hukum nasionalnya (*LEX PATRIAE*).

Jadi seorang WNI, di manapun ia berada tetap terikat hukumnya sendiri mengenai status dan wewenang.

Demikian juga secara analogi, terhadap orang asing pun mengenai status dan wewenang harus dinilai menurut hukumnya sendiri.

Pasal 17 AB: mengenai benda tetap harus dinilai menurut hukum dari negara/tempat di mana benda tetap itu terletak (*LEX RESITAE*).

Pasal 18 AB: bentuk tindakan hukum dinilai menurut hukum di mana tindakan itu dilakukan (*LOCUS REGIT ACTUM*)

¹⁰ *Ibid.*, h. 3-4.

Ketiga Pasal-Pasal tersebut merupakan contoh-contoh ketentuan penunjuk, karena menunjuk kepada suatu sistem hukum tertentu mungkin hukum nasional, mungkin pula hukum asing.

Materi HPI selalu mempertanyakan: hukum negara mana yang berlaku dan diterapkan? Lalu bagaimana bekerjanya HPI dalam menyelesaikan perkara internasional?

Pada umumnya dengan cara penunjukkan kepada sesuatu sistem hukum tertentu, baik nasional maupun asing. Ketentuan inilah yang dinamakan KETENTUAN PENUNJUK (*REFERENCE RULE*)

Jika dilakukan penunjukkan kepada sesuatu hukum asing, maka hal ini dilakukan karena dianggap akan lebih erat persentuhannya dengan hukum asing daripada dengan hukum sendiri atau karena dirasa akan lebih tepat/lebih adil bila hukum asing yang diterapkan.

Kadang-kadang penerapan hukum asing untuk persoalan tertentu dirasakan tidak menjamin kepastian hukum, sehingga pembuat undang-undang mengadakan peraturan tersendiri yang langsung menyelesaikan persoalan tersebut, tanpa menunjuk kepada suatu sistem hukum tertentu. Ketentuan seperti ini disebut KETENTUAN MANDIRI (*OWN RULE*).

Contoh:

Seorang WNI yang berada di luar negeri membuat *testament* (surat wasiat).

Hukum mana yang diterapkan?

Kalau persoalan pembuatan *testament* ini dihubungkan dengan status dan wewenang, yaitu misalnya soal sudah cukup umur, akalnya sehat, dan sebagainya, maka Pasal 16 AB yang diterapkan adalah Hukum Indonesia. Kita anggap saja orang tersebut sudah memenuhi syarat-syarat tentang status dan wewenang, jadi ia boleh membuat *testament* tersebut. Namun, di sisi lain perlu diperhatikan bahwa pembuatan *testament* juga merupakan persoalan tindakan hukum. Kalau kita melihat ketentuan Pasal 18 AB, maka hukum asing yang diterapkan.

Dari sini timbul persoalan: andaikata hukum asing ini menetapkan cara-cara pembuatan *testament* yang lebih ringan umpamanya *testament* sudah dianggap sah, cukup ditulis di atas sepotong kertas.

Padahal ketentuan BW kita menginginkan adanya kepastian hukum guna menghindari adanya tipu muslihat yang akan merugikan ahli waris yang

sah. Untuk mencegah hal-hal yang demikian itu, BW membuat ketentuan mandiri, yang dimuat dalam Pasal 945 ayat (1) BW, yang isinya: “Seorang WNI yang berada di luar negeri tidak diperbolehkan membuat *testament* melainkan dengan akta otentik dan dengan mengindahkan tertib cara yang lazim di negara di mana *testament* dibuat”.

Jadi apapun isinya ketentuan asing itu, *testament* mutlak harus dibuat dalam bentuk otentik, hanya saja formalitas-formalitas yang harus dipenuhi ialah ketentuan yang berlaku di negara yang bersangkutan.

Sifat ketentuan mandiri itu ialah:

1. menentukan sendiri hukum yang harus diperlakukan;
2. tidak mengindahkan ketentuan asing yang mungkin ada mengenai materi yang diatur (mungkin sama, mungkin pula berbeda);
3. tidak identik dengan ketentuan intern.

Jadi HPI terdiri atas: KETENTUAN-KETENTUAN PENUNJUK dan KETENTUAN-KETENTUAN MANDIRI.

Pasal 945 ayat (1) BW sebenarnya mengandung kedua ketentuan tersebut sekaligus, yaitu:

- harus ada ketentuan otentik (ketentuan mandiri).
- formalitas menurut hukum di tempat pembuatannya (ketentuan penunjuk).

HPI mulai bekerja bila suatu perkara ternyata mengandung unsur asing dan di dalam menghadapi kasus demikian adakalanya hukum asing diterapkan.

Pertanyaannya adalah: mengapa kita menerapkan hukum asing? Mengapa kita tidak menerapkan hukum perdata kita sendiri? Bukankah kita lebih mengenal hukum kita sendiri dibandingkan dengan hukum asing? Kalau kita menerapkan hukum kita sendiri, bukankah ini justru menghindari persoalan HPI?

Beberapa ahli mengatakan bahwa penyelesaian perkara dengan begitu saja menerapkan hukum sendiri (*lex fori*) akan terasa menghasilkan ketidakadilan. Bagi kita, dasar penerapan hukum asing adalah rasa keadilan yang hidup di dalam kesadaran hukum kita sendiri. Dalam kenyataannya tidak ada negara yang melulu menerapkan *lex fori*? Dalam setiap sistem hukum ada ketentuan-ketentuan yang mengatur penerapan hukum asing.

4. Masalah Pokok dan Ruang Lingkup Hukum Perdata Internasional

Menurut Sunaryati Hartono,¹¹ HPI hendak mencari jawaban terhadap 3 masalah pokok yang menyangkut peristiwa hukum yang ada unsur asing yaitu:

1. Hakim mana yang berwenang?
2. Hukum mana yang berlaku? (*choice of law*)
3. Dan bilamana serta sampai di mana hakim nasional harus memperhatikan putusan hakim asing?

Demikian juga senada yang dikemukakan Bayu Seto,¹² bahwa masalah pokok HPI itu meliputi:

1. Hakim atau pengadilan manakah yang berwenang menyelesaikan persoalan hukum yang mengandung unsur asing.

Graveson mengatakan bahwa asas-asas HPI berusaha membentuk aturan-aturan (*rules*) yang dapat digunakan, antara lain, untuk menjustifikasi secara internasional mengenai kewenangan yurisdiksional suatu pengadilan untuk mengadili perkara-perkara tertentu apapun (*choice of jurisdiction*). Masalah pokok ini mewujudkan diri menjadi topik permasalahan khusus dalam HPI yang mungkin dapat dianggap sebagai 'Hukum Acara Perdata Internasional.

2. Hukum manakah yang harus diberlakukan untuk mengatur atau menyelesaikan persoalan-persoalan hukum yang mengandung unsur asing.

Masalah *choice of law*¹³ atau pemilihan hukum yang seharusnya berlaku ini, pada dasarnya merupakan masalah utama HPI. Setelah sebuah forum menetapkan keabsahan kedudukan yurisdiksionalnya, maka pertanyaan berikutnya yang umumnya timbul dalam perkara-perkara HPI adalah sistem hukum

¹¹ Sunaryati Hartono, *op.cit.*, h. 13-14.

¹² Bayu Seto, *op.cit.*, h. 9-11.

¹³ Disini perlu dibedakan antara pengertian *choice of law* dalam arti upaya untuk menentukan hukum apa yang akan diberlakukan secara substansial terhadap suatu perkara, dengan pengertian *choice law* dalam arti kesepakatan dan tindakan hukum dari pihak-pihak dalam suatu transaksi hukum untuk memilih hukum yang akan berlaku bagi mereka.

manakah yang akan dipilih dan diterapkan oleh pengadilan itu untuk menyelesaikan perkara seadil mungkin? Graveson mengingatkan bahwa dalam menjawab pertanyaan ini kaidah HPI tidak berusaha menentukan kaidah hukum intern mana dari suatu sistem hukum yang akan digunakan untuk memutus perkara, melainkan hanya membantu pengadilan dalam menentukan sistem hukum mana yang seharusnya diberlakukan (*the appropriate legal system*).¹⁴

3. Bilamana atau sejauhmana suatu pengadilan harus memperhatikan dan mengakui putusan-putusan pengadilan asing dan atau mengakui hak-hak dan kewajiban-kewajiban hukum yang terbit berdasarkan hukum atau putusan pengadilan asing.

Masalah ini berkaitan erat dengan persoalan apakah pengadilan asing memiliki kewenangan yurisdiksional untuk memutus suatu perkara atau tidak (masalah pokok 1). Setelah pengadilan menyatakan dirinya berwenang untuk mengadili perkara maka HPI pada umumnya akan berfungsi untuk menentukan hukum apa yang berlaku. Namun demikian, seandainya berdasarkan pendekatan HPI ternyata hukum asing yang seharusnya diberlakukan, atau hak-hak asing yang harus ditegakkan dalam putusan perkara, tetapi masih menjadi masalah, apakah pengadilan suatu negara selalu harus mengakui dan memberlakukan hukum atau hak asing itu di wilayah yurisdiksinya. Ada atau tidakkah dasar bagi forum untuk menolak atau membenarkan penerimaan atau pengakuan hukum atau hak asing itu. Hal-hal inilah yang menjadi salah satu pokok masalah dalam HPI, yang singkatnya seringkali disebut masalah **pengakuan putusan hukum asing** (*recognition of foreign judgements*).

Hal yang sama juga dikemukakan oleh David D. Siegel dan P.M. North – J.J. Fawcett, bahwa permasalahan utama HPI adalah:

1. Kewenangan pengadilan yang mengadili perkara tersebut (*jurisdiction*);

¹⁴ Cara berpikir ini tidak secara universal dianut dalam HPI. Pola-pola pendekatan yang dikembangkan di Amerika Serikat, misalnya cenderung untuk justru langsung memilih kaidah hukum intern negara (bagian) manakah yang akan digunakan untuk memutus suatu pokok sengketa tertentu dan mengabaikan kebutuhan untuk memilih sistem hukum.

2. Hukum yang harus diberlakukan dalam suatu perkara yang mengandung elemen asing (*choice of law*); dan
3. Pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing (*recognition and enforcement of foreign judgment*).¹⁵

Menurut O. Kahn dan Freud, masalah HPI timbul karena adanya kenyataan dalam suatu wilayah geografis terdapat sejumlah sistem hukum yang harus dilaksanakan dalam waktu yang sama. Dalam keadaan yang demikian ini, tentu harus memilih sistem atau sistem hukum tersebut sebagai dasar untuk menentukan suatu putusan. Selain adanya berbagai sistem hukum tersebut, juga dihadapkan pada berbagai sistem peradilan. Dengan demikian, permasalahan berikutnya adalah bagaimana cara pemilihannya yang digunakan sebagai dasar pengambilan keputusan.¹⁶

Demi kejelasan uraian dimaksud, maka dibuatlah ilustrasi sebagai berikut:

Terjadi suatu kecelakaan lalu lintas di suatu kota di Negeri Belanda. Kecelakaan yang melibatkan sebuah mobil yang dimiliki dan dikendarai oleh seorang warga negara Inggris yang berdomisili di London dengan membawa korban tabrakan seorang warga negara Perancis yang berdomisili di Paris. Perusahaan asuransi (penanggung) dari warga negara Inggris tidak setuju untuk membayar ganti kerugian atas kerugian personal (*personal injury*) terhadap kecelakaan tersebut. Pengacara warga negara Perancis dihadapkan pada persoalan ke pengadilan negara mana tuntutan ganti kerugian itu harus diajukan. Persoalan lain adalah hukum apa yang harus digunakan hakim untuk menentukan tanggung gugat pengendara mobil tersebut. Pengacara tersebut harus mempertimbangkan dua permasalahan di atas secara timbal balik.¹⁷

Mengenai ruang lingkup HPI, Sudargo Gautama¹⁸ menyatakan adanya berbagai pendapat atau pandangan, yaitu:

1. HPI sama dengan *Rechtstoepassingrecht*

HPI yang terbatas pada masalah hukum yang diberlakukan (*rechtstoepassing*). Disini yang dibahas hanyalah masalah-

¹⁵ Ridwan Khairandy, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, FH UII Press, Yogyakarta, 2007, h. 12.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, h. 13.

¹⁸ Sudargo Gautama, *op.cit.*, h. 8-9.

masalah yang berkaitan dengan hukum yang harus diberlakukan. Hal lain yang berkenaan dengan kompetensi pengadilan, status orang asing, dan kewarganegaraan (nasionalitas) tidak termasuk bidang HPI.

2. HPI sama dengan *Choice of Law* dan *Choice of Jurisdiction*

Menurut konsep ini, HPI tidak hanya terbatas pada persoalan *conflict of law* (tepatnya *choice of law*), tetapi termasuk juga *conflict of jurisdiction* (tepatnya *choice of jurisdiction*), yakni permasalahan yang berkaitan dengan kompetensi pengadilan, jadi HPI tidak hanya mencakup masalah hukum yang harus diberlakukan, tetapi juga menyangkut pengadilan mana yang berwenang. Konsep semacam ini dianut Inggris, Amerika, dan negara-negara *common law* lainnya.

3. HPI sama dengan *Choice of Law* ditambah *Choice of Jurisdiction* dan *Condition des Etrangers*

Dalam konsep ini, HPI tidak hanya menyangkut persoalan pilihan hukum, pilihan yurisdiksi, tetapi juga status orang asing (*Condition des Etrangers*). Konsep semacam itu dianut Italia, Spanyol, dan negara-negara Amerika Selatan.

4. HPI sama dengan *Choice of Law* ditambah dengan *Choice of Jurisdiction*, *Condition des Etrangers*, dan *Nationalite*

Menurut konsep ini, HPI menyangkut persoalan pilihan hukum, pilihan yurisdiksi, status orang asing, kewarganegaraan (nasionalitas). Masalah kewarganegaraan (nasionalitas) ini menyangkut persoalan cara memperoleh dan hilangnya kewarganegaraan. Konsep HPI yang paling luas ini dianut oleh HPI Perancis.

BAB II

SEJARAH UMUM HPI

HPI bukan merupakan bidang hukum baru, karena asas-asas dan pola berpikir HPI sudah dapat dijumpai dan tumbuh di masa Kekaisaran Romawi (abad ke-2 sebelum Masehi sampai dengan abad ke-6 SM) seiring dengan pertumbuhan kebudayaan barat di Eropa Daratan.

Bahasan ini akan meninjau secara umum pertumbuhan HPI, khususnya di Eropa Daratan sampai dengan abad ke-19, di mana pendekatan tradisional HPI mencapai puncak pertumbuhannya dan mewarnai pola penyelesaian perkara-perkara HPI di Eropa Daratan dan juga di Inggris.

1. Masa Kekaisaran Romawi (Abad ke-2 sebelum Masehi sampai dengan Abad ke-6 sesudah Masehi)

Pada masa ini pola hubungan internasional dalam wujud yang sederhana sudah mulai tampak dengan adanya hubungan-hubungan antara:

- a. warga (*cives*) Romawi dengan penduduk propinsi-propinsi *atau Municipia* (untuk wilayah di Italia, kecuali Romawi) yang menjadi bagian dari wilayah kekaisaran karena pendudukan. Penduduk asli propinsi-propinsi ini dianggap sebagai orang asing, dan ditundukkan pada hukum mereka sendiri;
- b. penduduk propinsi atau orang asing yang berhubungan satu sama lain di dalam wilayah Kekaisaran Romawi, sehingga masing-masing pihak dapat dianggap sebagai subyek hukum dari beberapa yurisdiksi yang berbeda.¹⁹

Dari sinilah timbul masalah mengenai hukum apa yang harus diberlakukan untuk menyelesaikan sengketa yang mungkin timbul. Untuk menyelesaikan sengketa ini dibentuk suatu peradilan khusus yang disebut ***Praetor Peregrinis***.

¹⁹ Bayu Seto, *op.cit.*, h.18.

Hukum yang diberlakukan adalah hukum yang dibuat untuk para *cives* Romawi, yaitu ***Ius Civile***, yang telah disesuaikan dengan kebutuhan pergaulan antar-bangsa. ***Ius Civile*** yang telah diadaptasikan untuk menyelesaikan perkara-perkara yang melibatkan orang-orang yang tunduk pada yurisdiksi hukum yang berbeda-beda, yang kemudian berkembang menjadi ***Ius Gentium***.

Ius Gentium²⁰ memuat kaidah-kaidah hukum yang dikategorikan:

- ***Ius Privatum*** (mengatur persoalan-persoalan hukum orang-perorangan): menjadi cikal bakal dari HPI yang berkembang di dalam tradisi hukum Eropa Kontinental.
- ***Ius Publicum*** (mengatur persoalan-persoalan kewenangan negara sebagai kekuasaan publik): menjadi sekumpulan asas dan kaidah hukum yang mengatur hubungan-hubungan antara Kekaisaran Romawi dengan negara lain, sehingga merupakan cikal bakal dari Hukum Internasional (Publik).

Prinsip hukum di masa ini dilandasi asas teritorial, dalam arti bahwa untuk perkara-perkara yang menyangkut warga-warga propinsi (yang dianggap “orang asing”) akan ditundukkan pada ***Ius Gentium*** sebagai bagian dari hukum kekaisaran, dan tidak berkaitan dengan kaidah-kaidah hukum propinsi tempat para pihak berkediaman.

Setiap penduduk mempunyai ikatan pertalian dengan Romawi sebagai kaula kerajaan atau dengan satu atau lebih kota sebagai warga kota. Kewargaan ditetapkan berdasarkan *origo* (asal-usul), adopsi, pembebasan budak atau dipilihnya seseorang untuk jabatan tertentu. Jadi ada kemungkinan seseorang menjadi warga dari beberapa kota pada waktu yang bersamaan. Misalnya seseorang dilahirkan di kota A, kemudian di adopsi di kota B dan berdomisili di kota C. Keadaan yang demikian ini berakibat orang itu dikuasai oleh beberapa sistem hukum pada waktu yang sama, sebab ada aturan pokok yang menyatakan bahwa seseorang dapat dituntut di pengadilan kota kewargaannya atau domisilinya. Keadaan inilah yang menimbulkan persoalan pilihan hukum yaitu sistem hukum manakah yang diterapkan (sebetulnya sudah timbul HPI). Di dalam persoalan pilihan hukum ini rupanya dianut suatu prinsip bahwa seorang tergugat dikuasai oleh hukum personalianya. Yang menjadi soal adalah: sistem personalia yang mana? Apakah hukum yang menguasai orangnya sebagai warga kota atau sebagai penghuni kota (domisili)?

²⁰ *Ibid.*, h. 13.

Namun tidaklah mungkin semua persoalan pilihan hukum ini dapat dipecahkan dengan menerapkan hukum personil dari seseorang. Dalam ini *Corpus Iuris* tidak memuat ketentuan yang dapat dijadikan pegangan. Tetapi terdapat juga aturan yang mengatur penyelesaian kontrak dengan menerapkan hukum dari tempat dibuatnya kontrak (*lex loci contractus*), dan sengketa transaksi yang menyangkut hak milik diterapkan hukum dari tempat letak barang (*lex situs*).²¹

Asas HPI yang tumbuh dan berkembang pada masa ini dan menjadi asas penting dalam HPI modern,²² yaitu:

1. **Asas Lex Rei Sitae (Lex Situs)** yang berarti perkara-perkara menyangkut benda-benda tidak bergerak tunduk pada hukum dari tempat di mana benda itu berada/terletak.²³
2. **Asas Lex Domicilii** yang menetapkan bahwa hak dan kewajiban perorangan harus diatur oleh hukum dari tempat seseorang berkediaman tetap.

Dalam hukum Romawi kedudukan seseorang dapat dikaitkan dengan 2 titik taut: yaitu *origo* dan *domicili*,

Timbul persoalan tentang hukum mana yang digunakan, hukum *origo* atau *domicili*?

- *Origo* = kewargaan yang dapat ditentukan karena tempat orangtua (ayah atau ibu), adopsi, penerimaan atau pemilihan.
- *Domicili* = komunitas yang telah dipilih seseorang sebagai tempat kediaman tetap.

3. **Asas Lex Loci Contractus** menetapkan bahwa perjanjian yang melibatkan pihak-pihak warga dari propinsi yang berbeda berlaku hukum dari tempat pembuatan perjanjian.

²¹ Djasadin Saragih, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional (Jilid I)*, Alumni, Bandung, 1974, h. 31.

²² Bayu Seto, *op.cit.*, h. 19-20.

²³ Asas ini kemudian diadopsi dalam Pasal 17 AB.

2. Masa Pertumbuhan Asas Personal HPI (Abad ke-6 sampai dengan Abad ke-10)

Akhir abad ke-6 Kekaisaran Romawi ditaklukkan oleh bangsa-bangsa dari wilayah-wilayah bekas propinsi-propinsi jajahan Romawi. Wilayah bekas jajahan Kekaisaran Romawi kemudian diduduki oleh pelbagai suku bangsa, yang satu sama lain dibedakan secara *genealogis* dan bukan teritorial. Dengan penaklukan ini sistem teritorial yang tadinya berlaku di wilayah Kerajaan Roma diganti dengan sistem personal. Setiap suku bangsa tunduk pada sistem hukumnya sendiri-sendiri, jadi tidak ada lagi hukum teritorial yang berlaku bagi semua orang yang berada di dalam wilayah tertentu.

Persoalan yang agak mendekati masalah HPI baru muncul pada saat timbul perkara-perkara yang menyangkut 2 (dua) atau lebih suku bangsa. Dalam keadaan demikian timbul persoalan: hukum mana yang akan diterapkan? Ada beberapa prinsip misalnya seorang tergugat dikuasai oleh hukumnya sendiri (hukum yang melekat pada dirinya, semacam *statute personalia*). Kecakapan membuat kontrak dikuasai oleh hukum yang berlaku bagi masing-masing pihak. Pewarisan dikuasai oleh hukum yang berlaku bagi orang yang meninggal, perbuatan melanggar hukum oleh hukum yang berlaku di tempat orang yang melakukan perbuatan (ini belum tentu sama dengan hukum di mana perbuatan dilakukan). Perkawinan dilangsungkan menurut hukumnya calon suami.²⁴

Pada masa ini tumbuh beberapa prinsip HPI yang dibuat atas dasar *asas genealogis*, adalah:²⁵

- a. Asas umum yang menetapkan bahwa dalam setiap proses penyelesaian sengketa hukum, hukum yang digunakan adalah hukum dari pihak tergugat.
- b. Penetapan kemampuan untuk membuat perjanjian bagi seseorang harus dilakukan berdasarkan hukum personal dari masing-masing pihak.
- c. Proses pewarisan harus dilangsungkan berdasarkan hukum personal dari pihak pewaris.
- d. Peralihan hak milik atas benda harus dilaksanakan sesuai dengan hukum dari pihak *transferor*.

²⁴ Djasadin Saragih, *op.cit.*, h. 32.

²⁵ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 21.

- e. Penyelesaian perkara tentang perbuatan melanggar hukum harus dilakukan berdasarkan hukum dari pihak pelaku perbuatan yang melanggar hukum.
- f. Pengesahan suatu perkawinan harus dilakukan berdasarkan hukum dari pihak suami.

3. Pertumbuhan Asas Teritorial (Abad ke-11 sampai dengan Abad ke-12 di Italia)

Keadaan masyarakat pada periode ini merupakan kebalikan dari periode sebelumnya. Sistem personal yang berlangsung sampai akhir abad ke-10 (jaman Barbar) lambat laun berganti menjadi sistem teritorial kembali. Pertumbuhan asas personal-genealogis semakin sulit untuk dipertahankan mengingat terjadinya transformasi struktur masyarakat yang semakin condong ke arah *masyarakat teritorialistik* di seluruh wilayah Eropa.

Melalui proses transformasi itu tumbuh perbedaan di 2 (dua) kawasan di Eropa, yaitu:

a. Pertumbuhan di Eropa Utara

Di kawasan ini (sekarang Jerman, Perancis, Inggris) transformasi dari masyarakat *genealogis* menjadi masyarakat *teritorialistik* melalui tumbuhnya kelompok-kelompok masyarakat *feodalistik*, yang harus tunduk pada hukum yang dibuat oleh tuan tanah feodal tersebut. Unit-unit masyarakat yang berada dalam kekuasaan feodal (tuan-tanah) cenderung memberlakukan hukum mereka secara eksklusif terhadap siapapun yang berada di dalam teritori mereka.

Dalam suasana feodalistik ini tidak ada pengakuan terhadap hak-hak asing, bahkan penguasa setempat dapat mengabaikan atau mencabut hak-hak yang sebenarnya sudah melekat pada seseorang berdasarkan kaidah hukum asing. Jadi sistem feodal ini tidak mengindahkan sama sekali hukum personal seseorang, sehingga sifatnya teritorial dan berlaku tanpa kecuali terhadap semua orang dan semua transaksi yang dilakukan di wilayahnya itu. Gambarnya demikian: orang yang bukan penduduk wilayah feodal itu diperlakukan sebagai orang asing dan dianggap tidak mempunyai hak apa pun. Ciri yang penting pada masyarakat

feodal adalah bahwa seorang penduduk tidak dapat mewariskan harta kekayaannya. Dengan demikian, jelas bahwa dalam sistem feodal ini HPI tidak mungkin tumbuh sebab hanya mengakui satu hukum yaitu hukum yang dibuatnya sendiri; semua hukum hanya berlaku di dalam wilayah pembuat undang-undang.²⁶

b. Pertumbuhan di Eropa Selatan

Transformasi tersebut juga terjadi di kawasan ini, tetapi disebabkan oleh pertumbuhan kota-kota perdagangan di Italia. Dasar ikatan antar manusia bukan karena ikatan personal-genealogis dan tidak karena kekuasaan feodal, tetapi karena tempat kediaman di kota yang sama. Dengan demikian, di wilayah selatan ini pergantian sistem personal ke sistem teritorial terjadi berhubungan dengan pertumbuhan kota-kota di Italia. Tali hubungan di antara orang yang satu dengan yang lain bukan lagi suku bangsa atau sama-sama tunduk kepada tuan tanah, melainkan kebersamaan tempat tinggal di kota yang sama. Secara berangsur-angsur muncul kota-kota yang kemudian menjadi makmur, misalnya: Florence, Bologna, Milan, Pisa dan Padua. Kota-kota ini telah memperoleh kemerdekaan dan wilayah sendiri-sendiri (otonom), dengan sistem hukum sendiri-sendiri pula, yang berbeda-beda satu sama lain.²⁷

Keanekaragaman sistem-sistem hukum lokal kota ini didukung dengan intensitas perdagangan antar kota yang tinggi, seringkali menimbulkan persoalan tentang pengakuan terhadap hukum dan hak-hak orang asing (kota lain) di dalam wilayah suatu kota, dan dalam suasana ini asas-asas hukum yang digunakan untuk menjawab perkara-perkara hukum perselisihan antar kota ini dianggap sebagai pemicu tumbuhnya teori HPI yang penting, yang kemudian dikenal dengan sebutan **TEORI STATUTA**. Dengan demikian, keanekaragaman sistem hukum kota yang banyak hal menyimpang dari sistem hukum Romawi yang pada waktu itu diakui dan berlaku umum serta pesatnya perkembangan perdagangan antar kota, inilah yang kemudian melahirkan ilmu HPI.

²⁶ Djasadin Saragih, *loc.cit.*

²⁷ Ridwan Khairandy, *op.cit.*, h. 18.

4. Pertumbuhan Teori Statuta di Italia (Abad ke-13 sampai dengan Abad ke-15)

Berhubung dengan perkembangan hubungan lalu-lintas dagang antara penduduk kota-kota Italia semakin terasa bahwa doktrin feodal tersebut di atas merupakan penghambat bagi pemecahan konflik-konflik yang timbul sebagai akibat saling hubungan antar kota tersebut. Peningkatan intensitas perdagangan antar kota di Italia, ternyata asas teritorial (dalam arti: keterikatan karena tempat tinggal di wilayah suatu kota tertentu) perlu ditinjau kembali.

Misalnya: Seorang warga kota Bologna yang berada di Florence, dan mengadakan perjanjian jual-beli di Florence. Berdasarkan prinsip teritorial, selama ia berada di kota Florence ia harus tunduk pada kewenangan hukum kota Florence, maka dapat timbul persoalan-persoalan, seperti:

- Sejauhmana putusan hukum atau hakim Bologna memiliki daya berlaku di kota Florence?
- Sejauhmanakah perjanjian jual-beli itu dapat dilaksanakan di wilayah Bologna?²⁸

Persoalan-persoalan ini yang mendorong ahli hukum Italia untuk mencari asas-asas hukum yang lebih adil, wajar, dan ilmiah untuk menyelesaikan konflik-konflik semacam itu. Para ahli hukum jaman itu mulai mencari jalan penyelesaian secara ilmiah guna mengatasi keadaan yang tidak memuaskan itu. Masa ini dapat dikatakan *renaissance* (hidupnya kembali) hukum Romawi. Usaha ini dipelopori oleh universitas-universitas Italia, terutama sekolah hukum di Bologna, Padua, Perugia, dan Pavia.²⁹

- KELOMPOK GLOSSATORS³⁰ (mulai dikenal abad ke-12 sampai dengan abad ke-13):

Kelompok ini melakukan upaya untuk penyempurnaan *Corpus Iuris* sebagai kodifikasi yang berlaku di seluruh Italia, untuk digunakan dalam mengembangkan statuta-statuta intern kota-kota diwujudkan melalui perumusan tafsiran-tafsiran baru dan pembuatan catatan-cacatan tentang interpretasi terhadap

²⁸ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 23-24.

²⁹ Djasadin Saragih, *op.cit.*, h. 34.

³⁰ Bayu Seto, *loc.cit.*

Corpus Iuris yang disesuaikan dengan kebutuhan masing-masing kota.

- KELOMPOK POST GLOSSATORS³¹ (abad ke-14 sampai dengan abad ke-15)

Kelompok ini melakukan penafsiran dan penyempurnaan terhadap kaidah-kaidah hukum di dalam *Corpus Iuris* dilakukan khusus untuk membangun asas-asas hukum yang dapat dipergunakan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan hukum perselisihan (antar kota). Kelompok ahli hukum ini memusatkan perhatian pada upaya untuk mencari dasar hukum baru untuk menyelesaikan persoalan-persoalan hukum yang melibatkan kewenangan hukum dari 2 (dua) atau lebih kota yang berbeda.

Dari kelompok ini muncul **TEORI STATUTA**.

4.1. Dasar-dasar Teori Statuta

Teori Statuta diawali oleh seorang tokoh Post Glossators,³² yaitu *Accursius*, yang mengajukan gagasan sebagai berikut:

“Bila seseorang yang berasal dari suatu kota tertentu di Italia, digugat di sebuah kota lain, maka ia tidak dapat dituntut berdasarkan hukum dari kota lain itu, karena ia bukan subyek hukum dari kota lain itu”.

Gagasan ini menarik perhatian dan penelitian lebih lanjut oleh **Bartolus de Sassoferato** (1315-1357), yang kemudian menjadi pencetus Teori Statuta. Dia berusaha mengembangkan asas-asas untuk menentukan wilayah berlakunya setiap aturan hukum yang berlaku dengan mengajukan pertanyaan hubungan hukum seperti apakah yang diatur oleh suatu kaidah hukum tertentu. Jadi titik tolaknya adalah kaidah-kaidah yang berlaku di suatu negeri atau kota tertentu.³³

Teori ini dianggap sebagai teori pertama yang mendekati persoalan-persoalan hukum perselisihan secara metodik dan sistematis, maka dalam sejarah perkembangan HPI (Eropa Kontinental), Bartolus dijuluki Bapak HPI.

Bartolus meneliti setiap hubungan hukum menimbulkan konflik dan sekaligus menemukan statuta (hukum) yang paling tepat dan adil untuk

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, h. 25.

³³ Sunarjati Hartono, *op.cit.*, h. 16.

diterapkan. Ia membagi statuta dalam statuta personalia dan statuta realia dan membedakan lingkungan berlakunya.

Statuta realia lingkungan berlakunya teritorial, sedangkan statuta personalia extra-teritorial (personal). Sebagai kriterium pembedaan di dalam realia dan personalia, digunakan susunan kalimat secara gramatikal di dalam statuta yang bersangkutan. Kalau kalimatnya dimulai dengan kata “benda”, maka ini berarti statuta realia; kalau dimulai dengan “orang”, maka ini berarti statuta personalia.

Contoh:

Primogenitus succedat ... = anak laki-laki sulung mewariskan ..., di sini kata pertama menunjukkan kepada orang, maka ini adalah statuta personalia.

Bona decedentium ... = barang orang mati..., ini menunjukkan pada barang, jadi ini merupakan statuta realia.³⁴

Seorang murid Bartolus yang bernama Baldus, menemukan adanya statuta yang ternyata mengenai baik orang maupun benda, yang dinamakan **statuta mixta** (campuran). Contoh: statuta mengenai pengoperan (pengalihan) hak atas sebidang tanah. Menurut Baldus, ketentuan di atas menyangkut orang (antara pemilik tanah lama dan pemilik tanah baru), tetapi juga menyangkut benda (tanah), sehingga bersifat campuran (*mixta*).³⁵

Bartolus³⁶ sampai pada kesimpulan mengenai statuta-statuta di Italia:

1. Statuta-statuta suatu kota dapat diklasifikasikan ke dalam 2 (dua) atau 3 (tiga) kelompok/jenis statuta, yaitu:
 - a. **Statuta personalia** yaitu statuta-statuta yang berkenaan dengan kedudukan hukum atau status personal orang.
 - b. **Statuta realia** yaitu statuta-statuta yang berkenaan dengan status benda.
 - c. **Statuta mixta** yaitu statuta-statuta yang berkenaan dengan perbuatan-perbuatan hukum (jenis statuta ini dilengkapi oleh para ahli Post Glossators lainnya karena dianggap sesuai dengan kebutuhan).

³⁴ Djasadin Saragih, *op.cit.*, h. 34.

³⁵ *Ibid.*, h. 35.

³⁶ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 26-27.

2. Setiap jenis Statuta itu dapat ditentukan lingkup atau wilayah berlakunya secara tepat, yaitu:
 - a. Statuta personalia, obyek pengaturannya adalah orang dalam persoalan-persoalan hukum yang menyangkut pribadi dan keluarga. Lingkup berlaku bersifat ekstra-teritorial, karena ada kemungkinan untuk berlaku di luar wilayah penguasa kota yang memberlakukannya. Statuta personalia hanya berlaku terhadap warga kota yang berkediaman tetap di wilayah kota yang bersangkutan. Namun demikian, statuta ini akan tetap melekat dan berlaku atas mereka, di mana pun mereka berada.
 - b. Statuta realia, obyek pengaturannya adalah benda dan statuta hukum dari benda.

Berlaku prinsip teritorial, artinya hanya berlaku di dalam wilayah kekuasaan penguasa kota yang memberlakukannya, namun akan tetap berlaku terhadap siapa saja (warga kota/pendatang/orang asing) yang berada di dalam teritorial kota yang bersangkutan.
 - c. Statuta Mixta adalah berkenaan dengan perbuatan-perbuatan hukum oleh subyek hukum/perbuatan-perbuatan hukum terhadap benda-benda.

Termasuk tentang perbuatan melanggar hukum.

Kekuatan berlaku berdasarkan prinsip teritorial, artinya berlaku atas semua perbuatan hukum yang terjadi/dilaksanakan di dalam wilayah penguasa kota yang memberlakukan statuta ini.

Hanya berlaku di dalam teritorial kota yang bersangkutan, berlaku terhadap siapa saja (warga kota/pendatang/orang asing) yang berada di dalam wilayah kota yang bersangkutan.

4.2. Penggunaan Teori Statuta dalam HPI

Modifikasi-modifikasi³⁷ penggunaan teori statuta Italia sebagai pedoman untuk menyelesaikan perkara HPI (perkara yang melibatkan sistem hukum dari dua negara/lebih):³⁸

³⁷ Modifikasi sebenarnya semacam ini merupakan inti dari Teori Statuta Modern yang dikembangkan di abad ke-20.

³⁸ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 27-28.

- a. Pembedaan ke dalam *Personalia*, *Realia*, dan *Mixta* diberlakukan sebagai kategori untuk mengkualifikasikan pokok perkara yang sedang dihadapi, kemudian sebagai titik tolak untuk menentukan *lex causae*. Jadi, hakim akan menentukan, apakah pokok perkara yang sedang dihadapi adalah perkara yang menyangkut:
 - status benda (perkara *realia*), atau
 - status orang/badan hukum/subyek hukum (perkara *personalia*), atau
 - status perbuatan hukum (perkara *mixta*).
- b. Dalam menentukan *lex causae*, maka bila perkara dikualifikasikan sebagai perkara tentang:
 - Status benda, maka *lex causae* adalah hukum dari tempat di mana benda terletak/berada (*lex situs*).

Dalam perkembangan HPI, pendekatan *realia* ini hanya cocok untuk perkara-perkara yang menyangkut benda tetap (*immovables*), sedangkan untuk benda-benda bergerak digunakan asas HPI lain, yaitu ***Mobilia Sequuntur Personam***.³⁹

 - Status orang/badan hukum, maka *lex causae* adalah hukum di tempat di mana orang atau subyek hukum itu berkediaman tetap (*lex domicilii*) atau berkewarganegaraan (*lex patriae*).
 - Status perbuatan-perbuatan hukum, maka *lex causae* adalah hukum dari tempat di mana perbuatan hukum itu dijalankan (*lex loci actus*).

Contoh-contoh:⁴⁰

- A berasal dari kota Milan. Berdasarkan statuta Milan melakukan transaksi jual beli dengan B dari Venesia. Obyek jual-beli adalah sebidang tanah di kota Roma. Bila timbul perkara tentang status kepemilikan tanah di Roma tersebut, maka sebagai perkara *realia*, perkara ini harus diselesaikan berdasarkan hukum tanah Roma.

³⁹ ***Mobilia Sequuntur Personam*** bermakna bahwa benda bergerak mengikuti orangnya. Dengan perkataan lain, benda bergerak diatur dan tunduk kepada hukum nasional atau domisili pemilik benda bergerak yang bersangkutan.

⁴⁰ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 29.

- C adalah warga yang berkediamanan tetap di kota Genoa. Di kota ini C dianggap sebagai orang yang sudah mampu melakukan perbuatan hukum secara mandiri. Namun, di kota Florence, karena kaidah-kaidah hukum yang berbeda, C akan dianggap belum mampu melakukan perbuatan hukum sendiri. Seandainya masalah ini diperkarakan di pengadilan Florence, maka sebagai perkara *Personalia*, status personal C akan ditentukan berdasarkan hukum Genoa sebagai ***Lex Domicilii C.***
- D adalah warga kota Turin. Ketika berada di kota Pisa, ia telah melakukan perbuatan yang merugikan E, warga Pisa, dan E kemudian menuntut ganti rugi dari D di pengadilan Pisa. Dalam hal ini, sebagai perkara ***Mixta***, pengadilan Pisa akan menetapkan apakah D telah melakukan perbuatan melanggar hukum dan E berhak atas ganti rugi, akan ditetapkan berdasarkan hukum kota Pisa sebagai hukum dari tempat di mana perbuatan dilaksanakan.

Klasifikasi yang dilakukan oleh Bartolus dimaksudkan untuk menyediakan jalan keluar yang sederhana dan efektif dalam menyelesaikan persoalan hukum antar kota (atau perkara HPI di masa modern). Namun, upaya untuk menetapkan dengan tegas kaidah-kaidah apa yang harus diklasifikasikan ke dalam kaidah-kaidah *realia*, *personalia*, atau *mixta* ternyata tidak selalu mudah untuk dilaksanakan.

Misalnya, bila orang dihadapkan pada kaidah (atau perkara) tentang ***kemampuan hukum seseorang untuk mengalihkan hak milik atas tanah***. Apakah hal ini harus dikualifikasikan sebagai statuta (atau perkara) *personalia* atau *realia*?

Contoh lain: bila orang menghadapi statuta (atau perkara) tentang perbuatan melanggar hukum yang sasarannya adalah suatu benda tetap. Apakah statuta (atau perkara) ini akan dianggap sebagai perkara *relia* (dan berlaku: ***Lex Situs***) atau sebagai perkara *mixta* (dan berlaku: ***Lex loci actus***)?

Bartolus menjawab kritik-kritik semacam ini dengan menggunakan **penafsiran gramatikal**, sebagai berikut: Suatu statuta adalah *relia*, bila rumusan statuta itu diawali dengan istilah **benda** terlebih dahulu, demikian pula suatu statuta adalah *personalia*, bila perumusannya

diawali dengan penyebutan tentang **orang atau subyek hukum** terlebih dahulu.

Berdasarkan doktrin statuta di atas, kemudian dikembangkan metode berpikir HPI sebagai berikut:

1. Apabila persoalan HPI yang dihadapi menyangkut persoalan suatu benda, maka kedudukan hukum benda itu harus diatur berdasarkan *statuta realia* dari tempat di mana benda itu berada. Dalam perkembangannya, cara berpikir *realia* semacam ini hanya berlaku bagi benda tetap (benda tidak bergerak) saja, sedangkan terhadap benda bergerak berlaku asas ***Mobilia Sequuntur Personam***;
2. Apabila persoalan HPI yang dihadapi berkaitan dengan status personal (status dan wewenang), maka status personal (status dan wewenang) orang tersebut harus diatur berdasarkan *statuta personalia* dari tempat di mana orang tersebut berdomisili (*lex domicilii*); dan
3. Apabila persoalan HPI yang dihadapi berkaitan dengan bentuk atau akibat hukum suatu perbuatan hukum, bentuk dan akibat hukum tersebut harus tunduk pada kaidah-kaidah *mixta* dari tempat di mana perbuatan tersebut dilakukan. Cara berpikir atau asas ini diadopsi oleh Pasal 18 AB yang menyebutkan: "Bentuk dari setiap perbuatan ditentukan oleh undang-undang dari negara atau tempat di mana perbuatan itu dilakukan".⁴¹

Tampaknya teori statuta ini mudah memecahkan masalah-masalah yang dihadapi. Akan tetapi, dalam praktek ternyata sukar sekali menentukan apakah suatu statuta tertentu termasuk statuta *realia*, statuta *personalia* atau statuta *mixta*, karena satu peraturan tertentu dapat menyangkut ketiga macam statuta tersebut. Misalnya peraturan yang melarang mengasingkan benda-benda tidak bergerak tanpa ijin dari pengadilan. Di sini, ternyata bahwa statuta demikian menyangkut kewenangan untuk melakukan perbuatan atau tindakan hukum, tentang benda tidak bergerak dan tentang bentuk tindakan hukum.⁴²

Teori statuta ini dalam abad ke-16 dibawa ke Perancis oleh para sarjana Perancis yang telah melakukan studi di universitas-universitas Italia.

⁴¹ Ridwan Khairandy, *op.cit.*, h. 21-22.

⁴² Djasadin Saragih, *op.cit.*, h. 35.

Tokoh-tokoh yang terkenal adalah Charles Dumoulin (Carolus Molineaus 1500-1566) dan Bertrand D'Argentre (1519-1590).

5. Perkembangan Teori Statuta di Perancis (Abad 16)

5.1. Situasi Kenegaraan di Perancis Abad ke-16

Struktur kenegaraan di Perancis (sebelum Revolusi Perancis) mendorong orang untuk mempelajari hukum perselisihan secara intensif. Propinsi-propinsi di Perancis merupakan bagian dari negara Perancis, secara *de facto* merupakan wilayah-wilayah yang berkembang menjadi pusat-pusat perdagangan yang mengingatkan orang pada perkembangan kota-kota di Italia beberapa abad sebelumnya. Kenyataan ini menunjukkan bahwa:

- Masing-masing propinsi memiliki sistem hukum lokalnya sendiri (*Costume*). Jadi yang dimaksud dengan Statuta di sini adalah hukum lokal dari propinsi-propinsi.
- Meningkatnya aktivitas perdagangan antar propinsi di Perancis mengakibatkan bertemunya kaidah-kaidah hukum pelbagai propinsi dalam konflik-konflik hukum antar propinsi.⁴³

5.2. Cara Penyelesaian

Para ahli hukum Perancis berusaha untuk mendalami dan memodifikasi Teori Statuta Italia dan menerapkannya dalam konflik antar propinsi di Perancis.

Beberapa tokoh yang dikenal sebagai tokoh Teori Statuta Perancis adalah:

- Dumoulin (1500-1566)
- D'Argentre (1523-1603)

Pendapat DUMOULIN⁴⁴

Apabila berdasarkan Teori Statuta yang dikemukakan oleh Bartolus di Italia, Statuta yang menyangkut Perjanjian/Kontrak dikategorikan

⁴³ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 30.

⁴⁴ *Ibid.*, h. 31.

sebagai bagian dari Statuta Realia (atau Statuta Mixta menurut murid-murid Bartolus), maka menurut Dumoulin:

- a. pihak-pihak (subyek hukum) dalam perjanjian pada dasarnya memiliki kebebasan berkontrak;
- b. kebebasan berkontrak antara lain diwujudkan juga dalam kebebasan untuk memilih hukum apa yang hendak mereka berlakukan dalam kontrak mereka;
- c. jadi kebebasan orang untuk memilih hukum yang berlaku atas perjanjian sebenarnya mirip dengan persoalan Status Personal seseorang;
- d. sebagai persoalan Status Personal, maka kebebasan ini akan melekat terus pada diri orang-orang yang akan menjadi pihak-pihak dalam perjanjian di manapun ia berada dan membuat perjanjian;
- e. karena itu, perjanjian seyogyanya masuk dalam lingkup STATUTA PERSONALIA dan memiliki sifat ekstra-teritorial;
- f. Jadi, Dumoulin sebenarnya memperluas ruang lingkup Statuta Personalia Bartolus dan memasukkan perjanjian ke dalamnya.

Pendapat D'ARGENTRE⁴⁵

- a. D'Argentre mengakui bahwa ada beberapa Statuta yang benar-benar mengatur tentang kecakapan seseorang secara yuridis dan masuk ke dalam Statuta Personalia, tetapi
- b. Banyak statuta yang mengatur kedudukan orang (personalia) tetapi dalam kaitannya dengan hak milik orang itu atas suatu benda (realia), atau
- c. Banyak statuta yang mengatur perbuatan-perbuatan hukum (realia atau mixta) tetapi yang dilakukan di wilayah propinsi tertentu,
- d. Statuta-statuta semacam itu (b dan c) harus dikategorikan sebagai Statuta Realia karena isinya berkaitan erat dengan wilayah propinsi dari penguasa yang memberlakukan statuta itu,

⁴⁵ *Ibid.*, h. 31-32.

- e. Dalam kaitan itu yang harus diutamakan adalah otonomi dari propinsi-propinsi (di Perancis), dan bukan otonomi subyek hukum (seperti kata Dumoulin), sehingga
- f. D'Argentre sebenarnya memperluas ruang lingkup Statuta Realia, dan memasukkan perjanjian-perjanjian dan perbuatan-perbuatan hukum lain ke dalam lingkup Statuta Realia.

6. Teori Statuta Belanda (Abad ke-17)

Tokoh-tokoh adalah:

- a. Ulrik Huber (1636-1694)
- b. Johannes Voet (1647-1714)

Prinsip dasar yang dijadikan titik tolak Teori Statuta Belanda adalah ***Kedaulatan Eksklusif Negara***. Jadi, Statuta yang dimaksud adalah hukum suatu negara yang berlaku di dalam teritorial suatu negara.

Pandangan Ulrik Huber⁴⁶

Untuk menyelesaikan Perkara HPI, Ulrik Huber berpandangan bahwa orang harus bertitik tolak dari 3 (tiga) prinsip dasar, yaitu:

- a. Hukum suatu negara hanya berlaku dalam batas-batas teritorial negara itu;
- b. Semua orang/subyek hukum yang secara tetap atau sementara berada di dalam teritorial wilayah suatu negara berdaulat:
 - Merupakan subyek hukum dari negara tersebut, dan
 - Tunduk serta terikat pada hukum negara tersebut
- c. Namun demikian berdasarkan prinsip Sopan Santun Antar-Negara (*comitas gentium*), Hukum yang harus berlaku di negara asalnya tetap memiliki kekuatan berlaku di mana-mana, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan subyek hukum dari negara pemberi pengakuan.

Selanjutnya, untuk menyelesaikan perkara-perkara HPI, maka ketiga prinsip itu harus ditafsirkan dengan memperhatikan dua prinsip lain, yaitu bahwa suatu perbuatan hukum yang dilakukan di suatu tempat tertentu, dan

⁴⁶ *Ibid.*, h. 32-33.

- dianggap sebagai perbuatan hukum yang sah menurut hukum setempat, harus diakui/dianggap sah juga di negara lain (termasuk di negara forum) meskipun hukum negara lain itu menganggap perbuatan semacam itu batal, atau
- dianggap sebagai perbuatan hukum yang batal menurut hukum setempat, akan dianggap batal di mana pun juga termasuk di dalam wilayah negara forum.

Jadi dalam HPI, menurut Ulrik Huber:

- setiap negara memiliki kedaulatan, sehingga negara memiliki kewenangan penuh untuk menetapkan kaidah-kaidah HPI-nya, tetapi
- dalam kenyataan, negara-negara itu tidak dapat bertindak secara bebas, dalam arti bahwa berdasarkan asas *Comitas Gentium* negara itu harus mengakui pelaksanaan suatu hak yang telah diperoleh secara sah di negara lain.

Pandangan Johannes Voet⁴⁷

Johannes Voet menegaskan kembali ajaran *Comitas Gentium*, dengan menjelaskan sebagai berikut:

- a. Pemberlakuan hukum asing di suatu negara bukan merupakan kewajiban Hukum Internasional (Publik) atau karena sifat hubungan HPI-nya;
- b. Suatu negara asing tidak dapat menuntut pengakuan/pemberlakuan kaidah hukumnya di dalam wilayah hukum suatu negara lain;
- c. Karena itu, pengakuan atas berlakunya suatu hukum asing hanya dilakukan demi sopan santun pergaulan antar negara (*Comitas Gentium*);
- d. Namun demikian, asas *Comitas Gentium* ini harus ditaati oleh setiap negara, dan asas ini harus dianggap sebagai bagian dari sistem hukum nasional negara itu.

Salah satu asas yang berkembang dari Teori Statuta Belanda (teori *Comitas Gentium*) adalah Asas *Locus Regit Actum*, yang maksudnya

⁴⁷ *Ibid.*, h. 33-34.

adalah: “tempat di mana perbuatan dilakukan akan menentukan bentuk hukum dari perbuatan itu”.

7. Teori HPI Universal (Abad ke-19)

Tokoh pencetusnya adalah **Friedrich Carl von Savigny** di Jerman. Pekerjaan besar Savigny mengembangkan teori ini, sebenarnya didahului oleh pemikiran ahli hukum Jerman lain, yaitu **C.G. von Wachter**.

Pandangan C.G. von Wachter⁴⁸

Dia mengkritik teori Statuta Italia, yang dianggap menimbulkan ketidakpastian hukum. Dia menolak adanya sifat ekstra-teritorial dari suatu aturan (seperti statuta personalia), karena adanya aturan seperti itu akan menyebabkan timbulnya kewajiban hukum di negara asing.

Von Wachter berasumsi bahwa: Hukum intern forum hanya dapat diterapkan pada kasus-kasus hukum lokal saja. Karena itu, dalam perkara-perkara HPI, forumlah yang harus menyediakan kaidah-kaidah HPI (*choice of law rules*) atau yang menentukan hukum apa yang harus berlaku. Sikap ini dianggap terlalu melebih-lebihkan fungsi forum (dan *lex fori*) dalam penyelesaian perkara HPI.

Titik tolak penentuan hukum yang seharusnya diberlakukan dalam perkara HPI sebenarnya adalah: hukum dari tempat yang merupakan *LEGAL SEAT* (tempat kedudukan) dari dimulainya suatu hubungan hukum tertentu. Selanjutnya harus dipahami, perkara HPI, sebagai hubungan hukum, mulai ada sejak perkara itu diajukan di suatu forum tertentu. Karena itu forum pengadilan itulah yang harus dianggap sebagai tempat kedudukan hukum (*legal seat*) perkara yang bersangkutan.

Karena forum merupakan “*legal seat*” dari perkara HPI, maka *Lex Fori*-lah yang harus diberlakukan sebagai hukum yang berwenang menentukan hukum apa yang dapat berlaku dalam perkara HPI.

Pandangan Von Savigny⁴⁹

- a. Savigny mencoba menggunakan konsepsi “*Legal Seat*” itu dengan berasumsi bahwa “untuk setiap jenis hubungan hukum, dapat

⁴⁸ *Ibid.*, h. 34-35.

⁴⁹ *Ibid.*, h. 35-37.

ditentukan *Legal Seat*/Tempat Kedudukan Hukumnya” dengan melihat pada hakikat dari hubungan hukum tersebut;

- b. Bila orang hendak menentukan aturan hukum apa yang seharusnya berlaku dalam suatu perkara yang terbit suatu hubungan hukum, maka hakim berkewajiban untuk menentukan tempat kedudukan hukum/*legal seat* dari hubungan hukum itu;
- c. Caranya: dengan melokalisasi tempat kedudukan hukum dari hubungan hukum itu dengan bantuan titik taut;
- d. Bila tempat kedudukan hukum dari suatu jenis hubungan hukum telah dapat ditentukan, maka sistem hukum dari tempat itulah yang akan digunakan sebagai *Lex Causae*;
- e. Setelah tempat kedudukan hukum itu dapat dilokalisasi, maka dibentuklah asas hukum yang bersifat universal yang dapat digunakan untuk memnentukan hukum yang berlaku, dalam perkara-perkara yang menyangkut hubungan yang sejenis;
- f. Asas hukum itulah yang menjadi asas HPI (*Choice of Law Rules*), yang menurut pendekatan tradisional menjadi titik taut sekunder/penentu yang harus digunakan dalam rangka menentukan *Lex Causae*;
- g. Menggunakan sebuah asas (yang ditentukan dengan bantuan titik-titik taut) untuk menyelesaikan pelbagai perkara-perkara HPI sejenis itulah yang menjadi pola dasar penyelesaian perkara HPI di dalam sistem Eropa Kontinental.

Dalam perkembangannya, teori HPI tradisional yang berkembang di Eropa Daratan banyak mengandalkan pendekatan HPI-nya pada pemanfaatan titik-titik taut.

Teori lain yang dikembangkan di Eropa (Kontinental maupun di Inggris sebelum Konvensi Roma) berdasarkan pendekatan von Savigny meninggalkan pola penggunaan “satu titik taut dominan untuk perkara sejenis”, dan memanfaatkan titik-titik taut untuk menentukan *legal seat* dari suatu peristiwa/hubungan hukum.

Walaupun secara esensial dapat digunakan untuk pelbagai peristiwa HPI, pendekatan ini lebih banyak dimanfaatkan untuk menentukan hukum yang seharusnya berlaku terhadap sebuah perjanjian (*the proper law of contract*). Terpusatnya titik-titik

taut pada suatu tempat tertentu akan menunjukkan bahwa tempat tersebutlah yang menjadi *centre of gravity* (pusat gaya berat) dari suatu hubungan hukum (kontraktual).

- h. Perlu disadari bahwa sebuah kaidah HPI, berdasarkan pendekatan ini, sebenarnya digunakan untuk menunjukkan ke arah sistem hukum suatu negara, yang akan menjadi *lex causae*, atau yang akan digunakan untuk menyelesaikan semua persoalan hukum yang timbul dari suatu hubungan hukum. *Lex Causae* ini harus diberlakukan untuk menjawab semua *legal issues* dari perkara yang sedang dihadapi. Jadi kaidah HPI tidak dimaksudkan untuk mencari dan menentukan aturan hukum intern apa yang akan diberlakukan untuk menyelesaikan suatu *legal issue* tertentu yang dapat timbul dari suatu hubungan hukum.

BAB III

KUALIFIKASI

1. Pengertian Kualifikasi

Dalam setiap proses pengambilan keputusan hukum, tindakan kualifikasi (*Qualification, Classification, Characterization* (Bahasa Inggris), *Qualificatie* (Bahasa Belanda)) adalah bagian dari proses yang hampir pasti dilalui, karena dengan kualifikasi, orang mencoba untuk menata sekumpulan fakta yang dihadapinya (sebagai persoalan hukum), mendefinisikannya, dan kemudian menempatkannya ke dalam suatu kategori yuridik tertentu.

Di dalam hukum intern, kualifikasi merupakan suatu proses berpikir logis untuk menempatkan konsepsi asas-asas dan kaidah-kaidah hukum tertentu ke dalam sistem hukum yang berlaku. Di dalam HPI, kualifikasi menjadi lebih penting lagi karena berkaitan dengan adanya kewajiban untuk memilih salah satu sistem hukum yang relevan dengan kasus yang dihadapi.⁵⁰ Kualifikasi dalam HPI juga diperlukan, karena fakta-fakta harus berada di bawah kategori hukum tertentu (*subsumption of facts under categories of law*), sehingga fakta-fakta diklasifikasikan, dimasukkan ke dalam pengertian hukum yang ada. Dalam HPI selain fakta yang dikualifikasikan juga kaidah hukum perlu dikualifikasikan (*classification of law*).⁵¹

Kualifikasi artinya menyalin fakta-fakta sehari-hari ke dalam istilah-istilah hukum. Kualifikasi ini terdiri dari 2 fase:

1. kualifikasi fakta (*classification facts*/kualifikasi primer):

yaitu proses kualifikasi yang dilakukan terhadap sekumpulan fakta di dalam sebuah peristiwa hukum untuk ditetapkan menjadi satu atau lebih peristiwa atau masalah hukum (*legal issues*), sesuai dengan klasifikasi kaidah-kaidah hukum yang berlaku di dalam suatu sistem hukum tertentu.

⁵⁰ Sunarjati Hartono, *op.cit.*, h. 70.

⁵¹ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid Kedua Bagian Kedua (Buku 3), Eresco, Bandung, 1988, h. 167.

2. kualifikasi ketentuan hukum (*classification of rules of law/ kualifikasi sekunder*):

yaitu penetapan tentang penggolongan/pembagian seluruh kaidah hukum di dalam sebuah sistem hukum ke dalam pembidangan, pengelompokan, atau kategori hukum tertentu.

Contoh:

1. A bersepeda di jalan raya melalui jalur yang diperuntukkan orang bersepeda. A ditabrak oleh mobil yang dikemudikan oleh B. A ingin menuntut ganti-rugi kepada B karena sepedanya rusak. Lalu, karena ia tidak memahami seluk beluk, maka ia minta bantuan pada pengacara. Pengacara inilah yang akan memikirkan dasar tuntutananya dengan jalan menempatkan fakta-fakta tersebut ke dalam kategori hukum yang sudah tersedia. Jelaslah kiranya menurut fakta, pada A tidak terdapat unsur kurang hati-hati sebab ia bersepeda pada jalur yang benar. Jadi B-lah yang kurang hati-hati, yang mengakibatkan kerugian materiil pada A. Akhirnya, si pengacara (dan juga hakim) akan sampai pada perbuatan melanggar hukum (Pasal 1365 BW). Apabila kata-kata dalam Pasal 1365 BW dicocokkan dengan fakta-fakta tersebut, maka jelas kasus itu termasuk ke dalam Pasal 1365 BW.
2. C segera berangkat ke luar negeri, minta kepada temannya D untuk mengurus kontrak penyerahan dan pengiriman bahan bangunan. Kemudian timbul sengketa, karena D menyodorkan kuitansi minta honorarium. Persoalan yang timbul: termasuk kategori hukum apa sengketa ini? Apakah termasuk “pemberian tugas” (*lastgeving*) diatur dalam Pasal 1792 BW atau “melakukan jasa-jasa tertentu” (Pasal 1601 BW). Sebab akibat dari kedua ketentuan tersebut berbeda.
3. Seorang anak luar kawin yang tidak diakui, setelah dewasa menuntut nafkah pada ayah alamnya, karena selama ini ia tidak diberi tunjangan. Tapi sebelum sengketa ini selesai, ayahnya tersebut meninggal dunia. Apabila persoalan ini digolongkan ke dalam kategori hukum kekeluargaan, maka kewajiban tersebut turut lenyap dengan meninggalnya si ayah tadi. Tetapi kalau digolongkan ke dalam kewajiban

berdasarkan hukum harta kekayaan, merupakan hutang, maka konsekuensinya hutang itu beralih kepada ahli warisnya.

Di bidang HPI kualifikasi ini selalu diperlukan, bahkan sangat menonjol dibandingkan dengan kualifikasi di bidang hukum intern. Hal ini disebabkan karena hukum asing kadang-kadang melakukan kualifikasi yang berlainan dengan hukum kita.

Kesamaan bunyi istilah-istilah hukum yang ada di dalam hukum kita maupun di dalam hukum asing, tidak selamanya terjadi kesamaan isi/ makna. Kadang-kadang ada hubungan-hubungan hukum yang dikenal dalam asing, tetapi tidak dikenal dalam hukum kita. Hal semacam ini menunjukkan adanya sifat-sifat khas dalam kualifikasi di bidang HPI.

Contoh:

1. daluarsa (*verjaring, statute of limitation*)

Dalam sistem hukum Eropa Kontinental (*civil law system*) dianggap sebagai lembaga hukum materiil (*substantive law*)

Sedangkan menurut sistem hukum Anglo-Amerika (*common law system*) termasuk dalam hukum acara (*procedural law*).

2. persetujuan orangtua untuk menikah

Di Inggris merupakan bentuk tindakan hukum (formalitas) dikualifikasikan sebagai “bentuk”, jadi menurut HPI kita, Pasal 18 AB yang berlaku (*locus regit actum*).

Menurut BW, termasuk “syarat materiil” (*substantive*), jadi termasuk “wewenang” jadi yang berlaku hukum nasionalnya (Pasal 16 AB).

3. masalah penentuan *locus contractus*

Tempat di mana kontrak dilangsungkan/ditutup adalah yang berlaku hukumnya. Bagaimana kalau para pihak tidak hadir dalam suatu tempat, tetapi kontrak terjadi dengan telex/telepon?

Lalu persoalannya: di mana sebenarnya harus dianggap “tempat terjadinya kontrak” itu?

Inggris menganut “*mail box theory*”, yaitu tempat di mana dikirimkan akseptasi. Negara-negara Eropa Kontinental, misalnya

Swiss, Jerman, Austria, titik berat diletakkan pada “tempat di mana diterimanya akseptasi”.

4. harta peninggalan tanpa ahli waris

Di banyak sistem hukum menyatakan bahwa harta peninggalan tanpa ahli waris akan jatuh ke tangan negara (cf Pasal 1126–1130 BW).

Persoalannya: jatuh ke tangan negara itu didasarkan pada apa?

Di Jerman, hak negara tersebut dianggap termasuk bidang warisan, jadi negara dianggap sebagai ahli waris.

Di sistem hukum Anglo-Amerika dan Perancis: didasarkan pada “*Aneignungsrecht*” (hak negara untuk menyatakan sesuatu menjadi haknya/kepunyaannya).

Apa akibatnya:

Sebagai ahli waris, maka barang-tidak terurus yang ditinggal oleh WNI yang meninggal di luar negeri akan jatuh ke tangan negara kita, sebaliknya apabila ada orang asing yang meninggal tanpa waris di sini, maka negara nasionalnya yang berhak.

Berdasarkan “*Aneignungsrecht*”, maka negara kita berhak atas segala warisan yang tidak terurus yang ditinggalkan di dalam wilayah Indonesia. Konsekuensinya, negara kita tidak berhak mengklaim harta peninggalan seorang WNI yang tidak terurus yang meninggal di luar negeri.

Jadi ada beberapa hal yang menyebabkan rumitnya persoalan kualifikasi HPI⁵² adalah:

1. Pelbagai sistem hukum menggunakan terminologi hukum yang sama atau serupa, tetapi untuk menyatakan hal yang berbeda.

Misalnya: istilah domisili berdasarkan hukum Indonesia yang berarti tempat kediaman sehari-hari (*habitual residence*), dibandingkan dengan pengertian domisili dalam hukum Inggris yang dapat berarti *domicile of origin*, *domicile of choice*, *domicile of dependence*, atau *domicile by operation of the law*.

2. Pelbagai sistem hukum mengenal konsep/lembaga hukum tertentu ternyata tidak dikenal di dalam sistem hukum lain.

⁵² Bayu Seto, *op.cit.*, h. 49-50.

Misalnya: lembaga *trust* merupakan lembaga hukum yang khas dalam tradisi *common law system* dan tidak dikenal dalam hukum Indonesia.

3. Pelbagai sistem hukum menyelesaikan perkara-perkara hukum yang secara faktual sama tetapi dengan menetapkan kategori yuridik yang berlainan.

Misalnya: seorang janda yang menuntut hasil dari sebidang tanah warisan suami, menurut hukum Perancis dikualifikasikan sebagai masalah “warisan”, sedangkan menurut hukum Inggris, masalah tersebut dikualifikasikan sebagai “hak janda untuk bagian dari harta perkawinan”.

4. Pelbagai sistem hukum mensyaratkan sekumpulan fakta yang berbeda-beda, untuk menetapkan adanya suatu peristiwa hukum yang pada dasarnya sama.

Misalnya: untuk menetapkan terjadinya proses peralihan hak milik (*transfer of title*) dan penentuan saat terjadinya peralihan hak milik dituntut fakta-fakta yang berbeda antara sistem hukum Perancis dan sistem hukum Belanda.

5. Pelbagai sistem hukum menempuh proses/prosedur yang berbeda-beda untuk mewujudkan atau menerbitkan hasil atau status hukum yang pada dasarnya sama.

Misalnya: status hukum yang dikehendaki adalah sahnyanya sebuah kontrak bilateral. Proses yang ditetapkan untuk hal itu, dalam hukum Inggris, harus dipenuhi persyaratan *consideration*, sedangkan menurut hukum Indonesia, keabsahan kontrak cukup dipenuhi bila para pihak telah sepakat mengenai barang, harga dan persyaratan perjanjiannya.

Masalah-masalah khas tersebut sebenarnya bisa dipersempit menjadi 2 (dua) masalah utama dalam problem kualifikasi di bidang HPI, yaitu:

- Adanya kesulitan untuk menentukan ke dalam kategori apa sekumpulan fakta dalam sebuah perkara harus digolongkan, mengingat adanya perbedaan-perbedaan kualifikasi di atas?
- Apa yang harus dilakukan bila dalam suatu perkara HPI tersangkut lebih dari satu sistem hukum, dan karena masing-masing sistem

hukum mengkualifikasikan sekumpulan fakta secara berbeda, maka perbedaan ini juga dapat menimbulkan perbedaan dalam putusan akhir perkara (**Konflik Kualifikasi**).⁵³

2. Pentingnya Kualifikasi

Pentingnya masalah kualifikasi di bidang HPI lazimnya dikupas/dibahas suatu perkara yang telah merupakan "*cause celebre*", yaitu perkara Rosa Anton versus Bartholo (The *Maltese Case*),⁵⁴ yang telah diputuskan oleh Mahkamah Banding Aljazair (koloni Perancis pada waktu itu) pada tahun 1891.

Sepasang suami isteri Malta berdomisili di Malta sebelum tahun 1870 akhirnya menetap di Ajazair (koloni Perancis), di mana suami memperoleh sebidang tanah dan kemudian meninggal di sana tahun 1889. Kemudian tanah tersebut ditempati oleh ahli waris Bartholo. Lalu terjadi sengketa. Tampaknya terjadi konflik antara kualifikasi menurut hukum Aljazair-Perancis dan kualifikasi menurut hukum Malta.

Penggugat (Rosa Anton) menyatakan atas dasar ketentuan hukum harta benda perkawinan, yang berlaku di Malta, ia berhak atas hak memungut hasil seperempat bagian dari harta benda yang ditinggalkan suaminya. Hukum Malta-lah yang berlaku, karena mereka berdomisili di Malta pada saat perkawinan dilangsungkan.

Tergugat (ahli waris Bartholo) berpendapat persoalan ini termasuk bidang hukum waris, sehingga yang berlaku hukum letaknya benda (*lex situs*), yaitu hukum Aljazair-Perancis, yang pada waktu itu tidak mengenal hak waris bagi isteri atas tanah yang ditinggalkan oleh suaminya yang demikian itu.

Jadi menurut Hukum Malta, gugatan ada dasar hukumnya, tetapi menurut hukum Aljazair-Perancis tidak ada.

Hukum manakah yang diterapkan? Ditentukan oleh ketentuan penunjuk. Untuk menemukan ketentuan penunjuk, lebih dulu harus diketahui fakta-faktanya, hubungan-hubungan hukumnya, berupa pengertian apa.

⁵³ *Ibid.*, h. 50-51.

⁵⁴ *Ibid.*, h. 51-54.

Kalau fakta itu dikualifikasikan berdasarkan hukum waris, maka ketentuan penunjuk Perancis menentukan, bahwa pewarisan benda tetap dikuasai oleh hukum yang berlaku di tempat letaknya (*lex rei sitae*).

Sedangkan kalau fakta dikualifikasikan termasuk hukum harta perkawinan, ketentuan penunjuk Malta berbunyi: hukum yang berlaku di tempat dilangsungkannya perkawinan yang diterapkan.

Ternyata Mahkamah Banding menggunakan kualifikasi hukum Malta, yaitu dari Pasal 17 Code Rohan, yang menyatakan hubungan hukum yang terjadi antara isteri dengan benda yang ditinggalkan oleh suaminya diatur dalam bab yang berkisar pada perkawinan.

Kasus Anton v. Bartolo (*The Maltese Marriage Case-1889*) merupakan **landmark case** (kasus peletak dasar) yang mendorong untuk memasalahkan kualifikasi HPI. Untuk lebih memahami lagi, secara sistematis bisa diuraikan sebagai berikut:

Pokok Perkara:

1. Sepasang suami-isteri warga negara Inggris, berdomisili di Malta (jajahan Inggris) dan melangsungkan pernikahan mereka di Malta.
2. Setelah pernikahan, mereka pindah tetap dan berdomisili di Aljazair (jajahan Perancis), dan memperoleh kewarganegaraan Perancis.
3. Semasa hidupnya di Perancis, suami membeli sebidang tanah produktif di Perancis.
4. Suami meninggal dunia, dan setelah itu isteri menuntut $\frac{1}{4}$ (seperempat) bagian dari hasil produksi tanah ;
5. Perkara diajukan di Pengadilan Perancis (Aljazair).

Beberapa titik taut (*connecting factors*) yang nampak menunjukkan, bahwa:

1. Inggris (Malta) adalah **Locus Celebrationis**, sehingga hukum Inggris relevan terhadap kasus ini sebagai **Lex Loci Celebrationis**.
2. Perancis (Aljazair) adalah domisili setelah perkawinan (*matrimonial domicile*), kewarganegaraan setelah mereka pindah, situs di mana benda (tanah) terletak, dan tempat perkara

diajukan. Karena itu Hukum Perancis relevan terhadap perkara ini, secara berurutan sebagai *Lex Domicilii Matrimonium*, *Lex Patriae*, *Lex Situs*, dan *Lex Fori*.

Proses Penyelesaian Perkara:

1. perkara adalah perkara HPI karena adanya unsur asing di antara fakta-fakta perkara, dan karena itu hakim harus menetapkan hukum apa yang seharusnya berlaku (*lex causae*);
2. Hakim melihat, baik dalam hukum Inggris maupun hukum Perancis, **adanya 2 (dua) kaidah HPI yang pada dasarnya sama**, yaitu bahwa:
 - a. **Masalah Pewarisan Tanah** harus tunduk pada hukum dari tempat di mana tanah terletak, berdasarkan asas *Lex Rei Sitae*,
 - b. **Masalah Tuntutan Janda atas hak-haknya terhadap Harta Perkawinan** (*matrimonial rights*) harus diatur oleh hukum dari tempat di mana para pihak berdomisili pada saat perkawinan diresmikan (*Lex Loci Celebrationis*).

Persoalan Bagi Hakim:

1. Sekumpulan fakta seperti dalam kasus ini, bagi hukum Perancis (*lex fori*) harus dikualifikasikan sebagai masalah Pewarisan Tanah, sedangkan
2. berdasarkan hukum Inggris (*lex loci celebrationis*) perkara semacam ini dikualifikasikan sebagai perkara hak-hak janda atas harta perkawinan (*matrimonial rights*).
3. Persoalan kualifikasi berdasarkan hukum Perancis (*lex fori*) atau berdasarkan hukum Inggris (hukum asing) akan membawa pengaruh terhadap proses penyelesaian sengketa, sebab hakim menyadari bahwa:
 - a. Bila perkara dikualifikasikan sebagai perkara pewarisan tanah (berdasarkan *lex fori*), maka kaidah HPI Perancis akan menunjuk ke arah hukum intern Perancis sebagai *Lex Causae*, dan berdasarkan hukum Perancis, tuntutan janda akan ditolak, sebab berdasarkan hukum Perancis, seorang janda tidak berhak memperoleh bagian dari harta warisan;

- b. Bila perkara dikualifikasikan sebagai perkara *Matrimonial Rights* (berdasarkan hukum Inggris), maka kaidah HPI Perancis akan menunjuk ke arah hukum intern Inggris sebagai *lex causae*, dan berdasarkan hukum Inggris, tuntutan janda akan dikabulkan, sebab berdasarkan hukum intern Inggris seorang janda memiliki hak atas hasil tanah itu sebagai bagian dari harta perkawinan.

3. Teori Kualifikasi

Dari perkara Rosa Anton v Bartholo, timbul masalah berdasarkan sistem hukum manakah kualifikasi suatu perkara harus dilakukan? Pertanyaan semacam ini yang mendorong timbulnya berbagai teori kualifikasi dalam HPI. Menurut Sudargo Gautama⁵⁵ menyebutkan ada tiga teori yang berkembang dalam HPI, yakni:

1. Teori kualifikasi menurut *lex fori*;
2. Teori kualifikasi menurut *lex causae*; dan
3. Teori kualifikasi yang dilakukan secara otonom.

Teori-teori tentang kualifikasi dimaksud akan dijabarkan sebagai berikut:

3.1. Kualifikasi menurut *Lex Fori*

Teori ini paling banyak penganutnya dan merupakan ajaran yang umum dianut, dipelopori oleh Franz Kahn dan Bartin.

Menurut pendirian ini, pengertian-pengertian hukum dalam kaidah-kaidah HPI harus dikualifikasikan menurut dan sesuai dengan pengertian hukum intern-materiil dari hukumnya hakim sendiri.

Para penganut teori ini umumnya berpendapat ada beberapa pengecualian terhadap kualifikasi *lex fori*, yaitu:

- a. Kualifikasi kewarganegaraan (nasionalitas);
- b. Kualifikasi benda bergerak dan tidak bergerak;
- c. Kualifikasi yang ada pilihan hukumnya;

⁵⁵ Sudargo Gautama, *op.cit.*, Buku 3, h. 182.

- d. Kualifikasi berdasarkan konvensi-konvensi internasional (jika negara yang bersangkutan turut serta dalam konvensi yang bersangkutan);
- e. Kualifikasi perbuatan melanggar hukum; dan
- f. Pengertian-pengertian yang digunakan mahkamah-mahkamah internasional.⁵⁶

Kelemahan teori ini:

1. Terlalu mengedepankan segi-segi intern-materiil, seakan-akan pengertian HPI sesuatu terikat erat dengan pengertian-pengertian di bidang intern.
2. Ketentuan penunjuk mempunyai maksud tersendiri, terlepas dari maksud ketentuan hukum intern.
3. Bidang HPI berhadapan dengan hubungan-hubungan hukum yang bersifat asing, yang bersifat khas internasional.

Kasus penting yang digunakan untuk menggambarkan penggunaan teori kualifikasi *Lex Fori* oleh hakim adalah perkara **Ogden v. Ogden (1908)**⁵⁷ sebagai berikut:

Kasus posisi:

- a. Philip, pria warga negara Perancis, berdomisili di Perancis dan berusia 19 (sembilan belas) tahun;
- b. Philip menikah dengan Sarah (wanita) yang berkewarganegaraan Inggris;
- c. Pernikahan Philip dan Sarah dilangsungkan dan diresmikan di Inggris (tahun 1898);
- d. Philip menikah dengan Sarah tanpa ijin orangtua Philip. Ijin orangtua ini diwajibkan oleh hukum Perancis (Pasal 148 *Code Civil*);
- e. Pada tahun 1901 Philip pulang ke Perancis dan mengajukan permohonan di Pengadilan Perancis untuk pembatalan perkawinannya dengan Sarah dengan alasan bahwa perkawinan itu dilangsungkan tanpa ijin orangtua;

⁵⁶ Ridwan Khairandy, *op.cit.*, h. 48.

⁵⁷ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 56-58.

- f. Permohonan dikabulkan oleh Pengadilan Perancis, dan Philip kemudian menikah dengan seorang wanita Perancis di Perancis;
- g. Sarah kemudian menggugat Philip di Inggris karena Philip dianggap melakukan perzinahan dan meninggalkan isterinya terlantar. Gugatan ditolak karena alasan yurisdiksi;
- h. Pada tahun 1904, Sarah yang sudah merasa tidak terikat dalam perkawinan dengan Philip, kemudian menikah kembali dengan Ogden (warga negara Inggris). Perkawinan Sarah dengan Ogden dilangsungkan di Inggris;
- i. Pada tahun 1906 Ogden menganggap bahwa Sarah masih terikat dalam perkawinan dengan Philip, karena berdasarkan hukum Inggris perkawinan Philip dengan Sarah belum dianggap batal karena keputusan pengadilan Perancis tidak diakui di Inggris;
- j. Ogden kemudian mengajukan permohonan pembatalan perkawinan dengan Sarah, dengan dasar hukum bahwa isterinya telah berpoligami;
- k. Permohonan diajukan di Pengadilan Inggris.

Proses Penyelesaian Sengketa:

1. Untuk menerima atau menolak permohonan Ogden, maka hakim harus menentukan terlebih dahulu apakah perkawinan Philip dengan Sarah adalah sah atau tidak. Dalam hal ini titik-titik taut menunjuk ke arah Hukum Inggris sebagai hukum dari tempat peresmian perkawinan, dan Hukum Perancis karena salah satu pihak (Philip) adalah pihak yang berdomisili di Perancis;
2. Pokok permasalahan dalam perkawinan Philip dan Sarah berkisar di sekitar persoalan ijin orangtua sebagai persyaratan perkawinan, terutama dalam menetapkan apakah Philip memang memiliki kemampuan hukum untuk menikah;
3. Kaidah HPI Inggris menetapkan bahwa:
 Persyaratan esensial untuk sahnya perkawinan, termasuk persoalan tentang kemampuan hukum seorang pria untuk menikah (*legal capacity to marry*) harus diatur oleh *Lex Domicilli* (jadi dalam hal ini menunjuk ke arah Hukum Perancis);

4. Persyaratan formal untuk sahnya perkawinan harus tunduk pada hukum dari tempat peresmian perkawinan (*Lex Loci Celebrationis*). Jadi dalam hal ini menunjuk ke arah Hukum Inggris;
5. Karena hakim pertama-tama menunjuk ke arah Hukum Perancis sebagai *lex causae*, untuk menentukan kemampuan hukum untuk menikah, pada tahap ini disadari bahwa berdasarkan Pasal 148 *Code Civil* Perancis dapat disimpulkan, bahwa seorang anak laki-laki yang belum berusia 25 tahun tidak dapat menikah bila tidak dizinkan oleh orangtuanya. Jadi berdasarkan hukum intern Perancis (*lex domicilii* Philip), tidak adanya izin orangtua harus menyebabkan batalnya perkawinan antara Philip dan Sarah;
6. Dalam kenyataan, Hakim Inggris memutus perkara dengan cara berpikir sebagai berikut:
 - a. Perkawinan antara Philip dan Sarah dinyatakan tetap sah, karena “ijin orangtua”, dikualifikasikan berdasarkan Hukum Inggris (*lex fori*) dan berdasar *lex fori* ijin semacam itu hanya merupakan syarat formal saja. Karena itu, perkawinan Philip dan Sarah, dianggap tetap sah karena telah memenuhi semua persyaratan esensial dari Hukum Inggris. Tidak dipenuhinya persyaratan formal dianggap tidak dapat membatalkan suatu perkawinan;
 - b. Berdasarkan penyimpulan itu, perkawinan antara Sarah dan Ogden dianggap sah karena salah satu pihak (Sarah) dianggap masih terikat dengan perkawinan dengan suami pertamanya (Philip) dan karena itu dianggap berpoligami;
 - c. Karena itu, permohonan Ogden kemudian dikabulkan, dan perkawinan Ogden dengan Sarah juga dibatalkan oleh pengadilan Inggris.

Jadi cara berpikirnya adalah forum mengkualifikasikan persoalan izin orangtua berdasarkan hukumnya sendiri (*lex fori*) dan ketentuan hukum asing (Pasal 148 *Code Civil* Perancis) dikualifikasikan berdasarkan *lex fori*.

3.2 Kualifikasi menurut *Lex Causae*

Teori ini diperjuangkan dan dipertahankan oleh Martin Wolff. Kualifikasi hendaknya dilakukan menurut sistem hukum dari mana pengertian ini berasal.

Tindakan kualifikasi dimaksudkan untuk menentukan kaidah HPI mana dari *lex fori* yang paling erat kaitannya dengan kaidah hukum asing yang mungkin diberlakukan. Penentuan ini harus dilakukan dengan mendasarkan diri pada hasil kualifikasi yang dilakukan dengan memperhatikan sistem hukum asing yang bersangkutan. Setelah kategori yuridik dari suatu peristiwa hukum ditetapkan dengan cara itu, barulah dapat ditetapkan kaidah HPI yang mana dari *lex fori* yang akan digunakan untuk menunjuk ke arah *lex causae*.⁵⁸

Sunarjati Hartono⁵⁹ berpendapat bahwa kalau kualifikasi dilakukan berdasarkan *lex causae*, maka kesulitan yang mungkin dihadapi kalau sistem hukum asing tertentu ternyata tidak memiliki sistem kualifikasi cukup lengkap, atau bahkan tidak mengenal klasifikasi lembaga hukum yang sedang dihadapi dalam perkara. Selanjutnya dikatakan dalam menghadapi kekosongan hukum biasanya hakim menjalankan konstruksi hukum (analogi) dengan memperhatikan cara-cara penyelesaian sengketa hukum yang serupa (sejenis) di dalam sistem-sistem hukum yang dianggap memiliki dasar yang sama. Kalau cara yang demikian ini belum juga dapat membantu penyelesaian perkara, maka barulah kualifikasi dilakukan berdasarkan *lex fori*.

Cheshire melihat mekanisme berpikir kualifikasi secara agak berbeda, yaitu dalam praktek kualifikasi seringkali dilakukan berdasarkan *lex fori* namun karena kualifikasi dalam HPI dilakukan untuk menyelesaikan perkara-perkara yang mengandung unsur asing maka sebenarnya kualifikasi HPI tidak selalu harus dilakukan berdasarkan *lex fori* saja. Tindakan kualifikasi dimaksudkan untuk menyelesaikan perkara HPI dan salah satu fungsi utama HPI adalah menetapkan aturan-aturan yang

⁵⁸ Perlu disadari disini bahwa HPI (*choice of law rule*) umumnya merupakan kaidah penunjuk yang di dalamnya memuat titik taut apa yang harus digunakan sebagai titik taut penentu dalam rangka menetapkan hukum yang akan diberlakukan. Contoh: bila Pasal 17 AB sebagai kaidah HPI menyatakan bahwa: "terhadap benda-benda tetap berlaku peraturan-peraturan perundangan dari tempat dimana benda-benda itu terletak", maka hal itu berarti bahwa Pasal 17 AB menganggap *situs rei* (tempat benda berada) sebagai titik taut penentu yang harus digunakan untuk menentukan *lex causae* dalam perkara-perkara yang menyangkut benda tetap.

⁵⁹ Sunarjati Hartono, *op.cit.*, h. 74-75.

dapat diterapkan pada perkara-perkara yang masuk ke dalam suatu sistem hukum asing. Karena itu, hakim harus memperhatikan aturan-aturan dan lembaga-lembaga hukum asing. Karena itu pula hakim tidak dapat terikat secara kaku (*rigid*) pada konsep-konsep *lex fori* saja. Sikap yang timbul yang bisa terjadi dikesampingkannya suatu lembaga atau konsep hukum asing yang seharusnya digunakan, hanya karena alasan tidak dikenalnya lembaga atau konsep hukum asing itu dalam *lex fori*. Saran yang disampaikan agar konsep-konsep hukum seperti kontrak, perbuatan melanggar hukum dalam HPI diberi pengertian yang lebih luas, sehingga dapat mencakup peristiwa atau hubungan hukum yang sejenis dari suatu sistem hukum asing.

Keberatan teori ini: *lex causae* tidak/belum diketahui sebelum ditemukan ketentuan penunjuknya. Sedangkan ketentuan penunjuk mana yang akan diterapkan tergantung dari kualifikasi. Bukankah ini *circulus vituosus*.

Kasus yang menggambarkan Kualifikasi *Lex Causae* (*Lex Fori* yang diperluas) adalah kasus **Nicols v. Nicols**⁶⁰ (1900) yang diputuskan oleh Pengadilan Inggris (dikenal dengan sebutan **De Nicols v. Curlier**).

Kasus Posisi:

1. Kasus menyangkut sepasang suami isteri berkewarganegaraan Perancis;
2. Pernikahan mereka diresmikan di Perancis;
3. Ketika pernikahan dilangsungkan pada tahun 1854, kedua pihak ini tidak membuat perjanjian/kontrak tentang harta perkawinan;
4. Setelah pernikahan, mereka pindah ke Inggris; suami meninggal dunia di Inggris dengan meninggalkan *testament* yang dibuat secara sah di Inggris;
5. Isi *testament* ternyata mengabaikan semua hak isteri atas harta perkawinan;
6. Isteri kemudian mengajukan gugatan terhadap *testament* dan menuntut haknya atas harta bersama;
7. Gugatan diajukan di Pengadilan Inggris.

⁶⁰ Bayu Seto, *op. cit.*, h. 60-62.

Jalannya Proses Penyelesaian Perkara:

1. Perkara ini dapat dikualifikasikan sebagai perkara tentang Pewarisan Testamentair atau Kontrak tentang Harta Perkawinan. Hakim Inggris kemudian mengkualifikasikan perkara sebagai perkara tentang Pewarisan Testamentair, karena pada saat menikah, para pihak sama sekali tidak membuat kontrak mengenai harta kekayaan mereka;
2. Berdasarkan kaidah hukum intern Inggris, status kepemilikan atas benda-benda bergerak dari sepasang suami isteri harus diatur dengan sebuah kontrak (tegas atau diam-diam);
3. Kaidah HPI Inggris menetapkan bila kontrak semacam itu tidak ada, maka status kepemilikan atas benda-benda itu harus diatur berdasarkan *Lex Loci Celebrationis* (hukum tempat peresmian perkawinan);
4. Karena kaidah HPI menunjuk ke arah hukum Perancis (sebagai *Lex Loci Celebrationis*), maka hakim melihat ke arah Code Civil Perancis yang mengatur bahwa: “apabila para pihak dalam suatu perkawinan tidak membuat suatu kontrak secara tegas, maka harta yang ada di dalam suatu perkawinan akan menjadi Harta Bersama”.

Hakim kemudian menyimpulkan bahwa tidak ada sebuah kontrak pun yang dibuat secara tegas pada saat para pihak menikah di Perancis. Hakim kemudian menafsirkan hukum Inggris mengenai keharusan adanya kontrak (tegas atau diam-diam) untuk mengatur kepemilikan atas harta benda dalam perkawinan, dengan meluaskan arti kontrak diam-diam (*implied contract*) dengan memasukkan konsep harta bersama yang dikenal dalam hukum Perancis. Tidak adanya kontrak tegas untuk berpisah harta, yang dibuat berdasarkan lembaga Harta Bersama dikualifikasikan oleh Hakim sebagai Perjanjian Diam-diam untuk Bercampur Harta. Jadi hakim meluaskan konsep Kontrak Perkawinan yang dikenal dalam *Lex Fori* dengan menggunakan konsep harta bersama yang dikenal dalam hukum asing (Perancis).

Walaupun tidak terdapat kontrak yang tegas mengenai status harta perkawinan mereka, namun karena harta perkawinan itu dianggap sebagai harta bersama, yang disepakati melalui kontrak diam-diam, maka kewenangan mewaris suami melalui *testament* hanyalah mencakup setengah dari seluruh harta bersama.

Berdasarkan pertimbangan itu, hakim memutuskan, bahwa:

- *Testament* seorang suami yang mengabaikan hak-hak isterinya atas harta bersama, harus dianggap bubar;
- Suami hanya berhak atas separuh dari harta perkawinan;
- Janda berhak atas separuh bagian sisanya;
- Berdasarkan pertimbangan ini, *testament* dianggap batal dan gugatan janda dikabulkan.

3.3. Kualifikasi Otonom

Pencetus teori ini: Neumeyer dan Rabel (baru lahir tahun 1945). Kualifikasi ini didasarkan metode perbandingan hukum. Kualifikasi ini dilakukan secara otonom terlepas dari salah satu sistem hukum tertentu. Pengertian-pengertian hukum yang dipergunakan dalam kaidah-kaidah HPI dianggap sebagai pengertian-pengertian untuk masalah-masalah HPI yang berlaku secara umum. Ketentuan penunjuk terbina dengan pengertian-pengertian yang khas HPI, jadi tidak perlu identik dengan pengertian-pengertian dalam hukum materiil hakim, ataupun dengan hukum asing.

Teori mana yang dipergunakan?

Kalau menggunakan kualifikasi *lex causae*, baru dikatakan tepat kalau sistem ketentuan penunjuk suatu negara dianggap mengandung maksud berorientasi pada suatu sistem hukum asing. Kalau kita hubungkan dengan sistem hukum kita tentu tidak sesuai karena sistem hukum kita tidak berorientasi pada hukum asing.

Teori otonom mengandung gagasan sehat, karena kualifikasi ini selalu memperhatikan sifat internasional yang khas yang terdapat dalam materi yang dihadapi. Masalahnya ketentuan penunjuk kita belum terbina dari pengertian-pengertian yang diperoleh dari hasil perbandingan hukum, memang menurut sejarahnya ketentuan penunjuk kita tidak berdasarkan perbandingan hukum.

Sekarang tinggal, kualifikasi *lex fori*. Untuk masa kini, kualifikasi *lex fori* harus kita pertahankan, tapi kita tidak boleh menutup mata akan pengertian-pengertian, sifat-sifat khas dalam sistem HPI, sehingga kualifikasi yang kita lakukan haruslah terlepas dari hukum perdata intern.

Jadi menggunakan kualifikasi jangan kaku, karena hubungan hukum yang bersifat asing tentu berakar pada ketentuan materiil asing, jadi kita harus berikan peranan secukupnya peranan hukum asing.

Sebagai variasi dari teori kualifikasi *lex fori*, dikemukakan teori kualifikasi yang lain, yaitu **Teori Kualifikasi Bertahap**. Teori ini bertitik tolak dari keberatan-keberatan terhadap teori kualifikasi berdasarkan *lex causae* saja, karena sistem hukum apa atau hukum mana yang hendak ditetapkan sebagai *lex causae* masih harus ditetapkan lebih dahulu. Hal ini hanya dapat dilakukan melalui proses kualifikasi dan bantuan titik taut.

Oleh karena itu, untuk menentukan *lex causae*, mau tidak mau kualifikasi harus dilakukan berdasarkan *lex fori* terlebih dahulu. Dengan demikian, proses kualifikasi harus dilakukan dua tahap,⁶¹ yaitu:

1. Kualifikasi Tahap Pertama (Kualifikasi Primer)

Kualifikasi primer ini digunakan untuk mencari atau menemukan hukum yang harus dipergunakan (*lex causae*). Untuk dapat menemukan hukum yang seharusnya dipergunakan itu, harus dilakukan kualifikasi berdasarkan *lex fori*. Kaidah-kaidah HPI *lex fori* harus dikualifikasikan menurut hukum materiil hakim yang mengadili perkara yang bersangkutan (kaidah internal *lex fori*). Pada tahap ini dicari kepastian mengenai pengertian-pengertian hukum, seperti domisili, pewarisan, tempat dilaksanakannya kontrak. Semua itu harus disandarkan pada pengertian-pengertian dari *lex fori*. Berdasarkan kualifikasi demikian inilah akan ditemukan hukum yang seharusnya dipergunakan (*lex causae*). *Lex causae* yang ditemukan itu bisa berupa hukum asing, juga bisa *lex fori* sendiri.

2. Kualifikasi Tahap Kedua (Kualifikasi Sekunder)

Apabila sudah diketahui hukum yang seharusnya diberlakukan itu adalah hukum asing, maka perlu dilakukan kualifikasi lebih jauh menurut hukum asing yang sudah ditemukan itu. Pada tahap kedua ini, semua fakta dalam perkara harus dikualifikasikan kembali berdasarkan sistem kualifikasi yang ada pada *lex causae*.

⁶¹ Ridwan Khairandy, *op.cit.*, h. 54-55.

Contoh aplikasi:⁶²

Kualifikasi Tahap Pertama:

- a. Hakim Negara Bagian New York, AS menghadapi perkara HPI, dan harus menetapkan sistem hukum manakah yang harus digunakan sebagai *lex causae*, misalnya hukumnya sendiri (*lex fori*) atau hukum Indonesia;
- b. Untuk menetapkan *lex causae* hakim harus dapat menemukan kaidah HPI New York yang akan menunjuk ke arah *lex causae* yang harus diberlakukan;
- c. Hakim melakukan **kualifikasi tahap pertama**, berdasarkan hukum New York dan, misalnya, berdasarkan hukum New York perkara dikualifikasikan sebagai perkara tentang persyaratan esensial untuk tindakan adopsi internasional;
- d. Setelah hakim menyadari itu, maka hakim akan menetapkan kaidah HPI New York yang dianggap relevan untuk perkara itu, dan ia akhirnya menggunakan kaidah HPI New York yang menetapkan bahwa:

Persyaratan esensial untuk keabsahan untuk suatu tindakan adopsi seorang anak asing oleh warga New York, harus diatur berdasarkan hukum negara tempat tinggal dari anak yang diadopsi. Artinya HPI New York menunjuk ke arah, misalnya saja, hukum Indonesia.

Jadi pada tahap pertama ini, hakim telah menemukan *lex causae* dari perkara yaitu hukum Indonesia.

Kualifikasi Tahap Kedua:

- a. Setelah *lex causae* ditetapkan, maka pada tahap kedua ini hakim New York dianjurkan untuk melakukan kualifikasi-ulang berdasarkan hukum intern Indonesia.
- b. Setelah seluruh fakta dalam perkara dikualifikasi ulang berdasarkan hukum Indonesia, misalnya, menurut hukum Indonesia, perkara ini dapat dikualifikasikan sebagai perkara tentang persyaratan formal dalam adopsi internasional.
- c. Perkara diputuskan berdasarkan kaidah-kaidah hukum positif Indonesia tentang persyaratan formal adopsi internasional.

⁶² Bayu Seto, *op.cit.*, h. 64-66.

Dari contoh di atas tampak bahwa setelah *lex causae* ditentukan, maka pada kualifikasi tahap kedua pada dasarnya HPI tidak lagi harus digunakan. Namun demikian, dalam praktek dapat dijumpai perkara HPI yang menyebabkan persoalan HPI masih muncul pada saat hakim berada pada tahap kualifikasi tahap kedua.

Perhatikan contoh di bawah ini:

Contoh Kasus:

A, seorang pewaris berkebangsaan Swiss yang berdomisili terakhir dan meninggal di Inggris. Pewaris meninggalkan sejumlah harta peninggalan, baik yang berupa benda tetap dan benda bergerak di Perancis dan sejumlah benda bergerak di Swiss dan Inggris, perkara pembagian waris ini diajukan di Pengadilan Swiss, dan yang dipertanyakan dalam kasus ini adalah: berdasarkan hukum mana hakim Swiss harus menyelesaikan persoalan ini?

Bila hakim menggunakan **teori kualifikasi bertahap**, maka alur berpikirnya akan nampak sebagai berikut:

Tahap Pertama:

- a. Dengan mendasarkan pada hukum Swiss (*lex fori*), hakim terlebih dahulu melakukan kualifikasi untuk menentukan kategori yuridik yang disimpulkannya dari fakta-fakta di atas;
- b. Seandainya hukum intern Swiss mengkualifikasikan perkara di atas sebagai masalah pewarisan, maka langkah berikutnya adalah menetapkan kaidah HPI *lex fori* yang harus digunakan untuk menetapkan *lex causae*;
- c. Seandainya kaidah HPI Swiss tentang pewarisan menetapkan bahwa: perkara-perkara pewarisan harus diatur dan tunduk pada hukum dari negara yang menjadi domisili terakhir pewaris, tanpa membedakan status bendanya (sebagai benda bergerak atau tetap), maka kaidah HPI Swiss menunjuk ke arah hukum Inggris (sebagai *lex domicilii* pewaris).

Tahap Kedua:

1. Setelah penetapan hukum Inggris sebagai *lex causae*, maka hakim akan menjalankan kualifikasi kembali hanya kali ini didasarkan pada sistem kualifikasi hukum Inggris, dan ternyata menurut hukum Inggris berdasarkan fakta-fakta yang sama, hukum

Inggris akan mengkualifikasikan perkara sebagai 2 perkara yang terpisah, yaitu:

- a. pewarisan benda-benda tetap (yang menyangkut tanah di Perancis)
 - b. pewarisan benda-benda bergerak (yang menyangkut peninggalan di Inggris)
2. Untuk persoalan yang menyangkut tanah Perancis, maka hakim Swiss harus melihat ke arah kaidah HPI Inggris, yang menetapkan bahwa pewarisan tanah harus diatur berdasarkan hukum dan tempat di mana tanah berada (*lex rei sitae*);
 3. Sedangkan untuk persoalan benda-benda bergerak, hakim Swiss harus melihat ke arah kaidah HPI Inggris yang menetapkan bahwa pewarisan benda-benda bergerak harus diatur berdasarkan hukum dari tempat domisili terakhir pewaris;
 4. Jadi hakim Swiss harus menggunakan dua *lex causae* untuk memutus perkara ini, yaitu hukum Perancis tentang pewarisan tanah (untuk mengatur pewarisan tanah-tanah yang ada di Perancis), dan hukum Inggris tentang pewarisan benda bergerak (untuk mengatur pewarisan benda-benda bergerak yang ada di Inggris dan Swiss)

4. Kualifikasi Masalah Substansial dan Prosedural

Pembedaan masalah menjadi masalah substansial (*substance*) dan masalah prosedural (*procedural*) merupakan hal yang perlu disadari dalam penyelesaian perkara HPI. Masalah substansial berkaitan dengan persoalan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang telah dijamin oleh kaidah hukum, sedangkan masalah prosedural berkaitan dengan upaya-upaya hukum (*remedies*) yang dapat dilakukan oleh subyek hukum untuk menegakkan hak dan kewajibannya yang telah dijamin oleh kaidah hukum, dengan bantuan pengadilan.⁶³

Asas umum yang dapat diterima dalam HPI adalah bahwa semua masalah hukum yang termasuk persoalan prosedural harus ditentukan atau diatur oleh *lex fori*, dan forum dapat memberlakukan hukumnya

⁶³ Pengertian “pengadilan” saat ini hendaklah diartikan secara luas, sehingga meliputi penyelesaian sengketa (perkara) melalui arbitrase.

sendiri setelah ia mengkualifikasikan masalah hukum yang dihadapinya sebagai masalah prosedural.⁶⁴

Namun, demikian, yang perlu dipertanyakan terlebih dahulu adalah:

1. apakah sebuah persoalan yang dihadapi forum sebagai perkara adalah perkara prosedural atau perkara substansial? Untuk menjawab pertanyaan ini, umumnya digunakan asas bahwa pengadilan tempat perkara diajukanlah yang harus menetapkan itu berdasarkan sistem HPI-nya.
2. apakah kaidah hukum intern *lex fori* yang relevan dengan perkara harus dikualifikasikan sebagai kaidah hukum acara (*procedural law*), atau kaidah hukum material (*substantive law*)?⁶⁵

Masalah HPI yang seringkali timbul adalah bagaimana untuk mengkualifikasikan suatu kaidah hukum sebagai kaidah hukum acara atau kaidah hukum material. Masalah ini muncul ketika pengadilan menghadapi pertanyaan apakah dalam suatu perkara yang seharusnya tunduk pada suatu sistem hukum asing, suatu kaidah hukum *lex fori* harus dikategorikan sebagai kaidah prosedural atau substansial. Biasanya diterima pendapat bahwa kalau kaidah hukum dikualifikasi sebagai kaidah prosedural, maka kaidah hukum itu harus diberlakukan, meskipun hukum yang seharusnya diberlakukan adalah hukum asing sebagai *lex causae*. Kasus yang terkenal yang kemudian menjadi dasar asas ini adalah kasus **Leroux v Brown** (1852), di mana pengadilan Inggris telah menolak gugatan wanprestasi (ingkar janji) karena tidak dilaksanakannya suatu kontrak lisan oleh pihak tergugat. Penolakan tidak dilakukan dengan alasan substansial [sah tidaknya kontrak (karena kontrak sudah diakui sah berdasarkan hukum dari tempat pembuatan kontrak (hukum Perancis)]. Alasan yang digunakan hakim adalah berdasarkan kaidah hukum acara Inggris (*procedural law*) gugatan untuk pelaksanaan suatu kontrak lisan berdasarkan hukum acara Inggris harus ditolak. Padahal secara substansial, kontrak ini seharusnya tunduk pada hukum Perancis sebagai *lex causae*-nya.

Menurut Bayu Seto,⁶⁶ bahwa prinsip umum yang diterima adalah Masalah-masalah prosedural harus diatur berdasarkan *lex fori*, dan forum dapat memberlakukan hukumnya sendiri setelah ia mengkualifikasikan

⁶⁴ Ridwan Khairandy, *op.cit.*, h. 57.

⁶⁵ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 71.

⁶⁶ *Ibid.*, h.74-75.

persoalan yang dihadapinya dalam perkara sebagai masalah prosedural, walaupun secara analitis persoalan itu seharusnya dikualifikasikan sebagai masalah substansial.

Kemudian dicontohkan yang menyangkut persoalan ini di Amerika Serikat, yaitu perkara **Kilberg v Northeast Airlines, Inc.** (1961) sebagai berikut:

Kasus Posisi:

1. Kilberg, negara bagian New York, meninggal dunia sebagai salah satu korban kecelakaan pesawat terbang milik maskapai penerbangan Northest Airlines Inc.
2. Ahli waris Kilberg menuntut ganti kerugian maskapai penerbangan tersebut.
3. Maskapai penerbangan ini didirikan dan berpusat bisnis di negara bagian Massachussetts.
4. Tiket yang dibeli oleh Kilberg di dan naik dari New York menuju ke Massachussetts, serta kecelakaan terjadi pada saat pesawat akan mendarat di Massachussetts.
5. Ternyata kemudian terbukti bahwa kecelakaan terjadi akibat kesalahan pilot, sehingga Northeast Airlines bertanggung gugat atas akibat perbuatan melanggar hukum dari bawahan (orang yang bekerja padanya).
6. Dasar gugatan: ganti kerugian akibat perbuatan melanggar hukum yang menyebabkan kematian (*wrongful death action*).
7. Gugatan diajukan di pengadilan New York.

Fakta-fakta Hukum:

1. Hukum intern New York menetapkan bahwa besarnya ganti kerugian yang dapat diajukan berdasarkan *wrongful death action* tidaklah dibatasi.⁶⁷
2. Hukum intern Massachussetts menetapkan bahwa besarnya tuntutan ganti kerugian pada *wrongful death action* tidak dapat melampaui US\$ 15,000,00.

⁶⁷ Artinya, penggugat dapat menuntut ganti kerugian dalam jumlah yang cukup besar karena meliputi kerugian-kerugian yang timbul akibat dari kehilangan keuntungan yang diharapkan di masa depan.

Proses Pemutusan Perkara:

1. Penggugat menghendaki diberlakukan hukum New York untuk menetapkan besarnya ganti kerugian.
2. Tergugat menghendaki diberlakukannya hukum intern Massachussetts berdasarkan asas *lex loci delicti*, karena Massachussetts dianggap sebagai tempat terjadinya perbuatan melanggar hukum.
3. Hakim New York akhirnya menetapkan masalah besarnya ganti kerugian yang dapat diperoleh berdasarkan *wrongful death action* adalah masalah **remedy**,⁶⁸ dan karenanya kaidah hukum *lex fori* yang harus diberlakukan.

Perkara lain yaitu perkara Grant v Mc Auliffe (1953), di mana pengadilan California menghadapi masalah apakah tuntutan ganti kerugian akibat perbuatan melanggar hukum (*tort*) akan dengan sendirinya gugur apabila tergugat meninggal dunia. Perkara ini berkaitan dengan hukum California berhadapan dengan hukum negara bagian Arizona. Menurut negara bagian California, proses gugatan ganti kerugian dapat terus berlangsung meskipun tergugatnya meninggal dunia. Sedangkan bagi hukum Arizona menetapkan bahwa tuntutan ganti kerugian menjadi gugur kalau tergugatnya meninggal dunia.

Dalam perkara ini, pengadilan California menetapkan bahwa isu yang dihadapi forum adalah kelanjutan perkara dengan meninggalnya tergugat, harus dikualifikasi sebagai masalah prosedural, dan karenanya hukum acara *lex fori*-lah yang diberlakukan, yaitu hukum intern California.⁶⁹

5. Teori Kualifikasi HPI

Tokohnya adalah G. Kegel, teori ini bertitik tolak bahwa setiap kaidah HPI itu harus dianggap memiliki suatu tujuan HPI tertentu yang hendak dicapai, serta tujuan dimaksud harus dalam konteks kepentingan HPI, yaitu: keadilan dalam pergaulan internasional, kepastian hukum dalam pergaulan internasional, ketertiban dalam pergaulan internasional, dan kelancaran lalu lintas pergaulan internasional. Oleh karena itu, masalah bagaimana proses kualifikasi harus dijalankan bukan ditetapkan terlebih

⁶⁸ Yaitu, upaya hukum yang dapat dilakukan penggugat melalui pengadilan untuk menegakkan hak-hak penggugat yang dirugikan karena kesalahan tergugat.

⁶⁹ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 76.

dahulu, melainkan hal yang ditetapkan kemudian, sesudah penentuan kepentingan HPI apa yang hendak dilindungi oleh suatu kaidah HPI tertentu.

Proses kualifikasi yang dianjurkan oleh teori ini sejalan dengan pola pendekatan teori-teori modern, khususnya yang menuntut fleksibilitas dan perhatian pada kecenderungan internasionalistik dalam fungsi HPI. Teori modern HPI umumnya hendak melepaskan diri dari anggapan "HPI adalah sekumpulan aturan" dan cenderung melihat "HPI sebagai suatu pendekatan".⁷⁰

Misalnya, pendekatan yang diajukan dalam *The Restatement Second – Conflict of Laws* di Amerika Serikat, yang dikenal dengan pendekatan ***The Most Significant Relationship Theory***. Menurut pendekatan ini penentuan hukum yang harus diberlakukan tidak saja hakim harus berpegang pada kaidah-kaidah HPI yang ada dalam *lex fori*, tetapi harus juga memperhatikan asas-asas yang mencerminkan kebijakan-kebijakan dasar (*guiding policies*) HPI, yang menurut Bayu Seto⁷¹ akan mempengaruhi proses kualifikasi fakta yang akan dijalankan oleh hakim dalam setiap perkara HPI yang dihadapi, yaitu berupa faktor-faktor sebagai berikut:

1. Forum pada dasarnya harus mematuhi perintah-perintah undang-undangnya sendiri, selama peraturan perundang-undangan semacam itu konstitusional;
2. Kaidah-kaidah HPI seharusnya dibuat agar sistem-sistem antar negara bagian dan antar negara dapat berjalan dengan baik;
3. Forum pada dasarnya harus melaksanakan hukumnya sendiri, kecuali bila ada alasan kuat untuk tidak melakukan itu;
4. Forum harus mempertimbangkan tujuan dari aturan hukum lokalnya yang relevan dengan perkara, sebelum ia memutuskan untuk memberlakukan hukumnya sendiri atau hukum suatu negara lain;
5. Kaidah-kaidah HPI harus dibuat untuk mengupayakan kepastian, prediktabilitas, dan keseragaman hasil penyelesaian perkara;
6. Forum harus selalu mengupayakan perlindungan terhadap harapan-harapan yang sah dari pihak-pihak yang berperkara;

⁷⁰ *Ibid.*, h. 68.

⁷¹ *Ibid.*, h. 69-70.

7. Forum harus berupaya untuk memberlakukan hukum dari negara yang memiliki kepentingan paling besar dalam perkara;
8. Kaidah-kaidah HPI harus sederhana dan mudah diterapkan;
9. Forum harus berupaya untuk mengedepankan asas fundamental yang mendasari bidang hukum lokal yang relevan dengan perkara;
10. Forum harus berupaya untuk mencapai keadilan dalam memutus perkara-perkara individual.

Selanjutnya dikatakan, prinsip-prinsip semacam itu, pada dasarnya mencerminkan kepentingan apa yang hendak dilindungi oleh suatu kaidah HPI tertentu, dan karenanya andaikata hakim harus melakukan kualifikasi terhadap fakta-fakta dalam suatu perkara, bukan mustahil bahwa ia harus memperhatikan prinsip-prinsip tersebut. Namun demikian, perlu disadari bahwa faktor-faktor ini bersifat preferential, dalam arti bahwa tidak semua faktor kebijakan itu harus menjadi dasar pertimbangan hakim dalam setiap proses pengambilan keputusan HPI. Selain itu, tidak ada satupun faktor di atas yang bersifat dominan terhadap prinsip-prinsip lainnya. Sebagaimana dinyatakan oleh Reese,

Decision of a choice of law question is easy when all or most of the policies point in a single direction. (It) becomes difficult when this is not the case. What is needed in the latter situation is the development of choice of law rules that will give effect to what are the most important policies, or policy, for the purpose at hand The relative importance of the policies varies from situation to situation, and choice of law rules must recognize this fact.

BAB IV

TITIK TAUT

1. Pengertian Titik-Titik Taut

Berdasarkan pendekatan tradisional, proses penyelesaian perkara HPI sebenarnya dimulai dengan evaluasi terhadap titik-titik taut (**primer**) dan setelah melalui *kualifikasi fakta*, konsep titik taut kembali digunakan (dalam arti sekunder) dalam rangka menentukan hukum yang akan diberlakukan dalam perkara HPI yang bersangkutan.

Definisi titik-titik taut ((*Points of contact, Connecting Factors, Aanknupfungspunkte, Aanknoping punten*, Titik-titik pertalian): Fakta-fakta di dalam sekumpulan fakta perkara (HPI) yang menunjukkan pertautan antara perkara ini dengan suatu tempat (dalam hal ini: negara) tertentu, dan karena itu menciptakan relevansi antara perkara yang bersangkutan dengan sistem hukum dari tempat itu.

Atau seperti yang dikatakan Sudargo Gautama, titik-titik pertalian merupakan suatu hal atau keadaan yang menyebabkan berlakunya suatu sistem hukum tertentu.⁷²

Ilustrasi:⁷³

Seorang warga negara Jerman, yang sehari-harinya *berdomisili* di **London, Inggris**, dan akhirnya *meninggal* di **Perancis** dan meninggalkan *sejumlah warisan* di **Italia, Inggris, dan Jerman**. Sebelum meninggal ia telah membuat sebuah *testament* untuk mengatur harta warisannya itu. *Testament* dibuat di **Perancis**. Ketika para ahli waris bersengketa mengenai pembagian waris ini, maka mereka sepakat untuk *mengajukan perkara* di **Pengadilan Jerman**.

Kaitan (*connections*) antara fakta-fakta yang ada di perkara dengan suatu tempat/negara dan juga sistem hukumnya:

⁷² Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional*, Jilid kedua Bagian Pertama (Buku 2), Eresco, Bandung, 1986, h. 24.

⁷³ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 41.

1. kewarganegaraan (nasionalitas) pihak pewaris (Jerman)
2. tempat kediaman tetap (domisili) pewaris (Inggris)
3. letak benda (*situs rei*) (Italia, Inggris, Jerman)
4. tempat perbuatan hukum dilakukan (pembuatan testament) (Perancis)
5. tempat perkara diajukan (*forum*) (Jerman)

Setiap titik taut menunjukkan adanya kaitan antara perkara dengan suatu tempat tertentu. Pada tahap awal adanya faktor-faktor yang menunjukkan bahwa sebenarnya perkara yang dihadapi itu merupakan perkara HPI (mengandung unsur asing).

Menurut Sudargo Gautama, titik pertalian (*point of contact*) itu dibedakan menjadi 2 (dua), yaitu:

1. Titik pertalian primer (disingkat TPP)
2. Titik pertalian sekunder (disingkat TPS)

TPP adalah faktor-faktor dan keadaan-keadaan yang menimbulkan atau menciptakan persoalan HPI (*in casu foreign element*)

Faktor-faktor yang menimbulkan masalah HPI, yaitu:

1. kewarganegaraan (nasionalitas)
2. domisili >> pengertian *de jure*
tempat kediaman (*residence*) >> pengertian *de facto*
3. tempat kedudukan badan hukum

TPS ini akan menjawab permasalahan: hukum mana yang berlaku?

Jadi TPS ini adalah faktor-faktor dan keadaan-keadaan yang menentukan berlakunya suatu sistem hukum tertentu.

TPS ini baru timbul setelah adanya TPP.

Contoh TPS ini, misalnya *choice of law* yang telah ditentukan dalam suatu kontrak atas dasar *partijautonomie* (asas kebebasan berkontrak).

Secara Tradisional, tahap-tahap pemeriksaan suatu perkara HPI:

1. **TPP** yaitu untuk mengetahui suatu perkara HPI (**titik taut pembeda**), serta menentukan pengadilan mana yang berwenang.

2. Tahap **kualifikasi**, dilakukan menurut *Lex Fori*
3. **TPS** dilakukan menurut *Lex Fori*, yaitu menentukan hukum mana yang harus berlaku? —merupakan *Lex Causae* (**titik taut pembeda**)

Kadang-kadang *Lex Fori*, tetapi kadang-kadang *Lex Causae* ditentukan oleh, misalnya:

- * Tempat/letak benda tetap : *Lex Situs*
- * Tempat terjadinya perjanjian : *Lex Loci Contractus*
- * Tempat pelaksanaan perjanjian : *Lex Loci Solutionis*
- * Tempat terjadinya perkawinan : *Lex Loci Celebrationis*
- * Tempat tinggal terakhir/tempat asal : *Lex Domicilii*

4. *Lex Causae* diketahui melalui kualifikasi dan penentuan perkara HPI, maka *Lex Causae* digunakan, kecuali kalau *Lex Causae* itu memberikan hasil yang:
 - a. bertentangan dengan ketertiban umum *Lex Fori*, maka *Lex Fori*-lah yang berlaku, atau
 - b. demikian pula, apabila *Lex Causae* tidak mengatur persoalan HPI yang bersangkutan.

5. Renvoi

Persoalan lain yang timbul dalam proses mencari *Lex Causae* adalah apa yang diartikan “Hukum Asing”.

R.H. Graveson⁷⁴ berpendapat bahwa upaya penyelesaian perkara HPI ada 3 hal yang perlu diperhatikan, yaitu:

- titik-titik taut apa sajakah yang dipilih oleh sistem HPI tertentu yang dapat diterapkan pada sekumpulan fakta yang bersangkutan?
- berdasarkan hukum manakah, di antara pelbagai sistem hukum yang relevan dengan perkara, titik-titik taut itu akan ditentukan. Hal ini perlu diperhatikan karena faktor-faktor yang sama mungkin secara teoritis diberi interpretasi yang berbeda di dalam pelbagai sistem hukum.

⁷⁴ *Ibid.*, h. 42.

- setelah kedua masalah tadi diselesaikan, barulah ditetapkan bagaimana pertautan itu dibatasi oleh sistem hukum yang akan diberlakukan (*lex causae*)

2. Macam Titik Taut

Dalam HPI dikenal 2 (dua) jenis titik taut, yaitu:

2.1. Titik-titik Taut Primer (*Primary points of contact*)

Yaitu fakta-fakta di dalam sebuah perkara atau peristiwa hukum yang menunjukkan bahwa peristiwa hukum itu mengandung unsur-unsur asing dan karena itu bahwa peristiwa hukum yang dihadapi adalah peristiwa HPI dan bukan peristiwa hukum intern. Atau “faktor-faktor atau keadaan atau keadaan atau sekumpulan fakta yang melahirkan atau menciptakan hubungan HPI”.⁷⁵ Titik taut primer ini biasanya juga disebut titik taut pembeda yaitu “dengan faktor-faktor atau keadaan-keadaan atau fakta-fakta itu dapat dibedakan apakah suatu peristiwa atau hubungan tertentu termasuk kategori HPI atau bukan”.⁷⁶ Titik taut primer ini harus dipahami selalu dilihat dari sudut pandang *Lex fori* tertentu.

Faktor-faktor yang tergolong titik taut primer antara lain:

- Kewarganegaraan (nasionalitas)
Nasionalitas yang berbeda di antara para pihak yang melakukan suatu perbuatan hukum atau hubungan hukum akan menimbulkan masalah HPI. Misalnya calon suami isteri yang akan melangsungkan pernikahan, di mana calon suami berkewarganegaraan Indonesia dan calon isteri yang berkewarganegaraan Singapura. Seorang warga negara Amerika Serikat melakukan transaksi jual beli barang tertentu dengan seorang warga negara Indonesia.
- Bendera kapal dan pesawat terbang
Dalam konteks hukum, kapal dan pesawat memiliki kebangsaan, yaitu dikaitkan dengan hukum negara mana kapal atau pesawat terbang harus tunduk. Kebangsaan kapal atau pesawat terbang tersebut ditentukan berdasarkan di negara mana kapal atau

⁷⁵ *Ibid.*, h. 27.

⁷⁶ Sunarjati Hartono, *op.cit.*, h. 83.

pesawat terbang tersebut didaftarkan. Misalnya, kapal yang dimiliki oleh perusahaan yang berbadan hukum Indonesia dan berdomisili di Surabaya, tetapi terdaftar di Panama, maka kebangsaan kapal itu adalah Panama. Dengan demikian, status hukum itu tunduk kepada hukum Panama, bukan hukum Indonesia. Kebangsaan kapal nampak dari bendera kapal tersebut. Jika ada warga negara Indonesia melakukan perjanjian kerja atau perjanjian pengangkutan laut dengan perusahaan pelayaran yang menggunakan kapal berbendera asing akan melahirkan hubungan hukum yang memiliki unsur hukum perdata internasional (mengandung unsur asing).

- Domisili

Domisili subyek hukum yang berbeda yang melakukan suatu hubungan hukum dapat menimbulkan hubungan hukum yang memiliki unsur hukum perdata internasional. Misalnya, Caroline Spencer, seorang warga negara Inggris yang berdomisili di Colorado, Amerika Serikat menikah dengan Bob Denver yang juga berkewarganegaraan Inggris, tetapi berdomisili di London.

- Tempat kediaman

Dalam *common law system*, dibedakan antara domisili dan tempat kediaman (*residence*), karena kediaman lebih mengacu pada tempat kediaman sehari-hari. Misalnya dua orang warga negara Inggris yang sementara waktu bekerja di Texas, Amerika Serikat dan memiliki kediaman di Texas melakukan pernikahan di Texas juga akan melahirkan hubungan hukum perdata internasional.

- Kebangsaan badan hukum

Badan hukum sebagai subyek hukum juga memiliki nasionalitas. Kebangsaan badan hukum ini akan menentukan tunduk kepada hukum negara badan hukum yang bersangkutan. Kalau badan hukum itu berkebangsaan Indonesia, maka status badan hukum itu tunduk kepada hukum Indonesia. Salah satu cara untuk menentukan kebangsaan badan hukum berdasarkan tempat atau negara di mana badan hukum didirikan dan didaftarkan.

Misalnya, Choe Peng Sum (warga negara Singapura), Abdul Badawi (warga negara malaysia), dan Alim Tanujoyo (warga negara Indonesia) mendirikan PT di Indonesia berdasarkan hukum Indonesia, maka PT itu berkebangsaan Indonesia.

Tunas Pte Limited Singapura (perusahaan yang didirikan berdasarkan hukum Singapura), Waja, Sdn. Bhd (perusahaan yang berdasarkan hukum Negeri Johor Bahru, Malaysia) dan PT Kok Seng (perseroan yang berdasarkan hukum Indonesia) membentuk perusahaan patungan dengan nama PT Tunas Waja Seng di Indonesia berdasarkan hukum Indonesia. PT yang berkebangsaan Indonesia, meskipun pemegang sahamnya terdiri dari orang atau badan hukum asing dan orang atau badan hukum Indonesia adalah PT yang berkebangsaan Indonesia.

- Pilihan hukum intern

Contoh berikut ini akan menjelaskan apa yang dimaksud dengan pilihan hukum intern: perjanjian jual beli minyak sawit mentah yang dilakukan oleh dua perusahaan Indonesia di Jakarta, yang penyerahannya memakan waktu berjangka panjang. Penyerahan barang tersebut akan dilakukan di Rotterdam, Belanda, yang kemudian dalam perjanjian jual beli ini ditetapkan tunduk pada hukum Belanda. Di sini lahir hubungan hukum perdata internasional, sebab adanya pilihan hukum yang merujuk kepada hukum asing yang berbeda dengan hukum perusahaan di mana perusahaan berasal dan terdaftar, dalam hal ini hukum Indonesia.

2.2. Titik-titik Taut Sekunder (*Secondary points of contact*)

Yaitu fakta-fakta dalam perkara HPI yang akan membantu penentuan hukum manakah yang harus diberlakukan dalam menyelesaikan perkara HPI. Titik taut sekunder biasa disebut **Titik Taut Penentu**, karena berfungsi akan menentukan hukum dari tempat manakah yang akan digunakan sebagai *the applicable law*.

Pendekatan HPI Tradisional, titik taut sekunder harus ditemukan di dalam Kaidah HPI *lex fori* yang relevan dengan perkara.

Jenis-jenis pertautan yang dianggap menentukan dalam HPI, antara lain:

- 1) Tempat penerbitan ijin berlayar sebuah kapal (bendera kapal)
- 2) Nasionalitas para pihak

- 3) Domisili, tempat tinggal tetap, tempat asal orang atau badan hukum
- 4) Tempat benda terletak (*situs*)
- 5) Tempat dilakukannya perbuatan hukum (*locus actus*)
- 6) Tempat timbulnya akibat perbuatan hukum/tempat pelaksanaan perjanjian (*locus solutionis*)
- 7) Tempat pelaksanaan perbuatan-perbuatan hukum resmi (*locus celebrationis*)
- 8) Tempat gugatan perkara diajukan/tempat pengadilan (*locus forum*)

Penerapan titik taut sekunder (titik taut penentu) bisa dilihat beberapa contoh:

- 1) PT Satelindo, sebuah perseroan yang didirikan dan berkedudukan di Indonesia mendapatkan kredit dari Sumitomo Bank Ltd. Cabang Singapura yang diikuti pengikatan jaminan berupa hak atas tanah (hak tanggungan) yang terletak di Indonesia. Berdasarkan asas *lex rei sitae*, pembebanan hak tanggungan atas tanah harus tunduk pada hukum Indonesia (dalam hal ini Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996, yang dikenal dengan Undang-Undang Hak Tanggungan).

Kalau yang dijaminakan berupa kapal laut (bentuk lembaga jaminan adalah hipotik), maka diatur berdasarkan pada hukum negara di mana kapal laut tersebut terdaftar (hukum bendera kapal laut).

- 2) Ketika terjadi perselisihan di antara pemegang saham dalam perseroan *joint venture* yang dimiliki oleh orang asing, namun didirikan berdasarkan hukum Indonesia, maka penyelesaiannya tentu didasarkan pada hukum Indonesia, sebab kebangsaan perseroan tersebut adalah Indonesia.
- 3) Perbuatan melanggar hukum (*tort*) yang dilakukan oleh warga negara Indonesia dengan korban juga warga negara Indonesia, di mana perbuatan melanggar hukum tersebut dilakukan di Singapura, maka sesuai dengan asas *lex loci delicti commissi*, hukum Singapuralah yang menyelesaikan kasus ini.

- 4) Kalau ada dua warga negara Indonesia melangsungkan perkawinan di negara yang menganut asas *lex loci celebrationis* tentu persyaratan materiil perkawinan tersebut didasarkan pada hukum di mana perkawinan tersebut dilaksanakan. Namun, kalau menggunakan asas *lex patriae* tentu perkawinan yang mengandung unsur asing didasarkan pada hukum nasional salah seorang yang akan melangsungkan perkawinan. Asas apa yang digunakan tergantung dari asas apa yang dianut oleh sistem hukum negara yang bersangkutan: apakah asas *lex patriae* ataukah *lex loci celebrationis*.
- 5) Kontrak ekspor-impor barang mebel yang dilangsungkan antara CV Mebel Antik dengan Jan van Peter (seorang warga negara Belanda) disepakati bahwa terhadap kontrak tersebut menggunakan hukum Indonesia. Ketika terjadi perselisihan di antara mereka dengan diselesaikan melalui pengadilan di Belanda, maka pengadilan tersebut harus menggunakan hukum Indonesia. Namun, kalau dalam kontrak tersebut tidak ada pilihan hukum, maka hukum yang diberlakukan dapat ditentukan berdasarkan asas *lex loci contractus* atau *lex loci solutionis*.

Penggunaan titik taut secara tradisional dapat menimbulkan 2 (dua) masalah utama, yaitu:

1. titik-titik taut yang digunakan secara tradisional tidak selalu menunjuk ke arah pemilihan hukum yang rasional
2. titik-titik taut yang dipilih seringkali didasarkan pada asumsi tentang adanya kesetaraan/paralelisme konsep hukum, yang mungkin sebenarnya tidak ada.

Bagaimana jalan keluarnya?

Diusulkan agar:

1. suatu titik taut sebaiknya tidak digunakan, bila secara mekanis (melalui prosedur tradisional) ternyata menunjuk ke arah suatu sistem hukum yang sama sekali tidak relevan dengan perkara yang sedang dihadapi.
2. substansi/isi suatu tata hukum asing yang ditunjuk harus menunjukkan relevansi tertentu yang signifikan, dalam arti bahwa kaidah hukum asing yang kemudian ditunjuk, adalah

kaidah hukum yang juga akan digunakan dalam perkara-perkara domestik sejenis di negara yang bersangkutan.

Pendekatan yang dikembangkan dalam sistem HPI di Amerika Serikat, dengan menganjurkan agar titik taut penentu adalah titik taut yang menunjuk ke arah ***The law of the place of the "most significant relationship"***.

Pendekatan lainnya, yaitu ***Teori Interest Analysis***, yang menekankan pada kepentingan negara untuk memberlakukan hukumnya dalam perkara sebagai titik taut penentu atau dominan.

Pendekatan inipun juga mengandung kelemahan pula, terutama bila hakim berniat untuk memberlakukan ***Lex Fori*** untuk menyelesaikan perkara. Dalam keadaan ini ada kecenderungan hakim bersifat subyektif dan memilih titik-titik taut yang menunjuk ke arah forum saja yang disimpulkan sebagai titik-titik taut yang dominan karena menunjukkan "*the most significant relationship*" atau "*the greatest governmental interest*".

3. Pola Berpikir Yuridik HPI

Alur logikal yang harus dilalui dalam penyelesaian suatu perkara HPI dengan pendekatan HPI tradisional⁷⁷ sebagai berikut:

1. Hakim menghadapi persoalan hukum dalam wujud sekumpulan fakta hukum yang mengandung unsur asing (*foreign elements*) dan harus menentukan apakah merupakan persoalan HPI.

Hakim menyadari adanya fakta di dalam perkara yang menunjukkan adanya keterkaitan antara perkara ini dengan tempat-tempat asing (tempat di luar wilayah negara forum). Fakta ini dalam HPI disebut TPP.

Menghadapi suatu perkara HPI, maka hakim tidak dapat mengabaikan kemungkinan bahwa *Lex Fori* bukanlah satu-satunya sistem hukum yang diberlakukan, artinya ada kebutuhan untuk menentukan sistem hukum manakah di antara sistem-sistem hukum yang relevan, yang harus diberlakukan.

⁷⁷ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 9-14.

2. Hakim harus menentukan ada/tidaknya kewenangan yurisdiksional forum untuk mengadili perkara yang bersangkutan.

Hakim harus menetapkan forum memiliki kewenangan yurisdiksional untuk memeriksa perkara. Untuk menentukan hakim harus berpegang pada kaidah-kaidah dan asas-asas Hukum Acara Perdata Internasional yang berlaku dan merupakan bagian dari sistem HPI *Lex Fori*.

3. Menemukan TPS di dalam kaidah/asas/aturan HPI *Lex Fori* yang dianggap tepat.

Bila perkara jelas merupakan perkara HPI dan pengadilan telah mempunyai kewenangan untuk mengadili, maka persoalan berikutnya: bagaimanakah *Lex Causae* ini harus ditetapkan?

Pada tahap ini pengadilan harus dapat menentukan TPS yang bersifat menentukan dan yang akan menunjuk ke arah *Lex Causae*.

Hakim harus menemukan TPS yang tepat di dalam kaidah/aturan/asas HPI yang tepat dan relevan dengan pokok perkara yang sedang dihadapi. Kaidah/asas HPI yang dimaksud tentunya kaidah/asas/aturan HPI *Lex Fori*.

Dalam tahap ini, hakim dihadapkan pada kenyataan akan berurusan dengan sekumpulan kaidah/asas/aturan HPI yang beraneka ragam dan berlaku dalam pelbagai bidang hukum dan untuk pelbagai kategori perkara, dan di sini hakim harus dapat menetapkan satu kaidah HPI yang relevan dan tepat untuk perkara yang dihadapi.

4. Mencari dan menemukan kaidah HPI yang tepat melalui tindakan kualifikasi fakta dan kualifikasi hukum.

Untuk dapat menetapkan kaidah HPI yang tepat di antara berbagai kaidah HPI di dalam *lex fori*, hakim harus terlebih dahulu menentukan kategori yuridik dari sekumpulan fakta yang dihadapinya sebagai perkara hukum. Misalnya: sebagai perkara status anak, kedudukan ahli waris, wanprestasi (ingkar janji) dalam perjanjian, keabsahan kontrak, kedudukan isteri atas harta warisan, dan sebagainya. Upaya ini disebut tindakan kualifikasi fakta, yang pada dasarnya merupakan upaya untuk menentukan kategori yuridik dari sekumpulan fakta yang dihadapi dalam perkara dan menentukan kualifikasi hukum

dari pokok perkara berdasarkan kategori yuridik yang dikenal hakim (biasanya berdasarkan kategori yang dikenal dalam *lex fori*).

Di dalam HPI, khususnya dalam pendekatan tradisional, persoalan kualifikasi ini lebih kompleks dibandingkan dengan kualifikasi di bidang hukum intern, karena hakim akan menghadapi berbagai sistem hukum yang memiliki sistem kualifikasinya masing-masing.

Hasil proses kualifikasi adalah hakim dapat menentukan kategori perkara, pokok persoalan (isu) hukum atau pokok perkara yang sedang dihadapi.

Contoh: Hakim Indonesia mengkualifikasikan fakta yang dihadapi dalam perkara dan berdasarkan kualifikasi hukum yang dikenal dalam hukum Indonesia (*lex fori*), perkara harus dikualifikasikan sebagai gugatan wanprestasi, bukan gugatan perbuatan melanggar hukum.

5. Menentukan kaidah HPI Lex Fori yang relevan dalam rangka penunjukan ke arah *Lex Causae*.

Sesudah hakim menetapkan kategori yuridik pada perkara yang dihadapinya melalui tindakan kualifikasi, maka berikutnya hakim menetapkan kaidah HPI yang tepat untuk digunakan dalam rangka penunjukkan ke arah *lex causae*.

Contoh: Sejalan dengan contoh pada angka 4 di atas, dianggap saja kaidah HPI yang harus digunakan dalam kaidah HPI *lex fori* tentang pelaksanaan perjanjian.

Umumnya rumusan kaidah atau asas HPI, maka kaidah ini akan merupakan kaidah penunjuk yang akan memuat titik taut sekunder yang harus digunakan. Kaidah semacam ini disebut *choice of law rule* atau kaidah kolisi.

Contoh: Kaidah HPI tentang pelaksanaan perjanjian yang rumusan sebagai berikut: masalah-masalah hukum yang timbul dari pelaksanaan suatu perjanjian (hasil kualifikasi) harus diatur berdasarkan hukum dari tempat di mana perjanjian itu dilaksanakan (titik taut sekunder).

6. Memeriksa kembali fakta-fakta dalam perkara dan mencari TPS yang harus digunakan untuk menunjuk ke arah *Lex Causae*.

Sesudah titik taut sekunder yang harus digunakan dapat diketahui berdasarkan kaidah HPI tertentu, maka hakim akan memeriksa kembali fakta-fakta perkara (terutama titik tautnya) dan menemukan fakta mana yang harus dianggap sebagai titik taut sekunder.

Contoh: Sejalan dengan contoh-contoh dalam butir-butir sebelumnya, dianggap saja hakim harus menemukan fakta tentang di mana tempat pelaksanaan perjanjian yang dimaksud dalam perkara yang sedang dihadapi.

Bila titik taut sekunder itu telah ditemukan, maka hakim dapat tiba pada kesimpulan bahwa hukum dari tempat/negara yang ditunjuk oleh kaidah HPI itulah yang harus diberlakukan sebagai *lex causae*.

Contoh: Andaikan fakta dalam perkara menunjukkan bahwa tempat pelaksanaan perjanjian ternyata adalah di Jepang, maka hukum Jepanglah yang harus dianggap sebagai *lex causae*, artinya kaidah-kaidah hukum perdata intern Jepanglah yang akan digunakan untuk menyelesaikan perkara hukum yang sedang dihadapi.

7. Menyelesaikan perkara dengan menggunakan kaidah-kaidah hukum intern dari *Lex Causae*.

Dengan ditemukannya *lex causae* sebenarnya tugas HPI pada dasarnya telah selesai, dan hakim akan menyelesaikan perkara dengan menggunakan kaidah-kaidah hukum intern dari *lex causae* itu.

Contoh: Hakim akan memutus perkara tentang wanprestasi dalam pelaksanaan perjanjian dalam contoh di atas, dengan menggunakan kaidah-kaidah hukum di dalam hukum perdata Jepang.

BAB V

RENOI

1. Penyebab Timbulnya Renvoi dan Kaitannya dengan Kualifikasi serta Titik Taut

Ilustrasi yang dicontohkan oleh J.G. Castel⁷⁸ dilakukan untuk memulai pembahasan renvoi sebagai berikut: kasus yang menyangkut masalah pewarisan seorang warganegara Kanada yang mempunyai *domicili of origin* di Propinsi Otario, Kanada. Domisili terakhir sebelum meninggal dunia di Jerman. Sebelum meninggal dunia dia tidak sempat membuat wasiat (*testament*). Dia meninggalkan sejumlah benda-benda bergerak di Propinsi Ontario, Kanada. Masalah yang timbul adalah pembagian waris yang diselesaikan di pengadilan Ontario. Kaidah *conflict of law* (HPI) Ontario menentukan pewarisan benda-benda bergerak tanpa wasiat diatur berdasarkan domisili terakhir pewaris. Dengan demikian, berdasarkan kaidah HPI Ontario, hakim menetapkan bahwa hukum yang berlaku untuk kasus tersebut adalah hukum Jerman. Oleh karena itu, hakim mempelajari ketentuan hukum Jerman. Ketentuan hukum Jerman menyatakan bahwa masalah pewarisan diatur berdasarkan hukum nasional (d.h.i hukum Kanada).⁷⁹ Akhirnya, hakim menggunakan hukum Kanada (d.h.i hukum Ontario) untuk mengadili perkara ini.

Penunjukkan kembali dari hukum yang seharusnya berlaku (*lex causae*) berdasarkan berdasarkan ketentuan *lex fori* kepada ketentuan *lex fori* sendiri disebut *renvoi* (*remission*). *Renvoi* akan timbul ketika hukum asing yang ditunjuk *lex fori* menunjuk kembali kepada *lex fori* tadi, atau kepada sistem hukum yang lain.

Persoalan *renvoi* berkaitan dengan dengan persoalan prinsip nasionalitas atau prinsip domisili dalam menentukan status personal seseorang, terutama terjadi karena ada perbedaan prinsip yang dianut (nasionalitas atau domisili) di berbagai negara. Ditambahkan pula oleh

⁷⁸ J.G. Castel, *Introduction to Conflict of Law*, Butterworth, Toronto, 1986, h. 31.

⁷⁹ Hukum Jerman untuk status personal (status dan wewenang) menganut prinsip nasionalitas.

Sunarjati Hartono,⁸⁰ bahwa persoalan *renvoi* tidak bisa dilepaskan dengan persoalan kualifikasi dan persoalan titik-titik taut, karena memang sebenarnya ketiga persoalan tersebut dapat dicakup dalam satu persoalan, yaitu hukum manakah yang akan berlaku (*lex causae*) dalam suatu peristiwa HPI.

Persoalan semacam itu timbul karena menurut kenyataan terdapat aneka warna sistem HPI. Oleh karena itu, terjadilah konflik sistem hukum dalam HPI, sehingga, tidak ada keseragaman dalam menyelesaikan masalah HPI di berbagai negara.⁸¹

2. Pengertian Renvoi

Doktrin *renvoi* merupakan salah satu pranata HPI tradisional yang terutama berkembang di dalam tradisi *civil law system* (sistem hukum Eropa Kontinental) sebagai pranata yang dapat digunakan untuk menghindarkan pemberlakuan kaidah atau sistem hukum yang seharusnya berlaku (*lex causae*) yang sudah ditetapkan berdasarkan prosedur HPI yang normal.

Renvoi adalah penunjukan kembali kepada hukum yang semula menunjuknya sebagai hukum yang harus diterapkan.

Dengan melakukan kualifikasi diketahui ketentuan penunjuk yang mana berlaku, dan lewat ketentuan penunjuk diketahui pula hukum mana yang diterapkan: apakah hukum intern ataukah hukum asing.

Ketentuan penunjuk yang telah menunjuk hukum asing, di mana hukum asing juga terdiri dari ketentuan materiil-intern dan ketentuan HPI, sehingga timbul pertanyaan: menunjuk pada ketentuan hukum materiil-intern asing ataukah termasuk ketentuan HPI-nya?

Kalau penunjukkan hukum asing itu, hanya ketentuan hukum materiil asing dinamakan *SACHNORMVERWEISUNG*;

Sedangkan kalau menunjuk pada keseluruhan ketentuan hukum asing (yaitu ketentuan materiil intern dan HPI) dinamakan *GESAMTNORMVERWEISUNG*.

⁸⁰ Sunarjati Hartono, *op.cit.*, h. 101.

⁸¹ Sudargo Gautama, *op.cit.*, ... Buku 3, h.2.

CONTOH:

Seorang warga negara Inggris berdomisili di Surabaya, dan meninggal pula di Surabaya. Bagaimana ketentuan diterapkan mengenai warisannya?

Berdasarkan *lex fori*, yang diterapkan adalah Hukum Inggris (prinsip nasionalitas), namun penunjukkan ini: apakah *Sachnorm* ataukah *Gesamtnorm*?

Kalau *Sachnorm*, maka hanya menunjuk hukum materiil intern, maka hukum Inggris yang diterapkan pada persoalan ini.

Sedangkan kalau *Gesamtnorm*, penunjukkan itu termasuk ketentuan HPI, maka kita lihat ketentuan HPI Inggris. Ternyata ketentuan penunjuknya berprinsip domisili, bukan nasionalitas. Jadi hukum Inggris yang kita tunjuk itu, kemudian menunjuk kembali kepada hukum Indonesia.

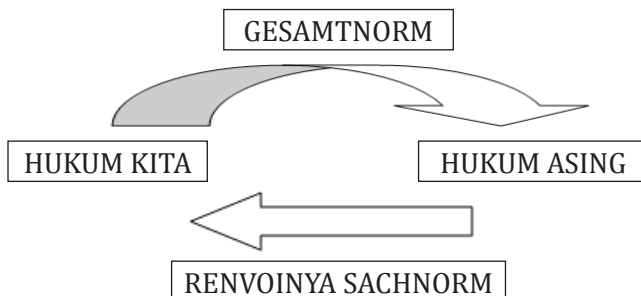
Permasalahannya adalah apabila kita konsekuen maka proses ini berulang kembali, sehingga penunjukannya tanpa ada akhirnya (*circulus vituosus*).

3. Pro-Kontra Renvoi

Mengenai hal ini, para sarjana terbagi menjadi 2 golongan:

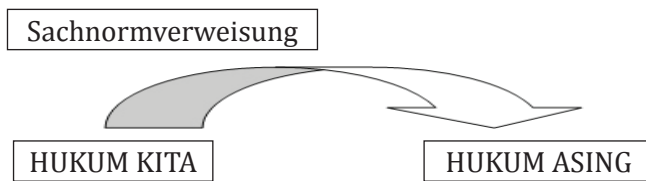
I. GOLONGAN YANG MENERIMA RENVOI

Hukum kita menunjuk hukum asing, karena menurut pendapat kita, hukum asing dianggap paling tepat dan adil untuk menyelesaikan masalah. Kalau kemudian hukum asing beranggapan hukum kita yang paling tepat untuk menyelesaikan dan menunjuk kembali kepada hukum kita, maka penunjukan ini harus kita terima dan tidak boleh kita kembalikan.



II. GOLONGAN YANG MENOLAK RENVOI

Hukum yang akan menguasai persoalan tersebut dinamakan *lex causae*. Jadi ketentuan penunjuk hanya menunjuk kepada *lex causae* ini, yang terdapat di dalam hukum materiil. *Lex causae* ini dapat berupa hukum asing, tapi mungkin pula berupa hukum intern kita sendiri. Kalau ketentuan penunjuk kita menunjuk kepada hukum asing maka penunjukkan ini ditujukan hanya kepada hukum materiil yang langsung menyelesaikan persoalan.

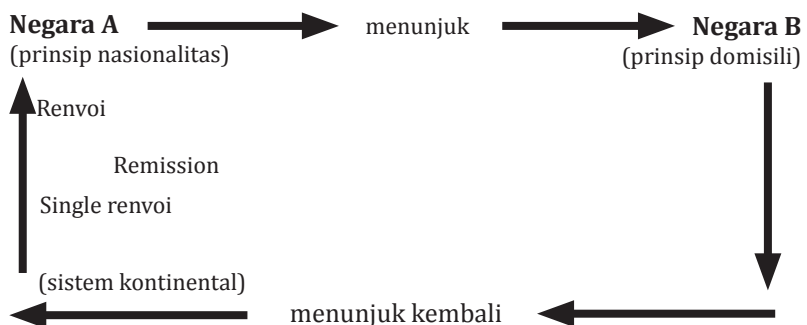


4. Jenis Renvoi

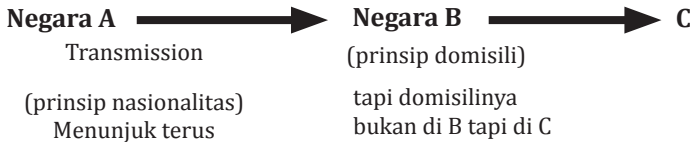
Dalam HPI Tradisional dikenal 2 (dua) jenis Single-Renvoi:

- Remission* (Penunjukan Kembali), yaitu proses renvoi oleh Kaidah HPI asing kembali ke arah *Lex Fori*;
- Transmission* (Penunjukkan lebih lanjut), yaitu proses renvoi oleh Kaidah HPI asing ke arah suatu sistem hukum asing lain.

Berikut ini digambarkan dalam skema:



Kemungkinan lain:



Contoh *transmission*:

Hakim Indonesia menghadapi persoalan tentang perkawinan yang telah dilangsungkan oleh seorang warga negara Amerika Serikat yang berdomisili di Perancis, di mana perkawinan itu dilangsungkan. Persoalannya adalah: apakah orang tersebut sudah cukup umur waktu melangsungkan perkawinan tersebut. Hukum mana yang diterapkan?

Menurut HPI Indonesia berdasarkan prinsip nasionalitas (Pasal 16 AB), maka hukum nasional orangnya yang berlaku, yaitu hukum Amerika Serikat. Tetapi apakah ini berarti hukum intern Amerika Serikat yang harus diperhatikan, atau juga termasuk HPI-nya? Kalau HPI-nya juga termasuk dalam penunjukan itu, maka HPI Amerika Serikat (yang menggunakan prinsip domisili) akan menunjuk terus kepada hukum Perancis sebagai hukum domisili orangnya. Jadi kalau hukum Indonesia menerima *transmission* itu, maka hakim Indonesia akan menerapkan hukum Perancis, sebaliknya kalau *transmission* tidak diterima, maka hukum intern Amerika Serikat-lah yang akan diterapkan.

Contoh *transmission*:

Fakta:

Seorang paman dan saudara sepupu perempuan yang kedua-duanya berkewarganegaraan Swiss, tinggal di Moskow (Rusia) dan mereka menikah disana. Sebelum melangsungkan perkawinan tersebut mereka telah minta penjelasan baik dari instansi Rusia maupun dari instansi Swiss apakah perkawinan mereka diperbolehkan. Kedua instansi ini baik dari Rusia maupun dari Swiss, tidak melihat adanya suatu keberatan. Karena menurut HPI Rusia, perkawinan harus dilangsungkan menurut hukum Rusia (Rusia menganut prinsip territorial; jadi berlaku *lex loci celebrations*). Sedangkan menurut ketentuan HPI (ekstern) Swiss, perkawinan ini dilangsungkan menurut hukum Rusia (bahwa suatu perkawinan yang dilakukan di luar negeri menurut hukum yang berlaku di sana dianggap sah

menurut hukum Swiss. Menurut hukum intern Swiss perkawinan antara seorang paman dan saudara sepupu perempuan dilarang, apabila dilangsungkan di negara Swiss, tetapi karena perkawinannya dilangsungkan di Rusia, maka perkawinan tidak dilarang.

Dengan demikian, akan berlaku hukum Rusia yang tidak mengenal larangan perkawinan antara paman dengan saudara sepupunya, maka perkawinan yang bersangkutan baik menurut hukum Rusia maupun menurut HPI Rusia dan HPI Swiss sah adanya.

Kemudian para mempelai pindah ke Hamburg (Jerman), di sini timbul percekocan hingga perempuan mengajukan gugatan untuk perceraian. Sedangkan pihak paman mengajukan pembatalan perkawinan.

Jawaban:

1. Forum yang berwenang:

Pengadilan mana yang berwenang mengadili kasus ini? Yaitu pengadilan Jerman karena sesuai dengan prinsip *actor sequitor forum rei* yaitu gugatan diajukan ke pengadilan tempat di mana tergugat bertempat tinggal. Karena tergugat bertempat tinggal di Hamburg, maka forum yang berwenang harus di tempat tinggal tergugat.

2. Titik taut primer adalah faktor-faktor atau keadaan-keadaan yang menciptakan hubungan HPI dalam kasus ini yang merupakan titik taut primer harus dilihat/ditinjau dari pengadilan yang berwenang menyelesaikan sengketa ini. Menurut pandangan pengadilan Hamburg perkara ini adalah perkara HPI karena ada unsur asingnya yaitu pihak penggugat dan tergugat berkewarganegaraan Swiss.

3. Titik taut sekunder dan Renvoi. Sesuai dengan hukum Jerman yang prinsip kewarganegaraan, maka hukum Jerman merenvoi ke hukum Swiss, ternyata Swiss yang menganut prinsip domisili merenvoi lagi ke atau penunjukan lebih jauh ke Rusia tempat di mana perkawinan itu dilangsungkan. Dan menurut hukum Rusia perkawinan tersebut sah adanya (menjawab persoalan pendahuluan juga).

4. **Kualifikasi** adalah penyalinan fakta sehari-hari ke dalam istilah-istilah hukum, ini adalah permasalahan hukum tentang orang, yaitu tentang gugat cerai.
5. ***Vested right***: seseorang yang sudah mendapatkan hak-haknya yang diperoleh, maka negara harus menghormatinya/mengakuinya, seperti status sebagai istri.

CONTOH-CONTOH KASUS SINGLE-RENOI:

1. The Forgo Case (1879)⁸²

Kasus Posisi:

- a. Forgo adalah seorang warga negara Bavaria (Jerman);
- b. Forgo menetap di Perancis sejak berusia 5 tahun, tanpa berupaya untuk memperoleh tempat kediaman resmi (*domicile*) di Perancis;
- c. Forgo meninggal di Perancis tanpa meninggalkan *testament*;
- d. Forgo adalah seorang anak luar kawin;
- e. Ia meninggalkan sejumlah benda-benda bergerak di Perancis;
- f. Tuntutan atas pembagian harta peninggalan Forgo diajukan oleh saudara-saudara kandungnya di Pengadilan Perancis.

Fakta Hukum:

- a. Hukum Perdata intern Bavaria menetapkan bahwa Saudara-saudara kandung dari seorang anak luar kawin tetap berhak untuk menerima harta peninggalan dari anak luar kawin yang bersangkutan;
- b. Hukum Perdata intern Perancis menetapkan bahwa Harta peninggalan dari seorang anak luar kawin jatuh ke tangan negara;
- c. Kaidah HPI Bavaria menetapkan bahwa Pewarisan benda-benda bergerak harus tunduk pada hukum dari tempat

⁸² Bayu Seto, *op.cit.*, h. 83-84.

di mana pewaris bertempat tinggal sehari-hari (*habitual residence*);

- d. Kaidah HPI Perancis menetapkan bahwa persoalan pewarisan benda-benda bergerak harus diatur berdasarkan hukum dari tempat di mana pewaris menjadi warga negara;

Masalah Hukum:

Berdasarkan hukum manakah (Perancis atau Bavaria) status harta peninggalan benda-benda bergerak milik Forgo diatur?

Proses Penyelesaian Perkara:

- a. Pada tahap pertama Pengadilan Perancis menggunakan kaidah HPI-nya dan menunjuk ke arah Hukum Bavaria sebagai hukum dan tempat Pewaris menjadi warga negara;
- b. Penunjukkan ke arah Hukum Bavaria ini ternyata dianggap sebagai *Gesamtverweisung*, sehingga termasuk kaidah-kaidah HPI Bavaria;
- c. Kaidah HPI Bavaria mengenai pewarisan benda-benda bergerak menunjuk ke arah *habitual residence* Pewaris. Jadi, dalam hal ini kaidah HPI Bavaria **menunjuk kembali** ke arah Hukum Perancis **sebagai Lex Domicilii** Forgo;
- d. Hakim Perancis menganggap penunjukkan kembali ini sebagai *Sachnormverweisung* ke arah hukum intern Perancis (dalam HPI sikap hakim Perancis ini disebut “**menerima Renvoi**”);
- e. Berdasarkan anggapan itu, Hakim Perancis lalu memberlakukan kaidah hukum waris intern Perancis (*Code Civil*) untuk memutus perkara, dan menetapkan bahwa *harta peninggalan Forgo jatuh ke tangan negara Perancis*.

2. Kasus Patino v. Patino (1950)⁸³

Kasus Posisi:

- Sepasang suami isteri Warga negara Bolivia mengajukan permohonan untuk perceraian;

⁸³ *Ibid.*, h. 85-86.

- Pernikahan mereka dilakukan dan diresmikan di Spanyol;
- Permohonan perceraian diajukan di Pengadilan Perancis.

Fakta Hukum:

- Kaidah HPI Perancis menetapkan bahwa: *Perkara-perkara yang menyangkut **Status Personal** harus ditentukan berdasarkan Prinsip Kewarganegaraan para pihak;*
- Kaidah HPI Bolivia menetapkan bahwa: *Perkara tentang "Pemenuhan atau Penolakan terhadap permohonan perceraian" harus dilakukan berdasarkan hukum dari tempat perkawinan diresmikan (*Lex Loci Celebrationis*).*
- Kaidah hukum intern Spanyol menutup kemungkinan untuk pelaksanaan perceraian terhadap perkawinan yang resmi dilaksanakan berdasarkan hukum Spanyol.

Proses Penyelesaian Perkara:

- Hakim Perancis, pertama-tama menggunakan kaidah HPI *Lex Fori* untuk menentukan hukum yang seharusnya berlaku, dan berdasarkan prinsip kewarganegaraan, kaidah HPI Perancis menunjuk **ke arah hukum Bolivia**;
- Penunjukkan ke arah Hukum Bolivia oleh hakim Perancis ternyata dimaksudkan sebagai *Gesamtverweisung* ke arah kaidah HPI Bolivia;
- Kaidah HPI Bolivia ternyata menunjuk ke arah tempat Peresmian Perkawinan (*Locus Celebrationis*) dan dalam hal ini adalah Spanyol. Penunjukkan dari Bolivia ke arah hukum Spanyol inilah yang merupakan **Renvoi ke arah sistem hukum ketiga** (dan tidak kembali ke arah *Lex Fori*);
- Hakim Perancis kemudian menganggap bahwa seorang hakim Spanyol akan **menolak** penunjukan ini dan menganggapnya sebagai ***Sachnormenverweisung*** ke arah hukum intern Spanyol;
- Dengan asumsi ini, hakim Perancis kemudian memberlakukan hukum intern Spanyol dan menolak permohonan cerai yang bersangkutan, dan pola berpikir yang digunakan hakim Perancis ini menggambarkan proses **Renvoi** dalam arti ***Transmission* (penunjukkan lebih lanjut).**

3. Kasus Harta Peninggalan Schneider (1950)⁸⁴

Kasus Posisi:

- A seorang warga negara Amerika Serikat, berdomisili di negara bagian New York dan berasal dari Swiss;
- A meninggal di New York dan meninggalkan sebuah tanah dan rumah di Swiss;
- Tanah di Swiss sebenarnya telah dijual, dan uang hasil penjualannya telah ditransfer ke New York, tetapi untuk kepentingan proses pewarisan tetap dianggap sebagai benda tetap (*immovable*);
- A meninggalkan sebuah *testament* yang mewariskan tanah/hasil penjualan tanah itu kepada pihak-pihak ketiga (*beneficiaries*) yang bukan ahli waris menurut garis keturunan;
- Para ahli waris menggugat *testament* dan mengklaim hak-haknya atas tanah di Swiss sebagai ahli waris menurut undang-undang;
- Gugatan diajukan di Pengadilan New York.

Fakta-fakta Hukum:

- a. Hukum intern Swiss mengkualifikasi perkara sebagai perkara tentang kedudukan ahli waris menurut undang-undang dalam pewarisan testamentair;
- b. Hukum intern New York mengkualifikasikan perkara sebagai perkara pewarisan tanah melalui *testament*;
- c. Kaidah HPI New York menetapkan bahwa untuk perkara-perkara pewarisan benda-benda tetap, maka hukum yang diberlakukan adalah hukum dari tempat di mana benda berada;
- d. Kaidah HPI Swiss menetapkan bahwa status dan kedudukan ahli waris dalam proses Pewarisan Testamentair harus tunduk pada hukum dari tempat di mana Pewaris memiliki kewarganegaraannya yang terakhir;

⁸⁴ *Ibid.*, h. 86-88.

- e. Kaidah hukum intern negara bagian New York menetapkan bahwa seorang pewaris testamentair dapat dengan sah mewariskan kekayaannya kepada pihak-pihak ketiga (*beneficiaries*), bahkan juga bila ia mengabaikan kedudukan ahli warisnya;
- f. Kaidah hukum intern Swiss menetapkan bahwa seorang pewaris tidak dapat mewariskan kekayaannya melalui *testament* dengan mengabaikan bagian dari ahli waris menurut undang-undang (*legitieme portie*)

Proses Penyelesaian Perkara:

- a. Walaupun tanah telah dijual dan hasil penjualannya telah ditransfer ke New York, hakim New York pertama-tama mengkualifikasikan perkara berdasarkan hukum New York (*lex fori*) sebagai perkara **pewarisan benda tetap**, dan berdasarkan kaidah HPI New York, perkara ini harus tunduk pada **Hukum Swiss** berdasarkan asas *Lex Rei Sitae* (di sini berlangsung penunjukan pertama);
- b. Hakim New York kemudian mengkualifikasikan perkara berdasarkan hukum Swiss dan menganggapnya sebagai perkara tentang kedudukan ahli waris menurut undang-undang dalam pewarisan testamentair. Penunjukan ke arah hukum Swiss itu ternyata merupakan *Gesamtverweisung* ke arah kaidah HPI Swiss;
- c. Kaidah HPI Swiss menetapkan bahwa kedudukan ahli waris dalam pewarisan testamentair harus diatur berdasarkan hukum dari tempat di mana pewaris memiliki kewarganegaraannya yang terakhir. Jadi kaidah HPI Swiss dianggap **akan menunjuk kembali ke arah New York**;
- d. Hakim New York kemudian menganggap bahwa penunjukan kembali oleh kaidah HPI Swiss itu sebagai *Sachnormverweisung* ke arah **hukum intern New York**, dan memutuskan bahwa tanah/hasil penjualan tanah akan dibagikan sesuai amanat yang ada di dalam *testament*;
- e. Gugatan ahli waris ditolak.

Pranata *Single-Renvoi* tersebut berkembang di Eropa Kontinental, sedangkan di Inggris berkembang sejenis Renvoi, yang dinamakan ***The Foreign Court Theory*** (disingkat **FCT**).

5. ***The Foreign Court Theory***

Ada 2 (dua) hal yang perlu disadari dalam pelaksanaan doktrin FTC, yaitu:

1. Hakim harus menentukan terlebih dahulu sistem hukum atau badan peradilan asing manakah yang ***seharusnya*** mengadili dan memutus perkara HPI yang dihadapi. Secara tradisional, dilakukan dengan menggunakan titik-titik taut dan kaidah-kaidah HPI ***Lex Fori***. Tahap ini sebenarnya menentukan badan peradilan asing mana yang menjadi the proper forum dan hukum asing mana yang seharusnya menjadi *the proper foreign lex fori*. Hakim Inggris melakukan ***Gesamtverweisung*** ke arah sistem hukum asing tertentu.
2. Berikutnya dalam proses penyelesaian perkara harus dilakukan berdasarkan ***sistem HPI dari "foreign forum"*** yang ditunjuk itu. Tahap ini hakim Inggris (berfiksi dalam kedudukannya sebagai hakim asing) akan kembali menggunakan titik-titik taut dan kaidah-kaidah HPI forum asing itu. Tahap kedua ini terjadi "proses ulangan" untuk menentukan *lex causae* dan tindakan ini dapat menimbulkan beberapa akibat:
 - a. Kaidah HPI asing menunjuk "kembali" ke arah hukum Inggris dan oleh hakim Inggris dianggap sebagai *Gesamtverweisung* sehingga kaidah HPI Inggris akan "menunjuk lagi" ke arah hukum asing yang bersangkutan, dan kali ini penunjukan akan dianggap lagi sebagai *Sachnormenverweisung* ke arah hukum intern asing yang akan digunakan untuk memutus perkara;
 - b. Kaidah HPI asing menunjuk "kembali" ke arah hukum Inggris dan oleh hakim Inggris dianggap sebagai *Gesamtverweisung* sehingga kaidah HPI Inggris akan "menunjuk lagi" ke arah hukum asing, dan kali ini penunjukan dianggap sebagai *Gesamtverweisung* lagi sehingga kaidah HPI asing akan "menunjuk kembali" ke arah hukum Inggris dan penunjukan terakhir ini akan dianggap sebagai *Sachnormenverweisung*

oleh hakim Inggris, dan hukum intern Inggrislah yang digunakan untuk memutus perkara.

Yang menjadi masalah dalam doktrin FTC bukan apakah *Lex Fori* menerima atau menolak Renvoi, melainkan *apakah sebuah forum asing (foreign court) menerima atau menolak Renvoi*.

Ilustrasi penggunaan doktrin FTC sebagaimana yang dikemukakan oleh Sir Herbert Jenner (hakim tinggi) di Inggris:

- I. Hakim Inggris mengadili perkara internasional, menyangkut persoalan renvoi, serta berhubungan dengan Hukum Perancis.

Seorang janda warga negara Inggris, berdomisili di Perancis membuat *testament* yang isinya sedemikian rupa, sehingga anaknya tidak mendapatkan apa-apa.

Persoalan : Hukum manakah yang menilai sah atau tidaknya *testament* yang dibuat tersebut?

Tahap I : Hakim Inggris bertitik tolak dari hukum Inggris, karena ia hakim Inggris dan perkaranya diajukan di Inggris, HPI Inggris menentukan hukum domisili terakhir yang berlaku, yaitu Hukum Perancis.

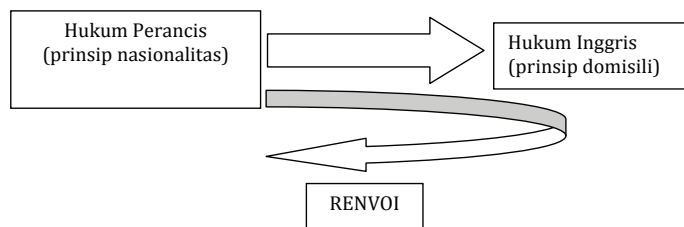
Jadi, hukum Inggris menunjuk kepada hukum Perancis.

Tahap II : Hakim Inggris mengkhayalkan duduk di pengadilan Perancis sebagai hakim Perancis.

Hakim Perancis tentu berpegang pada HPI Perancis.

Pembuatan *testament* termasuk status dan wewenang.

HPI Perancis menunjuk hukum nasional orang yang bersangkutan, yaitu Hukum Inggris, sedangkan



HPI Inggris menunjuk pada Hukum Domisili, yaitu Hukum Perancis.

Apakah Hukum Perancis menerima atau menolak Renvoi?

Ternyata praktek pengadilan di Perancis menerima Renvoi, maka Hukum Perancis yang diterapkan.

Tahap III : Sekarang hakim Inggris kembali ke tempat semula sebagai hakim Inggris dan menerapkan hukum Perancis yang diketemukannya di kursi hakim Perancis tadi.

II. Perkara sama dengan nomor I, tetapi meninggal di Italia.

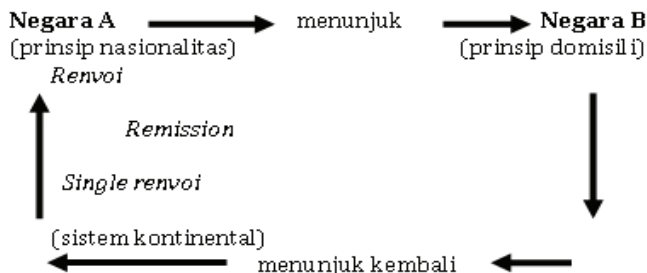
Tahap I : Hukum Inggris yang menggunakan prinsip domisili menunjuk pada Hukum Italia.

Tahap II : Hakim Inggris pindah ke kursi hakim Italia dan menilai segala sesuatunya dari Hukum Italia. HPI Italia menunjuk kepada hukum nasionalnya, yaitu Hukum Inggris. HPI Inggris berprinsip domisili lalu merenvoi ke Hukum Italia sebagai hukum domisili terakhir. Apakah renvoi itu diterima atau ditolak?

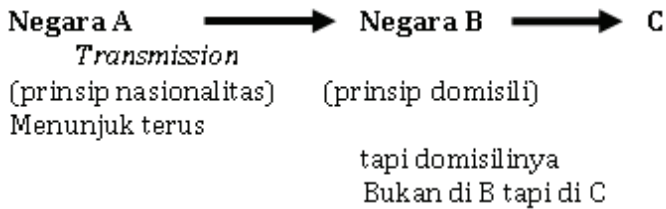
Ternyata teori dan praktek hukum Italia menolak Renvoi. Jadi kesimpulannya: Hukum Inggris yang diterapkan.

Tahap III : Hakim Inggris kembali ke tempatnya semula di kursi hakim Inggris dan menerapkan hukum Inggris sendiri, yang telah diketemukan tadi di Italia.

Berikut ini digambarkan dalam skema:



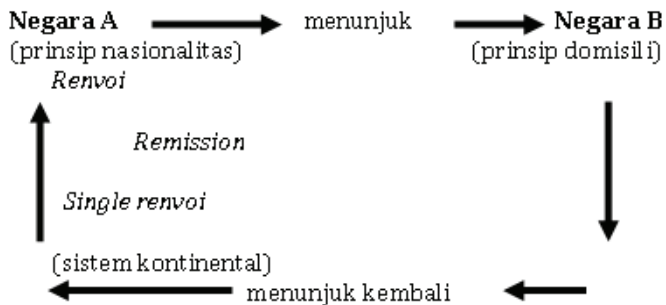
Kemungkinan lain:



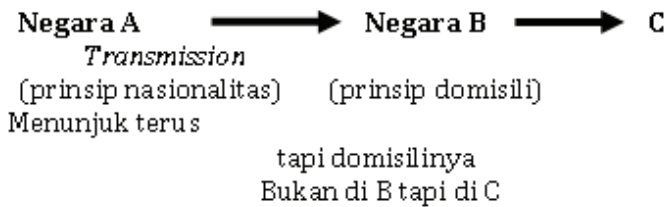
Contoh *transmission*:

Hakim Indonesia menghadapi persoalan

Berikut ini digambarkan dalam skema:

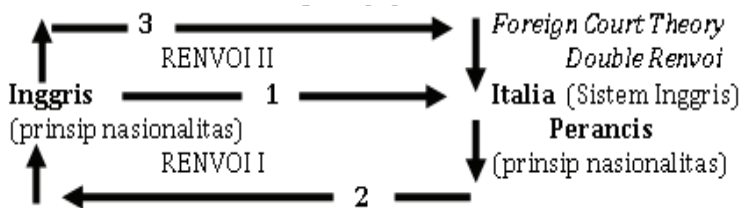


Kemungkinan lain:



Contoh *transmission*:

Hakim Indonesia menghadapi persoalan



Kesimpulan FTC:

1. FTC ternyata tidak berhasil menghindarkan masalah menerima atau menolak renvoi, karena putusan-putusan yang diambil akhirnya akan tergantung hukum asing yang ditunjuk itu, apakah menerima atau menolak renvoi. Jadi malahan memindahkan kesukaran dan tanggung jawab ke luar negeri, kepada hukum asing;
2. FTC hanya mungkin berjalan dengan baik, bilamana tidak ada lain negara yang juga menganut pendirian yang sama. Jika negara-negara lain menganut FTC (yang juga disebut *double renvoi*) maka akan benar-benar terjadi suatu "*circulus vituosus*".

Yurisprudensi Inggris yang menggambarkan variasi penggunaan doktrin FTC adalah:

1. **Re Annesley Case (Davidson v Annesley)(1926)**⁸⁵

Kasus Posisi:

- Seorang wanita warga negara Inggris bernama Ny. Sybil Annesley pada tahun 1860 menikah dengan seorang tentara yang memiliki domisili di Inggris, kemudian mereka tinggal bersama di Bath, Perancis, selanjutnya pindah dan menetap di Pau, Perancis hingga menjadi tempat kediamannya sehari-hari (*habitual residence*) sampai suaminya meninggal dunia;
- Berkediaman di Pau, Perancis sampai dengan 1867, dan saat itu ia membeli sebidang tanah dan memiliki sebuah

⁸⁵ *Ibid.*, h. 90-92.

peternakan kecil, sampai ia meninggal dunia pada 16 Januari 1924 dalam usia 80 tahun;

- Selama di Perancis sampai dengan kematiannya, ia pada tahun 1892 mengunjungi Inggris untuk menghadiri perkawinan saudara perempuannya, serta beberapa kali melakukan kunjungan singkat ke Inggris pada tahun 1903, 1911, dan 1913;
- Sebelum meninggalkan dunia, ia membuat testamen dalam bahasa Perancis pada tanggal 20 Desember 1919, tetapi kemudian pada 13 Desember 1919 ia membuat testamen berdasarkan kaidah hukum waris Inggris;
- Isi *testament* terakhir tidak memberikan sedikit pun harta warisan kepada anak laki-lakinya; ia antara lain memberikan harta warisan itu kepada para pelayannya;
- *Testament* digugat oleh para ahli waris berdasarkan undang-undang, karena dianggap mengabaikan *legitieme portie* yang memberikan hak kepada mereka untuk menerima 2/3 (dua per tiga) dari peninggalan pewaris, sehingga kualifikasi kasus ini adalah pewarisan yang mengabaikan *legitieme portie*;
- Wanita tersebut dalam kenyataan tinggal di Perancis, namun ia tidak pernah memperoleh status resmi sebagai penduduk Perancis;
- Perkara diajukan di pengadilan Inggris.

Fakta Hukum:

- Kaidah HPI Inggris menganggap bahwa masalah pewarisan testamentair harus diatur berdasarkan hukum dari domisili pewaris pada saat ia meninggal.
- Kaidah HPI Perancis menganggap masalah pewarisan harus diselesaikan berdasarkan hukum dari tempat pewaris menjadi warga negara.
- Hukum intern Inggris menganggap *testament* yang dibuat adalah sah.
- Hukum intern Perancis menganggap suatu *testament* yang mengabaikan *legitieme portie* adalah batal demi hukum.

Masalah Hukum:

Berdasarkan hukum mana pembagian waris itu harus dilakukan dan apakah ahli waris berdasarkan undang-undang berhak menerima *legitieme portie* dari peninggalan Annesley?

Proses Pemutusan Perkara:

1. Berdasarkan kaidah HPI Inggris, hakim menunjuk ke arah hukum Perancis sebagai hukum dari domisili pewaris pada saat meninggalnya;
2. Penunjukkan pada butir 1 ini merupakan *Gesamtverweisung*, karena di sinilah hakim memulai fiksi hukumnya dengan menganggap bahwa forum Perancis adalah forum asing yang seharusnya mengadili perkara;
3. Seorang hakim Perancis, menghadapi perkara semacam ini, akan menggunakan kaidah HPI-nya dan menunjuk ke arah hukum Inggris sebagai *lex patriae* dari pewaris;
4. Karena hukum Inggris pada dasarnya menolak renvoi, maka hakim Perancis akan menganggap penunjukkan ke arah hukum Inggris ini sebagai *Gesamtverweisung* lagi, dan kaidah HPI Inggris yang sama akan menunjuk kembali (*remission*) ke arah hukum Perancis. Di sinilah (menurut hakim Perancis) terjadi renvoi yang diakui oleh sistem hukum Perancis;
5. Karena itu, hakim Perancis akan menganggap bahwa penunjukkan kembali ini sebagai *Sachnormenverweisung* ke arah hukum waris intern Perancis;
6. Karena itu, hakim Russel (hakim Inggris) kemudian menyimpulkan bahwa hakim Perancis kemudian akan memberlakukan hukum internnya (*code civil*) dan menganggap bahwa testamen harus dianggap tidak sah dan kemudian mengabulkan gugatan ahli waris menurut undang-undang.⁸⁶

⁸⁶ Perkara sejenis di bidang pewarisan *testamentair* yang juga menggunakan pola berpikir yang sama, tetapi memberikan hasil yang bertolak belakang adalah perkara **Re Ross (1930)**. Pengadilan Inggris menolak klaim *legitieme portie* yang dikenal di dalam hukum Italia. Hasil yang bertolak belakang ini dapat dicapai karena hukum Inggris berhadapan dengan hukum Italia, yang sistem hukum internnya menolak renvoi.

2. Re Ross Case (Ross v Waterfield)⁸⁷

Kasus Posisi:

- Penggugat adalah Alexander Gordon Ross melawan tergugat adalah Ny. Caroline Lucy Isabel Waterfield;
- Sepasang suami-isteri (Henry James Ross-Janet Anne Ross) telah tinggal di Florence (Italia) sejak 1888, menurut hukum Inggris mereka berdomisili di Italia;
- Pada tahun 1888 mereka membeli rumah besar dan tanah yang terkenal dengan Paggio Gherardi;
- Pada tahun 1902 Henry meninggal dunia, kemudian pada tahun 1927 Ny. Janet Anne Ross meninggal dunia;
- Sebelum meninggal dunia Ny. Janet Anne Ross sempat membuat *testament* yang memberikan seluruh harta kekayaan kepada Ny. Caroline Lucy Isabel Waterfield. Akibat adanya *testament* itu, satu-satunya anak laki-laki Ny. Janet Anne Ross tidak mendapat harta warisan sedikitpun;
- Penggugat menuntut bahwa ia berhak atas $\frac{1}{2}$ bagian dari benda-benda tidak bergerak yang terletak di Italia, $\frac{1}{2}$ bagian benda-benda bergerak yang terletak di manapun. Hak tersebut didasarkan pada *legitime portie* menurut hukum Italia. Jadi, pokok perkara menyangkut persoalan pewarisan yang mengabaikan ketentuan *legitime portie*;
- Forum adalah pengadilan Inggris.

Masalah hukum:

Hukum intern mana yang harus dipergunakan dalam mengadili perkara tersebut? Atau berdasarkan hukum mana keabsahan *testament* itu ditetapkan?

Proses Penyelesaian Perkara:

- Sebelum menentukan sah tidaknya *testament* yang dibuat oleh Ny. Janet Anne Ross tersebut, hakim harus melihat kaidah-kaidah HPI Inggris terlebih dahulu mengenai perkara HPI yang bersangkutan;

⁸⁷ Ridwan Khairandy, *op.cit.*, h. 86-88

- Menurut kaidah HPI Inggris, pewarisan terhadap benda bergerak ditentukan berdasarkan hukum di mana pewaris berdomisili (*lex domicilii*);
- Hakim J. Luxmoore yang mengadili perkara ini memutuskan perkara berdasarkan atau sesuai dengan hukum Italia seperti yang dilaksanakan pengadilan Italia. Dalam hal ini hakim J. Luxmoore hanya berkewajiban untuk *simply to follow the decision* dari hakim-hakim Italia;
- Para ahli hukum Italia yang didengar keterangannya dalam persidangan, semuanya menyatakan kalau perkara serupa diadili di Italia, maka *testament* yang dibuat oleh Ny. Janet Anne Ross adalah sah. Untuk itu tidak ada tempat bagi gugatan penggugat;
- HPI Italia menunjuk ke arah hukum Inggris, dan karena di Italia *renvoi* tidak diterima, maka penunjukkan kepada hukum nasional pewaris (hukum Inggris) hanya dianggap sebagai *sachnormverweisung*.

3. Re Duke of Wellington Case (1949)⁸⁸

Kasus Posisi:

- Penggugat adalah Lord George Wellesley dan Lord Glentanar melawan tergugat adalah Lillian-Maud Duchess of Wellington, Lady Anne Rhys, dan Duke of Wellington VII.
- Pada tahun 1812 setelah diadakan penyerbuan atas benteng Ciudad Rodrigo, Duke of Wellington I (seorang bangsawan Inggris) dianugrahi tanda kebesaran Spanyol dengan gelar Ciudad Rodrigo. Gelar tersebut turun menurun. Kepada Duke of Ciudad Rodrigo dan ahli warsinya diberi tanah-tanah kerajaan di dataran Granada yang terkenal dengan nama Soto de Roma, termasuk juga tanah-tanah yang dinamakan *dehes-a-baja of Illora* dan *Las Chanchinas*.
- Gelar dan tanah ini di Spanyol turun temurun, hingga kemudian jatuh kepada Duke of Wellington V, yang meninggal dunia pada tahun 1941.

⁸⁸ Bayu Seto, *op.cit.*, h. 92-94.

- Kedua gelar tersebut kemudian diwarisi oleh Duke of Wellington VI dan sekaligus ia juga pemegang gelar kebangsawanan Spanyol, yaitu Ciudad Rodrigo.
- Duke of Wellington VI adalah bangsawan Inggris berkewarganegaraan Inggris dan membujang sampai ia meninggal dunia di Inggris pada tahun 1943. Dengan meninggalkan seorang ibu yang bernama Lillian Maud Duchess of Wellington dan seorang kakak perempuan yang bernama Lady Anne Rhys.
- Ketika ia meninggal dunia ia meninggalkan sejumlah benda tetap (tanah) di Inggris dan Spanyol.
- Ia membuat 2 buah *testament*, yaitu *testament* yang dibuat berdasarkan hukum Inggris untuk peninggalannya yang berada di Inggris, dan *testament* yang dibuat berdasarkan hukum Spanyol untuk peninggalannya di Spanyol.
- Di dalam *testament* Spanyol, pewaris menetapkan bahwa tanah-tanah di Spanyol akan diwariskan pada orang yang sekaligus akan menjadi Duke of Wellington VII dan pemegang gelar Ciudad Rodrigo yang baru. Sebagai *executeur testamentair* ditunjuk paman-paman pewaris, yaitu Lord George Wellesley dan Lord Glentanar.
- Perkara diajukan di pengadilan Inggris.

Fakta Hukum:

- Kaidah HPI Inggris menetapkan bahwa status benda-benda tetap harus diatur berdasarkan hukum dari tempat di mana benda terletak (asas *lex rei sitae*);
- Kaidah HPI Spanyol menetapkan bahwa proses pewarisan (baik yang *testamentair* atau *intestatis*) harus diatur berdasarkan hukum dari negara di mana pewaris menjadi warga negara;
- Hukum intern Inggris menetapkan bahwa apabila pemegang gelar Duke of Wellington tidak memiliki anak, maka harta peninggalan jatuh ke tangan seorang paman;
- Hukum intern Spanyol menetapkan bahwa pemegang gelar Ciudad Rodrigo tidak memiliki anak, maka harta

peninggalannya jatuh ke tangan seorang saudara perempuan pewaris;

- Hukum intern Inggris menetapkan bahwa seorang pewaris dapat mewariskan seluruh tanah warisannya melalui *testament*;
- Hukum intern Spanyol menetapkan bahwa seorang pewaris hanya dapat mewariskan separuh dari tanah yang dimilikinya melalui *testament*.

Masalah Hukum:

Testament berdasarkan hukum Spanyol tidak mungkin dilaksanakan karena tidak ada satu orang yang memenuhi persyaratan untuk menerima waris sesuai amanat pada *testament* Spanyol itu. Bagaimana status dari tanah-tanah peninggalan Duke of Wellington yang berada di Spanyol?

Proses Penyelesaian Perkara:

- a. Hakim Inggris pertama-tama menunjuk ke arah hukum Spanyol sebagai *lex situs* sesuai ketentuan kaidah HPI Inggris, penunjukan ini merupakan *Gesamtverweisung*;
- b. Hakim Inggris kemudian beranggapan bahwa seorang hakim Spanyol, seandainya menghadapi perkara semacam ini akan menggunakan kaidah HPI-nya yang akan menunjuk ke arah hukum Inggris sebagai *lex patriae* dari pewaris;
- c. Karena forum Inggris menolak *single renvoi*, maka penunjuk dari Spanyol ini akan dianggap sebagai *Gesamtverweisung* lagi dan kaidah HPI Inggris akan menunjuk kembali ke arah hukum Spanyol sebagai *lex situs*. Di sinilah, menurut pandangan hakim Inggris, terjadi *renvoi* (penunjukan kembali) ke arah hukum Spanyol;
- d. Karena hukum Spanyol juga menolak *renvoi*, maka penunjukan ini juga akan dianggap sebagai *Gesamtverweisung* ke arah kaidah HPI Spanyol yang akan menunjuk kembali ke arah hukum Inggris.
- e. Untuk menghentikan proses tunjuk-menunjuk ini, maka hakim Inggris kemudian menganggap bahwa penunjukan yang terakhir ke arah hukum Inggris adalah

Sachnormenverweisung ke arah hukum intern Inggris dan hakim kemudian memberlakukan hukum waris intern Inggris.

- f. Tanah-tanah di Spanyol akhirnya diwariskan kepada ahli waris yang sesuai dengan ketentuan hukum waris Inggris (jatuh ke tangan seorang paman dari Duke of Wellington VI).

6. Renvoi menurut RUU HPI Indonesia

Menurut Pasal 2 Rancangan Undang-Undang HPI Indonesia (Naskah Akademik), apabila terjadi hukum nasional seseorang yang dinyatakan berlaku dan apabila hukum tersebut menunjuk kepada hukum Indonesia sebagai hukum yang berlaku baginya, maka hukum intern Indonesia yang berlaku.

Berdasarkan ketentuan di atas, dianjurkan agar menerima renvoi. Dengan diterimanya renvoi ini berarti pemakai hukum intern Indonesia akan diperbesar. Hal ini tentunya akan memberikan jaminan yang lebih banyak lagi akan pemakaian hukum yang tepat dalam suatu masalah hukum yang dihadapi hakim Indonesia.

BAB VI

KETERTIBAN UMUM

DAN HAK-HAK YANG DIPEROLEH

1. Pengertian Ketertiban Umum

Beberapa persoalan pokok HPI antara lain persoalan ketertiban umum dan persoalan hak-hak yang diperoleh, yang berkaitan dengan pertanyaan sejauhmana suatu forum harus mengakui sistem (kaidah) hukum asing atau hak-hak dan kewajiban-kewajiban hukum asing. Artinya, kedua persoalan itu dapat dianggap sebagai pendekatan yang berbeda terhadap persoalan yang sama dalam HPI, yaitu persoalan sejauhmana suatu pengadilan berkewajiban untuk memperhatikan, menaati, dan mengakui keberlakuan hukum asing sebagai akibat dari adanya unsur asing dalam suatu perkara. Perbedaan kedua persoalan tersebut hanya terletak pada tujuan yang hendak dicapai, karena teori ketertiban umum berupaya membentuk pijakan bagi hakim untuk mengesampingkan berlakunya hukum (kaidah) asing di dalam perkara HPI yang seharusnya tunduk pada suatu sistem hukum asing, sedangkan teori hak-hak yang diperoleh hendak memberikan pijakan bagi forum untuk mengakui berlakunya kaidah atau hak-hak yang tertib berdasarkan hukum asing.

Lembaga ketertiban umum (ada yang menggunakan istilah Tata-tertib Negara/Masyarakat) merupakan padanan dari istilah-istilah *Public policy* (Inggris), *Ordre public* (Perancis), *Vorbehaltklausel* (Jerman), *Openbare Orde* (Belanda).

Banyak pakar HPI menyatakan bahwa persoalan *openbare orde* merupakan salah satu masalah yang terpenting dalam ajaran HPI. Namun, bagi Niboyet dinyatakan bahwa memang persoalan ketertiban umum merupakan masalah terpenting dalam HPI, tetapi juga merupakan masalah tergelap dalam HPI.⁸⁹ Telah banyak tulisan mengenai ketertiban umum ini, tetapi menurut Kuhn, selubung keraguan dan kegelapan masih saja menyelimuti persoalan yang sudah demikian banyak dibahas

⁸⁹ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional, Jilid II Bagian 3 (Buku 4)*, Alumni, Bandung, 1989, h. 4.

tersebut. Keadaan demikian bisa terjadi, karena dalam kenyataan di antara penulis atau pakar HPI belum terdapat kata sepakat mengenai apa sebenarnya yang merupakan isi dan makna yang bulat dan lengkap dari lembaga ketertiban umum (*openbare orde*) ini.⁹⁰

Dengan menggunakan ketentuan penunjuk dapat ditemukan *lex causae*, bisa hukum intern, bisa juga hukum asing, ini sesuai dengan “jiwa internasional” dari HPI.

Persoalannya: Apakah hukum asing itu dalam keadaan bagaimanapun harus diterapkan? Tentu tidak —karena penerapan hukum asing itu harus dikenakan pembatasan-pembatasan dan syarat-syarat tertentu.

Pembatasan-pembatasan dan syarat-syarat dimaksud, mempertanyakan:

1. apakah penerapan hukum asing itu bertentangan dengan prinsip-prinsip kesusilaan, keagamaan, lalu lintas pergaulan sehari-hari;
2. apakah penerapan hukum asing itu merongrong/melanggar asas-asas fundamental tata-tertib negara.

Kedua pembatasan tersebut berpengaruh sekali terhadap apakah kita perlu menerapkan hukum asing atau tidak. Tentu tidak akan dibiarkan oleh negara manapun, apabila praktek hukum di negaranya bertentangan dengan asas-asas fundamental tata-tertib negara manakala akan menerapkan hukum asing.

Demikian juga di negara kita tentu hanya dapat menerima penerapan hukum asing, sejauh tidak membahayakan asas-asas fundamental “*openbare orde*” negara kita. Prinsipnya: kalau pemberlakuan hukum dapat menimbulkan pelanggaran atau bertentangan dengan sendi-sendi pokok hukum setempat (*lex fori*), maka hukum asing tersebut dapat dikesampingkan atas dasar demi kepentingan umum atau ketertiban umum.

Menurut J.G. Castel, pengadilan tidak akan mengakui atau melaksanakan hukum asing atau putusan asing atau status, kewenangan, dan kewajiban serta kemampuan atau ketidakmampuan seseorang untuk melakukan perbuatan hukum yang diciptakan berdasarkan hukum asing kalau hal tersebut bertentangan dengan ketertiban umum hukumnya hakim atau

⁹⁰ *Ibid.*

pengadilan yang mengadili perkara yang bersangkutan (*lex fori*).⁹¹ Jadi dapat disimpulkan bahwa lembaga ketertiban umum memiliki fungsi sebagai pembatas atau pencegah berlakunya hukum asing yang menurut kaidah HPI negara yang bersangkutan seharusnya dipergunakan (*lex causae*). Ketika pemakai hukum asing itu menimbulkan pelanggaran terhadap sendi-sendi atau asas-asas hukum nasional, maka hakim dapat mengesampingkan pemakaian hukum asing tersebut.

2. Ruang Lingkup Ketertiban Umum

Di bidang Hukum Perdata Intern kita, mengenai *openbare orde* ini dicantumkan dalam Pasal 23 AB, yang isinya:

“Undang-undang yang menyangkut ketertiban umum dan kesusilaan tidak dapat diiadakan kekuatan berlakunya oleh tindakan-tindakan dan perjanjian-perjanjian apa pun”.

Sekarang pertanyaannya: Apakah Pasal 23 AB tersebut berlaku pula untuk bidang HPI?

Pada dasarnya, Pasal 23 AB ini meliputi semua perjanjian dan tindakan hukum lainnya yang terjadi di wilayah negara kita.

Jadi bukan saja perjanjian-perjanjian antar warga negara atau tindakan-tindakan hukum dari warga negara yang dikuasai oleh ketentuan tersebut, melainkan juga perjanjian-perjanjian dengan orang asing atau tindakan-tindakan orang asing yang terjadi di sini turut dibatasi oleh ketentuan itu. Bahkan mungkin pula perjanjian-perjanjian atau tindakan-tindakan hukum yang terjadi di luar negeri diliputi oleh Pasal 23 AB ini.

Menurut Pasal 23 AB, semua ketentuan yang bersifat memaksa tidak dapat dikesampingkan.

Tetapi di dalam konsepsi *openbare orde* HPI tidak semua ketentuan-ketentuan yang bersifat memaksa dianggap termasuk di dalamnya.

Apa yang menurut Hukum Nasional Intern dianggap bersifat *openbare orde*, tidak selalu atau belum tentu demikian pula dalam pengertian *openbare orde* di bidang HPI.

Walaupun pengertian itu bertumpu pada asas yang sama dan melindungi kepentingan yang sama, tetapi luas ruang lingkup masing-masing bidang tidak sama.

⁹¹ J.G. Castel, *op.cit.*, h. 50.

Yang internasional lebih sempit daripada yang internasional. Apa yang menurut intern-nasional dianggap sebagai *openbare orde* belum tentu demikian halnya di bidang internasional.

Sebaliknya apa yang dianggap bersifat *openbare orde* di bidang internasional dengan sendirinya juga dianggap demikian di dalam suasana internasional.

Menurut J.G. Castel, ketentuan ketertiban umum dapat dijumpai dalam konstitusi dan undang-undang secara menyeluruh yang mencerminkan nilai-nilai keadilan, kesejahteraan umum.⁹² Dalam sistem-sistem hukum berbagai negara dibedakan antara ketertiban umum ekstern (internasional) dan ketertiban umum intern. Keduanya berasal dari ketertiban umum dalam *lex fori*. Keduanya memiliki makna yang berbeda dalam kandungan yang diaturnya.⁹³ Ketertiban umum internasional meliputi kaidah-kaidah yang bermaksud melindungi kesejahteraan negara dan perlindungan bagi masyarakat. Misalnya mengenai sah atau tidaknya suatu perjanjian internasional. Adapun ketertiban umum intern meliputi kaidah-kaidah yang hanya membatasi kebebasan perseorangan, misalnya kaidah-kaidah dalam Undang-Undang Perkawinan yang berkenaan dengan batas usia untuk dapat melangsungkan perkawinan.⁹⁴ Kalau hukum asing ditolak berdasarkan ketertiban umum, maka hal tersebut semestinya bertentangan dengan nilai-nilai keadilan, asas moral yang baik (*good morals*) atau tradisi yang mengakar di dalam ketentuan *lex fori*.⁹⁵

Lembaga ketertiban umum ini harus dipakai seminimal mungkin, jangan sampai mengarah kepada *chauvinism* hukum yang akan menghambat perkembangan HPI sendiri. Lembaga ini hanya baik untuk bertahan, tidak untuk menyerang atau menghambat sistem hukum asing yang berlaku. Pertimbangan politis yang seringkali menjadi pertimbangan utama dalam menentukan apakah suatu kaidah asing apakah harus dipandang bertentangan dengan ketertiban umum forum sang hakim. Sudargo Gautama mengibaratkan lembaga ketertiban sebagai rem darurat pada kereta api, yang hanya dipergunakan kalau benar-benar diperlukan saja.⁹⁶

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Sudargo Gautama, *op.cit.*, ... Buku 4, h. 120-121.

⁹⁵ J.G. Castel, *loc.cit.*

⁹⁶ Sudargo Gautama, *op.cit.*, ... Buku 4, h. 8.

Bagaimana asas *openbare orde* diperlakukan dalam suatu perkara?

Contoh-contoh:

1. Seorang gadis Jerman menuntut tunangannya dengan tuntutan ganti-rugi dengan dasar tuntutan bahwa tanpa alasan yang sah si tunangan memutuskan pertunangan di antara mereka atau termasuk pembatalan janji untuk melangsungkan perkawinan.

Bagaimana hakim kita menyelesaikan perkara ini?

Hukum mana yang berlaku?

Berdasarkan ketentuan penunjuk yang ada menggunakan Pasal 16 AB, sehingga hukum nasional yang bersangkutan yang diterapkan, yaitu Hukum Jerman, yang memang memuat ketentuan ganti rugi karena pembatalan janji kawin.

Persoalannya: apakah penerapan hukum Jerman ini tidak bertentangan dengan sendi tata hidup kita?

Apabila hakim ini melihat ketentuan Pasal 58 BW tentu gugatan akan ditolak karena bertentangan dengan Pasal 58 BW yang bersifat *openbare orde*. Sebab Pasal 58 BW menentukan bahwa janji untuk kawin tidak memberikan hak untuk:

- a) Menuntut benar-benar dilangsungkannya perkawinan yang dijanjikan;
 - b) minta kerugian, kalau janji untuk kawin itu tidak dipenuhi;
 - c) bahkan segala persyaratan ke arah pemberian ganti rugi yang dibuat pada waktu memberi janji kawin adalah batal.
2. Larangan perkawinan Nazi-Jerman

Dalam tahun 1935 pemerintah Nazi-Jerman mengeluarkan undang-undang perkawinan yang melarang perkawinan antara orang-orang Aria dengan orang-orang bukan Aria, khususnya orang Yahudi. Tentu undang-undang ini didasarkan pada perbedaan ras, sehingga banyak negara-negara lain tidak bersedia menerapkannya.

Dua orang warga negara Jerman, yang satu ras Aria dan yang lain ras Yahudi, akan melangsungkan perkawinan di Catatan

Sipil Indonesia. Apabila petugas Kantor Catatan Sipil Indonesia akan melangsungkan perkawinan tentu melihat Pasal 16 AB, sehingga menggunakan hukum nasionalnya, yaitu Hukum Jerman, sehingga tidak bisa melangsungkan perkawinan karena kena larangan itu.

Namun, larangan itu bertentangan dengan *openbare orde* yaitu dengan adanya Pasal 7 ayat (2) GHR, yang menyatakan perbedaan ras bukan merupakan halangan untuk melangsungkan perkawinan.

Walaupun menurut ketentuan HPI kita menyatakan hukum Jermanlah yang wajar diterapkan, namun atas pertimbangan *openbare orde* tersebut hukum asing tersebut dikesampingkan.

Kesimpulan:

Dari kedua contoh tersebut ketentuan penunjuk tidak sampai bekerja sebagaimana mestinya, karena *openbare orde* di sini menuntut penerapan ketentuan forum secara mutlak.

Dalam hal demikian dikatakan, bahwa *openbare orde* menghasilkan **EFEK POSITIF**. Di samping itu, ada juga *openbare orde* menghasilkan **EFEK NEGATIF**.

Kita perhatikan contoh berikut ini:

1. Seorang warganegara Saudi Arabia, beragama Islam dan telah mempunyai isteri, pergi dan selama beberapa waktu bertempat tinggal di Belanda. Kita melihat kalau berdasarkan nasionalitas maka hukum Islam yang berlaku dengan menggunakan asas poligami, sedangkan kalau melihat di Belanda menggunakan asas monogami. Kalau dia melangsungkan perkawinan keduanya itu telah dilakukan di Arab Saudi, maka akibat-akibat hukum dari perkawinan kedua diakui oleh Hukum Belanda, dianggap tidak bertentangan dengan *openbare orde* di Belanda. Namun akan dianggap melanggar *openbare orde* kalau ia melangsungkan perkawinan kedua kalinya di Belanda, meskipun perkawinan yang kedua kalinya itu dilakukan dengan wanita warga negara Arab Saudi.
2. Arrest HR 21 Maret 1947 mengenai persoalan pengesahan anak zinah bukan warga negara Belanda, yang dilakukan di luar negeri. Menurut Hoge Raad, tidak semua akibat hukum pengesahan anak

zinah di luar negeri ditolak, meskipun pengesahan yang demikian itu ditolak di Belanda. Kalau pengesahan ini dilakukan oleh warga negara Belanda di luar negeri pun ditolak, karena menurut Pasal 6 AB Belanda (= Pasal 16 AB Indonesia) hukum Belanda-lah yang berlaku. Jadi ketentuan HPI Belanda menganggap akibat hukum dari pengesahan anak zinah di luar negeri dinilai menurut hukum nasionalnya dapat diakui, karena dianggap tidak bertentangan dengan *openbare orde* Belanda.

Kesimpulan:

1. tidak begitu saja asas *openbare orde* digunakan untuk menyampingkan penerapan hukum asing;
2. tidak berarti setiap penunjukkan selalu penerapan hukum asing, karena harus dinilai melanggar *openbare orde* atau tidak;
3. penggunaan lembaga *openbare orde* ini atau tidak, baru dipastikan setelah meneliti dan menilai isinya hukum asing yang ditunjuk oleh ketentuan penunjuk (= efek negatif).

3. Faktor Tempat dan Waktu pada Ketertiban Umum dalam HPI

Faktor-faktor ini memegang peranan penting di dalam *openbare orde*, misalnya:

1. Di Perancis, sebelum tahun 1889 tidak dikenal lembaga perceraian, sehingga orang asing tidak dapat melangsungkan perceraian di Perancis.
2. Di Italia, sebelum tahun 1970 perceraian juga dianggap bertentangan dengan *openbare orde*, namun setelah tahun 1970 pengertian *openbare orde* mengenai perceraian telah berubah menurut waktu.
3. Di Perancis, pencabutan hak milik tanpa ganti rugi dianggap bertentangan dengan *openbare orde*, sehingga tindakan tersebut dianggap batal. Namun, di Inggris dianggap tidak bertentangan dengan *openbare orde*, berdasarkan *act of state doctrine*, yaitu tindakan-tindakan yang dilakukan negara berkenaan dengan harta benda yang terletak di dalam wilayahnya (termasuk pencabutan hak milik tanpa ganti rugi) harus diakui dan tidak

dapat dinilai oleh hakim Inggris, apabila negara tersebut diakui oleh negara Inggris.

4. Seorang warga negara Indonesia, beragama Islam dan sudah menikah di Indonesia, ketika ia bertempat tinggal di Jerman hendak menikah lagi dengan perempuan warga negara Jerman. Perkawinan yang kedua ini tidak dapat dilangsungkan di Jerman, karena bertentangan dengan paham ketertiban umum dalam sistem hukum Jerman. Monogami dianggap sebagai suatu sendi asasi sistem hukum perkawinan Jerman.⁹⁷
5. Di Inggris, dalam perkara *Hyde v Hayde* (1866), pengadilan menyatakan bahwa perkawinan poligami bertentangan dengan ketertiban umum. Sikap tersebut dalam beberapa tahun terakhir berubah, dan perkawinan poligami sekarang diakui. Jika seseorang berdasarkan hukum Inggris telah berusia puber, sepanjang mereka memiliki kapasitas (kecakapan untuk melakukan suatu perbuatan hukum) berdasarkan hukum domisili perkawinan mereka. Misalnya dalam perkara *Mohammed v Knolt* (1969), seorang laki-laki muslim Nigeria berusia 26 tahun melakukan perkawinan poligami dengan seorang gadis berusia 13 tahun adalah sah berdasarkan hukum Nigeria. Kemudian pasangan itu pindah dan menetap bersama di Inggris. Pertanyaan bagi pengadilan banding: apakah suatu perkawinan dengan seorang gadis berusia 13 tahun bertentangan dengan ketertiban umum Inggris. Pengadilan memutuskan bahwa karena gadis itu berusia puber di Nigeria, maka perkawinan tidak bertentangan dengan ketertiban umum.⁹⁸

Kesimpulan:

1. Jadi *openbare orde* mempunyai sifat relatif;
2. tidak pernah ada *openbare orde* yang universal (berlaku umum di mana-mana);
3. berlakunya berubah-ubah sejalan dengan perubahan pendirian-pendirian dan pendapat-pendapat tentang hukum, unsur-unsur sistem hukum, akibat perubahan undang-undang;

⁹⁷ *Ibid.*, h. 19.

⁹⁸ Abba J. Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, Cavendish Publishing Limited, London, h. 231.

4. yang menentukan pendirian *openbare orde* ialah pada waktu perkara harus diputuskan.

Di dalam sistem HPI Inggris, lembaga *openbare orde* digunakan oleh hakim dalam perkara-perkara hukum yang menyangkut persoalan-persoalan:

- **Hubungan-hubungan internasional (antar-negara) (*international relationship*)**

Prinsip: hukum Inggris tidak dapat diberlakukan untuk mengesahkan hubungan-hubungan hukum keperdataan yang karena tujuan dan akibat-akibat hukumnya tidak sah (*illegal purpose*) dapat mengakibatkan gangguan terhadap persahabatan antara negara forum dengan negara lain.

Contoh:

- a. Pengadilan Inggris menolak pelaksanaan suatu kontrak pinjam-meminjam uang yang dimaksudkan untuk mendukung upaya pemberontakan terhadap pemerintahan yang sah dari sebuah negara sahabat Inggris.
 - b. Suatu kontrak pembelian kapal laut di antara beberapa pihak Inggris, yang akan digunakan untuk pengangkutan minuman keras dari Inggris ke Amerika Serikat pada tahun 1929, di masa pemerintah federal Amerika Serikat melarang segala bentuk peredaran minuman beralkohol di seluruh Amerika Serikat. Mengingat bahwa pelaksanaan kontrak semacam itu akan merusak hubungan kenegaraan antara Inggris dengan Amerika Serikat, maka hakim Inggris menolak pelaksanaan kontrak itu berdasarkan kepentingan umum.
- **Hubungan perdagangan dengan musuh (*trading with the enemy*)**

Alasan ketertiban umum dapat digunakan untuk menolak pengesahan terhadap perbuatan atau transaksi-transaksi hukum yang akibat, hasil, atau tujuannya akan menguntungkan pihak asing yang sedang berada dalam status berperang dengan negara forum (Inggris). Yang menjadi ukuran dalam hal ini adalah akibat/hasil nyata atau hasil yang diperkirakan akan timbul dari perbuatan/transaksi itu, dan tidak diukur dari maksud (*intention*) para pihak.

Contoh:

Akibat pecahnya perang di Timur Tengah antara negara Arab dengan Israel pada tahun 1950-an, maka semua transaksi kontraktual yang dilaksanakan sesuai kontrak antara bank di Arab dengan bank Inggris (yang memiliki cabang di Israel) dianggap batal. Pembatalan itu dapat dilakukan dengan alasan ketertiban umum. Akan tetapi, pembatalan itu tidak berlaku untuk transaksi-transaksi sebelum pecah perang yang menyebabkan terbitnya hutang-hutang bank Arab kepada bank Inggris (di Jerusalem). Transaksi-transaksi ini dianggap sebagai dasar dari adanya hutang bank-bank negara Arab yang harus tetap dibayar.

- **Kontrak-kontrak yang mempengaruhi kebebasan kompetisi dalam perdagangan (*contracts in restraint of trade*)**

Prinsip: suatu transaksi perdagangan (atau perbuatan hukum lain) yang walaupun dibuat secara sah di luar negeri, dapat dinyatakan tidak dapat dilaksanakan di Inggris, apabila terdapat cukup alasan bahwa perjanjian semacam itu akan mencegah atau mengurangi kesempatan bagi para pelaku pasar untuk bersaing secara bebas dalam perdagangan berdasarkan ukuran *lex fori*.

- **Penyelundupan hukum (*evasion of law*)**

Ukuran ini bertitik tolak dari doktrin *evasion of law* yang pada dasarnya berarti: suatu perbuatan yang dilakukan di suatu negara asing dan diakui sah di negara asing itu, akan dapat dibatalkan oleh forum atau tidak diakui oleh forum bila perbuatan itu dilaksanakan di negara asing yang bersangkutan dengan tujuan untuk menghindarkan diri dari aturan-aturan *Lex Fori* yang akan melarang perbuatan semacam itu dilaksanakan di wilayah forum.

“Perbuatan” dapat diartikan “perbuatan untuk memilih hukum yang seharusnya berlaku” atau “pilihan pengadilan mana yang akan ditunjuk untuk memutus perkara”

Fungsi doktrin ini adalah untuk melindungi sistem hukum yang seharusnya berlaku, seandainya pilihan hukum atau pilihan forum itu tidak ada.

Contoh:

Fakta-fakta:

- Seorang perempuan warga negara Spanyol dan seorang pria warga negara Italia, berdomisili di Swiss.
- Mereka berniat menikah di Inggris;
- Pria Italia pernah menikah di Italia dan bercerai dari perkawinan pertama itu di Swiss;
- Permohonan perkawinan kedua ini diajukan di Inggris.

Pokok Perkara:

- Para pihak berniat untuk melangsungkan pernikahan di Inggris karena alasan-alasan:
 - a. Seandainya ia menikah di Swiss (*domicile*) maka berdasarkan kaidah HPI Swiss kemampuan hukum dan hak pria untuk menikah harus ditetapkan berdasarkan hukum Italia (sebagai *Lex Patriae* pihak pria). Kaidah HPI Swiss menganut asas nasionalitas;
 - b. Seandainya hukum intern Italia yang digunakan, maka para pihak tidak akan diijinkan untuk menikah sebab perceraian antara pria itu dengan isteri pertamanya **dianggap tidak sah**. Hukum Perkawinan Italia menganut asas monogami mutlak dan menutup kemungkinan perceraian antara suami-isteri yang telah menikah secara sah. Karena itu, tertutup kemungkinan bagi pria itu untuk menikahi perempuan Spanyol itu;
 - c. Memperhatikan ketentuan hukum Italia itu, maka hukum Swiss akan menganggap pihak *pria tidak dapat menikah dengan perempuan Spanyol itu*;
 - d. Memperhatikan situasi ini, pihak-pihak berniat untuk menikah *berdasarkan hukum Inggris* dan melangsungkan pernikahan keduanya di Inggris. Jika permohonan pernikahan diajukan di Inggris, maka *kaidah HPI Inggris* dianggap akan menunjuk ke arah Hukum Swiss (karena HPI Inggris menggunakan asas Domisili) untuk menentukan kemampuan hukum pihak pria untuk menikah;

- e. Para pihak menyadari bahwa seandainya kaidah HPI menunjuk ke arah hukum intern Swiss, maka kewenangan pihak suami untuk menikah akan diakui, mengingat perceraian pihak suami dari isteri pertamanya telah dilakukan dengan sah berdasarkan hukum Swiss.

Putusan Perkara:

Memperhatikan latar belakang perkara serta niat para pihak, maka hakim Inggris menetapkan sikap sebagai berikut:

“... mengingat kenyataan bahwa para pihak telah datang ke Inggris untuk sementara waktu demi satu tujuan yang hendak dicapai, yaitu untuk menghindarkan diri dari hukum (HPI) tempat mereka berdomisili, maka Pengadilan Inggris tidak mengabulkan permohonan mereka untuk menikah berdasarkan Hukum Inggris”.

Ketertiban Umum, jika oleh HPI kita telah ditentukan bahwa hukum asing harus diperlukan hal ini tidak berarti bahwa selalu dan dalam semua hal harus dipergunakan hukum asing ini. Jika pemakaian dari hukum asing berarti suatu pelanggaran yang sangat terhadap sendi-sendi asasi hukum nasional hakim. Dengan demikian, dalam hal-hal pengecualian, hakim dapat menyampingkan hukum asing ini. Tetapi tentunya ketertiban umum ini hanya dipakai dalam hal yang urgen saja karena bila selalu dipakai, maka HPI tidak akan berkembang dan percuma kita mempelajarinya berjam-jam dan tentu kita terjatuh dalam hal *chauvinist* hukum sendiri.

Contoh:

Diambil contoh masalah perbudakan. Kita di Indonesia memakai prinsip nasionalitas dalam 16 AB, maka orang asing yang berada di Indonesia memakai hukum nasional mereka. Jika misalnya terdapat orang asing yang dalam hukum nasionalnya masih mengenal perbudakan seperti negara terbelakang di Afrika, maka apabila orang dari negara tersebut mengalami masalah hukum dengan budaknya dan menuntut budaknya sebagai tergugat untuk tetap bekerja di tempatnya selamanya, maka pengadilan kita walaupun seharusnya memakai kaidah-kaidah hukum nasional negara Afrika, namun kita dapat tidak menggunakannya dengan alasan melanggar ketertiban umum Indonesia yang menentang perbudakan.

Penyelundupan Hukum, kita saksikan hukum nasional tetap berlaku itu dan dianggap tepat pada suatu peristiwa tertentu saja, yakni karena kini ada seorang yang untuk mendapatkan berlakunya hukum asing telah melakukan suatu tindakan yang bersifat menghindarkan pemakaian hukum nasional. Jadi, hukum asing yang dikesampingkan karena penyelundupan hukum, akan mengakibatkan bahwa untuk hal-hal lainnya akan selalu boleh dipergunakan hukum asing itu.

Contoh:

Perkawinan orang-orang dari Indonesia di Penang atau Singapura. Dalam praktek hukum Indonesia dikenal kemungkinan untuk mengelakkan kesulitan larangan menikah kembali bagi pihak perempuan yang telah bercerai sebelum 300 hari lewat, akan tetapi ada obatnya yaitu menikah di Penang atau Singapura yang tidak mengenal batas menikah kembali dalam hukum Inggris.

4. Fungsi Lembaga Ketertiban Umum

Secara tradisional doktrin HPI membedakan 2 (dua) **fungsi lembaga *openbare orde***:

Fungsi Positif:

Yaitu menjamin agar aturan-aturan tertentu dari *lex fori* **tetap diberlakukan** (tidak dikesampingkan) sebagai akibat dari pemberlakuan hukm asing, terlepas dari persoalan hukum mana yang seharusnya berlaku atau apa pun isi kaidah/*aturan lex fori* yang bersangkutan.

Fungsi Negatif:

Yaitu untuk **menghindarkan pemberlakuan kaidah-kaidah hukum asing** bila pemberlakuan itu akan menyebabkan pelanggaran terhadap konsep-konsep dasar *lex fori*.

5. Pengaturan Ketertiban Umum dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 dan PERMA Nomor 1 Tahun 1990

Berdasarkan ketentuan Pasal 66 UU Nomor 30 Tahun 1999, suatu putusan arbitrase internasional yang dijatuhkan oleh arbiter atau

majelis arbiter di suatu negara yang terikat pada perjanjian baik secara bilateral maupun multilateral mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing, dapat dilaksanakan di Indonesia sepanjang tidak bertentangan dengan ketertiban umum. Ketentuan demikian juga ditemukan pada Pasal 3 ayat (3) PERMA Nomor 1 Tahun 1990 tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing.⁹⁹ Putusan arbitrase asing yang dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum. Kemudian oleh Pasal 4 ayat (2) ditambahkan lagi bahwa *exequatur* tidak dapat dilaksanakan apabila putusan arbitrase asing itu nyata-nyata bertentangan dengan sendi-sendi asasi dari seluruh sistem hukum dan masyarakat Indonesia (ketertiban umum).

Penerapan ketentuan ketertiban umum dapat dilihat dalam kasus **ED&F Man (Sugar) Ltd. v Yani Haryanto**¹⁰⁰ sebagai berikut:

- Kasus jual beli (ekspor-impor) gula pasir antara **ED&F Man (Sugar) Ltd.** dengan **Yani Haryanto**, yang kemudian terjadi wanprestasi dari pihak Yani Haryanto berupa tidak terbayarnya sebagian pembayaran transaksi jual-beli gula tersebut;
- Pasal 14 kontrak terdapat klausula arbitrase: segala sengketa yang timbul dalam pelaksanaan kontrak akan diselesaikan oleh arbitrase *the Council of the Refined Sugar Association Relating to Arbitration* yang berkedudukan di London;
- Berdasarkan klausula arbitrase tersebut, pada tanggal 1 Juni 1984 **ED&F Man (Sugar) Ltd.** menuntut ganti kerugian kepada **Yani Haryanto** sebesar US\$ 146,300,000,00 melalui arbitrase *Refined Sugar Association of London*, tetapi pihak Yani Haryanto juga mengajukan perkara tersebut ke pengadilan Inggris, yang isinya memohon suatu pernyataan bahwa kontrak-kontrak tersebut tidak berlaku atau tidak mengikat dan putusan provisi untuk menunda arbitrase;
- Kedua perkara oleh para pihak dihentikan dan kemudian dibuat perjanjian perdamaian yang isinya antara lain:

⁹⁹ Putusan arbitrase asing yang dimaksud oleh PERMA tersebut adalah putusan arbitrase asing yang terkait dengan *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award* yang telah diratifikasi melalui Keppres Nomor 34 Tahun 1981.

¹⁰⁰ Ridwan Khairandy, *op.cit.*, h. 113-115.

1. Yani Haryanto akan melepaskan kepada **ED&F Man (Sugar) Ltd.** dana-dana yang dijamin pada saat penandatanganan perjanjian ini, dengan penandatanganan tersebut, Yani Haryanto mengakui bahwa ia telah melepaskan dana-dana yang dijamin kepada **ED&F Man (Sugar) Ltd.** pada perjanjian ini, dan
 2. Yani Haryanto akan membayar kepada **ED&F Man (Sugar) Ltd.** sejumlah US\$ 27,000,000,00 dengan angsuran dalam jumlah-jumlah dan pada atau sebelum tanggal di bawah ini:
 - * 31 Juli 1987 US\$ 5,000,000,00
 - * 31 Juli 1988 US\$ 9,000,000,00
 - * 31 Juli 1989 US\$ 13,000,000,00
 3. Segala perselisihan atau perbedaan di antara kedua belah pihak sehubungan dengan perjanjian perdamaian ini akan diselesaikan melalui *The Queen's Counsel of the English Bar* sebagai arbiter tunggal. Kemudian arbitrase tersebut akan dilaksanakan di London;
 4. Perjanjian ini harus dikuasai dan ditafsirkan menurut hukum Inggris.
- Meskipun telah dibuat perjanjian perdamaian ternyata Yani Haryanto tetap tidak melaksanakan prestasinya secara penuh, sehingga kemudian **ED&F Man (Sugar) Ltd.** menuntut ganti kerugian kepada Yani Haryanto melalui arbitrase yang dimaksud dalam perjanjian perdamaian tersebut;
 - Dalam putusnya, arbiter mengabulkan tuntutan **ED&F Man (Sugar) Ltd.**
 - Putusan tersebut dimintakan pelaksanaannya di Indonesia, dengan mengajukan permohonan ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Mahkamah Agung pada tanggal 1 Maret 1991 memberikan *fiat eksekusi* dan menyatakan eksekutorial (dapat dilaksanakan).¹⁰¹
 - Belakangan eksekusi tidak bisa dilaksanakan, karena substansi kontrak antara **ED&F Man (Sugar) Ltd.** dan **Yani Haryanto**

¹⁰¹ Penetapan ini merupakan fiat eksekusi yang pertama kali diberikan Mahkamah Agung berdasarkan PERMA Nomor 1 Tahun 1990.

bertentangan dengan ketertiban umum. Perjanjian ekspor-impor gula tersebut bertentangan dengan Keppres Nomor 43 Tahun 1974 jo Keppres Nomor 39 Tahun 1978. Menurut Keppres tersebut, pengadaan, penyaluran dan pemasaran gula dimonopoli oleh Badan Urusan Logistik (Bulog).¹⁰²

6. Ketertiban Umum dalam RUU HPI Indonesia

Pasal 3 RUU HPI Indonesia (naskah Akademik) menyebutkan bahwa kaidah-kaidah hukum asing yang sebenarnya harus diberlakukan menurut ketentuan-ketentuan HPI Indonesia, dan tidak akan dipergunakan bilamana bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan yang baik.

Selanjutnya dijelaskan, bahwa dengan diterimanya konsep ketertiban umum yang selalu dipergunakan sebagai suatu 'rem darurat', maka dalam hal-hal pengecualian, hukum asing yang seyogyanya harus dipergunakan menurut ketentuan HPI sendiri, akan dikesampingkan dan akan diganti dengan pemakaian hukum nasional intern Indonesia.

7. Hak-Hak yang Diperoleh

Istilah Hak-hak yang diperoleh merupakan terjemahan dari *Vested Rights*, di bidang HPI mengandung arti hak-hak yang telah diperoleh di luar negeri atau yang lahir dan berasal dari tata hukum asing. Istilah hak berarti hak menurut hukum, diarahkan kepada hak-hak di bidang kebendaan, di bidang kekeluargaan, dan status personil. Jadi istilah hak di sini meliputi tiap hubungan dan tiap keadaan hukum, misalnya kawin atau tidak kawin, cukup umur atau tidak cukup umur, anak sah atau anak luar kawin, warganegara X atau warganegara Y, dan lain sebagainya.

Apa makna yang diberikan oleh para sarjana HPI kepada istilah hak-hak yang telah diperoleh? Kalau ditinjau di bidang hukum intern ditemukan pengertian tersebut di bidang Hukum Antar Waktu (HAW) atau Hukum Transitior. Di bidang HAW, setiap kali diadakan peraturan baru, maka selalu timbul masalah tentang peraturan lama serta hak-hak yang telah

¹⁰² Dalam perkara yang sama, tetapi melalui Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Yani Haryanto mengajukan pembatalan kontrak dengan alasan kontrak tersebut secara substansial bertentangan dengan ketertiban umum. MA dalam putusannya menyetujui dalil Yani Haryanto tersebut.

diperoleh menurut peraturan lama. Apakah hak-hak yang telah diperoleh menurut peraturan lama dapat dilanjutkan berdasarkan peraturan baru? Apakah peraturan baru menghapuskan atau mengurangi hak-hak yang telah diperoleh berdasarkan peraturan lama?

Dengan memperhatikan asas peraturan baru tidak berlaku surut, maka pada umumnya peraturan baru tidak menghapuskan atau mengurangi hak-hak yang telah diperoleh menurut peraturan lama. Dengan demikian, ada anggapan bahwa hak-hak yang telah diperoleh perlu dilindungi secukupnya.

Bagaimana dengan *vested rights* di dalam HPI? Sepintas tidak berbeda dengan masalah yang dihadapi oleh bidang HAW. Namun, dalam HPI istilah *vested rights* adalah bahwa perubahan fakta-fakta atau keadaan-keadaan hukum yang menyebabkan terhadap sesuatu hubungan hukum atau keadaan hukum diterapkan suatu kaidah hukum tertentu, tidak akan mempengaruhi berlakunya kaidah semula. Ini merupakan gagasan yang terkandung dalam istilah *vested rights* di dalam HPI. Misalnya, suatu benda bergerak yang terletak di dalam wilayah Negara X kemudian dipindahkan ke dalam wilayah Negara Y. Apakah hak milik A atas benda tersebut yang telah diperolehnya di Negara X akan diakui di Negara Y? kalau HPI Negara Y mengakui hak A tadi, maka dikatakan diterimalah prinsip *vested rights*. Misalnya yang lain: A warganegara Negara X, pada usia 21 tahun kawin di Negara X juga. Kemudian ia pindah ke negara Y, dimana batas umur untuk boleh melangsungkan perkawinan adalah 23 tahun. Apakah perkawinan A di Negara X diakui di Negara Y? Ini merupakan contoh yang sederhana.

Hak-hak yang diperoleh (*vested rights*) berarti bahwa hukum yang baru pada umumnya tidak mempunyai kekuatan berlaku surut, sehingga dirasakan perlu untuk memberikan perlindungan kepada hak-hak yang telah diperoleh.

Misalnya: Seseorang dianggap cukup umur menurut ketentuan negara X kemudian menjadi warganegara Y yang menentukan batas kedewasaan secara berlainan hingga orang bersangkutan menurut hukum dari Y belum cukup umur. Apakah karena perubahan kewarganegaraan ini ia dari cukup umur menjadi tidak cukup umur lagi. Jika diterima ketentuan: “sekali dewasa, tetap dewasa”, maka menurut HPI dari negara baru bersangkutan ini ia tetap cukup umur dan diterimalah prinsip tentang “hak-hak yang telah diperoleh”.

Ajaran atau teori *vested rights* bukan sesuatu yang baru, sebab pada abad-abad pertengahan dasar-dasar teori ini sudah diletakkan oleh mazhab Belanda, khususnya Hubber, di mana ajaran Hubber bertumpu pada 3 prinsip:

1. Hukum sesuatu negara hanya mempunyai kekuatan berlaku di dalam batas-batas teritorir kedaulatannya.
2. Semua orang yang tinggal menetap atau sementara di dalam teritorir suatu negara yang berdaulat, dianggap dan diperlakukan sebagai warganya dan dengan demikian tunduk kepada hukum negara tersebut.
3. Tetapi atas dasar komitas (*comitas gentium*), setiap penguasa yang berdaulat mengakui, bahwa hukum yang sudah bekerja di negara asalnya, akan diakui pula di mana saja, dengan syarat, bekerjanya hukum tersebut tidak akan merugikan para warga dari negara, di mana pengakuan itu diminta.¹⁰³

Prinsip pertama dan kedua merupakan ajaran teritorialitas yang murni, yaitu setiap peraturan hukum hanya berlaku di dalam wilayah negara yang menetapkan peraturan tersebut. Sedangkan pada prinsip ketiga merupakan asas extra-teritorial, ini kemudian merupakan landasan bagi teori *vested rights*. Selanjutnya ditekankan oleh Huber bahwa semua tindakan dan transaksi yang dilakukan secara sah menurut hukum suatu negara akan diakui pula sah di negara lain, meskipun negara yang disebut belakangan ini menganggap tindakan dan transaksi itu tidak sah. Atau dengan kata lain, meskipun tiap-tiap negara mempunyai kedaulatannya menentukan sistem hukumnya sendiri, tetapi di dalam kenyataan negara-negara itu tidak bertindak sewenang-wenang (*arbitrarily*), melainkan berdasarkan komitas memperkenankan bekerjanya hukum yang sudah berlaku di negara lain di dalam wilayahnya sendiri.

Ajaran *vested rights* yang dikembangkan oleh Huber memberikan pengaruh yang kuat di negara-negara Anglo-Amerika, yang dikembangkan oleh Dicey di Inggris dan Beale di Amerika Serikat.

Dicey¹⁰⁴ merumuskan konsep *vested rights* adalah: setiap hak yang telah diperoleh secara sah/lazim menurut hukum dari tiap negara beradab, diakui, dan pada umumnya dilaksanakan oleh pengadilan-pengadilan Inggris. Ada kecualinya apabila pengakuan itu bertentangan dengan

¹⁰³ Djasadin Saragih, *op.cit.*, h. 110.

¹⁰⁴ *Ibid.*, h. 111.

public policy Inggris. Menurut Djasadin Saragih,¹⁰⁵ perlu diperhatikan beberapa hal terhadap konsep Dicey, yaitu:

1. Prinsip ketiga dari Huber menyebut hukum sedangkan konsep Dicey disebut hak. Di dalam konsep Anglo-Amerika ada kecenderungan untuk membedakan antara *foreign law* dan *foreign rights*, sehingga yang diakui adalah hak-hak yang telah diciptakan oleh hukum asing. Sebenarnya bagi kita pembedaan ini terlalu teoritis dan nilai praktisnya tidak ada, sebab dalam melaksanakan suatu hak yang diciptakan di luar negeri, pengadilan harus melihat hukum asing yang menciptakan hak itu dan mempergunakannya atas fakta-fakta bersangkutan hingga akhirnya dapat menentukan, apakah memang terdapat suatu hak atau tidak.

Cheshire menolak konsep Dicey dalam menanggapi pembedaan dimaksud dengan menyatakan: hendaknya diperhatikan, bahwa melindungi suatu hak adalah sama dengan memberi efek kepada sistem hukum darimana hak itu berasal, karena suatu hak bukanlah suatu fakta yang berdiri sendiri, melainkan suatu kesimpulan hukum.

2. Rumusan Dicey diolah oleh Moris dengan disisipi kata-kata tambahan, sehingga menjadi berbunyi: setiap hak yang telah diperoleh secara sah menurut hukum dari tiap-tiap negara berbeda dan, “yang berlaku menurut ketentuan-ketentuan HPI Inggris”, diakui, dan pada umumnya dilaksanakan oleh pengadilan-pengadilan Inggris.
3. Namun, dari tambahan kata-kata tersebut ternyata pengolah karya Dicey tidak menyetujui sepenuhnya tentang konsep *vested rights*. Menurut Dicey, *lex fori* hanya memegang peranan sekali, yaitu apabila timbul masalah yang menyangkut ketertiban umum Inggris. Sedangkan para pengolah menyatakan *lex fori* diberi peranan yang lebih menentukan, yaitu:
 - a. Ketika menentukan, apakah hak yang bersangkutan sungguh-sungguh dapat dianggap *vested*.
 - b. Apabila timbul masalah dapat atau tidak diterima *right* yang sudah *vested* itu oleh ketertiban umum Inggris.

¹⁰⁵ *Ibid.*, h. 111-113.

Beale¹⁰⁶ mengembangkan teori *vested right* di Amerika Serikat dengan ajaran yang intinya sebagai berikut: suatu hak dapat diubah oleh hukum yang melahirkannya atau oleh hukum lain yang menguasai hak itu. Apabila tidak ada hukum yang mengubahnya, maka hak yang sudah ada itu harus diakui di mana pun, karena berbuat demikian berarti mengakui adanya suatu fakta. Tindakan yang sah di tempat dilakukannya tidak boleh diragukan di mana pun.

Ajaran Beale¹⁰⁷ ini dipraktekkan oleh hakim Amerika Serikat, antara lain Holmes, yang tidak menggunakan istilah *right*, tetapi *obligation* (perikatan). Menurut Holmes, *lex fori* tidak menguasai suatu tindakan hukum yang dilakukan di negara asing. Di sini menggunakan asas teritorial, hukum tidak berlaku di luar wilayahnya. Namun demikian, tindakan tersebut tidak dikuasai oleh hukum yang berlaku di negara sang hakim, sebab tindakan tadi melahirkan suatu perikatan yang mengikuti orangnya, sehingga harus dapat dilaksanakan, di mana pun berada.

Cheshire¹⁰⁸ yang menolak teori *vested right*, yang menyatakan bahwa dengan prinsip umum tersebut seringkali menghasilkan hak yang dilaksanakan oleh hakim forum tidak sesuai dengan hak yang diakui oleh hakim asing yang bersangkutan. Padahal logika teori *vested right* menghendaki, agar pengadilan forum menerapkan bukan saja ketentuan-ketentuan hukum materiil, melainkan juga ketentuan-ketentuan HPI dari sistem hukum di mana hak tersebut telah diperoleh. Ia mengajukan contoh: seorang warga negara Amerika Serikat yang berdomisili di Italia, meninggal tanpa membuat surat wasiat. Dalam hal demikian, pengadilan Amerika Serikat akan menerapkan *lex domisili* dan akan memberikan hak-hak atas benda-benda bergerak kepada sanak keluarga yang bersangkutan dari orang yang meninggal dunia tersebut. Demikian juga, ketika ada seorang warga negara Italia tanpa mempunyai sesuatu hubungan asing, dimana Italia menggunakan prinsip *lex patriae*, maka mengenai meninggalnya seseorang tanpa wasiat, akan menolak mengakui bahwa sanak keluarga itu tadi mempunyai hak-hak demikian.

Teori Dicey dan Beale ini dikembangkan oleh Pillet di Perancis. Teori Pillet¹⁰⁹ menyatakan negara-negara berkewajiban untuk saling menghormati dan mengakui kedaulatan masing-masing. Setiap negara

¹⁰⁶ *Ibid.*, h. 114.

¹⁰⁷ *Ibid.*, h. 115.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, h. 116-118.

berdaulat berwenang membuat undang-undang yang mengatur dan menciptakan hak-hak keperdataan. Oleh karena itu, hak-hak keperdataan yang telah diperoleh, mutlak harus dilindungi dan dihormati di mana-mana, sebab perlindungan dan penghormatan demikian merupakan syarat demi penghormatan kedaulatan negara asing.

Conflit de lois mencakup ketentuan-ketentuan mengenai terciptanya suatu hak atau kewajiban perdata. Yang menjadi masalah adalah: hukum mana yang harus diterapkan untuk mencapai maksud tersebut? Misalnya dalam melangsungkan suatu kontrak atau untuk melakukan perceraian, hukum mana yang harus diperhatikan dan diterapkan? Sedangkan masalah hak-hak yang telah diperoleh baru timbul setelah hak-hak itu sudah tercipta dan diperoleh. Hanya pada *conflit de lois* mungkin timbul kesangsian mengenai hukum yang diterapkan.

Pada *droits acquis* (hak-hak yang telah diperoleh) kesangsian ini tidak akan timbul, karena di sini yang dihadapi adalah hak-hak yang telah tercipta menurut hukum negara lain. Masalahnya adalah: bagaimana hak-hak yang telah diperoleh di Negara X, apabila dibawa ke dalam Negara Y? Jadi kita baru dapat berbicara tentang hak yang telah diperoleh, apabila hak itu betul-betul sudah tercipta. Dengan demikian, kalau yang pertama dipersoalkan adalah hak-hak yang **akan** diperoleh, maka yang kedua yang dipersoalkan adalah hak-hak yang **telah** diperoleh.

Ilustrasi teori Pillet sebagai berikut: A, seorang turis, naik kereta api dari Perancis ke Swiss dengan membawa sebuah kopor yang berisi barang-barangnya. Setibanya di stasiun Jenewa dan setelah turun dari kereta api, di muka pintu ke luar, ia meletakkan kopornya di lantai dan mencari-cari karcis di dalam sakunya, untuk diserahkan kepada penjaga pintu stasiun. Ternyata kopor itu hilang diambil oleh B yang ada di sebelahnya, lalu timbul percekocokan, akhirnya sampai ke pengadilan.

Menurut B, kopor itu tadi bukan lagi milik A, tetapi tanpa pemilik (*res nullius*), jadi kopor itu boleh saja diambil oleh B. A menjawab: kopor itu dan seluruh isinya dibelinya di Paris, jadi jelas miliknya. Kemudian B mendalilkan: ketentuan-ketentuan hukum tentang memperoleh hak milik hanya mempunyai efek teritorial. Jadi apa yang berlaku di Perancis, tidak berlaku di Swiss.

Pillet lalu menyimpulkan: andaikata tidak ada suatu prinsip dasar tentang penghormatan hak-hak yang telah diperoleh di negara lain, tentu A akan kalah dan kehilangan kopornya.

Sepintas teori Pillet beralasan, namun para sarjana telah dikecam dan kecaman itu memang dapat dibenarkan. Karena tidak akan ada orang yang berpikir, bahwa dengan melewati batas-batas negaranya, dengan sendirinya ia akan kehilangan hak atas barang-barang yang dibawanya. Memang benar, ketentuan hukum tentang memperoleh hak milik, berlakunya teritorial, tetapi dari contoh di atas tidak dapat ditarik kesimpulan tentang terpisahnya *vested right* dari HPI. Sebab B mungkin saja merasa berhak atas barang milik A, tetapi masalahnya lalu: dapatkah A menangkis dengan mendalilkan bahwa barang itu adalah miliknya yang dibelinya dari misalnya Negara X, sedangkan menurut hukum Negara X, dengan pembelian itu, barang tadi menjadi miliknya? Kunci pemecahan masalah terletak pada jawaban atas pertanyaan: bagaimana HPI negara yang bersangkutan mengatur hal-hal demikian, sama sekali bukan terpisahnya *vested right* dari HPI.

Sanggahan pendapat Pillet juga dilakukan oleh van Brakel,¹¹⁰ dengan menguraikan contoh sebagai berikut: suami isteri Jerman membuat *testament* timbal balik di Jerman, yang isinya: mereka saling menunjuk sebagai ahli waris, dengan syarat, kalau kemudian mereka berdua sudah meninggal, maka satu-satunya anak laki-laki mereka yang menjadi ahli waris. Kemudian suami meninggal lebih dahulu. Jandanya, yang sebelum kawin berkebangsaan Inggris, pulang ke Inggris dan menjadi warganegara Inggris kembali. Janda tersebut di Inggris membuat *testament* baru dengan membatalkan *testament* timbal balik yang dulu. Di dalam *testament* baru ia mengangkat orang lain sebagai ahli warisnya. Kemudian janda ini juga meninggal, maka terjadilah sengketa antara anaknya dan orang yang ditunjuk terakhir. Pertanyaannya: siapa yang berhak?

Menurut ajaran Pillet, anak itu yang berhak, karena dengan *testament* yang pertama sudah memperoleh hak, sehingga hak tersebut harus diakui dan dihormati. Namun, menurut para sarjana penyelesaiannya tidak sesederhana itu, sebab masalahnya adalah: apakah *testament* pertama itu bisa dibatalkan dengan merugikan anak yang di dalam *testament* itu sudah diangkat sebagai ahli warisnya? Ini harus dinilai melulu menurut hukum Jerman dan hukum Inggris berdasarkan prinsip HPI yang umum diakui di mana-mana, bahwa warisan dikuasai oleh hukum nasional dari orang yang mewariskan.

¹¹⁰ *Ibid.*, h. 118-119.

Seandainya perkara ini diajukan di Indonesia, penyelesaiannya tetap seperti di atas, meskipun menurut Pasal 930 BW Indonesia, *testament* timbal balik tegas dilarang.

BAB VII

PRINSIP NASIONALITAS DAN PRINSIP TERITORIALITAS PADA STATUS PERSONAL (STATUS DAN WEWENANG)

1. Pengertian Status Personal

Status personal (status dan wewenang) adalah kondisi atau keadaan suatu pribadi dalam hukum yang diberikan atau diakui oleh negara untuk mengamankan dan melindungi lembaga-lembaganya.¹¹¹ Status personal ini meliputi hak dan kewajiban, kemampuan dan ketidakmampuan seseorang bersikap tindak di bidang hukum,¹¹² yang unsur-unsurnya tidak dapat berubah atas kemauan pemiliknya. Meskipun terdapat perbedaan mengenai status personal ini, pada dasarnya status personal adalah kedudukan hukum seseorang yang umumnya ditentukan oleh hukum dari negara di mana ia dianggap terkait secara permanen.¹¹³

2. Ruang Lingkup Status Personal

Isi dan Luas Bidang:

Konsepsi Luas terdiri dari: kewenangan hukum (menikmati dan hilangnya hak keperdataan), kecakapan bertindak, perlindungan kepentingan perorangan (kehormatan, nama), hubungan-hubungan kekeluargaan —hubungan suami-isteri, kekuasaan orangtua, perwalian, hukum keluarga— perkawinan, perceraian, pengesahan anak, menjadi dewasa, pengampuan, Soal Pewarisan.

Konsepsi Sempit adalah dikurangi (minus) Hukum Harta Benda Perkawinan dan Hukum Waris.

¹¹¹ Purnadi Purbacaraka dan Agus Brotosusilo, *Sendi-sendi Hukum Perdata Internasional: Suatu Orientasi*, Rajawali, Jakarta, 1989, h. 15.

¹¹² Aba J. Mayss, *op.cit.*, h. 4.

¹¹³ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia, Jilid II Bagian I (Buku 7)*, Alumni, Bandung, 1981, h. 3.

Menurut Hukum Inggris, status personal adalah kondisi hukum seseorang dalam masyarakat yang diberikan oleh negara agar dapat menjamin memelihara masyarakat dan institusi sosial.

GRAVERSON merumuskan, bahwa status personal adalah:

“suatu kondisi hukum seseorang dalam masyarakat baik absolut maupun relatif dalam hubungannya dengan orang lain, yang ditentukan oleh negara dalam aturan untuk mengamankan dan melindungi kepentingan-kepentingan masyarakat dalam institusi, dan memuat hak-hak, kewajiban-kewajiban, kapasitas-kapasitas, kekuasaan-kekuasaan, dan ketidakmampuan, atau beberapa gabungannya, kondisi hukum demikian dan kejadian-kejadian ini tidak berubah secara umum hanya kehendak orang tersebut”.

Menurut tradisi “*common law system*”, bahwa status adalah:

- Hanya dilimpahkan oleh negara kepada perorangan;
- Untuk memelihara kepentingan umum;
- Tidak dapat diperoleh melalui atas kehendak perorangan;
- Bercorak universalitas.

Persoalan HPI adalah hukum mana yang dipergunakan?

Ada 2 (dua) aliran, yaitu:

- 1) Aliran personalitas: yaitu menggunakan *prinsip nasionalitas*, jadi yang diterapkan adalah hukum nasionalnya. Prinsip ini umumnya digunakan oleh negara-negara yang menganut tradisi *civil law system* (Eropa Kontinental), sehingga *points of contact*-nya adalah personalia, artinya “**Semua orang takluk pada hukum nasionalnya di mana ia berada**”;
- 2) Aliran teritorialitas: yaitu menggunakan *prinsip domisili*, jadi yang diterapkan adalah hukum domisilinya. Prinsip ini umumnya digunakan oleh negara-negara yang menganut tradisi *common law system*, sehingga *points of contact*-nya adalah teritorial, artinya “**Semua orang yang berada di dalam wilayah negara takluk pada hukum negara itu**”.

3. Nasionalitas

Setiap negara yang merdeka dan berdaulat harus memiliki warga negara. Hal ini disebabkan karena menurut ilmu negara, suatu negara harus memenuhi 3 (tiga) unsur pokok, yaitu:

- a. Memiliki wilayah tertentu;
- b. Memiliki organisasi tertentu, dan
- c. Memiliki suatu kelompok anggota tertentu.

Anggota tertentu itu adalah warga negara. Untuk menentukan siapa saja yang dapat menjadi warga negara ditetapkan oleh negara tersebut, karena hak mutlak negara yang berdaulat.

Untuk menentukan siapa yang menjadi warga negara dari negara tersebut dibatasi oleh prinsip-prinsip umum hukum internasional tentang nasionalitas (kewarganegaraan). Pembatasan dimaksud adalah antara lain:

1. Orang-orang yang tidak mempunyai hubungan apapun dengan suatu negara tidak boleh dimasukkan sebagai warga negara dari negara tersebut;
2. Suatu negara tidak boleh menentukan siapa-siapa yang merupakan warga negara suatu negara lainnya.

Di samping itu, ada 2 (dua) asas utama dalam menentukan nasionalitas seseorang, yaitu:

- a. Asas *ius soli* (tempat kelahiran), yaitu nasionalitas seseorang ditentukan berdasarkan tempat kelahirannya. Misalnya seseorang dilahirkan di negara Indonesia, maka ia merupakan warga negara Indonesia;
- b. Asas *ius sanguinis* (keturunan), yaitu nasionalitas seseorang ditentukan berdasarkan keturunannya. Misalnya seseorang yang lahir di Belanda dari kedua orangtuanya yang mempunyai nasionalitas Indonesia, maka ia menjadi warga negara Indonesia.

Konsekuensi dari digunakannya asas yang berbeda dalam menentukan nasionalitas seseorang dapat menimbulkan lebih dari satu nasionalitas, yaitu nasionalitas dengan kedudukan *bipatride* atau *multipatride*. Juga dapat pula tidak mempunyai nasionalitas sama sekali (*apatride*).

4. Domisili

Pengertian dan pengaturan hukum mengenai domisili yang berlaku di berbagai negara tidaklah sama. Namun demikian, dalam konsep domisili yang dikenal di mana-mana ada suatu corak utama dalam konsep domisili yaitu yang dimaksud dengan domisili adalah “negara atau tempat menetap yang menurut hukum dianggap sebagai pusat kehidupan seseorang (*centre of life*)”.¹¹⁴ Persoalannya adalah apakah yang digunakan untuk menentukan tempat manakah yang menjadi pusat kediaman ini tentu di berbagai sistem hukum mempunyai cara yang berbeda-beda.

Bisa juga dikatakan, bahwa domisili adalah tempat, di mana hukum menganggap seseorang setiap waktu bisa dicapai untuk pelaksanaan hak dan kewajibannya, sekalipun secara nyata mungkin yang bersangkutan tidak berada di tempat itu. Dengan demikian, domisili merupakan pengertian hukum, sehingga tidak harus sama dengan kenyataan yang ada. Hal ini diperkuat dengan kalimat “sekalipun secara nyata mungkin yang bersangkutan tidak berada di tempat itu”.

Konsep *domicile* dalam *common law system* dibedakan dalam 3 pengertian:

a. *Domicile of origin*

Domicile of origin yaitu tempat kediaman permanen seseorang karena kelahiran orang itu di tempat tertentu.

b. *Domicile of Dependence*

Domicile of Dependence yaitu tempat kediaman permanen seseorang karena ketergantungannya pada orang lain.

Misalnya, anak di bawah umur akan mengikuti domisili orangtuanya, istri mengikuti domisili suaminya.

c. *Domicile of Choice*

Domicile of Choice yaitu tempat kediaman permanen seseorang yang dibuktikan dari fakta kehadiran seseorang secara tetap di suatu tempat tertentu dan indikasi bahwa tempat itu dipilih atas dasar kemauan

¹¹⁴ Ridwan Khairandy, *op.cit.*, h. 62.

5. Prinsip Nasionalitas dan Prinsip Teritorialitas

Aliran-aliran ini banyak yang pro dan kontra:

- Alasan yang Pro Prinsip Nasionalitas

1. Cocok dengan perasaan hukum

Pembuat hukum nasional lebih kenal kepribadian dan kebutuhan warga negaranya. Hukum nasional yang dihasilkan oleh warga negara dari suatu negara tertentu adalah cocok bagi warga negara yang bersangkutan.

Namun, ada yang mengatakan tidak selalu benar, sebab ada juga imigran yang dapat melakukan adaptasi dengan cepat.

2. Lebih permanen

Prinsip nasionalitas lebih tetap (permanen) daripada prinsip domisili, karena nasionalitas tidak begitu mudah dirubah sebagaimana domisili. Padahal status personal yang mengatur hubungan keluarga memerlukan stabilitas sebanyak mungkin. Prinsip nasionalitas tidak mudah berubah, namun menurut yang Pro-Domisili juga mengatakan bahwa domisili pun tidak selalu mudah berubah, seperti di Inggris yang memberikan syarat yang berat.

3. Lebih banyak membawa kepastian

Nasionalitas dianggap membawa kepastian, karena nasionalitas lebih mudah diketahui daripada domisili seseorang. Hal ini disebabkan karena adanya peraturan-peraturan tentang nasionalitas yang lebih pasti dari negara-negara yang bersangkutan. Dalam peraturan ini diatur cara-cara memperoleh dan kehilangan nasionalitas suatu negara.

Prinsip nasionalitas itu mudah diketahui daripada domisili, namun bagaimana dengan lebih dari 1 (satu) nasionalitas.

- Alasan yang Pro Prinsip Domisili

1. Hukum di mana yang bersangkutan hidup

Di mana seseorang sehari-hari sesungguhnya hidup, sudah sewajarnya jika hukum dari tempat itulah yang dipakai untuk menentukan status personalnya. Orang yang bersangkutan bukan saja menyesuaikan diri dengan kebiasaan, bahasa, dan

pandangan sosial di mana dia memulai dengan lingkungan hidup barunya itu, tetapi juga ketentuan-ketentuan hukum negara yang bersangkutan mengenai status personalnya itu. Dengan demikian, terpelihara lalu-lintas dan kepentingan tata-tertib.

2. Prinsip nasionalitas seringkali memerlukan bantuan domisili

Ternyata seringkali prinsip nasionalitas tidak dapat dilaksanakan dengan baik tanpa dibantu prinsip domisili.

Misalnya kalau terdapat perbedaan nasionalitas dalam suatu keluarga di mana suami-isteri mempunyai nasionalitas yang berbeda. Dalam keadaan demikian, sukar untuk tetap memakai nasionalitas sebagai faktor yang menentukan, sehingga dalam hal inilah prinsip domisililah yang dapat membantu.

3. Hukum domisili seringkali sama dengan hukumnya hakim

Dalam banyak hal, hukum domisili bersamaan dengan hukumnya hakim (*lex fori*). Diajukannya suatu perkara di hadapan hakim di mana para pihak atau tergugat bertempat tinggal merupakan pegangan utama untuk menentukan kompetensi atau yurisdiksi hakim. Ini menjadi kepentingan para pihak sendiri. Sedapat mungkin seorang hakim memakai hukumnya sendiri, karena seorang hakim tentunya lebih mengenal hukum nasionalnya daripada hukum asing.

Namun, di sini *lex fori* sebagai hukum yang diberlakukan jangan berlebihan.

4. Cocok untuk negara dengan pluralisme hukum

Hukum domisili adalah satu-satunya yang dapat dipergunakan dengan baik dalam negara-negara yang struktur hukumnya tidak mengenal unifikasi hukum, seperti AS yang di setiap negara bagiannya mempunyai hukum perdata tersendiri.

Dalam keadaan demikian, prinsip nasionalitas tidak dapat dipakai dalam penyelesaian perkara HPI, sehingga perlu dibantu prinsip domisili.

5. Prinsip domisili menolong apabila prinsip nasionalitas tidak dapat dilaksanakan.

Hal ini dilakukan kalau menghadapi lebih dari 1 (satu) nasionalitas atau tanpa nasionalitas.

6. Demi adaptasi dan asimilasi imigran

Untuk dapat mempercepat proses adaptasi dan asimilasi orang-orang asing maka sebaiknya negara-negara imigrasi memakai prinsip domisili.

Dengan demikian, dapat dicegah adanya kelompok orang asing yang tetap mempertahankan hubungan mereka dan dalam taraf yang lebih luas ikatan-ikatan dengan negara asal mereka.

Konsep Indonesia mengenai “status personal atau status dan wewenang” berdasarkan Pasal 16 AB (berdasarkan asas konkordansi dari Pasal 6 AB Belanda, yang asalnya disalin dari Pasal 3 ayat (3) *Code Civil* Perancis menggunakan aliran personalitas, artinya menggunakan prinsip nasionalitas (*lex patriae*).

Masalah-masalah yang termasuk status personal ini adalah: perceraian, pembatalan perkawinan, perwalian, kewenangan hukum, kecakapan melakukan perbuatan hukum, soal nama, soal status anak yang belum cukup umur.

Bagaimana dengan hukum waris dan hukum benda perkawinan?

Hukum Waris tidak termasuk dalam status personal, sedangkan Hukum Harta Benda Perkawinan termasuk dalam status personal.

Pandangan Sudargo Gautama adalah

- Tidak mungkin ada sepakat mengenai apa yang lebih baik untuk sistem HPI di antara kedua prinsip tersebut.
- Pilihan prinsip tentu ditentukan oleh kepentingan yang sifatnya politis dan tradisi negara ybs., serta kebutuhan negara.
- Bagaimana dengan kombinasi?
- Lebih cenderung menganut prinsip domisili. Alasannya?

Alasan yang dikemukakan oleh Sudargo Gautama adalah:

1. Alasan praktis, yaitu diperkecil berlakunya hukum asing. Dengan demikian, lebih banyak dipakai hukum Indonesia, sehingga ada kemudahan bagi hakim Indonesia dalam mengadili karena mengenal hukumnya sendiri.
2. Indonesia masih kekurangan bahan bacaan dan material sumber-sumber hukum untuk mengetahui dengan baik hukum asing itu, dan

3. Secara geografis, negara kita terletak di lingkungan negara-negara tetangga yang memiliki prinsip domisili.

Bagaimana kalau mempertahankan prinsip nasionalitas?

- Dapat dilakukan dengan menerima suatu kombinasi antara prinsip domisili dan prinsip nasionalitas.
- Misalnya: dapat ditentukan bahwa prinsip nasionalitas ini akan dipertahankan terhadap orang-orang asing yang belum 2 (dua) tahun menetap di Indonesia. Apabila mereka sudah lebih dari 2 (dua) tahun menetap di Indonesia, tidak akan dipakai lagi hukum nasionalnya berkenaan dengan status personal-hukum Indonesia yang berlaku.

BAB VIII

HPI DI BIDANG SUBYEK HUKUM

Bila terjadi di antara subyek-subyek hukum tunduk pada sistem-sistem hukum dari negara-negara yang berbeda (peristiwa hukum perdata internasional), maka pertanyaannya adalah: berdasarkan hukum mana, di antara berbagai sistem hukum yang relevan mengenai status dan wewenang (status personal) subyek-subyek hukum (dalam hal ini “orang”) itu harus diatur?

Mengenai hal ini ada asas yang berkembang dalam teori dan praktek HPI, yaitu:

1. Asas Nasionalitas

Berdasarkan asas ini, status personal seseorang ditetapkan berdasarkan hukum nasionalnya (*lex patriae*); asas ini digunakan dalam Pasal 16 AB.

Berdasarkan atas asas dalam hukum keperdataan, yaitu asas ***Mobilia Sequuntur Personam***, maka asas *lex patriae* ini berlaku pula dalam penentuan status benda-benda bergerak (*movables*), dalam arti bahwa status suatu benda bergerak ditetapkan berdasarkan hukum yang berlaku untuk menetapkan status personal orang yang memiliki atau menguasai benda itu.

Asas ini diletakkan pada titik berat segi personalitas. Sistem hukum Eropa Kontinental mengandung lebih banyak mengedepankan segi personalitas. Menurut teori personalitas ini hukum-hukum yang bersangkutan dengan status personal seseorang adalah erat sekali hubungannya dengan orang-orang tersebut. Oleh karena ada ikatan antara orang dan hukumnya itu, maka hukum asal orang tersebut dikaitkan kepadanya seerat-eratnya. Hukum asal atau hukum nasionalnya ini tetap mengikutinya di mana pun orang itu pergi. Jadi di sini, hukum personil dari seseorang adalah hukum nasionalnya, hukum yang ditentukan oleh nasionalitasnya. Setiap warga negara ini tetap tunduk di bawah hukum nasionalnya di mana pun orang itu pergi mengenai status personalnya.

Beberapa alasan yang pro prinsip nasionalitas, antara lain:

1. paling cocok untuk perasaan hukum seseorang, artinya hukum nasional yang dihasilkan oleh warga dari suatu negara tertentu itu adalah lebih cocok bagi warga negara bersangkutan;
2. nasionalitas lebih permanen, artinya nasionalitas tidak demikian mudah untuk diubah;
3. nasionalitas membawa kepastian lebih banyak karena lebih mudah diketahui.

Masalah yang timbul:

- a. Problem *renvoi* dapat timbul bila asas ini hendak diterapkan pada seorang WNA yang berasal dari negara yang sistem hukumnya menganut asas domisili;
- b. Nasionalitas seseorang tidak selalu dapat menjamin adanya kenyataan bahwa secara faktual seseorang menetap di wilayah negara nasionalnya;
- c. Bagi sebuah forum, asas ini dapat menimbulkan kesulitan teknis karena hakim harus menetapkan status personal suatu subyek hukum berdasarkan suatu sistem hukum asing yang belum tentu dikenalnya.

2. Asas Domisili

Asas domisili ini yang umum diartikan sebagai *Permanent Home* (tempat hidup seseorang secara permanen).

Berdasarkan asas domisili, status personal seseorang ditentukan berdasarkan hukum tempat kediaman permanen orang itu.

Konsep domisili ini pada dasarnya dapat dibedakan ke dalam 3 (tiga) pengertian, yaitu:

- a. *Domicile of Origin*, yaitu tempat kediaman permanen seseorang karena kelahiran orang itu di tempat tertentu.
- b. *Domicile of Dependence*, yaitu tempat kediaman permanen seseorang karena tergantung pada orang lain, misalnya anak-anak di bawah umur mengikuti domisili orang-tuanya, atau isteri mengikuti domisili suaminya.

- c. *Domicile of Choice*, yaitu tempat kediaman permanen seseorang yang dipilih orang itu atas dasar kemauan bebasnya.

Asas domisili ini meletakkan titik berat pada segi teritorialitas. Sistem hukum negara-negara Anglo-Amerika (Anglo-Saxon) lebih mengedepankan segi teritorialitas. Menurut sistem domisili ini, semua hubungan-hubungan orang yang berkaitan dengan status personal ditentukan oleh domisilinya. Jadi di sini, semua orang yang berada di dalam suatu wilayah sesuatu negara dianggap tunduk di bawah hukum negara itu mengenai status personalnya.

Ada beberapa alasan yang pro prinsip domisili, yaitu:

1. hukum domisili adalah hukum di mana yang bersangkutan sesungguhnya hidup, sehingga sudah sewajarnya jika hukum dari tempat itulah yang dipakai untuk melakukan hubungan-hubungan hukum;
2. prinsip nasionalitas seringkali memerlukan bantuan prinsip domisili dalam hal menghadapi peristiwa terdapat perbedaan nasionalitas dalam suatu keluarga;
3. cocok untuk negara-negara dengan pluralisme hukum, seperti negara-negara yang berbentuk negara federal;
4. domisili menolong di mana prinsip nasionalitas tidak dapat dilaksanakan, seperti mereka yang tidak mempunyai nasionalitas (*apatride*) atau yang mempunyai lebih dari satu nasionalitas (*bipatride/multipatride*);
5. demi kepentingan adaptasi dan asimilasi para imigran.

Pemakaian asas domisili terlalu ketat juga membawa persoalan, misalnya:

- a. Masalah *renvoi* secara potensial dapat timbul apabila asas ini hendak diterapkan pada subyek hukum yang secara faktual berdomisili di suatu negara yang menganut asas nasionalitas;
- b. Dibandingkan dengan nasionalitas, asas domisili ini tampak kurang permanen sifatnya, karena tempat kediaman seseorang relatif lebih mudah berubah daripada nasionalitas seseorang, hal ini dapat mempersulit upaya penetapan status personal;
- c. Dibandingkan dengan nasionalitas, domisili seseorang tampaknya lebih sulit ditentukan karena penentuan hal ini seringkali harus

dikaitkan dengan adanya fakta dan hasrat (*Factum et animus*) seseorang untuk tinggal secara permanen di suatu tempat.

3. Asas untuk Penentuan Status Badan Hukum

Dalam perdagangan internasional menghadapi intensitas semakin banyaknya pendirian badan hukum oleh pihak asing, dan atau oleh pihak lokal dan pihak asing dalam suatu *joint venture* atau *joint enterprise*, demikian juga merambahnya perusahaan-perusahaan multinasional ke seluruh dunia, sehingga menimbulkan persoalan: sistem hukum mana yang dapat digunakan untuk menetapkan dan mengatur status dan wewenang suatu badan hukum yang mengadakan elemen asing?

Ada beberapa asas atau doktrin yang berkembang dalam teori dan praktek HPI, yaitu:

a. Asas Nasionalitas atau Domisili Pemegang Saham

Status badan hukum ditentukan berdasarkan hukum dari tempat di mana mayoritas pemegang sahamnya menjadi warga negara (*lex patriae*) atau berdomisili (*lex domicile*).

Asas ini dianggap ketinggalan zaman dan kurang menguntungkan karena kesulitan menetapkan nasionalitas atau domisili mayoritas pemegang saham, terutama bila komposisi nasionalitas atau domisili itu ternyata beraneka ragam.

b. Asas *Centre of Administration/Business*

Status badan hukum tunduk pada kaidah-kaidah hukum di tempat yang merupakan pusat kegiatan administrasi badan hukum tersebut (tempat di mana badan hukum memusatkan kegiatan bisnis dan manajemennya).

Dari sisi kepentingan negara sedang berkembang yang berkedudukan sebagai negara tuan rumah (*host countries*) dalam kegiatan penanaman modal asing, maka penggunaan asas itu dianggap tidak menguntungkan, karena umumnya perusahaan-perusahaan asing yang menanamkan modal memiliki perusahaan induk di luar negeri. Tempat yang dianggap sebagai *centre of business* adalah kantor pusat dari perusahaan itu pada umumnya berada di negara-negara maju. Akibatnya, hukum dari negara perusahaan induk itulah yang cenderung diberlakukan dalam menentukan kedudukan hukum dari

anak-anak perusahaan yang ada di berbagai bagian dunia, sementara sistem hukum ini akan cenderung pula melindungi kekayaan dan kepentingan pemilik modal asing itu daripada kepentingan *host countries* tersebut.

c. Asas *Place of Incorporation*

Status badan hukum ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat badan hukum itu secara resmi didirikan/dibentuk.

Asas ini dianut di Indonesia (dan umumnya negara-negara berkembang), sebagai reaksi terhadap penggunaan *Centre of Administration*.

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing, Pasal 3 dinyatakan:

“Pihak asing yang menanamkan modalnya di Indonesia haruslah:

- mendirikan badan hukum berdasarkan hukum Indonesia;
- dan badan hukum yang didirikan itu harus berkedudukan di Indonesia.”

Undang-undang penanaman modal yang baru, yaitu Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal pada Pasal 5 dinyatakan:

- (1) Penanaman modal dalam negeri dapat dilakukan dalam bentuk badan usaha yang berbentuk badan hukum, tidak berbadan hukum atau usaha perseorangan, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- (2) Penanam modal asing wajib dalam bentuk perseroan terbatas berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan di dalam wilayah negara Republik Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang;

Dengan demikian, perusahaan-perusahaan yang dalam pengoperasiannya di suatu negara yang memiliki unsur-unsur asing (karena penyertaan modal asing, klasifikasi hukum sebagai perusahaan PMA) haruslah didirikan berdasarkan hukum dari negara tuan rumah dan tunduk pada hukum negara tersebut. Apabila dilengkapi dengan perangkat-perangkat hukum nasional lain (di bidang hukum kontrak, hukum perusahaan, perpajakan, hukum penanaman modal asing, hukum alih-teknologi, hak milik intelektual, dan sebagainya) yang memadai dan fair, maka prinsip ini dapat dianggap sebagai prinsip yang terbaik untuk mendukung

kepentingan ekonomi negara-negara berkembang di dalam kancah perdagangan internasional.

Alasan-alasan tentang dianutnya doktrin inkorporasi adalah:¹¹⁵

1. Bahwa sesuai dengan logika hukum jika suatu badan hukum juga tunduk pada hukum di mana formalitas-formalitas untuk pendiriannya dilangsungkan sehingga suatu badan hukum hanya akan mendapat status dari satu sistem hukum tertentu saja. Dengan demikian, di kemudian hari seyogyanya inilah yang akan menjadi status personilnya.
2. Bahwa doktrin ini memberikan kepastian hukum, karena hukum inkorporasi ini mudah ditentukan dengan jalan meneliti anggaran dasar, dokumen-dokumen pembentukan, pendaftaran-pendaftaran dalam register tertentu dan lain-lain.
3. Doktrin inkorporasi ini pun tidak akan menimbulkan kesukaran, jika suatu badan hukum berpindah tempat kedudukannya, karena hal-hal yang berkaitan dengan status badan hukum tidak akan berubah atau terganggu dengan pindahannya tempat kedudukan itu.

d. Asas *Centre of Exploitation*

Atau disebut "*centre of operations*", yang beranggapan status badan hukum harus diatur berdasarkan hukum dari tempat perusahaan itu memusatkan kegiatan operasional, eksploitasi, atau kegiatan produksi barang/jasanya.

Teori ini mengalami kesulitan bila dihadapkan pada suatu perusahaan (multinasional) yang memiliki bidang usaha/bidang eksploitasi dan/atau memiliki pelbagai anak perusahaan/cabang yang tersebar di pelbagai tempat di dunia. Bila perusahaan induknya mengalami persoalan hukum yang berkaitan dengan eksistensi yuridisnya (misalnya pailit, merger, akuisisi, dan sebagainya), maka akan timbul persoalan hukum kompleks yang menyangkut perusahaan-perusahaan turunannya di pelbagai negara di dunia (cabang atau anak perusahaan) yang tunduk pada hukum dari pelbagai negara yang beraneka ragam.

¹¹⁵ Ahmad M. Ramli, *Status Perusahaan dalam Hukum Perdata Internasional Teori dan Praktek*, Mandar Maju, Bandung, 1994, h. 9.

Mengenai titik taut manakah yang harus dipergunakan untuk status personal badan hukum secara garis besarnya, di dunia ada 2 (dua) macam ukuran, yaitu: Negara dengan tradisi *common law system* meletakkan titik berat pada hukum dari negara didirikannya badan hukum (*place of incorporation*), sedangkan negara dengan tradisi *civil law system* menitikberatkan pada hukum dari negara di mana faktor pusat manajemen berkedudukan (*centre of administration/siege social*).

Alasan pro prinsip inkorporasi (*place of incorporation*) adalah:¹¹⁶

1. prinsip ini sesuai dengan logika hukum bilaman suatu badan hukum ini ditaruh pula di bawah hukum di mana formalitas-formalitas untuk pendiriannya telah dilangsungkan;
2. berdasarkan alasan praktis, hukum inkorporasi ini mudah ditentukan secara pasti melalui anggaran dasarnya, dokumen-dokumen pembentukan, pendaftaran dalam register tertentu, dan sebagainya;

Alasan pro prinsip kantor pusat efektif (*centre of administration/central office*)¹¹⁷ adalah:

1. titik taut tempat kedudukan efektif dari suatu badan hukum dipergunakan adalah demi kepentingan para pihak dan juga dalam kepentingan lalu-lintas;
2. prinsip *siege social* adalah stabil dan dengan demikian membawa sifat yang permanen, tak mudah berubah-ubah.

¹¹⁶ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid II Bagian 1, h. 216-217.

¹¹⁷ Sudargo Gautama, *op.cit.*, Jilid II Bagian 1, h. 218-219.

BAB IX

HPI BIDANG HUKUM PERKAWINAN

1. Perkawinan Internasional

Masalah validitas perkawinan: sistem hukum manakah yang berlaku terhadap perkawinan internasional?

Perkawinan internasional adalah perkawinan yang mengandung unsur asing, yaitu perkawinan yang terjadi antara WNI dan WNA, yang di dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (disingkat UUP) dikenal dengan istilah perkawinan campuran, dan juga mungkin perkawinan antara 2 orang WNI yang dilangsungkan di luar negeri.

Sebenarnya istilah “perkawinan campuran” merupakan materi yang diatur dalam Peraturan Perkawinan Campuran (S. 1898 no. 158)

Apa yang dimaksud dengan “perkawinan campuran” (*gemeng-dehuwelijk*), dirumuskan secara luas, Pasal 1 GHR yaitu: “Perkawinan dari orang-orang yang di Indonesia tunduk kepada sistem hukum yang berbeda”.

Perkawinan campuran ini di Indonesia sejak dulu sudah ada, karena cocok dengan iklim jajahan, yang begitu banyak hubungan-hubungan campuran antara orang-orang yang tunduk pada hukum yang berbeda (ingat Pasal 131 IS dan Pasal 163 IS).

Dengan demikian, perkawinan internasional termasuk di dalamnya, karena dalam perkawinan internasional itu dilangsungkan oleh orang-orang yang tunduk pada sistem hukum yang berbeda; juga perkawinan yang dilakukan di luar negeri dan kelak kembali ke Indonesia akan tunduk di bawah hukum yang berbeda. Dengan demikian, perumusan yang dipakai oleh Pasal 1 GHR dapat mencakup pula perkawinan HPI.

Persyaratan perkawinan dibedakan menjadi persyaratan materiil, yang harus dipenuhi oleh WNI yang hendak kawin di luar negeri. Sebaliknya mengenai syarat formalitas dilakukan menurut ketentuan-ketentuan hukum setempat (*locus regit actum, lex loci celebrationis*).

Pembedaan antara formalitas dan bentuk dalam bidang perkawinan sebagaimana yang diatur oleh pembuat UU.

Misalnya:

Pasal 83 BW mengatur:

“Perkawinan yang dilangsungkan di luar negeri baik antara sesama WNI, maupun antara mereka dan lain-lain warga negara, adalah sah, jikalau dilangsungkan menurut formalitas yang berlaku di negara di mana perkawinan dilangsungkan, dan para mempelai, yang merupakan WNI, tidak bertindak bertentangan dengan bagian pertama dari Bab ini”.

Pasal 10 GHR menyatakan:

“Perkawinan campuran yang dilangsungkan di luar Indonesia, atau di dalam Indonesia di mana masih terdapat Swapraja, adalah sah jika dilangsungkan menurut formalitas dari tempat di mana perkawinan dilangsungkan, asal saja tidak ada pihak yang bertindak bertentangan dengan ketentuan atau syarat-syarat menurut hukum yang berlaku baginya untuk dapat menikah”.

Pasal 83 BW menunjuk pada ketentuan Pasal 27 sampai dengan Pasal 49 BW, yang merupakan syarat materiil, yaitu misalnya syarat monogami (Pasal 27 BW), syarat persetujuan bulat para mempelai (melarang kawin paksa, Pasal 28 BW), umur minimum untuk dapat menikah, larangan untuk menikah antara mereka yang mempunyai hubungan kekeluargaan (Pasal 30-31 BW), larangan menikah dengan pihak yang telah dinyatakan salah karena *overspel* menurut keputusan hakim (Pasal 32 BW), jangka waktu menunggu setelah perceraian (Pasal 33, 34 BW), persetujuan dari pihak orangtua, dan sebagainya (Pasal 35-49 BW).

Sedangkan, syarat formil diatur pada Bagian-bagian Kedua, Ketiga, dan Keempat Bab IV Buku I BW (Pasal 50-82 BW).

Bagaimana dengan yang diatur dalam UUP, yaitu dicantumkan dalam Bab II (Pasal 6 sampai dengan Pasal 11 UUP), yang antara lain mengatur: tentang syarat persetujuan untuk menikah dari kedua mempelai (tidak boleh kawin paksa, Pasal 6 ayat (1) UUP), izin orangtua (bagi mereka yang belum 21 tahun, Pasal 6 ayat (2)), batas minimum untuk bisa kawin (Pasal 7 UUP), larangan perkawinan *incest* (Pasal 8), penerimaan asas monogami dan diperbolehkan poligami secara terbatas (Pasal 9 jo. Pasal 3 ayat (2) dan Pasal 4 UUP), larangan menikah lebih dari dua kali antara sesama suami isteri setelah bercerai (Pasal 10), waktu tunggu bagi janda yang akan menikah lagi (Pasal 11 UUP).

Sedangkan untuk formalitas disebutkan pada Pasal 12 UUP, yaitu: Tata Cara Pelaksanaan Perkawinan diatur dalam peraturan perundang-undangan tersendiri, yaitu diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, pada Pasal 2–13.

Ketentuan yang membedakan antara materi dan formalitas itu berlaku untuk hukum intern, sehingga bagaimana untuk hubungan-hubungan internasional, tentu perbedaan itu juga lebih disesuaikan dengan keadaan-keadaan internasional.

Rabel menyatakan bahwa batas perbedaan antara persyaratan formal dan persyaratan materiil tidak mudah diberikan, namun apabila ada kehendak untuk memberikan suatu efek yang ekstra-teritorial kepada syarat tertentu, maka dianggap sebagai syarat mengenai materiil.

Namun ada juga menyatakan, bahwa untuk menghindari kesulitan kualifikasi ini agar dibiarkan saja tiap pengadilan menganggap sebagai formalitas, apakah yang dianggap sebagai formalitas oleh hukum intern, tetapi ini pun bisa menjadi bahan kecaman.

Rabel menyatakan ada beberapa pokok persoalan yang diperdebatkan dan ada juga yang sudah menjadi persetujuan paham, yaitu:

1. hal-hal mengenai tata-cara pengumuman dan sebagainya, sebelum dapat dilangsungkan perkawinan kini dianggap sebagai “bentuk”,
2. syarat persetujuan orangtua di semua negara dianggap sebagai materi,
3. persoalan apakah perkawinan adalah pranata religius atau tidak masih sering diperdebatkan. Apakah warga negara dari negara yang memandang sebagai pranata religius, sewajarnya tetap mensyaratkan upacara keagamaan untuk warga negaranya yang berada di luar negeri?

Ada negara-negara di mana upacara keagamaan memegang peranan, sehingga dipersyaratkan untuk sahnya perkawinan (lihat Pasal 2 ayat (1) UUP). Bagaimana kalau WNI berada di luar negeri, yang timbul kesulitan karena di negara tersebut hanya mengenal kawin menurut catatan sipil, sehingga mereka tidak mungkin menikah secara agama. Padahal jika perkawinan mereka hendak diakui sah di negaranya tentu mereka tidak

akan menikah. Bagaimana jalan ke luarnya, apakah mereka kawin dua kali?

Validitas perkawinan itu meliputi 2 hal, yaitu:

1. Validitas Materiil Perkawinan

Asas-asas dalam HPI mengenai validitas materiil perkawinan:

- a. Asas *lex loci celebrationis*, yaitu validitas materiil perkawinan harus ditetapkan berdasarkan kaidah hukum dari tempat di mana perkawinan diresmikan atau dilangsungkan;
- b. Asas yang menyatakan bahwa validitas materiil suatu perkawinan ditentukan berdasarkan sistem hukum dari tempat masing-masing pihak menjadi warga negara sebelum perkawinan dilangsungkan;
- c. Asas yang menyatakan bahwa validitas materiil perkawinan harus ditentukan berdasarkan sistem hukum dari tempat masing-masing pihak berdomisili sebelum perkawinan dilangsungkan;
- d. Asas yang menyatakan bahwa validitas materiil perkawinan harus ditentukan berdasarkan sistem hukum dari tempat dilangsungkannya perkawinan (*locus celebrationis*), tanpa mengabaikan persyaratan perkawinan yang berlaku di dalam sistem hukum para pihak sebelum perkawinan dilangsungkan (lihat Pasal 56 ayat (1) UUP).

2. Validitas Formal Perkawinan

Pada umumnya di pelbagai sistem hukum, berdasarkan asas *locus regit actum*, diterima sebagai asas bahwa validitas/persyaratan formal suatu perkawinan ditentukan berdasarkan *lex loci celebrationis*.

Pengertian Perkawinan Campuran, secara teoritis dalam HPI dikenal 2 (dua) pandangan yang berusaha membatasi pengertian perkawinan campuran, yaitu:

1. pandangan yang beranggapan bahwa suatu perkawinan campuran adalah perkawinan yang berlangsung antara pihak-pihak yang berbeda domisilinya, sehingga terhadap masing-masing pihak berlaku kaidah-kaidah hukum intern dari 2 (dua) sistem hukum yang berbeda;

2. pandangan yang beranggapan bahwa suatu perkawinan dianggap sebagai perkawinan campuran apabila para pihak berbeda kewarganegaraannya (lihat Pasal 57 UUP).

2. Akibat-akibat Perkawinan

Asas yang berkembang di dalam HPI tentang akibat-akibat perkawinan (seperti masalah hak dan kewajiban suami-isteri, hubungan orangtua dan anak, harta kekayaan perkawinan, dan sebagainya), yaitu: akibat-akibat perkawinan tunduk pada:

- a. sistem hukum tempat perkawinan diresmikan (*lex loci celebrationis*);
- b. sistem hukum dari tempat suami-isteri bersama-sama menjadi warga negara setelah perkawinan (*gemeenschapelijke nationaliteit/joint nationality*);
- c. sistem hukum dari tempat suami-isteri berkediaman tetap bersama setelah perkawinan (*gemeenschapelijke woonplaats/joint residence*), atau tempat suami-isteri berdomisili tetap setelah perkawinan.

UUP tidak jelas asas mana yang digunakan, dalam Pasal 62 UUP hanya menyatakan, bahwa kedudukan anak dalam perkawinan campuran ditentukan berdasarkan kewarganegaraan yang diperoleh setelah perkawinan atau setelah berakhirnya perkawinan.

Sebenarnya, bila disadari bahwa akibat-akibat perkawinan menyangkut dan/atau dipengaruhi oleh aspek *public policy* (ketertiban umum) dan moralitas sosial di suatu negara, maka disarankan agar akibat-akibat perkawinan untuk menggunakan asas b atau c di atas.

3. Perkawinan yang Dilakukan di Luar Indonesia

Perkawinan yang diselenggarakan/dilakukan di luar negara Republik Indonesia erat kaitannya dengan Hukum Perdata Internasional, karena perkawinan semacam ini mengandung unsur asing. Unsur asing ini yang terpenting ialah mengenai orang-orang yang tersangkut paut dalam hubungan hukum itu, yaitu perihal kedudukan hukum dan kekuasaan-kekuasaan hukum mereka yang dalam hal ini, hubungan hukum itu adalah perkawinan, sehingga sebelum membahas mengenai perkawinan yang

dilakukan di luar Indonesia terlebih dahulu kita bahas Hukum Perdata Internasional yang tentu saja terkhusus pada masalah perkawinan.

Unsur-unsur asing yang disebutkan di atas dalam hal ini tidak hanya berarti orang-orang asing, yaitu orang-orang warga negara dari negara asing, melainkan juga meliputi orang-orang warga negara dari negara sendiri yang berdomisili di negara asing.

Penciptaan hukum dalam suatu negara —dalam arti yang seluas-luasnya, tidak hanya mengenai pembuatan undang-undang melainkan juga meliputi penciptaan hukum oleh adat-kebiasaan, oleh keputusan hakim, oleh ilmu pengetahuan hukum dan lain-lain yang pada prinsipnya mengandung dua unsur yaitu: 1. bahwa hukum itu dimaksudkan untuk **berlaku dalam daerah hukum negara itu (territoir)** dan 2. bahwa hukum itu dimaksudkan untuk **berlaku bagi para warga negara dari negara itu**.

Pada hakekatnya soal ini berhubungan dengan soal kedaulatan setiap negara merdeka yang terbatas pada dua unsur itu yaitu daerah hukum dan kewarganegaraan. Hal inilah yang dipertahankan penuh sampai sekarang terhadap pengaruh hukum antar negara. Dua unsur ini dapat diterobos oleh unsur asing yang dimaksud di atas yaitu: perihal kedudukan hukum dan kekuasaan —kekuasaan hukum dari orang-orang yang tersangkut paut dalam hubungan hukum. Apabila penerobosan ini mengenai salah satu dari dua unsur tersebut, yaitu apabila ada suatu hubungan hukum perdata antara dua orang asing dari suatu negara asing misalnya: warga negara India yang dua-duanya berdiam di negara Indonesia, atau antara dua orang warga negara Indonesia yang dua-duanya berdiam di India misalnya, maka timbul pertanyaan: Hukum perdata manakah yang berlaku, hukum perdata Indonesiakah atau hukum perdata Indiakah?

Berkaitan dengan perkawinan yang dilakukan di luar dari negara Republik Indonesia maka ada beberapa rumusan masalah antara lain:

- Apakah perkawinan itu sah di mata hukum Indonesia?
- Apakah kemudian bila perkawinan itu sah maka hukum perdata yang akan berlaku, ataukah hukum perdata dari negara di mana perkawinan itu dilakukan?
- Bagaimana penyelenggaraan perkawinan, apakah mengikuti hukum tempat perkawinan itu dilangsungkan, atau hukum nasional dari masing-masing?

- Bagaimanakah kedudukan hukum untuk orang yang melakukan perkawinan di luar Indonesia (suami-istri)?
- Bagaimana pula kedudukan anaknya?
- Bagaimanakah pembagian harta warisan nantinya?

4. Perceraian

Persoalan perceraian dalam bidang HPI meliputi berbagai aspek, yaitu:

1. perceraian WNI di luar negeri;
2. perceraian WNA di Indonesia;
3. persoalan yurisdiksi dalam perkara perceraian;
4. pengakuan terhadap keputusan cerai dari luar negeri (*recognition*).

Peraturan cerai di berbagai dunia tidak sama. Dengan adanya keanekaragaman yang demikian itu ada kecenderungan setiap negara atas dasar mempertahankan *public policy*, kemudian condong untuk memakai *lex fori*.

Masalah perceraian di bidang HPI mendatangkan kegemaran untuk berdebat.

Pada dasarnya boleh dikatakan ada 2 (dua) aliran tentang perceraian ini, yaitu ditinjau dari **mudahnya** perceraian *atau* dari **sukarnya** perceraian.

Berbagai negara yang mempertahankan ajaran Katolik dalam sistem hukumnya, tentu tidak mudah untuk melakukan perceraian, karena perkawinan dipandang sebagai sesuatu yang suci, sehingga perkawinan tidak dapat putus kecuali karena kematian. Negara di Eropa yang mempertahankan prinsip ini adalah Italia, Spanyol, Austria (untuk orang Katolik), Liechtenstein dan Portugal bagi perkawinan secara Katolik. Negara Amerika Latin, seperti Brazil, Chili, Columbia, Paraguay.

Ada pula sistem hukum yang perceraian dapat dilakukan dengan mudah, seperti dengan *cara talak* dalam hukum Indonesia. Namun, di Indonesia cerai talak ini tidak mudah, karena UUP menyatakan tidak dibenarkan tanpa memberikan alasan oleh pihak suami dapat dilakukan talak terhadap isterinya dan adanya campur tangan pengadilan.

Ada pula negara-negara di mana sangat mudah untuk memperoleh perceraian, karena dipandang sebagai industri khusus (*divorce mills*), atas dasar komersial, misalnya di negara-negara bagian di Amerika Serikat, yaitu: kota Las Vegas dan kota Reno. Mexico juga dikenal dengan "*divorce paradises*"

Karena adanya perbedaan yang menyolok, di suatu negara perceraian sangat sukar diperoleh, tetapi di negara lain sangat mudah, maka mendorong orang-orang untuk melakukan apa yang disebut "*migratory divorces*", sehingga bisa menimbulkan persoalan penyelundupan hukum (*wetsontduiking*).

Dengan cara melawat ke luar negeri, di mana tempat itu merupakan desa berdekatan dengan perbatasan negara, atau bagi mereka yang berfinansiil yang kuat berpelancong di negara yang jauh, hanya untuk memperoleh perceraian, maka dikatakan terjadi "*forum shopping*".

Perceraian ini dianggap termasuk status personal seseorang, sehingga berdasarkan ketentuan Pasal 16 AB berlaku asas nasionalitas. Oleh karena itu, perceraian dari WNI yang berada di luar negeri harus dilaksanakan menurut ketentuan dari hukum nasionalitasnya.

Berdasarkan asas resiprositas (timbang balik), maka hukum yang dipergunakan bagi perceraian yang dilakukan oleh orang asing di Indonesia tentu menggunakan hukum nasionalnya.

Putusan Pengadilan Negeri Jakarta tahun 1953:

Sepasang suami-isteri, warga negara RRC, mendalilkan dalam perkara perceraian, maka hukum yang berlaku adalah hukum nasionalnya. Dalam hukum nasionalnya, dikenal adanya perceraian diperoleh berdasarkan persetujuan bersama. Pengadilan menganggap bahwa perceraian adalah sesuatu yang termasuk bidang *openbare orde*. Dengan demikian, penggunaan hukum asing yang bertentangan dengan *openbare orde* dapat dikesampingkan. Di dalam BW tidak dikenal dan tidak diperkenankan perceraian atas dasar persetujuan bersama. Dengan demikian, perceraian dari orang asing ini harus didasarkan pada dasar-dasar perceraian yang dikenal dalam BW (Hukum Indonesia).

Praktek hukum nampak terpengaruh oleh konsepsi pemakai *lex fori* dalam perkara perceraian internasional. Apalagi terjadi pengaruh yurisprudensi Hoge Raad atas dasar konkordansi, karena ketentuan penunjuk Pasal 16 AB konkordansi dengan Pasal 6 AB Belanda. Dalam tahun 1907 Hoge

Raad telah mengeluarkan putusan mengenai perceraian internasional yang memberikan pengaruh terhadap praktek hukum hingga saat ini.

Menurut konsepsi Hoge Raad bahwa perceraian hanya dapat dilangsungkan menurut ketentuan-ketentuan Hukum Belanda, berdasarkan pertimbangan bahwa perceraian termasuk “ketertiban umum dan kesusilaan yang baik”.

Duduk perkara **kasus Boon v. Schmidt**:

Suami-isteri ini warga negara Amerika Serikat (warga dari negara bagian Illinois, telah melangsungkan perkawinan di Chicago) telah merencanakan perceraian di Belanda.

Oleh Rechtbank Rotterdam, atas permintaan isteri telah ditetapkan pisah meja dan tempat tidur karena “perbuatan yang tidak terkendali” dari suami. Dalam tingkat kasasi, suami mendalilkan bahwa tidak berdasar hukum kalau permohonan isteri dikabulkan oleh hakim rendahan, yang hanya memperhatikan ketentuan Hukum Belanda. Padahal menurut HPI Belanda mestinya Hukum Illinois yang harus dipergunakan, karena soal perceraian termasuk status dan wewenang (status personal) sehingga tidak dapat ditentukan menurut hukum domisili atau *lex fori*, di mana Hukum Illinois tidak mengenal pisah meja dan tempat tidur. Hoge Raad berpendapat bahwa sama sekali tidak perlu untuk memperhatikan Hukum Illinois. Menurut Hoge Raad, hakim waktu mengucapkan pisah meja dan tempat tidur mengubah status hukum dari para pihak, maka dalam melakukan hal itu ia hanya akan dapat mempergunakan ketentuan-ketentuan awak, kecuali pembuat undang-undang telah menyatakan lain. Hal ini nyata, bilamana dilihat bahwa persoalan yang bersangkutan mengenai suatu peristiwa yang termasuk “ketertiban umum dan kesusilaan yang baik”.

Menarik perhatian pula bahwa Hoge Raad menganggap perlu untuk menyatakan secara tegas bahwa pendiriannya ini tidak bertentangan dengan apa yang ditentukan dalam Pasal-Pasal 6, 9, dan 14 AB, karena pasal-pasal ini hanya berlaku apabila orang-orang asing mempersoalkan suatu “bagian keadaan hukum”, tetapi tidak apabila harus diadakan perubahan dalam keadaan hukum tersebut, dalam hal mana hakim harus mempergunakan hukum awak. Pertimbangan ini agak “luar biasa” dan sukar untuk dimengerti.

Beberapa putusan yang menggunakan “hukum nasional”, yaitu:

- a. Hof’s Hertogenbosch pada tahun 1945 mempergunakan Hukum Polandia untuk perkara perceraian suami-isteri warga negara Polandia. Hal ini didasarkan atas pertimbangan bahwa dasar-dasar untuk bercerai serta sekali hubungannya dengan wewenang-wewenang dan kewajiban-kewajiban dari suami-isteri satu terhadap yang lain.
- b. Rechtbank Arnhem pada tahun 1948 juga dengan pendirian dan pertimbangan serupa untuk perkara perceraian antara suami-isteri warga negara Belgia dengan memakai Hukum Belgia. Namun, oleh Hof Arnhem, putusan ini dibatalkan.
- c. Rechtbank’s Gravenhage pada tahun 1948 memakai Hukum Inggris. Mereka —sesuai ketentuan Hukum Inggris— tidak boleh bercerai bilamana belum 3 tahun menikah. Namun Hof Den Haag membatalkan dan kembali pada pendirian Hoge Raad tahun 1907.
- d. Rechtbank’s Gravenhage tahun 1954, dikuatkan oleh Hof’s Gravenhage, memakai Hukum Brazilia yaitu hukum nasional dari penggugat terhadap isteri warga negara Amerika Serikat. Namun, dalam Hukum Brazilia tidak mengenal perceraian, sehingga gugat-cerai ini tidak dikabulkan.
- e. Perkara **“De Amerikaanse zwerzer”** (pengembara Amerika)

Hof Den Haag pada tahun 1955 membatalkan putusan Rechtbank Den Haag, dengan kasus:

Warga negara Amerika dengan isterinya yang juga warga negara Amerika, telah meninggalkan tempat kediamannya di New York, namun isteri tetap tinggal di New York. Suami terius mengembara pergi ke Yerusalem dan kemudian ke Belanda, lalu ia mengajukan gugatan cerai terhadap isterinya, dengan alasan: “meninggalkan tanpa alasan yang sah atau dengan kemauan yang jahat”. Pihak isteri menolak berperkara di Belanda. Berdasarkan Pasal 262 BW Belanda (=Pasal 207 BW Indonesia) bahwa pihak misteri selalu mengikuti tempat tinggal suami. Suami tidak mempunyai tempat tinggal, maka ia boleh mengajukan gugatan cerai di pengadilan dari tempat kediaman sebenarnya, yaitu di Den Haag.

Rechtbank menganggap dirinya berwenang, tetapi tidak mau menerima gugatan ini. Hof tidak menyetujui dan membatalkan putusan Rechtbank, sehingga dipakai Hukum Belanda, berdasarkan alasan tersebut dikabulkan perceraian dengan putusan verstek.

- f. Hof's Hertogenbosch pada tahun 1960, memakai Hukum Belanda untuk perkara perceraian (c.q. pisah meja dan tempat tidur) yang diajukan oleh pihak-pihak warga negara Swiss. Dalam perkara ini, penggugat menggunakan alasan cerai, yaitu meninggalkan tanpa alasan yang sah selama 2 tahun, yang dikenal dalam Hukum Swiss, sehingga tuntutan cerai tidak dapat diterima.

Sistem ***Eenvormige Wet Benelux***, dalam Pasal 6-nya merumuskan:

- a. kaidah pokok: perceraian tunduk pada hukum nasional (bersama) dari para pihak pada saat diajukan tuntutan;
- b. kaidah khusus: bagi mempelai yang pada saat diajukan perkara berbeda nasionalitas, dilakukan berdasarkan hukum nasional pihak penggugat;
- c. pengecualian atas kaidah khusus: kalau para pihak selama perkawinan mempunyai nasionalitas sama dan hanya satu pihak mengubah nasionalitas, berlakulah nasionalitas yang dahulu sama itu;
- d. pengecualian atas pengecualian sub c: jika seorang isteri karena atau selama perkawinan kehilangan nasionalitasnya dan memperolehnya kembali selama perkawinan, sub b berlaku.

Asas yang dipergunakan agak “kuno”, yaitu hukum pihak penggugat dan menggunakan prinsip kumulasi. Prinsip kumulasi ini dianut oleh Konvensi Den Haag tahun 1902, yang menyatakan dalam Pasal 1-nya bahwa hukum yang harus dipergunakan dalam menyelesaikan perceraian internasional ialah baik hukum nasional para pihak, maupun *lex fori*. Jadi perceraian akan hanya dapat dilangsungkan, apabila diperkenankan baik oleh hukum nasional para pihak maupun oleh hukum forum.

Kesulitan akan timbul dalam menghadapi negara-negara yang sistem hukumnya tidak mengenal perceraian, misalnya: Italia. Karena Hukum Italia tidak mengenal perceraian, maka timbul kesulitan mengenai perkawinan antara warga negara peserta Konvensi dan warga negara Italia. Dengan syarat kumulasi ini, maka secara praktis merupakan syarat yang paling berat yaitu perceraian tidak bisa begitu saja dilangsungkan.

Persoalan yurisdiksi berkaitan dengan pengakuan putusan cerai di luar negeri. Ketentuan mengenai kompetensi negara tempat perceraian diucapkan merupakan salah satu Pasal yang terpenting dari Konvensi Den Haag tahun 1968 tentang *Convention on The Recognition of Divorces and Legal Separations*".

Dalam Pasal 2 ditentukan titik taut yang dipergunakan dalam menentukan kompetensi.

Tujuan konvensi ini adalah untuk menjamin keputusan-keputusan cerai dan hidup terpisah dalam negara peserta yang satu dijamin pengakuannya dan realisasinya (misalnya untuk kawin lagi) dalam negara peserta lainnya. Untuk dapat diakui oleh negara-negara peserta lainnya, maka pada saat perkara perceraian atau hidup terpisah diajukan haruslah salah satu ketentuan yang terinci di bawah ini terpenuhi, yaitu:

1. pihak tergugat mempunyai "*habitual residence*"nya di negara tempat perceraian diucapkan. Ditunjukkannya hukum dari pihak tergugat sebagai yang kompeten merupakan penyesuaian dengan kaidah umum. Pengertian "*habitual residence*" merupakan istilah yang dianggap sinonim istilah domisili yang diperlembut. Pengertian "*habitual residence*" menghendaki stabilitas tertentu dalam waktu dan intensi untuk menetap dalam suatu negara tertentu, serta penekanan pada "*de facto*".
2. forum penggugat dapat dijadikan titik taut yang menentukan kompetensi, hanya saja harus disertai dengan titik taut tambahan lainnya, misalnya: *habitual residence* penggugat dalam jangka waktu tertentu (1-3 tahun). Penggunaan "*forum actoris*" ini memberikan perlindungan isteri yang ditinggal suaminya. Isteri yang ditinggal oleh suaminya harus diberi kesempatan untuk memutuskan perkawinannya agar dapat menikah lagi apabila dikehendaki. Syarat tambahan lainnya, mengajukan gugatan cerai di hadapan forum penggugat adalah apabila suami-isteri itu mempunyai kediaman matrimonial mereka di negara yang bersangkutan.
3. Apabila suami-isteri adalah warga negara dari negara perceraian diucapkan, maka forum itu adalah kompeten. Jadi titik taut penentu di sini adalah nasionalitas, namun hanya nasionalitas yang sama dari pihak-pihak yang bersangkutan.

4. Negara itu mempunyai kompetensi, apabila penggugat adalah warga negara tersebut dan juga atau telah mempunyai *habitual residence*-nya di situ.

Pasal 2 Konvensi Den Haag tahun 1968 berbunyi: Setiap perceraian dan hidup terpisah diakui oleh negara peserta lainnya apabila pada saat dimulainya perkara dalam negara pengucapan putusan tersebut terpenuhi salah satu hal:

1. pihak tergugat mempunyai *habitual residence* di situ, atau
2. pihak penggugat mempunyai *habitual residence* di situ dan dipenuhi pula salah satu syarat berikut:
 - a. *habitual residence* itu telah berlangsung tidak kurang dari setahun sebelum dilakukannya perkara.
 - b. Para mempelai terakhir telah "*habitually resided*" bersama-sama di situ,

atau

3. kedua mempelai adalah warga negara dari negara yang bersangkutan,

atau

4. penggugat adalah warga negara dari negara tersebut dan salah satu syarat selanjutnya terpenuhi:
 - a. penggugat mempunyai *habitual residence*-nya di situ, atau
 - b. ia telah "*habitually resided*" di situ terus-menerus untuk setahun, dalam jangka waktu sekurang-kurangnya sebagian, dalam jangka waktu 2 tahun sebelum perkara dimulai, atau
5. penggugat adalah warga negara dari negara tersebut dan telah terpenuhi salah satu syarat berikut:
 - a. penggugat berada dalam negara tersebut pada tanggal dimulainya perkara dan
 - b. para mempelai terakhir "*habitually resided*" dalam suatu negara yang hukumnya, pada saat dimulainya perkara, tidak mengenal perceraian.

Suatu keputusan cerai di luar negeri antara suami-isteri yang keduanya warga negara Indonesia, hanya dapat diakui oleh hakim Indonesia, jika putusannya itu didasarkan pada alasan-alasan yang dikenal dalam Hukum Indonesia.

BAB X

HPI BIDANG HUKUM KONTRAK

1. Hukum Kontrak

Hukum kontrak merupakan bagian hukum privat. Hukum ini memusatkan perhatian pada kewajiban untuk melaksanakan kewajiban sendiri (*self imposed obligation*). Dipandang sebagai hukum privat karena pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban yang ditentukan dalam kontrak, murni menjadi urusan pihak-pihak yang berkontrak.

Kontrak dalam bentuk yang paling klasik, dipandang sebagai ekspresi kebebasan manusia untuk memilih dan mengadakan perjanjian.

Paradigma baru hukum kontrak timbul dari dua dalil di bawah ini:¹¹⁸

1. setiap perjanjian kontraktual yang diadakan adalah sah (*geoorloofd*); dan
2. setiap perjanjian kontraktual yang diadakan secara bebas adalah adil dan memerlukan sanksi undang-undang.

Pada abad sembilan belas hukum kontrak klasik secara mendasar terbentuk. Terbentuknya teori ini merupakan reaksi dan kritik terhadap tradisi abad pertengahan mengenai *substantive justice*. Para hakim dan sarjana hukum di Inggris dan Amerika Serikat kemudian menolak kepercayaan yang telah berlangsung lama mengenai justifikasi kewajiban kontraktual yang diderivasi dari *inherent justice* atau *fairness of an exchange*. Mereka kemudian mengatakan bahwa sumber kewajiban kontraktual adalah bertemunya kehendak (*convergence of the wills*) atau konsensus para pihak yang membuat kontrak.

Pada abad sembilan belas tersebut, para teoretikus hukum kontrak memiliki kecenderungan untuk memperlakukan atau menempatkan pilihan individual (*individual choice*) tidak hanya sebagai suatu elemen kontrak, tetapi seperti yang dinyatakan ahli hukum Perancis adalah kontrak itu sendiri. Mereka memiliki kecenderungan mengidentifikasi

¹¹⁸ Ridwan Khairandi, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*. Pascasarjana FH-UI, Jakarta, 2003, h. 81.

pilihan tersebut dengan kebebasan, dan kebebasan tersebut menjadi tujuan tertinggi keberadaan individu.¹¹⁹

Dalam paradigma baru ini, moral dan hukum harus secara tegas dipisahkan. Di sini muncul adagium *summum ius summa iniuria* (hukum tertinggi dapat berarti ketidakadilan yang terbesar). Konsep seperti *justum pretum laesio enormis* (harga yang adil dapat berarti kerugian terbesar) atau penyalahgunaan hak, tidak memiliki tempat dalam doktrin ini. Apabila seseorang dirugikan oleh suatu perjanjian disebabkan kesalahannya sendiri, harus memikulnya sendiri karena ia menerima kewajiban itu secara sukarela (*volenti non fit iniuria*), harus dipenuhi meskipun orang itu mengalami kerugian, perjanjian tetap berlaku sebagai Undang-Undang bagi para pihak yang membuatnya.¹²⁰

Paradigma baru dengan kecenderungan ekonomi liberal *laissez faire* di mana isi kontrak ditentukan oleh konsensus ini banyak merubah konsep hukum kontrak yang telah ada sebelumnya. Kontrak dalam sistem hukum barat dipandang sebagai perangkat konsep dasar dan doktrin yang memberikan *effect* terhadap perjanjian sukarela sesuai dengan maksud para pihak. Konsep ini mengadaptasi perkembangan situasi ekonomi baru pada abad XIX.

Dalam paradigma baru ini, dalam kontrak timbul dua aspek: Pertama, kebebasan (sebanyak mungkin) untuk mengadakan suatu kontrak. Kedua, kontrak tersebut harus diperlakukan sakral oleh pengadilan, karena pihak secara bebas dan tidak ada pembatasan dalam mengadakan kontrak.

2. Pengertian Kontrak

Kontrak adalah suatu tindakan yang dilakukan oleh dua atau lebih pihak di mana masing-masing pihak yang ada di dalamnya dituntut untuk melakukan satu atau lebih prestasi. Dalam pengertian demikian kontrak merupakan perjanjian. Namun demikian kontrak merupakan perjanjian yang berbentuk tertulis.¹²¹

¹¹⁹ *Ibid.*, h. 82.

¹²⁰ *Ibid.* lihat juga ketentuan Pasal 1338 BW.

¹²¹ Hikmahanto Juwana, *Teknik Pembuatan dan Penelaahan Kontrak Bisnis*, Pascasarjana FH-UI, Jakarta, h. 1.

Dalam *Black's Law Dictionary* disebutkan:¹²²

"Contract: An agreement between two or more persons which creates an obligation to do or not to do a peculiar thing".

Dengan demikian, dalam kontrak mengandung unsur-unsur: pihak-pihak yang berkompeten, pokok yang disetujui, pertimbangan hukum, persetujuan timbal balik, dan kewajiban timbal balik. Ciri kontrak yang utama adalah dia merupakan satu tulisan yang memuat persetujuan dari para pihak, lengkap dengan syarat-syarat, serta yang berfungsi sebagai alat bukti tentang adanya kewajiban. Unsur-unsur kontrak seperti dirinci di atas, secara tegas memberikan gambaran yang membedakan antara kontrak dengan pernyataan sepihak. Akhirnya secara singkat dapat dikatakan bahwa kontrak adalah persetujuan yang dibuat secara tertulis yang melahirkan hak dan kewajiban para pihak yang membuat kontrak.

Kontrak dalam bahasa Indonesia sering disebut sebagai "perjanjian". Meskipun demikian, apa yang dalam bahasa Indonesia disebut perjanjian, dalam bahasa Inggris tidak selalu sepadan dengan *contract*.¹²³ Istilah *contract* digunakan dalam kerangka hukum nasional atau internasional yang bersifat perdata. Dalam kerangka hukum internasional publik, yang kita sebut "perjanjian", dalam bahasa Inggris seringkali disebut *treaty* atau kadang-kadang juga *covenant*. Sejauh yang dapat kita ketahui, tidak pernah ada dua pihak swasta atau lebih membuat *treaty* atau *covenant*, sebaliknya, tidak pernah terekam dua negara yang diwakili oleh pemerintah masing-masing membuat suatu *contract*.¹²⁴

Esensi kontrak adalah:

1. *agreement*;
2. *contractual rights and obligations*.

3. Kontrak dalam Sistem Hukum Anglo-Amerika dan Eropa Kontinental

Perlindungan hukum terhadap hubungan antar orang atau antar perusahaan yang bersifat lintas batas negara dapat dilakukan secara

¹²² Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, West Publishing CO, 6th Edition, USA, 1991, h. 224.

¹²³ Anggiat Simamora, *Legal Drafting: Draft Kontrak*, makalah disampaikan dalam Bimbingan Profesi Sarjana Hukum Pertamina, Jakarta, 2001, h. 2.

¹²⁴ *Ibid.*

publik maupun privat. Perlindungan secara publik dilakukan dengan cara memanfaatkan fasilitas perlindungan yang disediakan oleh ketentuan-ketentuan yang bersifat publik, seperti peraturan perundang-undangan domestik dan perjanjian-perjanjian internasional, bilateral maupun universal, yang dimaksudkan demikian. Perlindungan secara privat dapat dilakukan dengan cara memanfaatkan fasilitas perlindungan hukum yang bersifat privat, yaitu dengan cara berkontrak yang cermat.

Dalam dunia bisnis, jenis hukum privat merupakan pilihan yang paling populer. Jenis ini digunakan secara luas oleh masyarakat bisnis yang terlibat dalam transaksi lintas batas negara. Beberapa alasan yang mengakibatkan penggunaan seperti adalah: *Pertama*; berubahnya orientasi masyarakat dunia setelah Perang Dunia II ke arah pembangunan ekonomi global. *Kedua*; pesatnya pertumbuhan kebijakan, bentuk dan materi transaksi bisnis internasional. *Ketiga*; kurang lengkapnya materi hukum publik (sistem perundang-undangan) berkaitan dengan variasi bentuk dan materi transaksi.¹²⁵

Sebelum menjalin kontrak dengan seseorang yang berkewarganegaraan lain, terlebih dahulu harus memahami sistem hukum yang mempengaruhi kontrak di negara tersebut. Juga harus memahami perbedaan sistem hukum di negara masing-masing. Pengetahuan ini sama pentingnya dengan mengecek latarbelakang calon mitra masing-masing, karena dua alasan: *Pertama*, hukum di kedua negara akan menentukan aspek tertentu dalam hubungan kontraktual. *Kedua*, hukum di salah satu negara mungkin lebih menguntungkan daripada di negara lain.

Setelah mengetahui kesulitan yang dihadapi oleh pihak-pihak yang menjalin kontrak lintas negara, masyarakat internasional mulai mengadopsi sistem hukum dan peraturan yang bisa diterapkan dalam transaksi pihak-pihak yang berlokasi di negara yang berbeda. Tujuan dari pengadopsian hukum internasional yang seragam adalah untuk memastikan bahwa semua pihak yang melakukan transaksi lintas batas negara menjadi subyek seperangkat peraturan yang sama, tidak peduli bahwa hukum yang berlaku di negaranya masing-masing berbeda. Secara umum sangatlah tidak bijaksana mendasarkan persyaratan kontrak pada hukum, bahkan hukum internasional sekalipun.¹²⁶ Penerapan hukum

¹²⁵ Ida Bagus Wyasa Putra, *Aspek-aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2000, h. 61.

¹²⁶ Karla C. Shippey, *Menyusun Kontrak Bisnis Internasional*, PPM, Jakarta, 2001, h. 3.

internasional untuk menafsirkan sebuah kontrak bisa mengarah pada hasil yang tidak diduga dan tidak diinginkan.

Misalnya, dalam suatu kontrak jual beli internasional, penjual gagal memenuhi batas waktu pengiriman yang ditetapkan. Kemudian pembeli menuntut penjual karena kegagalan memenuhi batas waktu pengiriman satu bulan. Di negara pembeli, kontrak tersebut mungkin dianggap tidak *valid* karena ada persyaratan penting yang tidak dimasukkan. Tetapi jika di pengadilan menerapkan hukum internasional, berdasarkan praktek yang biasa berjalan dalam industri tersebut mungkin akan menetapkan 2 (dua) bulan sebagai waktu penyerahan yang masuk akal sehingga mungkin bisa menegakkan kontrak tersebut.

Untuk menghindari hasil yang tidak menyenangkan dan diduga, ketika melakukan kontrak dengan pihak negara lain, harus didefinisikan dengan tepat hak dan kewajiban dalam kontrak tertulis. Kontrak harus menyatakan secara jelas persyaratan-persyaratannya sehingga kedua pihak akan memahami apa yang harus dilakukan dan apa yang harus diterima.

Kontrak yang dikonsep dengan baik akan sangat membantu memastikan bahwa pihak-pihak yang memiliki latar belakang budaya berbeda mencapai pemahaman bersama dengan mempertimbangkan hak dan kewajiban masing-masing. Semua pihak yang menjalin kontrak hadir dengan ekspektasi masing-masing, yang pada gilirannya mewarnai pemahaman mereka terhadap persyaratan-persyaratan yang dicantumkan dalam kontrak. Sesuatu yang masuk akal bagi satu pihak, mungkin tidak bisa diterima akal pihak lain, hal mana perlu dibicarakan bersama sehingga muncul pemahaman yang sama. Hal ini merupakan elemen penting dalam pembuatan sebuah kontrak agar bisa dijalankan dan ditegakkan.

Kontrak yang mencerminkan ekspektasi budaya masing-masing pihak kemungkinan besar bisa dijalankan secara memuaskan bagi kedua pihak. Pemahaman bersama tidak sekedar berarti bahwa masing-masing pihak memahami hak dan kewajibannya sebelum membubuhkan tanda tangan, tetapi pihak-pihak tersebut harus memiliki kesepakatan yang tuntas mengenai hak dan kewajiban. Persengketaan biasanya muncul ketika salah satu pihak menafsirkan hak dan kewajiban dengan cara yang berbeda dengan pihak lain.

Ada kecenderungan hukum di banyak negara —dan sudah pasti pada gilirannya hukum internasional di antara berbagai negara— untuk mengakui kontrak sebagai basis transaksi bisnis, meskipun kontrak tersebut tidak mencakup seluruh persyaratan yang esensial. Jika muncul persengketaan dan ternyata persyaratan yang esensial tersebut ada yang tidak tercakup, atau tidak jelas maksud dari masing-masing pihak, bisa didasarkan pada praktek perdagangan atau keuangan yang sudah biasa dilakukan.¹²⁷

Pada dasarnya, hakim, arbitrator, pembuat peraturan, dan pembuat hukum lebih menyukai kesepakatan bisnis yang dibuat berdasarkan kebiasaan praktek bisnis. Ada anggapan apabila individu atau konsumen berada dalam payung adat-istiadat berbisnis, mereka lebih terlindungi dari kesepakatan yang merugikan akibat kontrak yang dibuatnya tidak mencantumkan seluruh persyaratan esensial. Tetapi untuk amannya, setiap kali melakukan transaksi jangan mendasarkan pada kontrak kebiasaan semata tetapi harus selalu menyatakan maksud dalam persyaratan yang jelas dan tertulis.

Secara garis besar di dunia ini meskipun dikenal ada 5 (lima) sistem hukum, yaitu: *civil law*, *common law*, *socialis law*, *islamic law* dan sistem hukum adat, tetapi sesungguhnya yang dominan dipakai di dunia internasional hanyalah 2 (dua), yaitu sistem hukum *civil law* dan *common law*.¹²⁸

Dalam pembentukan kontrak, terdapat perbedaan antara *common law* dan *civil law*. Akibat perbedaan ini sangat mempengaruhi dalam penyusunan ketentuan kontrak internasional.

Sehubungan dengan perbedaan dalam sistem hukum tersebut, maka kemudian dalam rangka merancang suatu kontrak atau pembuatan suatu konsep perjanjian pun dengan sendirinya mengacu pada sistem hukum yang dianut. Namun zaman terus bergerak, dan tiba saatnya era globalisasi yang juga mau tidak mau mempengaruhi sistem hukum yang diterapkan, apabila terjadi perjumpaan antara sistem hukum yang berlainan.

¹²⁷ *Ibid.*, h. 8.

¹²⁸ H.R. Sardjono, *Bunga Rampai Perbandingan Hukum Perdata*, Ind Hill Co., Jakarta, 1991, h. 28.

3.1. Kontrak Pada *Common Law System*

Dalam pembuatan kontrak di sistem *common law*, para pihak memiliki kebebasan untuk menyepakati persyaratan yang diinginkan, sepanjang persyaratan tersebut tidak melanggar kebijakan publik ataupun melakukan tindakan yang melanggar hukum. Jika ada persyaratan tertentu yang tidak tercakup, hak dan kewajiban yang wajar akan diterapkan diambil dari ketetapan hukum yang ada atau praktek bisnis yang biasa dijalankan oleh para pihak atau industri. Biasanya kerugian diukur dengan "*lost benefit of the bargain*" (manfaat/keuntungan yang harus di dapat yang hilang).

Peraturan ini memberi kesempatan kepada satu pihak untuk menggugat kerugian sejumlah manfaat yang bisa dibuktikan yang akan diperoleh pihak tersebut jika pihak lain tidak melanggar kontrak. Di kebanyakan yurisdiksi, salah satu pihak diminta untuk membayar ganti rugi akibat pelanggaran, yang dikenal sebagai konsekuensi kerugian.

Kontrak menurut sistem hukum *common law*, memiliki unsur sebagai berikut:

a. *Bargain*

Unsur *bargain* dalam kontrak *common law* dapat memiliki sifat memaksa. Sejarah menunjukkan bahwa pemikiran mengenai *bargain*, dalam hubungannya dengan konsep penawaran (*offer*) dianggap sebagai ujung tombak dari sebuah perjanjian dan merupakan sumber dari hak yang timbul dari suatu kontrak. Penawaran dalam konteks ini tidak lebih adalah sebuah transaksi di mana para pihak setuju untuk melakukan pertukaran barang-barang, tindakan-tindakan, atau janji-janji antara satu pihak dengan pihak yang lain. Karena itu, maka ukuran dari pengadilan terhadap perjanjian tersebut dilakukan berdasarkan penyatuan pemikiran dari para pihak, ditambah dengan sumber dari kewajiban mereka, dan kemudian memandang ke arah manifestasi eksternal dari pelaksanaan perjanjian tersebut.

Pengertian penawaran merupakan suatu kunci yang digunakan untuk lebih mengerti tentang penerapan aturan-aturan *common law* mengenai kontrak.

b. *Agreement*

Suatu proses transaksi yang biasa disebut dengan istilah *offer and acceptance*, yang ketika diterima oleh pihak lainnya akan

memberikan akibat hukum dalam kontrak. Dalam perjanjian sering ditemukan, di mana satu pihak tidak dapat menyusun fakta-fakta ke dalam suatu *offer* yang dibuat oleh pihak lainnya yang telah diterima sebagai *acceptance* oleh pihak tersebut. Karena penawaran dan penerimaan adalah hal yang fundamental, maka dalam sistem *common law*, sangat diragukan apakah suatu pertukaran *offer* (*cross-offer*) itu dapat dianggap sebagai kontrak.

Berdasarkan sistem *common law*, pada saat suatu kontrak dibuat, saat itulah hak dan kewajiban para pihak muncul, hal yang demikian itu diatur dalam *statute*. Karena bisa saja terjadi suatu kontrak yang dibuat berdasarkan keinginan dari para pihak dan pada saat yang sama juga kontrak tersebut tidak ada. Hal ini disebabkan karena aturan mengenai *acceptance* dan *revocation* ini memiliki akibat-akibat yang berbeda pada setiap pihak.

c. ***Consideration***

Dasar hukum yang terdapat dalam suatu kontrak adalah adanya unsur penawaran yang kalau sudah diterima, menjadi bersifat memaksa, bukan karena adanya janji-janji yang dibuat oleh para pihak. Aturan dalam sistem *common law* tidak akan memaksakan berlakunya suatu janji demi kepentingan salah satu pihak, kecuali ia telah memberikan sesuatu yang mempunyai nilai hukum sebagai imbalan untuk perbuatan janji tersebut. Hukum tidak membuat persyaratan dalam hal adanya suatu kesamaan nilai yang adil. Prasyarat atas kemampuan memaksa ini dikenal dengan istilah *consideration*. *Consideration* adalah isyarat, tanda dan merupakan simbol dari suatu penawaran. Tidak ada definisi dan penjelasan yang memuaskan dari sistem *common law* mengenai konsep ini. Hal demikian ini telah di mengerti atas dasar pengalaman.

d. ***Capacity***

Kemampuan termasuk sebagai syarat tentang, apakah para pihak yang masuk dalam perjanjian memiliki kekuasaan. Suatu kontrak yang dibuat tanpa adanya kekuasaan untuk melakukan hal tersebut dianggap tidak berlaku.

Sebagai ilustrasi dapat diuraikan putusan pengadilan dalam *Quality Motors, Inc. V. Hays* dimana memutuskan bahwa kontrak tidak sah karena dilakukan oleh individu yang belum dewasa, walaupun transaksi

dilakukan oleh melalui orang lain yang telah dewasa, dan surat jual belinya di sahkan oleh notaris.

Dalam kasus ini terlihat bahwa pengadilan menerapkan secara tegas dan kaku ketentuan umur untuk seseorang dapat melakukan perbuatan hukum. Walaupun jual beli akhirnya dilakukan oleh orang dewasa, namun fakta menunjukkan ternyata hal tersebut dilakukan dengan sengaja untuk melanggar ketentuan kontrak, akhirnya pengadilan membatalkan ketentuan kontrak tersebut.

3.2. Kontrak pada *Civil Law System*

Kebanyakan negara yang tidak menerapkan *common law* memiliki sistem *civil law*. *Civil law* ditandai oleh kumpulan perundang-undangan yang menyeluruh dan sistematis, yang dikenal sebagai hukum yang mengatur hampir semua aspek kehidupan.

Teori mengatakan bahwa *civil law* berpusat pada undang-undang dan peraturan. Undang-Undang menjadi pusat utama dari *civil law*, atau dianggap sebagai jantung *civil law*. Namun dalam perkembangannya *civil law* juga telah menjadikan putusan pengadilan sebagai sumber hukum.

Di banyak hukum dalam sistem *civil law* tidak tersedia peraturan untuk menghitung kerugian karena pelanggaran kontrak. Standar mengenai penghitungan kerugian ini masih tetap belum jelas di banyak negara dengan *civil law system*. Meskipun demikian pengadilan di negara-negara ini cenderung memutuskan untuk menghukum pihak yang salah tidak dengan uang, tetapi dengan pelaksanaan tindakan kontrak tertentu.

Keputusan pengadilan ini mengisyaratkan salah satu pihak untuk menjalankan tindakan tertentu yang dimandatkan oleh pengadilan, seperti mengembalikan hak milik atau mengembalikan pembayaran. Banyak sistem dari *civil law* memiliki mekanisme penegakan dan pamantauan agar penegakan bisa dijalankan secara efektif.

Unsur kontrak dalam *civil law system* terdiri dari empat unsur, sebagai berikut:

a. *Kapasitas Para Pihak*

Kebebasan kehendak sangat dipengaruhi oleh kapasitas atau kemampuan seseorang yang terlibat dalam perjanjian. Kemampuan ini sangat menentukan untuk melakukan perjanjian sebagaimana

diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Kapasitas yang dimaksudkan dalam *civil law system* antara lain ditentukan individu menurut umur seseorang. Di Indonesia, Philipina, dan Jepang yang dianggap telah mempunyai kapasitas untuk melakukan suatu kontrak harus telah berumur 21 tahun.

Civil Code Perancis yang merefleksikan pemikiran modern, menyatakan bahwa kehendak individu yang bebas adalah sumber dari sistem hukum, yang meliputi hak dan kewajiban. Namun, kebebasan kehendak ini harus sesuai dengan hukum tertulis, yaitu hukum perdata.

Di Indonesia, Jepang, Iran dan Philipina, di mana perusahaan sebagai subjek hukum dapat melakukan kontrak melalui pengurus perusahaan. Di Indonesia pengurus perusahaan terdiri dari anggota direksi dan komisaris. Dalam melakukan kegiatannya, maka anggota direksi harus memenuhi ketentuan anggaran dasar perusahaan dan peraturan perundang-undangan, yang memberikan kepadanya kapasitas dalam melakukan penandatanganan kontrak dan tindakan hukum lainnya. Hal inilah yang dikatakan dalam *civil law system* merupakan *the code granted them full capacity*.

b. Kebebasan Kehendak Dasar dari Kesepakatan

Kebebasan kehendak yang menjadi dasar suatu kesepakatan, agar dianggap berlaku efektif harus tidak dipengaruhi oleh paksaan (*dures*), kesalahan (*mistake*), dan penipuan (*fraud*).

Berkenaan dengan kebebasan kehendak, pengadilan di Perancis menerapkan ketentuan *Code Civil* sangat kaku, yaitu tidak boleh merugikan pihak lain. Dalam kenyataan sehari-hari, walaupun yang dianggap mampu melaksanakan kebebasan kehendak ada pada orang yang sudah dewasa, namun di antara mereka tidak boleh membuat kebebasan kehendak, yang dapat merugikan pihak lain.

Kesepakatan di antara para pihak menjadi dasar terjadinya perjanjian. Pasal 1320 ayat (1) BW menentukan bahwa perjanjian atau kontrak tidak sah apabila dibuat tanpa adanya konsensus atau sepakat dari para pihak yang membuatnya. Ketentuan tersebut memberikan petunjuk bahwa hukum perjanjian dikuasai oleh "asas konsensualisme". Ketentuan Pasal 1320 ayat (1) tersebut mengandung pengertian bahwa kebebasan suatu pihak untuk menentukan isi perjanjian dibatasi oleh sepakat pihak lainnya.

c. *Subyek yang pasti*

Merujuk pada kesepakatan, terdapat 2 (dua) syarat di hadapan *juristic act*, suatu perjanjian dapat diubah menjadi efektif yaitu harus dengan ada antara lain suatu subyek yang pasti.

Sesuatu yang pasti tersebut, dapat berupa hak-hak, pelayanan (jasa), barang-barang yang ada atau akan masuk keberadaannya, selama mereka dapat menentukan. Para pihak, jika perjanjian telah terbentuk tidak mungkin untuk melakukan prestasi, maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan.

d. *Suatu sebab yang diijinkan (A Premissible Cause)*

Perjanjian tidak boleh melanggar ketentuan hukum. Suatu sebab yang halal adalah syarat terakhir untuk berlakunya suatu perjanjian.

Pasal 1320 ayat (4) jo 1337 BW menentukan bahwa para pihak tidak bebas untuk membuat perjanjian yang menyangkut causa yang dilarang oleh Undang-Undang atau bertentangan dengan kesusilaan atau bertentangan dengan ketertiban umum. Perjanjian yang dibuat untuk causa yang dilarang oleh undang-undang atau bertentangan dengan kesusilaan atau bertentangan dengan undang-undang adalah tidak sah.

3.3. Prinsip Pilihan Hukum

Melakukan kontrak bisnis lintas batas negara, para pihak akan dihadapkan dengan pilihan hukum. Dalam penentuan pilihan hukum, dikenal beberapa prinsip dan batas pilihan hukum antara lain sebagai berikut:

a. *Partijautonomie*

Menurut prinsip ini, para pihak yang paling berhak menentukan hukum yang hendak mereka pilih dan berlaku sebagai dasar transaksi, termasuk sebagai dasar penyelesaian sengketa sekiranya timbul suatu sengketa dari kontrak transaksi yang dibuat. Prinsip ini merupakan prinsip yang telah secara umum dan tertulis diakui oleh sebagian besar negara, seperti Eropa (Italia, Portugal, Yunani), Eropa Timur (Polandia, Cekoslowakia, Austria), negara-negara Asia-Afrika, termasuk Indonesia dan negara-negara Amerika, khususnya Kanada.

b. *Bonafide*

Menurut prinsip ini, suatu pilihan hukum harus didasarkan itikad baik (*bonafide*), yaitu semata-mata untuk tujuan kepastian, perlindungan yang adil, dan jaminan yang lebih pasti bagi pelaksanaan akibat-akibat transaksi (isi perjanjian).

c. *Real Connection*

Beberapa sistem hukum mensyaratkan keharusan adanya hubungan nyata antara hukum yang dipilih dengan peristiwa hukum yang hendak ditundukkan/didasarkan kepada hukum yang dipilih.

d. Larangan Penyelundupan Hukum

Pihak-pihak yang diberi kebebasan untuk melakukan pilihan hukum, hendaknya tidak menggunakan kebebasan itu untuk tujuan kesewenang-wenangan demi keuntungan sendiri.

e. Ketertiban Umum

Suatu pilihan hukum tidak boleh bertentangan dengan ketertiban umum, yaitu bahwa hukum yang dipilih oleh para pihak tidak boleh bertentangan dengan sendi-sendi asasi hukum dan masyarakat, hukum para hakim yang akan mengadili sengketa bahwa ketertiban umum (*orde public*) merupakan pembatas pertama kemauan seseorang dalam melakukan pilihan hukum.

4. Persoalan HPI di Bidang Hukum Kontrak

Persoalan HPI di bidang Hukum Kontrak adalah:

- Penentuan “*the proper law of contract*”, yaitu hukum yang seyogyanya diberlakukan untuk mengatur masalah-masalah yang ada di dalam suatu kontrak.
- Teori-teori HPI di bidang hukum kontrak berbicara upaya untuk menetapkan “*the proper law of contract*”.

a. Pengertian “*the proper law of contract*”

Cheshire menyatakan:

“... a convenient and succinct expression to describe the law that governs many of the matters affecting a contract. It has been defined as “that law which the English or other court is to apply in determining the obligations under the contract”.

The proper law of contract dapat dipahami sebagai pengertian praktis dan ringkas untuk menggambarkan konsep tentang hukum yang mengatur kebanyakan hal yang mempengaruhi suatu kontrak, atau tentang hukum yang diberlakukan forum untuk menetapkan hak dan kewajiban yang timbul dari sebuah kontrak.

Masalah bagaimana orang dapat menentukan "*the proper law*" dari suatu kontrak banyak menimbulkan perdebatan di dalam HPI. Konsep "*proper law*" sebenarnya bertitik tolak dari anggapan dasar bahwa setiap aspek dari sebuah kontrak pasti terbentuk berdasarkan suatu sistem hukum, walaupun tidak tertutup kemungkinan bahwa pelbagai aspek dari suatu kontrak diatur oleh pelbagai sistem hukum yang berbeda.

Cheshire beranggapan bahwa masalahnya bukan "hukum apa yang mengatur suatu kontrak" melainkan "hukum apa yang mengatur masalah tertentu yang menjadi pokok perkara dalam suatu kontrak?" Kenyataan bahwa salah satu aspek dari kontrak diatur berdasarkan suatu sistem hukum tertentu, tidak dapat diartikan bahwa sistem hukum itu menjadi "*the proper law*" dari kontrak yang bersangkutan. Artinya, pelbagai aspek dapat saja diatur oleh pelbagai sistem hukum, walaupun dalam praktek, pengadilan tidak begitu saja memecah suatu kontrak dengan cara itu, dengan anggapan bahwa selalu dapat ditentukan sistem hukum utama (*primary system of law*) yang mengatur umumnya masalah-masalah pembentukan dan substansi suatu kontrak.

b. *The Applicable Law* untuk Penentuan *The Proper Law of Contract*

Untuk itu ditinjau beberapa asas atau teori yang berkembang dalam HPI sebagai berikut:

1) Teori *Lex Loci Contractus*

Asas ini merupakan asas tertua yang dilandasi oleh prinsip *locus regit actum*. Berdasarkan asas ini, maka "*the proper law of contract*" adalah hukum dari tempat pembuatan kontrak. Yang dimaksud dengan "tempat pembuatan kontrak" dalam konteks HPI adalah tempat dilaksanakannya "tindakan terakhir" (*last act*) yang dibutuhkan untuk terbentuknya kesepakatan (*agreement*).

Jadi tempat dibuatnya sesuatu kontrak adalah faktor yang penting untuk menentukan hukum yang berlaku. Di mana suatu kontrak dibuat, hukum dari negara itulah yang dipakai.

Prinsip ini dianggap masih dapat digunakan untuk menetapkan hukum yang berlaku terhadap transaksi/perjanjian yang dibuat di pekan-pekan raya perdagangan (*trade fairs*) internasional dalam arti bahwa sistem hukum dari tempat penyelenggaraan pekan raya itulah yang dapat dianggap sebagai "*the proper law of contract*". Pada zaman dahulu memang biasanya orang menutup kontrak pada tempat-tempat pertemuan tertentu.

Namun, dalam praktek dagang internasional pada saat ini, prinsip ini sukar sekali untuk dipergunakan, terutama terhadap kontrak-kontrak yang dilakukan oleh orang-orang yang tidak bertemu pada satu tempat atau tidak berada pada satu tempat (*contract between absent persons*). Kalau para pihak yang akan melangsungkan kontrak tidak bertemu pada satu tempat, maka sulit untuk menentukan di mana tempat berlangsungnya kontrak, padahal kontrak-kontrak internasional demikian ini lazim dilakukan pada saat ini.

Di masa modern, teori ini tampaknya sudah tidak memadai lagi, terutama bila dikaitkan dengan kontrak-kontrak yang diadakan antara para pihak yang tidak berhadapan satu sama lain. Semakin banyak kontrak internasional yang dibuat dengan bantuan sarana komunikasi modern seperti telex, telegram, *facsimile*, sehingga penentuan *locus contractus* menjadi sulit dilakukan.

Jalan ke luar untuk menentukan *locus contractus* pada kondisi (*contract between absent persons*) dengan mempergunakan berbagai kualifikasi, yaitu:

a) Teori *post-box*

Di negara-negara yang menganut tradisi *common law system* (negara-negara Anglo-Amerika) mengemukakan teori, yang dinamakan *mail box theory* atau *post box theory* atau *theory of expenditure*. Menurut teori ini yang penting adalah tempat di mana seseorang menerima *offerte* memasukkan surat penerimaan penawaran tersebut dalam kotak pos tempat "pengiriman surat" (*mail box, post box*). Sejak saat itu pihak

yang menerima penawaran tidak dapat menarik kembali lagi surat penerimaan penawaran itu.

Kontrak dianggap terbentuk pada saat *offeree* (pihak yang menerima penawaran) mengirimkan *acceptance*-nya sehingga kontrak mungkin dianggap terbentuk di tempat pengiriman *acceptance* itu (negara pihak *offeree*).

b) Teori penerimaan

Sebaliknya negara-negara yang menganut tradisi *civil law system* (negara-negara Eropa Kontinental) banyak menganut teori penerimaan (*theory of arrival, theory of declaration*).

Menurut teori ini, penerimaan *offerte* harus sampai pada pihak yang melakukan penawaran. Surat penerimaan penawaran ini harus diterima oleh pihak yang melakukan *offerte* dan penerimaan penawaran ini yang harus dinyatakan (*declared*) harus diketahui oleh orang yang membuat penawaran.

Asas ini menggunakan “saat diterimanya *acceptance* oleh pihak *offeror*”, sehingga kemungkinan bahwa tempat terbentuknya kontrak adalah negara pihak *offeror*.

Dengan demikian, tidak ada kesatuan pendapat mengenai apa yang dimaksud dengan “tempat dilangsungkannya kontrak”. Tentunya akan menjadi penting dalam hubungan ini di hadapan forum hakim manakah perkara diajukan, karena forum inilah yang akan mempunyai kualifikasinya tersendiri dan tergantung dari kualifikasi forum pada pengadilan inilah teori mana yang akan dianut. Jadi walaupun kasus posisinya sama, namun hasilnya akan berbeda. Oleh karena itu, Ernst Rabel menamakan pemakaian konsepsi *lex loci contractus* ini sebagai permainan ahli hukum yang berbau kepada pokrol-pokrol bambu-bambuan.

Ada keberatan lain terhadap teori *lex loci contractus* adalah pemakaian *lex loci contractus* ini bisa menghasilkan dipergunakannya suatu sistem hukum yang sama sekali tidak ada hubungannya dengan kontrak yang bersangkutan, tetapi hanya secara kebetulan saja telah diikutsertakan. Contoh: pelaku bisnis Indonesia berada di luar negeri dan mereka itu kebetulan sedang berlibur di sana. Apabila mereka mengadakan kontrak, maka kehidupan ekonomis dari tempat mana kontrak itu dibuat (di luar negeri) sama sekali tidak mempunyai sangkut paut

dengan transaksi yang telah mereka buat, sehingga tidak ada alasan sedikitpun untuk menyatakan hukum di mana mereka telah menandatangani kontrak itu sebagai hukum yang berlaku untuk kontrak mereka.

2) **Teori *Lex Loci Solutionis***

Semakin kecilnya peranan asas *lex loci contractus*, maka perhatian dialihkan ke arah sistem hukum dari tempat pelaksanaan perjanjian (*locus solutionis*). Teori ini merupakan variasi dari penerapan asas *locus regit actum* yang beranggapan bahwa tempat pelaksanaan perjanjian adalah tempat yang lebih relevan dengan kontrak dibandingkan dengan tempat pembuatan perjanjian, terutama bila disadari bahwa suatu kontrak yang walaupun sah di tempat pembuatannya akan tetap tidak bisa dilaksanakan kalau bertentangan dengan sistem hukum dari tempat pelaksanaan perjanjian itu.

Dalam perkembangannya, ternyata asas *lex loci solutionis* tidak selalu memberikan jalan ke luar yang memuaskan, terutama bila diterapkan pada kontrak-kontrak yang harus dilaksanakan di berbagai tempat yang berbeda. Ada kemungkinan bahwa kontrak itu dianggap sah di salah satu tempat pelaksanaannya, tetapi dianggap tidak sah di tempat pelaksanaan lainnya. Oleh karena itu, dalam praktek tidak menutup kemungkinan untuk menundukkan bagian-bagian kontrak pada berbagai sistem hukum yang berbeda, tetapi hal semacam itu tampaknya akan menyulitkan pengadilan untuk menyelesaikan perkara.

Pada umumnya kontrak-kontrak mengandung kewajiban-kewajiban yang harus dilakukan oleh para pihak dan masing-masing ini melakukannya pada tempat-tempat yang berbeda. Misalnya, dalam perjanjian jual-beli, maka terdapat kewajiban-kewajiban dari pihak pembeli maupun dari pihak penjual, dan masing-masing pihak juga mempunyai hak-hak tertentu. Apabila pihak penjual berada di negara lain dari pihak pembeli, maka tentu masing-masing mempunyai kewajiban pelaksanaan kontrak dan tempat pelaksanaan kontrak itu berbeda. Penjual mempunyai kewajiban untuk menyerahkan barang-barang, bertanggungjawab untuk kekurangan-kekurangan, karena kualitas atau memberi jaminan untuk menggantikan barang-barang yang jelek, dan sebagainya. Sebaliknya pihak pembeli

yang berada di negara lain juga mempunyai kewajiban-kewajiban tertentu, misalnya tempat di mana pembeli harus membayar harga pembelian, di mana pembeli harus menerima barang-barang yang dibelinya, di mana dilakukan tempat pemeriksaan barang dan penyampaian pemberitahuan serta protes tentang tidak dilakukannya suatu penyerahan (*non delivery*). Semua ini merupakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang berbeda dan juga di tempat-tempat yang berbeda dan semua ini bagaimana harus dimasukkan dalam tempat pelaksanaan karena jual beli itu ternyata pelaksanaannya adalah di berbagai tempat.

3) Asas Kebebasan Para Pihak (*Party Autonomy*)

Asas ini merupakan perkembangan atas apresiasi dari asas utama dalam hukum kontrak, yaitu asas “setiap orang pada dasarnya memiliki kebebasan untuk mengikatkan diri pada perjanjian” (asas kebebasan berkontrak, *freedom to contract*, atau *party autonomy*). Dalam Hukum Perdata Indonesia, kebebasan berkontrak diakui berdasarkan Pasal 1338 ayat (1) jo Pasal 1320 BW, yang pada dasarnya mengandung makna bahwa pihak-pihak dalam kontrak bebas untuk menentukan bentuk, cara, atau obyek dalam kontrak mereka. Se jauh hal itu tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum, serta dilandasi itikad baik. Bagi para pihak, kontrak yang dibuat akan mengikat mereka sebagai undang-undang.

Dalam perkembangannya kebebasan para pihak untuk berkontrak ini dimanifestasikan pula dalam bentuk kebebasan untuk menentukan hukum yang berlaku untuk mengatur kontrak yang mereka buat (*freedom to choose the applicable of law*). Dari sinilah muncul pengertian pilihan hukum (*rechtskeuze*, *choice of law*) dalam hukum kontrak. Hukum yang dipilih para pihak itulah yang diakui sebagai sebagai “*the proper law of contract*”.

Yang menjadi masalah adalah: sejauh mana para pihak dalam kontrak memiliki kebebasan untuk menentukan “*the applicable law*” untuk kontrak mereka.

Beberapa pembatasan (*restrictions*) yang dikembangkan dalam HPI untuk menetapkan validitas suatu pilihan hukum, antara lain:

- (1) bila pilihan hukum dimaksudkan hanya untuk membentuk atau menafsirkan persyaratan-persyaratan dalam kontrak, maka kebebasan para pihak pada dasarnya tidak dibatasi.
- (2) pilihan hukum tidak boleh melanggar *public policy* atau *public order* (ketertiban umum) dari sistem-sistem hukum yang mempunyai kaitan yang nyata dan substansial terhadap kontrak. Dalam hal ini, forum tidak dapat begitu saja membatalkan suatu klausula pilihan hukum hanya dengan alasan bahwa hukum yang dipilih para pihak berbeda dari *lex fori*; kewenangan semacam itu baru terbit apabila perbedaan itu sudah menyentuh aspek ketertiban umum dari forum atau dari sistem hukum lain yang mempunyai kaitan *signifikan* dengan kontrak. Pembatasan ini juga mengakibatkan bahwa untuk jenis-jenis kontrak tertentu yang banyak mengandung aspek *public policy* atau yang berkaitan erat dengan kaidah-kaidah hukum administrasi negara/hukum ekonomi dari sistem hukum yang seharusnya berlaku, pihak-pihak tidak memiliki kebebasan sepenuhnya untuk melakukan pilihan hukum, misalnya kontrak kerja/perburuhan internasional, kontrak pembelian senjata, atau kontak-kontrak yang menyinggung persoalan devisa, proteksi industri, anti monopoli, dan sebagainya.
- (3) pilihan hukum hanya dapat dilakukan ke arah suatu sistem hukum yang berkaitan secara substansial (*having substantial relationship*) dengan kontrak. Kaitan yang substansial ini dapat dianggap ada karena adanya faktor-faktor yang mempertautkan sistem hukum itu dengan kontrak, misalnya: tempat pembuatan kontrak, domisili atau nasionalitas para pihak, tempat pendirian atau pusat administrasi badan hukum.
- (4) pilihan hukum tidak boleh dimaksudkan sebagai usaha menundukkan seluruh kontrak atau bagian tertentu dari kontrak mereka pada suatu sistem hukum asing, sekedar untuk menghindarkan diri dari suatu kaidah hukum yang memaksa dari sistem hukum yang seharusnya berlaku seandainya tidak ada pilihan hukum. Pilihan hukum seperti ini dapat dianggap sebagai pilihan hukum yang tidak bonafide atau dianggap sebagai penyelundupan hukum (*fraus legis*).

- (5) pilihan hukum hanya dapat dilakukan untuk mengatur hak dan kewajiban yang timbul dari kontrak, dan tidak untuk mengatur masalah validitas pembentukan perikatan/perjanjian.
- (6) pilihan hukum ke arah suatu sistem hukum tertentu harus dipahami sebagai suatu "*sachnormverweisung*", dalam arti pemilihan ke arah kaidah-kaidah hukum intern dari sistem hukum yang bersangkutan, dan tidak ke arah kaidah-kaidah HPI-nya. Pembatasan ini dimaksudkan untuk menghindarkan terjadinya Renvoi dalam hukum kontrak internasional.

Doktrin-doktrin di dalam HPI Inggris

Di Inggris terdapat 2 (dua) kelompok teori utama, yaitu:

- a. yang mendasarkan diri pada maksud para pihak (*intention of the parties*), dan
- b. yang bertitik tolak dari penentuan tempat di aman kontrak seharusnya berada (*localization of contract*).

Ad. a. Menurut pendapat pertama, "*the proper law of contract*" adalah hukum yang dikehendaki oleh para pihak untuk diberlakukan terhadap kontrak mereka. Teori ini dilandasi oleh prinsip bahwa para pihak dalam kontrak bebas untuk menentukan hukum yang akan berlaku terhadap kontrak mereka. Kesulitannya adalah apakah "kehendak" para pihak itu harus dinyatakan dengan tegas, atau cukup dengan menyimpulkannya dari substansi kontrak, maka apakah penyimpulan itu dilakukan **secara obyektif**, yaitu dengan membuat anggapan bahwa maksud para pihak itu sejalan dengan kehendak orang normal (*reasonable persons*) setelah memperhatikan semua aspek di dalam kontrak, ataukah **secara subyektif**, artinya dengan menganggap bahwa para pihak dalam sebuah kontrak dapat dipastikan akan memiliki kehendak yang sama seandainya mereka diharuskan untuk menyatakan pilihan mereka.

Ad. b. Menurut pandangan ini, "*the proper law*" adalah hukum dari negara yang dapat dianggap sebagai tempat di mana kontrak terlokalisir. Penentuan "tempat" ini dilakukan dengan

mengelompokkan semua elemen kontrak yang tampak dalam pembentukannya atau persyaratan di dalamnya. Hukum dari tempat di mana elemen-elemen itu paling banyak “mengelompok” dianggap sebagai “*the proper law*” dari hukum menyelesaikan masalah kontrak yang bersangkutan.

Pendekatan ini dikritik, yaitu apabila elemen-elemen itu berkelompok secara “seimbang” di lebih dari 1 (satu) tempat (dan lebih dari 1 (satu) sistem hukum), karena dalam situasi semacam ini hakim akan cenderung untuk “memberatkan kali timbangan sendiri” ke arah salah satu dari berbagai sistem hukum yang relevan untuk diberlakukan.

Doktrin-doktrin dalam *Conflict of Laws* Amerika Serikat

Persoalan HPI yang dihadapi dalam hukum kontrak pada dasarnya bertalian dengan persoalan penentuan hukum yang harus berlaku atas masalah-masalah yang timbul dari suatu kontrak, khususnya apabila para pihak tidak melakukan pilihan hukum.

Tujuan utama yang tampak mendominasi doktrin-doktrin di Amerika Serikat adalah *maintaning high degree of predictability as to the protection of justified party interests and expectations* (mempertahankan tingkat kemungkinan yang tinggi sebagai perlindungan bagi kepentingan para pihak dan harapan para pihak yang adil).

Pendekatan yang berkembang di Amerika Serikat berjalan seiring dengan perkembangan teori-teori HPI modern dan dapat dibedakan ke dalam kelompok:

- a. ***traditional approach***, yaitu menggunakan satu titik taut utama untuk menentukan hukum yang berlaku terhadap semua persoalan yang timbul dari suatu kontrak. Misalnya dengan menggunakan *lex loci contractus* untuk menyelesaikan masalah yang menyangkut validitas kontrak, atau *lex loci solutionis* untuk menyelesaikan masalah-masalah pelaksanaan kontrak.

Dalam perkembangannya, asas *lex loci contractus* dan *lex loci solutionis* ternyata memperoleh banyak kritik karena kelemahan-kelemahannya bila diterapkan pada kontrak-kontrak bisnis

modern. Dalam praktek penggunaan asas-asas ini seringkali mengalami penyimpangan-penyimpangan.

- b. ***modern approach***, lebih mengutamakan perlindungan terhadap harapan-harapan yang sah dari para pihak dalam perjanjian. Oleh karena itu, kecenderungan dari aliran-aliran modern adalah ke arah penerapan hukum yang akan mensahkan kontrak (*validating law* atau *lex validatis*).

Jadi penentuan *the proper law* menurut pendekatan modern akan cenderung mementingkan:

- *Lex validatis*
- Masalah-masalah khusus yang hendak diatur di dalam suatu kontrak tertentu (*subject matter of the contract*)

Beberapa variasi utama:

- ***The Governmental Interest Approach***, menekankan pada kepentingan forum untuk memberlakukan hukumnya pada transaksi dan para pihak.
- ***The Restatement Second, Conflict of Laws***, menekankan pada penerapan hukum dari tempat yang memiliki relasi paling signifikan terhadap transaksi dan terhadap para pihak.

The Most Characteristic Connection Theory

Teori HPI modern saat ini banyak digunakan adalah “*The Most Characteristic Connection Theory*” (*Die Charakteristische Leistung Theorie*), yang dipelopori oleh Rabel dan A. Schnitzer.

Menurut teori ini, sistem hukum yang seyogyanya menjadi “*the proper law of contract*” adalah sistem hukum dari pihak yang dianggap memberikan prestasi yang khas dalam suatu jenis/bentuk kontrak tertentu.

Teori ini berkembang di Eropa Kontinental (khususnya di Swiss) sebagai reaksi terhadap teori yang hanya mengandalkan akumulasi titik-taut untuk “*melokalisir*” (melokalisasi) suatu kontrak pada suatu tempat tertentu. Contoh: dalam perjanjian jual-beli, hukum dari penjual dianggap sebagai “*the proper law of contract*” mengingat prestasi penjual yang khas di dalamnya, dalam perjanjian asuransi adalah hukum si asurador, dalam perjanjian kredit dengan bank adalah hukum dari pihak bank.

Menurut teori ini, dalam menghadapi suatu hubungan hukum, sebaiknya ditentukan dulu titik-titik taut yang secara fungsional menunjukkan adanya kaitan antara kontrak dengan hubungan sosial yang hendak diatur oleh suatu tata hukum tertentu.

Dengan kata lain, orang harus berusaha menemukan kaidah-kaidah hukum yang sejalan dengan hakikat dari suatu hubungan hukum, dan hakikat atau inti dari suatu hubungan hukum terletak pada faktor-faktor yang menyebabkan hubungan hukum itu menjadi khas (karakteristik) sifatnya. Karena suatu hubungan hukum (kontrak) secara fungsional termasuk ke dalam lingkungan hidup dari pihak yang memberikan prestasi yang paling khas sifatnya, maka hukum dari pihak itulah yang seyogyanya dianggap sebagai *"the proper law"*.

Teori ini, khususnya dalam usaha menetapkan apa yang menjadi *"the proper law of contract"* dianggap paling baik, karena ia tidak secara *a priori* menganggap salah satu atau beberapa titik taut sebagai determinan yang pasti untuk menentukan *"the proper law"*. Teori ini menganjurkan agar semua unsur di dalam kontrak diperhatikan dan diseleksi dalam rangka menentukan unsur mana yang memberikan kekhasan (karakteristik) pada kontrak yang bersangkutan.

BAB XI

PERBUATAN MELANGGAR HUKUM

DI BIDANG HPI

(*onrechtmatiggedaad, tort*)

1. Pengertian Perbuatan Melanggar Hukum¹²⁹

Meskipun Pasal 1365 dan Pasal 1366 BW mengatur tentang tuntutan ganti kerugian akibat adanya perbuatan melawan hukum, namun, kedua Pasal tersebut tidak menyebutkan apa yang dimaksud dengan “perbuatan melanggar hukum” itu. Pengertian “perbuatan melanggar hukum” diperoleh melalui yurisprudensi, yang menunjukkan adanya perkembangan penafsiran yang sangat penting dalam sejarah hukum perdata. Oleh karena, hukum perdata Indonesia berasal dari hukum perdata Belanda, maka dalam penafsiran ini, masih harus berkiblat ke sana.

Kedua Pasal tersebut berbunyi sebagai berikut:

Pasal 1365 BW: “Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut”.

Pasal 1366 BW: “Setiap orang bertanggungjawab tidak saja untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan karena kelalaian atau kurang hati-hatinya”.

Menurut para ahli dalam Pasal 1365 BW, mengatur pertanggungjawaban yang diakibatkan oleh perbuatan melawan hukum baik karena berbuat (positif = *culpa in committendo*) atau karena tidak berbuat (pasif = *culpa in ommittendo*). Sedangkan Pasal 1366 BW mengatur pertanggungjawaban

¹²⁹ Istilah “perbuatan melanggar hukum” merupakan terjemahan dari *onrechtmatiggedaad*, tidak diterjemah dengan “perbuatan melawan hukum” yang ini terjemahan dari *wederechtelijk* sebagaimana yang dirumuskan dalam Pasal 362 KUHP tentang Pencurian.

yang diakibatkan oleh kesalahan karena kelalaian (*onrechtmatige nalaten*).¹³⁰

Moegni Djojodirjo menyebutkan bahwa, perkembangan penafsiran pengertian “perbuatan melawan hukum” terbagi dalam 3 (tiga) fase, sebagai berikut:

- a. Masa antara tahun 1838 sampai tahun 1883.
- b. Masa antara tahun 1883 sampai tahun 1919.
- c. Masa sesudah tahun 1919.¹³¹

Adanya kodifikasi sejak tahun 1838 membawa perubahan besar terhadap pengertian perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatigedaad*) yang diartikan pada waktu itu sebagai *on wetmatigedaad* (perbuatan melanggar undang-undang) yang berarti bahwa suatu perbuatan baru dianggap melanggar hukum, bilamana perbuatan tersebut bertentangan dengan undang-undang. Pengertian sempit ini sangat dipengaruhi oleh aliran **Legisme** dalam filsafat hukum.

Setelah tahun 1883 sampai sebelum tahun 1919, pengertian perbuatan melanggar hukum diperluas sehingga mencakup juga pelanggaran terhadap hak orang lain. Dengan kata lain, perbuatan melanggar hukum adalah berbuat atau tidak berbuat yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku atau melanggar hak orang lain. Dalam hal ini, Pasal 1365 BW diartikan sebagai perbuatan/tindakan melanggar hukum (*culpa in committendo*), sedangkan Pasal 1366 BW dipahami sebagai perbuatan melanggar hukum dengan cara melalaikan (*culpa in ommittendo*), meskipun juga diakui dalam Pasal 1365 BW juga terdapat pengertian *culpa in ommittendo*.¹³²

Apabila suatu perbuatan (berbuat atau tidak berbuat) tidak melanggar hak orang lain atau tidak melawan kewajiban hukumnya/tidak melanggar undang-undang, maka perbuatan tersebut tidak termasuk perbuatan melanggar hukum. Pendirian seperti ini terlihat dalam Putusan **Hoge Raad** (Mahkamah Agung Belanda) tentang *Singernaaimachine Mij Arrest* tanggal 6 Januari 1905 dan *Waterkraan Arrest* tanggal 10 Juni 1910, ***Singernaaimachine Mij Arrest***, 6 Januari 1905.

¹³⁰ Moegni Djojodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, cet. II, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982, h. 27.

¹³¹ *Ibid.*, h. 28-30.

¹³² Rachmat Setiawan, *Tinjauan Elementer Perbuatan Melanggar Hukum*, cet. I, 1991, Binacipta, Bandung, 1991, h. 7.

Maatschappij Singer yang menjual mesin jahit merk Singer tersaingi oleh toko lain yang menjual mesin jahit merk lain yang berada di seberang jalan, dengan cara memasang reklame di depan tokonya berbunyi “*Verbeterde Singernaai-machine Mij*” (*Tempat Perbaikan Mesin Jahit Singer*). Akibat reklame ini, orang menyangka bahwa toko tersebut menjual mesin jahit merk Singer yang asli, sehingga toko Singer asli menjadi sepi pembeli.

Toko Singer asli menuntut toko penjual mesin jahit palsu tersebut berdasarkan Pasal 1401 BW Belanda/Pasal 1365 BW, tetapi *Hooge Raad* menolak gugatan tersebut karena berpendirian toko Singer palsu tersebut tidak melanggar undang-undang maupun hak orang lain.¹³³

Waterkraan Arrest tanggal 10 Juni 1910. Pada suatu malam yang sangat dingin, di bulan Januari 1909 kran air di gudang bawah milik *Nijhof* di Kota *Zutphen*, pecah. Gudang itu berisi dagangan berupa sejumlah kulit. Kran induk ada di ruang atas yang disewa dan ditempati Nona de *Vries*. Nona de *Vries* menolak menutup kran tersebut, sehingga gudang *Nijhof* kebanjiran dan barang dagangannya rusak. Asuransi menutup kerugian *Nijhof*, tetapi kemudian pihak asuransi menuntut ganti kerugian kepada Nona de *Vries* atas dasar perbuatan melanggar hukum. Nona de *Vries* menolak pendirian bahwa dia telah melakukan perbuatan melanggar hukum.

Gugatan tersebut ditolak di tingkat kasasi, karena Hoge Raad berpendirian sikap pasif Nona de *Vries* bukan merupakan pelanggaran terhadap hak *Nijhof*, dan bukan pula sebagai perbuatan melanggar undang-undang/ melanggar hukum. Putusan ini juga sering disebut sebagai ***Zutphense Juffrouw Arrest***.¹³⁴

Perkembangan yang spektakuler dan monumental terhadap pengertian perbuatan melanggar hukum terjadi pada tahun 1919 dengan Putusan Hoge Raad dalam kasus *Lindenbaum* lawan *Cohen* pada tanggal 31 Januari 1919, yang terkenal dengan nama *Standaard Arrest* atau *Drukkers Arrest* (*Putusan tentang Percetakan*) sebagai berikut:

Samuel Cohen dan Max *Lindenbaum* masing-masing pengusaha percetakan. Pada suatu ketika, Cohen membujuk salah seorang pegawai *Lindenbaum* untuk membocorkan daftar nama pelanggan *Lindenbaum* dan daftar harga-harga, dan menggunakan daftar tersebut untuk

¹³³ Moegni Djojodirdjo, *op.cit.*, h. 20.

¹³⁴ Setiawan, *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*, cet. I, Alumni, Bandung, 1992, h. 248.

kemajuan usahanya sendiri. Akibatnya usaha Lindenbaum mundur dan mengalami kerugian. Kecurangan ini akhirnya diketahui Lindenbaum dan dia menuntut ganti rugi kepada Cohen atas dasar perbuatan melanggar hukum. Akan tetapi, Cohen membantah gugatan itu atas dasar pendapat bahwa dia tidak melakukan perbuatan melanggar hukum karena undang-undang tidak melarangnya.

Pengadilan tingkat pertama (*Rechtbank*) memenangkan gugatan Lindenbaum, tetapi di tingkat banding dia dikalahkan oleh Pengadilan Tinggi (*Gerechtshof*). Ditingkat kasasi kembali Lindenbaum dimenangkan oleh Hoge Raad dengan alasan bahwa pengadilan tinggi telah menafsirkan pengertian perbuatan melanggar hukum dalam arti yang sempit, yakni hanya sekedar melanggar undang-undang. Sedangkan menurut *Hoge Raad*, **pengertian perbuatan melanggar hukum** (*onrechtmatigedaad*) harus diartikan sebagai berbuat atau tidak berbuat yang memperkosa hak orang lain, atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat, atau kesusilaan, atau kepatutan dalam masyarakat, baik terhadap diri atau benda orang lain.¹³⁵

Berdasarkan perkembangan pengertian tentang perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatigedaad*), di atas, maka terdapat 4 (empat) kriteria dari perbuatan melanggar hukum itu, yakni :

- a. bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku .
- b. melanggar hak orang lain.
- c. melanggar kaidah kesusilaan.
- d. bertentangan dengan asas kepatutan, ketelitian, serta kehati-hatian.

Dalam ilmu hukum dikenal 3 (tiga) kategori perbuatan melawan hukum, yaitu sebagai berikut: 1. Perbuatan melanggar hukum karena kesengajaan. 2. Perbuatan melanggar hukum tanpa kesalahan (tanpa unsur kesengajaan maupun kelalaian). 3. Perbuatan melanggar hukum karena kelalaian.

Model pengaturan tanggung-gugat dalam BW Indonesia adalah sebagai berikut:

- a. Tanggung-gugat dengan unsur kesalahan (kesengajaan dan kelalaian), seperti terdapat dalam Pasal 1365 BW Indonesia.

¹³⁵ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Alumnus, Bandung, 1977, h. 77-78.

- b. Tanggung-gugat dengan unsur kesalahan, khususnya unsur kelalaian seperti terdapat dalam Pasal 1366 BW Indonesia.
- c. Tanggung-gugat mutlak (tanpa kesalahan) dalam arti yang sangat terbatas seperti dalam Pasal 1367 BW Indonesia.

Unsur Perbuatan Melanggar Hukum dalam ketentuan Pasal 1365 BW sebagai berikut:

1. Ada suatu perbuatan

Perbuatan di sini adalah perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh pelaku. Secara umum perbuatan ini mencakup berbuat sesuatu (dalam arti aktif) dan tidak berbuat sesuatu (dalam arti pasif), misalnya tidak berbuat sesuatu, padahal pelaku mempunyai kewajiban hukum untuk berbuat, kewajiban itu timbul dari hukum (ada pula kewajiban yang timbul dari suatu kontrak). Dalam perbuatan melanggar hukum ini, harus tidak ada unsur persetujuan atau kata sepakat serta tidak ada pula unsur kausa yang diperbolehkan seperti yang terdapat dalam suatu perjanjian kontrak.

2. Perbuatan itu melanggar hukum

Perbuatan yang dilakukan itu harus melanggar hukum. Sejak tahun 1919, unsur melanggar hukum diartikan dalam arti seluas-luasnya, sehingga meliputi hal-hal sebagai berikut: a. Perbuatan melanggar undang-undang; b. Perbuatan melanggar hak orang lain yang dilindungi hukum; c. Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku; d. Perbuatan yang bertentangan kesusilaan (*geode zeden*); e. Perbuatan yang bertentangan sikap baik dalam masyarakat untuk memperhatikan kepentingan orang lain.

3. Ada kesalahan pelaku

Undang-Undang dan yurisprudensi mensyaratkan untuk dapat dikategorikan perbuatan melanggar hukum sesuai dengan Pasal 1365 BW, maka pada pelaku harus mengandung unsur kesalahan (*schuldelement*) dalam melakukan perbuatan tersebut. Karena itu, tanggung-gugat tanpa kesalahan (*strict liability*) tidak termasuk tanggung-gugat dalam Pasal 1365 BW. Bilamana dalam hal-hal tertentu berlaku tanggung-gugat tanpa kesalahan (*strict liability*), hal demikian bukan berdasarkan Pasal 1365

BW. Karena Pasal 1365 BW mensyaratkan untuk dikategorikan perbuatan melanggar hukum harus ada kesalahan, maka perlu mengetahui bagaimana cakupan unsur kesalahan itu. Suatu tindakan dianggap mengandung unsur kesalahan, sehingga dapat diminta pertanggungjawaban hukum, jika memenuhi unsur-unsur sebagai berikut: a. Ada unsur kesengajaan, b. Ada unsur kelalaian (*negligence, culpa*), c. Tidak ada alasan pembenar atau alasan pemaaf (*rechtvaardigingsgrond*), seperti keadaan *overmacht*, membela diri, tidak waras dan lain-lain. Perlu atau tidak, perbuatan melanggar hukum mesti ada unsur kesalahan, selain unsur melanggar hukum. Disini terdapat 3 (tiga) aliran teori sebagai berikut:

- a) Aliran yang menyatakan cukup hanya ada unsur melanggar hukum.

Aliran ini menyatakan, dengan unsur melanggar hukum dalam arti luas, sudah mencakup unsur kesalahan di dalamnya, sehingga tidak diperlukan lagi ada unsur kesalahan dalam perbuatan melanggar hukum. Di negeri Belanda, aliran ini dianut oleh Van Oven.

- b) Aliran yang menyatakan cukup hanya ada unsur kesalahan.

Aliran ini sebaliknya menyatakan, dalam unsur kesalahan, sudah mencakup juga unsur perbuatan melanggar hukum. Di negeri Belanda, aliran ini dianut oleh Van Goudever.

- c) Aliran yang menyatakan, diperlukan unsur melanggar hukum dan unsur kesalahan.

Aliran ini mengajarkan, suatu perbuatan melanggar hukum mesti ada unsur perbuatan melanggar hukum dan unsur kesalahan, karena unsur melanggar hukum saja belum tentu mencakup unsur kesalahan. Di negeri Belanda, aliran ini dianut oleh Meijers. Kesalahan yang diharuskan dalam perbuatan melanggar hukum adalah kesalahan dalam arti “kesalahan hukum” dan “kesalahan sosial”. Dalam hal ini, hukum menafsirkan kesalahan itu sebagai suatu kegagalan seseorang untuk hidup dengan sikap yang ideal, yaitu sikap yang biasa dan normal dalam pergaulan masyarakat. Sikap demikian, kemudian mengkristal yang disebut manusia yang normal dan wajar (*reasonable man*).

4. Ada Kerugian bagi Korban

Ada kerugian (*schade*) bagi korban merupakan unsur perbuatan melanggar hukum sesuai dengan Pasal 1365 BW. Dalam gugatan atau tuntutan berdasarkan alasan hukum wanprestasi (ingkar janji) berbeda dengan gugatan berdasarkan perbuatan melanggar hukum. Gugatan berdasarkan wanprestasi (ingkar janji) hanya mengenal kerugian materiil, sedangkan dalam gugatan perbuatan melanggar hukum selain mengandung kerugian materiil juga mengandung kerugian imateril, yang dapat dinilai dengan uang.

5. Ada hubungan kausal antara perbuatan dengan kerugian

Hubungan kausal antara perbuatan yang dilakukan dengan kerugian yang terjadi, merupakan syarat dari suatu perbuatan melanggar hukum. Untuk hubungan sebab-akibat ada 2 (dua) macam teori, yaitu teori hubungan faktual dan teori penyebab kira-kira. Hubungan sebab akibat secara faktual (*caution in fact*) hanyalah merupakan masalah fakta atau yang secara faktual telah terjadi. Setiap penyebab yang menimbulkan kerugian adalah penyebab faktual. Dalam perbuatan melanggar hukum, sebab akibat jenis ini sering disebut hukum mengenai "*but for*" atau "*sine qua non*". Von Buri, seorang ahli hukum Eropa Kontinental adalah pendukung teori faktual ini.

Selanjutnya, agar lebih praktis dan agar tercapai elemen kepastian hukum dan hukum yang adil, maka lahirlah konsep "sebab kira-kira" (*proximately cause*). Teori ini, adalah bagian yang paling membingungkan dan paling banyak pertentangan mengenai perbuatan melanggar hukum ini. Kadang-kadang teori ini disebut juga teori *legal cause*.

2. TORT

Dalam *common law system* dikenal dengan istilah *tort*, yaitu tindakan yang salah, bukan termasuk pelanggaran kontrak atau kepercayaan, yang mengakibatkan cedera pada orang lain, milik, reputasi, atau sejenisnya, dan pihak yang dirugikan berhak atas kompensasi.

Sebagaimana dikatakan oleh J. Coleman,¹³⁶ bahwa:

A tort is a legal wrong. Tort law is a branch of the civil law; the other main branches are contract and property law. Whereas in criminal law the plaintiff is always the state and the defendant, if found guilty of a crime, is punished by the state, in civil law the dispute is typically between private parties (though the government can also sue and be sued). In the case of torts, the plaintiff is the victim of an alleged wrong and the unsuccessful defendant is either directed by the court to pay damages to the plaintiff (the usual remedy) or else to desist from the wrongful activity (so-called "injunctive relief"). Examples include intentional torts such as battery, defamation, and invasion of privacy and unintentional torts such as negligence. Most contemporary tort theory focuses on the legal consequences of accidents, where the relevant forms of liability are negligence and strict liability. This entry likewise focuses on these forms of liability.

Tort merupakan suatu perbuatan salah dalam hukum dan merupakan salah satu bidang dari hukum perdata seperti halnya hukum kontrak dan hukum harta kekayaan. Berbeda dengan hukum pidana, di mana pengugatnya selalu negara dan tergugatnya jika dinyatakan bersalah menerima hukuman pidana, namun pada sengketa dalam hukum perdata biasanya antar pihak-pihak privat (meskipun pemerintah juga menuntut dan dituntut).

Dalam kasus *tort* penggugat sebagai korban yang kemudian dimintakan ganti kerugian kepada pengadilan agar pelakunya membayar ganti kerugian atau lainnya untuk berhenti melakukan perbuatan yang salah (apa yang disebut *injunctive lega*). Contohnya termasuk *tort* seperti *battery*, *defamation*, dan *invasion of privacy* dan *unintentional torts* seperti *negligence*.

Battery melindungi kepentingan kebebasan dari gangguan tergugat secara fisik yaitu berupa tindakan tergugat yang disengaja dan tanpa ijin menyentuh bagian tubuh atau yang menempel pada bagian tubuh penggugat. Gangguan kebebasan dan integritas penggugat itu dapat berupa sentuhan terhadap pakaian penggugat, tongkat, kayu atau benda lain yang dipegangnya, kursi yang didudukinya, kuda atau kendaraan yang dinaikinya, atau orang lain tempat ia bersandar. Kontak fisik tidak selalu secara langsung menyentuh tubuh, cukup dengan gerakan tergugat yang sifatnya memaksa, misalnya dengan memaksa penggugat memakan

¹³⁶ J. Coleman, *Theories of Tort Law*, didownload dari <http://plato-standford.edu/entries/tort-theories/>, tanggal 11 Maret 2010.

makanan yang telah diracuni, membuat lubang jebakan yang akan dilalui penggugat.

Defamation ialah komunikasi yang mengandung penghinaan. Komunikasi yang mengandung unsur penghinaan adalah komunikasi yang menyebabkan penggugat marah, terhina atau menyebabkan ia dihindari atau dijauhi masyarakat termasuk di dalamnya tuduhan seolah-olah penggugat gila, melarat, telah pernah diperkosa. Hukum yang mengatur *defamation* melindungi reputasi, yaitu kepentingan untuk memperoleh, mempertahankan dan menikmati reputasi itu sebaik-baiknya. Tersinggung perasaan penggugat belum cukup untuk dasar gugatan *defamation*, karena penggugat harus membuktikan bahwa reputasinya terganggu dalam lingkungan masyarakatnya.

Dalam hukum Anglo-Amerika dibedakan antara *libel* (penghinaan dengan tulisan) dan *slander* (penghinaan yang disampaikan secara lisan). Penghinaan yang tergolong libel bisa diperluas meliputi gambar-gambar, isyarat-isyarat, patung-patung, film.

Hukum *tort* melayani 4 (empat) tujuan. Pertama, hukum *tort* meminta kompensasi untuk korban yang menderita kerugian oleh berbuat atau tidak berbuat yang salah. Kedua, hukum *tort* meminta untuk mengalihkan biaya kerugian demikian bagi orang yang bertanggungjawab secara hukum untuk dibebankan mereka. Ketiga, hukum *tort* meminta untuk yang merugikan karena ketakutan, teledor dan perilaku yang penuh resiko di masa datang. Keempat, hukum *tort* meminta mempertahankan hak-hak dan kepentingan-kepentingan yang telah disepakati, dikurangi atau dilemahkan. Dalam teori tujuan ini, dijalankan ketika tanggung-gugat berdasarkan *tort* dibebankan pada pelaku *tort* untuk pelanggaran yang disengaja.¹³⁷

Suatu *tort* disengaja adalah gangguan apapun yang sengaja dengan suatu kepentingan yang diakui hukum, seperti hak-hak untuk integritas, kedamaian, hak milik, dan kebebasan dari penipuan atau pembatasan. Kepentingan ini dilanggar oleh *tort* yang disengaja dengan bentuk *tort* antara lain: *Assault, Battery, Trespass, False Imprisonment, invasion of privacy, conversion, misrepresentation* dan *fraud*. Maksud unsur *tort* ini dicukupi ketika pelaku bertindak dengan keinginan untuk membawa konsekuensi berbahaya dan pada pokoknya yang konsekuensi seperti itu akan mengikuti. Semata-Mata perilaku sembrono, kadang-kadang

¹³⁷ <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Tort+Law> didownload pada tanggal 11 Maret 2010.

disebut perilaku ceroboh dan dengan sengaja, tidak menimbulkan tingkat suatu *tort* disengaja.¹³⁸

Tort yang tidak disengaja ialah *negligence*. Sangat dirugikan bahwa hasil dari perilaku *tort* adalah akibat kelalaian (*negligence*), bukan pelanggaran yang disengaja. *Negligence* adalah istilah yang digunakan oleh hukum *tort* untuk menandai perilaku yang menciptakan resiko kerusakan yang tidak beralasan bagi orang-orang dan harta kekayaan. Tindakan seseorang dengan ceroboh ketika perilakunya menyimpang dari perilaku yang biasanya diharapkan layak dalam keadaan seperti ini. Secara umum, hukum memerlukan anggota juri untuk menggunakan akal sehat dan pengalaman hidup dalam menentukan derajat tingkat ketelitian dan kepedulian yang layak sesuai dengan mana orang-orang harus menempuh hidup mereka untuk menghindari ancaman keselamatan dari yang lain.¹³⁹ *Negligence* ialah setiap perilaku atau perbuatan yang mengandung resiko besar, yang tidak wajar, yang menimbulkan kerusakan. Perilaku atau perbuatan itu dilakukan di bawah standar yang ditentukan oleh hukum untuk melindungi orang-orang lain dari resiko bahaya yang mengancam. Di samping standar perilaku atau perbuatan yang ditentukan oleh hukum, harus pula diperhatikan standar perilaku atau perbuatan individu berdasarkan kehendak masyarakat.

Kebanyakan teori *tort* kontemporer berfokus pada konsekuensi hukum dari kecelakaan, di mana bentuk-bentuk yang relevan kelalaian dan tanggung jawab adalah tanggung-gugat mutlak (*strict liability*). Catatan ini juga berfokus pada bentuk-bentuk tanggung-gugat.

Dalam beberapa hal hukum *tort* memaksakan kewajiban pada tergugat yang baik kelalaian maupun bersalah atas pelanggaran disengaja. Yang dikenal *strict liability*, atau tanggung-gugat tanpa kesalahan, ini cabang *tort* mencari aktivitas yang perlu dan bermanfaat tetapi itu menciptakan resiko berbahaya tidak normal ke masyarakat. Aktivitas ini meliputi penghancuran, mengangkut material penuh resiko, penyimpanan unsur berbahaya, dan binatang buas tertentu pemeliharaan dalam keadaan tertangkap.¹⁴⁰ Suatu pembedaan kadang-kadang digambarkan antar kesalahan moral dan kesalahan hukum. Orang yang dengan ceroboh atau dengan sengaja menyebabkan kerugian orang lain seringkali dipertimbangkan secara moral pantas dicela karena berbuat tidak

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

sesuai dengan perilaku ambang batas minimal perilaku manusia. Pada sisi lain, kesalahan hukum lebih dari suatu standar yang diciptakan oleh pemerintah untuk perlindungan masyarakat.¹⁴¹

Kata *tort* berasal dari istilah Latin, *torquere* yang berarti salah. *Common Law* Inggris tidak mengakui pemisahan tindakan hukum dalam *tort*. Sebagai gantinya, sistem hukum Inggris mengusahakan pihak yang menuntut 2 (dua) cara untuk mengganti kerugian. *Trespass*¹⁴² untuk kerugian langsung dan tindakan-tindakan “*on the case*” untuk kerugian tidak langsung. Secara berangsur-angsur, *common law* mengakui perbuatan perdata lainnya, termasuk *defamation* (fitnah). Kebanyakan jajahan Amerika mengadopsi *common law* Inggris pada abad XVIII. Pemulaan abad XIX, Amerika Serikat menerbitkan perjanjian hukum yang sebagian dari *common law* disatukan di bawah *tort*. Akhir abad XIX, hukum *tort* telah hampir di setiap aspek kehidupan di Amerika Serikat. Di bidang ekonomi, hukum *tort* menyediakan perbaikan bagi bisnis yang dirugikan oleh praktek perdagangan yang menipu dan persaingan tidak wajar. Di bidang tempat kerja, hukum *tort* melindungi pekerja dari menyebabkan gangguan mental (*infliction of emotional distress*) karena kelalaian atau yang disengaja. Hukum *tort* juga membantu pengaturan lingkungan, menyediakan perbaikan melawan baik individu maupun bisnis yang mengotori udara, tanah, dan air sampai sedemikian luas yang menjadi suatu *Nuisance* (gangguan).

Nuisance dibedakan menjadi *public nuisance* dan *private nuisance*. *Private nuisance* terjadi kalau seseorang yang sedang melaksanakan hak atas tanah menuntut ganti kerugian kepada orang yang mengganggu hak atas tanah. Sedangkan *public nuisance* merupakan tindak pidana, yang penuntutannya dilakukan oleh negara karena ada gangguan terhadap hak-hak masyarakat. Kalau gangguan terhadap masyarakat itu menyangkut hak-hak atas tanah maka *public nuisance* dapat menjadi *private nuisance*.¹⁴³

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Trespass* terjadi jika tergugat merugikan penggugat, dengan cara sengaja mengadakan kontak fisik dengan penggugat, atau mengganggu ketenangan batin penggugat, atau menyebabkan gangguan mental pada penggugat (*infliction of mental distress*), atau penahanan tidak sah yang dilakukan tergugat terhadap penggugat (*false imprisonment*) vide William L. Prosser, *Handbook of The Law of Torts*, Minnesota, 1964, h. 35.

¹⁴³ William L. Prosser, *Handbook of The Law of Torts*, Minnesota, 1964, h. 594.

Untuk dapat dikatakan adanya *nuisance* diperlukan adanya kesengajaan untuk menyerang kepentingan tergugat, atau adanya kelalaian atau adanya kelakuan yang menyimpang dari norma-norma setempat yang dilaksanakan oleh tergugat. Ketiga jenis tingkah laku ini masing-masing membebani tanggung gugat terhadap tergugat yang telah melaksanakan perbuatan *private nuisance*, untuk membayar ganti kerugian. Kesengajaan atau niat untuk melaksanakan perbuatan yang merugikan orang lain biasanya merupakan syarat adanya *nuisance*. Namun, suatu perbuatan yang dilaksanakan tanpa sengaja, tetapi merugikan seseorang dan setelah diberi peringatan masih terus melaksanakan, dianggap perbuatan sengaja.¹⁴⁴

Tergugat yang terus menyemprot bahan-bahan kimia ke udara, setelah diberi peringatan oleh penggugat bahwa bahan-bahan itu mengenai udara di atas tanahnya, dianggap sengaja melakukan perbuatan yang merugikan. Demikian pula kalau tergugat membiarkan sampah yang berasal dari tanah tergugat mengotori persediaan air penggugat setelah diberitahu oleh penggugat tentang perbuatannya yang merugikan.¹⁴⁵

3. Persoalan Perbuatan Melanggar Hukum dalam HPI

Perbuatan melanggar hukum merupakan tindakan yang karena sifatnya yang melanggar hukum menimbulkan kerugian pada orang lain, dan karena itu menerbitkan hak pada orang lain untuk menuntut ganti rugi atas kerugian yang dideritanya.

Tindakan melanggar hukum ini meliputi perbuatan-perbuatan yang:

- melanggar undang-undang
- melanggar kewajiban yang terbit dari undang-undang
- melanggar hak-hak yang dijamin undang-undang
- melanggar kepatutan, kesusilaan yang berlaku di dalam masyarakat.

Perbuatan melanggar hukum ini merupakan persoalan HPI, kalau pada perbuatan melanggar hukum terdapat *foreign element*.

¹⁴⁴ *Ibid.*, h. 595.

¹⁴⁵ *Ibid.*, h. 598-599.

Adanya *foreign element* ini terjadi karena:

1. pelaku perbuatan melanggar hukum berdomisili atau berkewarganegaraan asing,
2. tindakan yang sifatnya melanggar hukum itu dilakukan di dalam wilayah suatu negara asing,
3. akibat-akibat dari perbuatan melanggar hukum itu timbul di suatu wilayah negara asing,
4. pihak yang dirugikan (pihak korban) dari perbuatan melanggar hukum itu berdomisili atau berkewarganegaraan asing.

Dengan demikian, adanya *foreign element* itu, maka masalah HPI yang berkaitan dengan titik-titik taut penentu adalah:

- berdasarkan sistem hukum manakah penentuan kualitas suatu perbuatan sebagai perbuatan melanggar hukum harus ditentukan;
- berdasarkan sistem hukum manakah penetapan ganti rugi harus ditentukan.

Jawaban atas masalah-masalah HPI itu didasarkan atas asas-asas atau doktrin HPI, sebagai berikut:

1. asas *lex loci delicti commisi*

Menurut asas ini, bahwa penentuan kualitas perbuatan sebagai perbuatan melanggar hukum (atau tidak) harus dilakukan berdasarkan hukum dari tempat perbuatan itu dilakukan (*lex loci delicti*) termasuk penetapan tentang perikatan-perikatan yang terbit dari perbuatan itu.

2. sama dengan nomor 1, hanya perikatan-perikatan yang timbul dari perbuatan itu (penetapan ganti rugi dan sebagainya) harus diatur berdasarkan hukum dari tempat timbulnya *akibat* dari perbuatan itu. Jadi untuk penetapan ganti rugi didasarkan pada hukum dari tempat timbulnya *akibat* perbuatan melanggar hukum.

3. asas *lex fori*

Penentuan kualitas perbuatan sebagai perbuatan melanggar hukum, termasuk penetapan hak dan tanggung jawab harus ditentukan dari hukum forum (*lex fori*).

4. *The Proper Law of Tort* (Inggris)

The Most Significant Relationship Theory (Amerika Serikat)

Penentuan kualitas suatu perbuatan sebagai perbuatan melanggar hukum serta hak dan tanggung jawab yang terbit dari para pihak, harus ditentukan berdasarkan sistem hukum yang memiliki kaitan yang paling signifikan dengan rangkaian tindakan atau situasi perkara yang sedang dihadapi.

5. Pendekatan melalui *The Interest Analysis Theory* dari Brainerd Currie

Hukum yang berlaku untuk menyelesaikan perkara harus ditetapkan setelah memperhatikan kebijakan-kebijakan umum dari negara-negara yang hukumnya terlibat dalam perkara, dan menganalisis *interests* dari negara-negara itu untuk memberlakukan kaidah hukum *internnya* pada perkara yang bersangkutan.

6. Sistem HPI Inggris, yang berkembang sebagai “*general rule*”, yang perlu diperhatikan agar tuntutan ganti rugi terhadap perbuatan melanggar hukum dapat berhasil, yaitu:

- a. suatu gugatan ganti rugi atas suatu perbuatan dianggap *tort* berdasarkan *lex loci delicti* akan ditolak seandainya perbuatan semacam itu menurut Hukum Inggris bukan merupakan perbuatan melanggar hukum yang dapat diajukan ke pengadilan (*not actionable in England*).
- b. penggugat harus membuktikan bahwa sesuai *lex loci delicti commissi*, memang telah terjadi perbuatan melanggar hukum yang dapat diperkarakan (*actionable by the lex loci delicti commissi*).

Pertanyaan yang timbul: apa langkah selanjutnya setelah perbuatan dianggap sebagai perbuatan melanggar hukum, yang dapat menerbitkan ganti rugi baik berdasarkan *lex fori* maupun *lex loci delicti*?

Berdasarkan hukum manakah hakim akan menyelesaikan perkara itu?

Hukumnya sendiri atau berdasarkan hukum dari tempat perbuatan. Hal ini tergantung asas dan doktrin apa yang diterima oleh forum.

Menurut teori klasik, hukum yang *applicable* terhadap perbuatan melanggar hukum adalah hukum tempat terjadinya perbuatan

melanggar hukum itu (*lex loci delicti commissi*). Kaidah ini merupakan kaidah yang tertua dan umum diterima dimana-mana sejak abad ke-13 tanpa menemukan tantangan sedikitpun. Bahkan mayoritas dari para penulis HPI menganggap berlakunya kaidah ini sebagai “sudah dengan sendirinya” dan logis. Walaupun prinsip ini merupakan prinsip yang paling berpengaruh dan hingga kini masih dipergunakan *lex loci delicti* di mana-mana, namun setelah Perang Dunia II terdengar suara-suara yang menentangnya. Kaidah *lex loci delicti* dianggap terlalu kaku, sehingga terdapat suara-suara yang secara radikal hendak membuangnya atau yang secara lebih lunak hendak melembutkannya.

Alasan-alasan yang diajukan oleh pihak-pihak yang mendukung pemakaian *lex loci delicti*, antara lain:¹⁴⁶

1. alasan mudah untuk menemukan hukum.

Prinsip ini sangat mudah untuk menemukan hukum yang *applicable*.

2. alasan prevensi.

Dengan menggunakan hukum tempat terjadinya perbuatan melanggar hukum bertujuan untuk prevensi. Kewajiban untuk membayar ganti rugi bukan semata-mata untuk kepentingan korban, melainkan juga adanya peringatan bagi pelaku untuk jangan melakukan perbuatan yang melanggar hukum di tempat tersebut.

3. alasan uniformitas keputusan.

Jika digunakan prinsip *lex loci delicti* ini oleh semua pengadilan akan terjamin sebanyak mungkin harmonisasi dari keputusan-keputusan.

Adapun keberatan penggunaan *lex loci delicti* disertai alasan-alasan, antara lain:¹⁴⁷

1. prinsip tersebut merupakan aturan yang keras dan kaku.

Alasan kesederhanaan untuk menemukan hukum yang harus dipergunakan ini ternyata membawa berbagai keberatan, terutama tidaklah selalu mudah untuk menentukan “*locus*”

¹⁴⁶ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid III Bagian 2 Buku Kedelapan, Alumni, Bandung, 1989, h. 122-124

¹⁴⁷ *Ibid.*, h. 125-129.

bilamana dalam suatu peristiwa terdapat lebih dari satu tempat yang “ada harapan untuk diterima” untuk itu.

Contoh: jika suatu surat yang memuat kata-kata hinaan dikirim dari negara X tetapi diterima di negara Y.

Pekerjaan yang dilakukan oleh hakim dalam proses penemuan hukum dengan adanya “aturan yang keras dan kaku” ini menjadi “tanpa berpikir”. Hakim melakukan sesuatu secara otomatis, tanpa berpikir lebih jauh dan tanpa memperhatikan aneka warna kehidupan hukum dan fakta-fakta yang berada di sekitar peristiwa tersebut.

Kehidupan sehari-hari memperlihatkan aneka warna perbuatan melanggar hukum yang sukar diatur oleh hanya satu kaidah yang harus berlaku untuk semua hal dan segala kemungkinan.

2. alasan prevensi hanyalah bersifat relatif.

Tujuan prevensi pun tetap ada walaupun jumlah ganti rugi ditentukan oleh ukuran dari negara-negara lain. Jadi tidak dapat dikatakan secara *a priori* bahwa hukum dari tempat terjadinya perbuatan melanggar hukum ini akan memberi jaminan tentang tingginya jumlah ganti rugi yang harus dibayar melebihi dari misalnya hukum negara lain (yang mungkin dipakai, misalnya hukum nasional dari kedua belah pihak jika pelaku dan korban berkewarganegaraan yang sama).

3. alasan “tidak ada kesatuan universal”

dalam doktrin modern bahwa tidak benar kalau prinsip *lex loci delicti* ini diterima secara universal. Tidak ada kesatuan pendirian di depan pengadilan di berbagai negara, juga jika dipakai prinsip *lex loci delicti*. Pengertian apa yang dianggap sebagai “perbuatan melanggar hukum” terdapat perbedaan pendapat mengenai klasifikasinya, ada yang mengklasifikasikan menurut *lex fori*, ada juga yang menurut *lex loci*.

4. adanya keberatan karena tidak sesuai dengan suasana sosial.

Perbuatan melanggar hukum kadang-kadang terjadi dalam suasana sosial yang berbeda tempat terjadinya.

Untuk menjelaskan hal ini diajukan contoh yang dikemukakan oleh Morris dalam mengadakan pembelaan terhadap teorinya tentang ***“the proper law of a tort”***, yaitu:

Dalam suatu perkemahan anak-anak sekolah Amerika Serikat yang diadakan di Quebec (Canada) telah terjadi peristiwa yang menyedihkan, yaitu suatu hari seorang murid perempuan telah diperkosa oleh murid laki-laki dari perkemahan tersebut, dan seorang anak lain telah digigit anjing.

Dua kecelakaan ini terjadi karena pimpinan perkemahan (guru sekolah) telah lalai dalam memenuhi kewajiban untuk mengawasi secara cermat, seperti yang seyogyanya diharapkan dari mereka.

Hukum manakah yang *applicable*, jika kelak orangtua para korban mengajukan tuntutan setelah mereka kembali ke Amerika Serikat?

Tentu kurang memuaskan kalau menggunakan hukum Canada, karena faktor Canada merupakan ***“kebetulan”***. Semua orang yang terlibat adalah orang-orang Amerika Serikat.

Pada permulaan abad ke-19 timbul teori yang menggunakan prinsip *lex fori*, yaitu dalam perkara perbuatan melanggar hukum selalu harus dipergunakan hukum dari forum.

Penggunaan prinsip ini semata-mata alasan praktis, yaitu apabila sangat sulit untuk menentukan ***“locus”*** dalam rangka penggunaan prinsip *lex loci delicti*, maka dengan menggunakan *lex fori* akan memperoleh kepastian hukum.

Ada beberapa negara yang tanggung jawab untuk perbuatan melanggar hukum dibatasi menurut hukum sendiri, misalnya di Jerman ditentukan bahwa kerugian yang dapat ditanggung oleh warga negara Jerman yang melakukan perbuatan melanggar hukum di luar negeri tidak dapat melebihi jumlah yang warga negara Jerman dapat menanggung menurut hukum nasionalnya.

Ada juga menggunakan kombinasi pemakaian *lex loci* dan *lex fori*, seperti di Inggris, dalam kasus **Philips v. Eyre**.¹⁴⁸

Penggugat telah mengajukan tuntutan di Inggris terhadap seorang bekas Gubernur Jamaica. Tergugat dituduh telah melakukan perbuatan melanggar hukum karena ia selama masa jabatannya

¹⁴⁸ *Ibid.*, h. 133-136.

telah melakukan perbuatan sewenang-wenang terhadap Penggugat dengan memenjarakannya tanpa alasan yang sah. Hal ini terjadi dalam rangka penumpasan pemberontakan di Jamaica. Kemudian oleh pemerintah Jamaica telah dikeluarkan perundang-undangan dengan kekuatan berlaku surut yang membenarkan segala tindakan-tindakan yang telah diambil itu. Dengan demikian, menurut Hukum Jamaica tindakan-tindakan yang telah diambil terhadap Penggugat telah menjadi sah.

Pihak Penggugat tidak menyetujui pendirian ini dan mendalilkan bahwa pada saat penahanan dilakukan, maka perbuatan Tergugat tidak sah. Tidak ada perundang-undangan Jamaica yang dapat meniadakan haknya untuk mengajukan tuntutan di hadapan pengadilan Inggris.

Pengadilan menganggap bahwa tindakan Tergugat yang telah dilakukan (membuat undang-undang) adalah sah, sehingga tuntutan Penggugat tidak dapat dikabulkan.

Pertimbangan pengadilan adalah harus dipenuhi adanya 2 syarat untuk mengajukan tuntutan, yaitu syarat ***"actionability"*** dan syarat ***"justifiability"***.

Syarat ***"actionability"*** berarti bahwa seorang Penggugat di hadapan pengadilan Inggris harus dapat membuktikan bahwa tindakan sengketa ini apabila dilakukan oleh Tergugat di dalam wilayah Inggris akan merupakan *tort*, yang membawa kewajiban untuk membayar ganti rugi.

Syarat ***"justifiability"*** berarti bahwa perbuatan yang disengketakan itu harus juga merupakan perbuatan melanggar hukum di tempat di mana perbuatan itu dilakukan (jadi mengkaitkan dengan *lex loci delicti*).

Kedua syarat itu hampir mendekati pemakaian *lex fori*, tetapi dengan sedikit perlunakan untuk melindungi Tergugat yang perbuatannya adalah *justifiable* pada tempat di mana dilakukannya (dapat dibenarkan pada *locus*).

Kecaman terhadap prinsip *similarity* pada yurisprudensi Inggris yaitu begitu luasnya pemakaian pengertian *public policy*. Jika hakim Inggris menunjuk pada *lex loci delicti*, maka sebenarnya *lex fori*-lah yang menentukan apakah telah terpenuhi syarat-syarat tadi.

Di Amerika Serikat pertanyaan pertama dan utama di bidang HPI, yaitu “hukum manakah yang *applicable* atas sesuatu kasus”. Sejak tahun 60-an mengalami *rethinking* dan karena itu mengalami pengolahan baik dari dunia ilmu maupun dari praktek hukum (yurisprudensi). Tentang hal ini, Prof. Willis Reese, telah membuat uraian dalam papernya untuk simposium HPI pada tahun 1969 di Curacao, dengan judul “*Recent developments in torts choice of law thinking in the United States*”. Khususnya di bidang tort sudah dapat disaksikan suatu perubahan haluan dalam yurisprudensi yang dalam hal ini beraneka ragam bentuknya. Di dalam *papernya* tersebut, Reese bertanya diri, apakah dari yurisprudensi-yurisprudensi tersebut dapat disaring (disimpulkan) pendirian-pendirian pokok/dasar.

Dalam hubungan ini, berdasarkan survei dan penelitiannya, Reese melihat ada 3 pendirian pokok tersebut, yaitu:

1. Dogma atau ajaran bahwa ketentuan penunjuk itu meliputi segala-galanya di wilayah atau bidangnya sudah ditinggalkan; jadi pada *tort* “*locus delicti*” bukan lagi merupakan satu-satunya pertautan yang menyeluruh untuk undang-undang yang *applicable*;
2. Atas setiap bagian sesuatu kasus dapat diterapkan undang-undang yang satu lain daripada lainnya.

Ini memang sudah agak lama sebelumnya dilakukan terhadap soal-soal pembuktian, soal-soal pengurangan/pembatasan tanggung-gugat, sekarang hal ini dilakukan pula terhadap bagian-bagian materiil sesuatu perkara perbuatan melanggar hukum. Berbagai negara masing-masing bisa merasa berkepentingan agar sistem hukumnya diterapkan, misalnya *lex loci delicti* untuk menilai apakah perbuatan itu melanggar hukum atau tidak, sedangkan hukum nasional para pihak untuk menentukan besarnya kerugian, jadi seberapa jauh diderita kerugian.

3. Soal/pertanyaan hukum yang mana yang *applicable* sangat dipengaruhi oleh soal tempat di mana diajukan perkaranya.

Menurut Reese ketiga titik pangkal pendirian ini sebenarnya malahan lebih meningkatkan ketidakpastian daripada mendatangkan kepastian. Perkembangan baru ini berawal dari perkara “**Babcock v. Jackson**”, dengan lanjutannya dalam perkara “**Dym v. Gordon**”, yang kasusnya dibahas kemudian.

Reese berpendapat sebenarnya lebih tepat berkata tentang suatu cara “*approach*” daripada titik tolak pendirian dalam usaha menemukan hukum yang *applicable* atas suatu perbuatan melanggar hukum. Suatu pendekatan penting dan baru merupakan apa yang disebut “*governmental interest analysis*” yang dirintis oleh Currie. Menurut pendekatan ini, hukum yang harus diterapkan atas *tort* adalah hukum dari negara yang mempunyai kepentingan paling besar pada penyelamatan kepentingan-kepentingan hukumnya yang bisa diterapkan atas kasusnya. Terhadap pendekatan yang demikian ini, Reese mengajukan kritiknya karena tidak mungkinkah untuk meneliti apa dan sejauh manakah kepentingan sesuatu negara yang bersangkutan, sebab suatu ketentuan hukum bisa saja didasari berbagai kepentingan beraneka warna. Menurut Reese, dengan menggunakan pendekatan ini, hakim bisa sampai pada hasil apa saja, yang memang diinginkan. Menurut Reese, hal ini dapat dilihat dalam perkara **Kell v Henderson** yang fakta-faktanya justru kebalikannya dari fakta-fakta dalam perkara “*Babcock v Jackson*”.

Perkara Babcock v Jackson¹⁴⁹

New York Court of Appeals (1963)

Kasus posisi:

Miss Georgia Babcock bersama suami-isteri William Jackson, semuanya penduduk Rochester, pada tanggal 16 Spetember 1960, pergi bertamasya akhir minggu ke Canada dengan mengendarai mobil Jackson, yang dikemudikan oleh Jackson sendiri. Waktu mereka melewati propinsi Ontario, pada suatu ketika Jackson tidak bisa menguasai setirnya, sehingga mobilnya menabrak sebuah tembok. Sebagai akibat dari kecelakaan tersebut Miss Babcock menuntut ganti kerugian kepada Jackson berdasarkan “*negligence*”.

Pada waktu terjadi kecelakaan tersebut, di Ontario berlaku suatu “*Guest Statute*” yang pada pokoknya menentukan bahwa orang-orang yang hanya merupakan “*guest*” tanpa pembayaran tidak dapat menuntut kompensasi apapun jika terjadi kecelakaan.

Ketentuan yang demikian ini tidak terdapat dalam perundang-undangan negara bagian New York. Persoalan yang dihadapi ialah: apakah hukum dari tempat terjadinya perbuatan melanggar hukum, yang hingga kini dipakai oleh peradilan-peradilan New York, juga akan berlaku tanpa perubahan atau pengecualian, atau sebaliknya

¹⁴⁹ *Ibid.*, h. 155-161.

akan juga ada kemungkinan bagi pertimbangan faktor-faktor lain yang relevan untuk diperhatikan dalam proses mencari hukum yang harus diberlakukan.

Hukum klasik yang tradisional, *lex loci delicti*, menurut HPI Amerika Serikat, boleh dikatakan telah umum diterima. Kaidah tentang ini dapat dilihat dalam *Restatement on the Conflict of Law paragraph 384*.

Judge Fuld dalam pertimbangannya mengemukakan bahwa asas *lex loci* ini telah diterima dalam yurisprudensi Amerika Serikat berdasarkan teori "*vested rights*". Menurut doktrin ini maka hak untuk ganti kerugian pada suatu perbuatan melanggar hukum yang terjadi di negara asing terciptanya ditentukan menurut hukum dari tempat terjadinya kerugian itu dan adanya hanya bergantung pada hukum tersebut. Tapi doktrin ini sudah lama dianggap tidak sesuai lagi.

Teori klasik mempunyai keuntungan-keuntungan: kepastian hukum, mudah pemakaiannya dan dapat diketahui terlebih dahulu. Tapi pengadilan tidak buta akan kenyataan bahwa teori klasik ini pada waktu akhir-akhir ini telah mengalami banyak kecaman. Banyak suara telah dikemukakan terhadap kaidah tradisional ini yang menyarankan supaya dilepaskannya sama sekali atau sekurang-kurangnya diadakan modifikasi tertentu.

Juga di bidang hukum kontrak terdapat pergeseran pandangan yang serupa. Kalau dulu disandarkan sesuatu atas teori "*vested rights*" pula dan ditekankan kepada *lex loci actus* atau *lex loci solutionis*, kini telah diterima bahwa yang diperhatikan ialah apa yang dinamakan "*centre of gravity*" atau "*grouping of contacts*" theory. Dalam pada itu, maka pengadilan-pengadilan, daripada menganggap maksud para pihak atau tempat pembuatan atau pelaksanaan kontrak sebagai yang menentukan, lebih menekankan pada hukum dari tempat yang mempunyai kaitan-kaitan penting yang terbanyak dengan persoalan yang disengketakan.

Pandangan yang baru berkenaan dengan kontrak menurut *New York Court of Appeals* ini dapat dipakai juga untuk menyelesaikan soal-soal *torts*, terutama seperti peristiwa yang dihadapi sekarang. Dengan demikian akan tercapai keadilan, kejujuran dan hasil praktek hukum yang paling baik, tujuan yang selalu perlu diperhatikan

oleh pengadilan. Sebaiknya dipergunakan hukum yang karena hubungannya atau pertautannya dengan peristiwa bersangkutan atau dengan para pihak, mempunyai hubungan yang paling besar dengan persoalan spesifik yang diajukan di muka pengadilan.

Kemudian dibandingkan pertautan-pertautan dan kepentingan-kepentingan dari New York dan Ontario berkenaan perkara ini.

Menuru hakim, jika hal yang demikian ini dilakukan, maka teranglah bahwa kepentingan New York jauh melebihi daripada kepentingan Ontario; perhatian dari New York adalah lebih langsung dan lebih besar daripada kepentingan Ontario. Faktor-faktor “*week-end trip*” yang menyatakan hal ini ialah: gugatan ini diajukan oleh seorang “*New York guest*”, terhadap “*negligence*” dari seorang “*New York host*”, berkenaan dengan pengendaraan mobil yang mempunyai garasinya, STNK dan juga diasuransikan di New York, satu dan lain berkenaan dengan yang dimulai dan diharapkan akan berakhir di New York pula. Sebaliknya Ontario hanya mempunyai hubungan secara “**kebetulan**”: yaitu bahwa kecelakaannya terjadi di situ.

Sekarang diperhatikan apakah yang merupakan kebijakan pokok atau yang mendasari dari ketentuan-ketentuan bersangkutan, “*Guest Statute*” dari Ontario dan undang-undang New York yang tidak mengenal pembatasan seperti itu. Di New York sudah terang adanya kebijakan yang minta dari seorang yang mengakibatkan *tort* supaya mengganti rugi sepenuhnya. Usaha dari pihak pembentuk undang-undang untuk mengadakan perubahan dalam hal ini yakni dengan membatasi risiko telah berkali-kali mengalami kegagalan. Sebaliknya Ontario tidak mempunyai kepentingan yang nyata apabila tidak diakui hak ganti rugi dari seorang “*New York guest*” terhadap seorang “*New York host*”. Dalam hal ini kepentingan dari Ontario ialah hanya agar diadakan pembatasan demikian berkenaan pihak-pihak yang merupakan “*Ontario defendants*” (tergugat) dan maskapai asuransi Ontario.

Karena semua pihak dalam perkara ini adalah orang-orang New York, termasuk pula maskapai asuransi yang bersangkutan, maka hukum New York-lah yang berlaku dan “*Guest Statute*” dari Ontario tidak diperhatikan.

Court of Appeals berpendapat, walaupun pada umumnya masih dipegang teguh asas *lex loci*, namun dalam perkara ini harus

diadakan penyimpangan. Selanjutnya dikemukakannya bahwa yang mempunyai “*superior claim*” (tuntutan yang paling kuat) untuk pemakaian undang-undangnya adalah New York, dengan mengatakan: Mengenai perkara itu, maka New York-lah, sebagai tempat di mana para pihak bertempat tinggal, di mana terjadinya hubungan antara “*guest*” dengan “*host*” dan di mana perjalanan itu dimulai dan diharapkan akan diakhiri, adalah melebihi Ontario, tempat di mana secara kebetulan terjadinya kecelakaan, yang mempunyai kaitan yang dominan dan tuntutan yang paling kuat bagi penerapan hukumnya.

Oleh *Court of Appeals* dilukiskan di sini, bahwa seolah-olah sistem hukum yang bertemu menuntut untuk dipergunakan dan dengan demikian harus dipertimbangkan sistem hukum yang manakah adalah lebih kuat perkaitan dan klaimnya. Ternyata *Court of Appeals* dalam pertimbangannya tidak menggunakan teknik tradisional klasik yang kaku dari asas *lex loci*, melainkan menggantinya dengan yang lebih fleksibel untuk memperhatikan pula pertimbangan kebijakan yang esensial.

Dengan demikian, Miss Babcock dibenarkan tuntutanannya. Keputusan-keputusan pengadilan rendahan yang memenangkan Jackson dibatalkan. Eksepsi yang diajukan oleh Jackson dikesampingkan.

Perkara Dym v. Gordon¹⁵⁰

New York Court of Appeals (1965)

Kasus posisi:

Penggugat adalah seorang perempuan bernama Dym dan tergugat adalah seorang pria bernama Gordon. Kedua-duanya bertempat tinggal di New York. Mereka telah terdaftar sebagai mahasiswa pada *summer course* University of Colorado yang akan berlangsung 6 minggu lamanya. Sebulan sebelumnya mereka telah datang masing-masing sendiri-sendiri dari New York. Dym datang dengan bus sedangkan Gordon dengan mobilnya. Pada suatu saat (tanggal 11 Agustus 1959) Gordon membawa Dym dalam mobilnya ke suatu lapangan golf yang terletak 10 mil dari Campus University of Colorado. Disebabkan karena kelalaian (*ordinary negligence*) dari

¹⁵⁰ *Ibid.*, h.162-168.

Gordon, yaitu ia jalan terus tanpa menghiraukan lampu merah dari lalu lintas, terjadilah tabrakan antara mobilnya dengan sebuah mobil dari Kansas yang dikendarai oleh seorang Kansas. Kecelakaan tersebut mengakibatkan Dym mengalami luka-luka. Tak lama setelah kecelakaan tersebut kedua-duanya kembali ke New York.

Sesampainya di New York, Dym menuntut kerugian untuk luka-luka yang dialaminya sebagai akibat tabrakan di Colorado itu atas dasar *ordinary negligence* dari Gordon.

Hukum manakah yang *applicable*? Hukum New York ataukah Hukum Colorado? Di Colorado, negara tempat terjadinya kecelakaan, terdapat peraturan mengenai "*Guest Statute*" yang boleh dikatakan sama maknanya dengan "*Guest Statute*" dari Ontario.

Dalam "*Guest Statute*" Colorado antara lain pada pokoknya menyatakan bahwa seorang "*guest*" tidak dapat menuntut ganti kerugian pada "*host*"-nya, kecuali bila "*host*" itu telah memperlihatkan perbuatan yang tidak memperhatikan hak-hak orang lain dengan secara kasar dan disengaja.

Jika dalam perkara ini hukum materiil New York yang diterapkan, maka gugatan Dym akan dibenarkan dan Gordon harus membayar kerugian, karena menurut hukum New York dengan alasan "*ordinary negligence*" saja sudah cukup untuk menuntutnya dan tidak diadakan pembatasan seperti halnya dengan hukum Colorado.

Oleh *Trial Court* (hakim tingkat pertama) dikemukakan bahwa sesuai dengan perkara *Babcock v Jackson* yang diterapkan ialah hukum New York. Tetapi putusan itu oleh *Appellate Division* telah dibatalkan secara dengan suara bulat dan kesepakatan dengan menyatakan bahwa hukum Colorado yang harus diterapkan.

Pendirian *Appellate Division* ini dikuatkan oleh *Court of Appeals*. Judge Burke menganggap bahwa memang hukum Colorado lah yang harus berlaku dan mengemukakan bahwa juga pendirian *Court of Appeals* ini (yang notabene pilihan hukumnya berlainan dengan pilihan hukum *Trial Court*) adalah sesuai dengan *ratio* yang diperlihatkan dalam perkara *Babcock v Jackson*. Di sini dapat dilihat bahwa baik *Trial Court* maupun *Court of Appeals* menyatakan bahwa keputusan mereka didasarkan atas perkara *Babcock v Jackson* itu, akan tetapi ternyata pilihan hukum mereka adalah berlainan.

Court of Appeals menganggap tafsiran Trial Court mengenai Babcock v Jackson itu keliru. Hakim tingkat pertama ini telah mengambil sikap seperti yang diperlihatkan oleh HPI Inggris, yaitu dengan menerapkan *lex fori* atau menggunakan *public policy* yang mengecewakan.

Jalan yang ditempuh untuk mencari hukum yang applicable adalah memang sesuai dengan perkara Babcock v Jackson, yaitu:

1. menyendirikan sengketa itu,
2. mengetahui *public policy* yang terkandung di dalam masing-masing hukum yang sedang bersaing itu,
3. menyelidiki pertautan-pertautan dari masing-masing wilayah hukumnya dengan perkara yang bersangkutan dengan jalan ini dimaksudkan untuk mengetahui negara mana mempunyai pertautan yang paling kuat (*superior connection*) dengan peristiwa yang bersangkutan dan dengan demikian mempunyai kepentingan yang paling besar (*superior interest*) untuk diberlakukan *policy*-nya.

Kemudian Burke mengemukakan bahwa dalam perkara Dym v Gordon ini *policy* yang mendasari hukum Colorado bukan hanya satu seperti halnya dalam perkara Babcock v Jackson. Seperti diketahui dalam perkara Babcock v Jackson ini kebijakan pokok atau yang mendasarinya adalah perlindungan bagi sopir-sopir Ontario dan maskapai-maskapai asuransi mereka terhadap kalin-kalaim yang dibuat-buat (*fraudulent claim*). Ternyata kebijakan pokok atau yang mendasari dari hukum Colorado itu selain terdiri dari perlindungan bagi sopir-sopir Colorado dan maskapai-maskapai asuransi mereka terhadap *fraudulent claim* juga masih ditambah lagi dengan 2 hal, yaitu: prevensi dari tuntutan-tuntutan oleh pihak pembonceng-pembonceng yang tidak mempunyai rasa terima-kasih (*ungrateful guests*) dan di samping itu prioritas dari orang-orang pihak ketiga yang berada dalam mobil-mobil lain yang juga tertabrak oleh tergugat tanpa adanya kesalahan sedikitpun dari mereka sendiri. Orang-orang tersebut belakangan ini juga harus diberi perlindungan agar mereka jangan sampai kurang atau sama sekali tidak mendapat ganti-kerugian dari tergugat, karena adanya tuntutan ganti kerugian juga dari penggugat (*guest*).

Selain itu perlu pula diperhatikan dengan negara manakah peristiwa sengketa itu mempunyai pertautan-pertautan yang lebih penting (*the*

more significant contacts). Di sini diperhatikan adanya perbedaan-perbedaan yang nampak dengan perkara *Babcock v Jackson*. Dalam perkara tersebut tidak ada tabrakan antara 2 mobil, sedang yang tersangkut hanyalah orang-orang New York saja, sehingga tidak perlu diperhatikan kepentingan dari Ontario mengenai hak-hak dari mobil yang tanpa kesalahan sendiri tertabrak oleh mobil lain. Di sini hubungan antara “*host*” dan “*guest*” telah terjadi seluruhnya di New York, sedangkan perkara *Dym v Gordon*, yang persoalannya demikian:

Para pihak (*Dym* dan *Gordon*) sudah berada di Colorado ketika terjadi hubungan antara mereka, yang sekarang ini dijadikan alasan untuk mengajukan tuntutan dari pihak penggugat. Di sini yang dipandang penting adalah aktivitas para pihak ketika berada di Colorado, sehingga kecelakaan yang terjadi disitu bukanlah hanya kebetulan saja. Jadi, karena dalam hal ini Colorado mempunyai pertautan yang demikian pentingnya dengan hubungan itu sendiri dan dengan dasar dari pembentukannya, maka jelaslah dibenarkannya penerapan hukumnya dan *policy* yang mendasari hukum itu.

Yang penting disini ialah pertimbangan hakim, yang menyatakan bahwa kaidah klasik *lex loci delicti* dan pemakaiannya secara mekanis tidak akan dipergunakan lagi dalam kasus-kasus perbuatan melanggar hukum. Kaidah *lex loci delicti* tersebut cocok dalam waktu yang lampau ketika orang masih belum hidup dalam keadaan lalu-lintas modern seperti sekarang dan pada waktu mana masih sangat jarang orang bepergian. Sekarang keadaannya sudah berlainan, kerana bepergian atau melancong ke luar negeri sekarang tidak lagi terbatas pada beberapa orang saja.

Kemudian oleh Burke dikemukakan bahwa sudah sejak lama nampak dengan jelas tidak tepatnya kaidah *lex loci* yang kuno itu untuk diterapkan terhadap banyak perkara, halmana disebabkan oleh nsistem perjalanan dan komunikasi yang telah maju, disertai dengan mobilitas penduduk pada umumnya yang telah meningkat. Pendirian yang telah disebutkan dalam perkara *Babcock v Jackson* itu memberikan fleksibilitas pada pengadilan, hal mana diperlukan untuk menghadapi perkara-perkara itu.

Sikap Court of Appeals dalam perkara *Dym v Gordon* ini tidak berbeda dari pendirinya dalam perkara *Babcock v Jackson*, melainkan semata-mata merupakan suatu contoh penerapannya.

Hanya saja Court of Appeals dalam menilai titik pertautan dalam perkara yang bersangkutan tidak hanya secara kuantitatif saja seperti yang hendak dilakukan oleh penggugat yang menunjuk kepada perusahaan asuransi di New York, registrasi mobil di New York, domisili kedua belah pihak di New York dan juga kebijakan dari hukum New York yang menghendaki pemakaian hukumnya, halmana dengan demikian hanya hendak merubah Babcock-rule itu menjadi kaidah tentang domisili atau *public policy*, melainkan Court of Appeals juga menilainya secara kualitatif, sehingga sampai pada penguraian faktor-faktor tersebut di atas yang menunjuk kepada pemakaian hukum Colorado. Di samping itu, yang dipandang penting oleh Court of Appeals ialah bahwa para pihak telah datang untuk tinggal (sementara) di Colorado, dan dengan demikian memilih untuk hidup di bawah lindungan hukum Colorado. Lain halnya, dalam perkara Babcock v Jackson di mana para pihak terus-menerus berada dalam perjalanan, maka akan tidak wajarlah jika terhadap mereka dipergunakan hukum yang tidak menguasai mereka.

Mengenai cara tersebut, Court of Appeals selanjutnya mengemukakan, bahwa analisis semacam itu banyak digunakan dalam suatu *approach* yang memandang tempat di mana kebetulan terjadi kecelakaan sebagai tidak penting, atau begitu saja menerapkan hukum domisili, atau merupakan suatu *approach* yang mementingkan penerapan *public policy* dari forum yang diberi nama "*governmental interests*". Court of Appeals mengatakan bahwa pemakaian hukum forum yang melalui didasarkan atas *public policy* adalah "terlalu kedaerah-daerahan".

Perkara Kell v. Henderson (1966)¹⁵¹

Dalam perkara ini fakta-faktanya justru kebalikannya dari fakta-fakta pada perkara Babcock v Jackson, yaitu seorang yang mengemudikan mobil dan seorang yang ikut menumpang, kedua-duanya dari Ontario, mendapat kecelakaan di New York. Oarng yang ikut menumpang tersebut terdapat luka-luka. Di sini "*Guest Statute*" yang berlaku di Ontario tidak diterapkan. Yang berlaku ialah hukum New York. Jadi lain dari perkara Babcock v Jackson, karena Babcock tidak beniat hendak merubah peraturan bahwa seorang "guest" mempunyai

¹⁵¹ *Ibid.*, h. 171-172.

alasan untuk menggugat seorang “host” karena luka-luka yang dideritanya yang disebabkan oleh *negligence* dari yang tersebut akhir di New York.

Sebenarnya *approach* yang demikian tadi jatuh pada awal bahwa menurut hakim New York yang kepentingannya lebih besar pada penerapan ketentuan hukumnya, menurut mana terdapat tanggung-gugat dalam perkara ini, daripada kepentingan Ontario pada penerapan ketentuan hukumnya yang justru meniadakan tanggung-gugat, jadi berupa suatu “*immunity rule*”.

Approach kedua adalah yang disajikan oleh paragraph 6 *Restatement of Conflict of Laws Section* dan didukung oleh Prof. Leflar.

Menurut ajaran ini, maka demi menentukan *applicable*-nya suatu undang-undang tertentu harus dipertimbangkan pula faktor-faktor lain, seperti: ratio/nalar atau maksud tujuan ketentuan-ketentuan hukum tertentu, keseragaman yurisprudensi, melindungi harapan-harapan para pihak yang wajar dan masuk akal, ketentuan hukum mana yang paling cocok dilihat dari sudut sosial-politik. *Approach* demikian belum bisa menghasilkan kepastian ataupun suatu ketentuan yang tetap, demikian konklusi Reese.

Reese sendiri menganjurkan agar kita berusaha keras agar bisa membina ketentuan-ketentuan tetap. Sehubungan dengan ini, Reese mengajukan beberapa saran, dengan berpendapat bahwa sifat melanggar hukum suatu perbuatan pada galibnya harus dinilai menurut undang-undang dari negara tempat perbuatan melanggar hukum terjadi, atau menurut undang-undang dari negara tempat kerugiannya timbul.

Reese berpendapat bahwa korban berhak menerima ganti rugi yang jumlahnya paling minim sebesar jumlah yang ditetapkan oleh undang-undang dari negara tempat kediamannya (domisili) pada waktu perbuatan melanggar hukum terjadi dan tempat ia menderita ruginya itu, akan tetapi pelaku dari perbuatan melanggar hukum bertanggung-gugat tidak lebih dari jumlah yang ditentukan oleh undang-undang dari “negaranya”.

Dalam pada itu harus diketahui bahwa di Amerika Serikat, undang-undang menetapkan sekaligus maksimum jumlah kerugian atau disebut kerugiannya dengan suatu formula tertentu, tidak seperti dalam undang-undang kita, hakim berwenang memutuskan para pihak berwenang menyebutkan jumlahnya.

BAB XII

INTEREST ANALYSIS THEORY

Teori ini sangat berpengaruh pada praktek pengadilan di Amerika Serikat yang dipelopori oleh Brainerd Currie.

Yang dimaksud dengan *interest* adalah *governmental interest* yang sistem hukumnya relevan dengan pokok perkara, untuk **memberlakukan hukumnya** dalam penyelesaian pokok perkara, yang dapat **disimpulkan dari kebijakan hukum (*policies*)** di dalam kaidah hukum lokal yang bersangkutan.

Teori ini bersifat teritorialistik dan bertitik tolak dari asumsi bahwa:

- Sistem hukum yang seharusnya menjadi *Lex Causae* adalah *Lex Fori*;
- Keputusan forum untuk menyampingkan *lex fori* dan mengganti dengan hukum asing hanya dapat dilakukan setelah dilakukan analisis secara *case by case approach*, dengan mempertimbangan *policies* dan *interest* dari negara-negara lain yang sistem hukumnya relevan dengan pokok perkara.¹⁵²

Dalam menentukan *lex causae*, dalam arti apakah perkara itu harus diatur berdasarkan kaidah hukum intern (*lex fori*) atau dapat ditundukkan pada kaidah hukum negara lain, maka langkah-langkah ini harus dilakukan:¹⁵³

1. Setelah pokok perkara ditentukan, maka pertama-tama **tentukan kaidah-kaidah hukum lokal/intern dari negara-negara yang relevan**, yang dianggap paling sesuai untuk mengatur masalah yang menjadi pokok perkara tersebut;
2. Pelajari dan bandingkan kaidah-kaidah hukum intern, baik dari *lex fori* maupun dari sistem hukum asing yang relevan dan **tentukanlah kebijakan hukum (*policies*) yang direfleksikan oleh kaidah-kaidah hukum intern tersebut**. Setiap kaidah

¹⁵² Bayu Seto, *op.cit.*, h. 127.

¹⁵³ *Ibid.*, 128-129.

hukum lokal/intern suatu negara pasti akan merefleksikan suatu kebijakan atau politik hukum tertentu untuk melindungi warga negaranya yang terlibat dalam transaksi atau peristiwa hukum tertentu. Kebijakan semacam itulah yang harus disimpulkan pada tahap ini, sebelum orang dapat menentukan ada/tidaknya *interest* dari negara-negara yang bersangkutan untuk memberlakukan hukumnya dalam perkara;

3. Tentukanlah ada/tidaknya *interest* dari negara-negara yang terlibat untuk memberlakukan kaidah hukum lokalnya pada perkara yang bersangkutan dengan cara mengkaitkan *policies* yang telah disimpulkan dengan fakta-fakta yang ada dalam pokok perkara;

Misalnya:

- Politik hukum negara A (forum) dalam perjanjian hutang-piutang lebih banyak dimaksudkan untuk melindungi warga A yang berkedudukan sebagai kreditur;
 - Politik hukum negara B (asing) dalam perjanjian semacam itu lebih banyak diarahkan untuk melindungi kepentingan warga B yang berkedudukan sebagai debitur;
 - Periksa fakta-fakta dalam perkara, dan bila fakta menunjukkan bahwa perkara ternyata melibatkan kreditur warga A dan debitur warga B, maka jelas baik negara A maupun negara B memiliki kepentingan untuk memberlakukan hukum lokalnya dalam perkara HPI ini;
4. Berdasarkan pola pendekatan tersebut, Currie¹⁵⁴ berpendapat orang akan menghadapi salah satu kemungkinan di bawah ini:

No.	Hasil Analisis	Jenis Konflik	Hukum yang Diberlakukan
1.	Kedua negara yang sistem hukumnya terlibat dalam perkara ternyata memiliki <i>interest</i> yang sama kuatnya untuk memberlakukan hukumnya dalam perkara	<i>TRUE CONFLICT CASE</i>	Berdasarkan prinsip teritorial, maka bila kedua negara memiliki <i>interest</i> , dan salah satu di antaranya adalah Negara Forum , maka forum akan mengutamakan interest forum, dan memberlakukan Lex Fori untuk menyelesaikan perkara

¹⁵⁴ *Ibid.*, h. 130-131.

No.	Hasil Analisis	Jenis Konflik	Hukum yang Diberlakukan
2.	Salah satu dari dua negara yang relevan ternyata tidak memiliki <i>interest</i> untuk memberlakukan hukumnya dalam perkara, sedangkan negara yang lain jelas memiliki <i>interest</i> untuk itu	<i>FALSE CONFLICT CASE</i>	Forum akan memberlakukan kaidah hukum lokal dari Negara yang memiliki <i>interest</i> saja
3.	Salah satu dari negara yang kaidah hukumnya relevan dengan perkara, tampak seakan-akan memiliki <i>interest</i> untuk memberlakukan hukumnya dalam perkara (<i>apparent interest</i>), tetapi setelah dilakukan peninjauan kembali secara lebih intensif terhadap ' <i>policy</i> ' dan ' <i>interest</i> ' dari negara-negara tersebut, maka sebenarnya konflik hukum ini dapat dinetralkan atau dihindarkan. Bila kesimpulan seperti ini dicapai, maka hakim akan menganggap bahwa perkara merupakan <i>False Conflict</i> saja	<i>APPARENT TRUE CONFLICT CASE</i>	Forum akan menganggap perkara sebagai <i>False Conflict Case</i> dan karena itu memberlakukan kaidah hukum dari negara yang memiliki <i>interest</i> saja .
4.	Konflik melibatkan negara forum dan sebuah negara asing, dan setelah analisis <i>policies</i> dan <i>interest</i> , ternyata tidak satu pun negara memiliki <i>interest</i> untuk memberlakukan hukumnya dalam perkara	<i>UNPROVIDED FOR CASE</i>	Karena secara rasional tidak ada negara yang memiliki <i>interest</i> untuk memberlakukan hukumnya dalam perkara, maka Forum harus melihat kemungkinan adanya kebijakan hukum umum (<i>common-policy</i>) yang sebenarnya diakui di kedua negara yang bersangkutan dalam perkara sejenis. Bila <i>common policy</i> semacam itu dapat dirumuskan maka hal itulah yang diberlakukan sebagai hukum dalam memutus perkara.

CONTOH: **TRUE CONFLICT CASE**¹⁵⁵

FAKTA-FAKTA	
Negara Bagian Oregon	Negara Bagian California
1. Tergugat adalah warga negara bagian Oregon, Amerika Serikat	1. Tergugat (debitur) membuat perjanjian hutang piutang dengan pihak Penggugat (warga negara bagian California, AS – kreditur)
2. Pengadilan Oregon telah menyatakan bahwa pihak Tergugat adalah seorang Pemboros, dan dianggap tidak mampu untuk melakukan perbuatan hukum sendiri, dan selalu harus diwakili oleh <i>curator</i> -nya	2. Dalam rangka perjanjian hutang piutang dengan Penggugat, pihak tergugat kemudian membuat Surat Pengakuan Hutang (<i>Promissory Note</i>)
3. Penggugat mengajukan gugatan di Pengadilan Oregon dan menuntut pembayaran hutang sesuai <i>promissory note</i> yang dibuat tergugat	3. Ketika Penggugat menagih pelunasan hutang, pihak tergugat (<i>curator</i> -nya) menolak pelunasan hutang dan menyatakan bahwa perjanjian hutang piutang yang dibuat tergugat dengan penggugat adalah batal demi hukum (void)
FAKTA-FAKTA HUKUM	
Hukum Intern Oregon	Hukum Intern California
“Setelah diangkat wali/curator, maka semua kontrak dan transaksi-transaksi hukum lain yang dibuat oleh pihak pemboros sendiri, di bidang-bidang yang menyangkut kekayaannya, akan DAPAT DIBATALKAN (voidable) ”	“Kontrak-kontrak yang dibuat, atau janji-janji yang harus dipenuhi, atas dasar anggapan bahwa sebuah kontrak memang dapat dilaksanakan (enforceable) akan tetap diakui SAH dan MENGIKAT para pihak pembuatnya”
ANALISIS KEBIJAKAN/ <i>POLICY</i> HUKUM	
Hukum Oregon	Hukum California
* Perlindungan hukum terhadap warga Oregon yang menjadi keluarga orang-orang Oregon yang telah dinyatakan sebagai pemboros	* Perlindungan dan jaminan hukum bagi kreditur-kreditur warga California untuk memperoleh pembayaran piutangnya, termasuk dalam hal pihak debitur adalah seorang pemboros
* Perlindungan hukum bagi badan publik Oregon yang harus membiayai kehidupan si Pemboros dan keluarganya melalui <i>curatele</i>	* Upaya untuk mempertahankan reputasi bahwa kontrak-kontrak bisnis yang dibuat dengan sah di California, akan tetap diakui dan ditegakkan berdasarkan hukum California

¹⁵⁵ *Ibid.*, h. 132-133

ANALIS KEPENTINGAN/INTEREST	
Negara bagian Oregon memiliki kepentingan untuk memberlakukan hukumnya dalam rangka melindungi kekayaan tergugat (seorang pemboros Oregon) dan atau keluarganya	Negara bagian California memiliki kepentingan untuk memberlakukan hukumnya dalam rangka perlindungan terhadap Penggugat sebagai kreditur warga California
Bila hukum Negara Bagian Oregon diberlakukan, maka gugatan pihak Penggugat AKAN DITOLAK , dan kontrak akan dibatalkan (sesuai permintaan <i>curator</i>)	Bila hukum Negara Bagian California yang berlaku, maka gugatan pihak Penggugat AKAN DIKABULKAN , dan kontrak (<i>promissory note</i>) akan dianggap tetap sah dan mengikat
KASUS YANG DIHADAPI: TRUE CONFLICT	
* Sesuai teori <i>Interest Analysis</i> , dalam hal terjadi <i>True Conflict Case</i> , maka kaidah hukum yang harus dianggap sebagai <i>lex causae</i> adalah kaidah hukum lokal dari LEX FORI	
* Berdasarkan pola berpikir itu, pengadilan Oregon memberlakukan hukumnya sendiri untuk memutus perkara	
* Kontrak hutang piutang (<i>promissory note</i>) yang dibuat oleh debitur pemboros warga Oregon (tergugat) dapat dimintakan pembatalannya, dan karena itu gugatan Kreditur California DITOLAK	

CONTOH: **FALSE CONFLICT CASE**¹⁵⁶

(adaptasi perkara Babcock v. Jackson (New York), 1963)

Negara Bagian New York	Negara Bagian Ontario (Canada)
FAKTA-FAKTA	
1. Tergugat adalah Pemilik Mobil warga New York dan Penggugat adalah penumpang mobil yang juga warga New York	4. Tujuan Perjalanan adalah ke Ontario dan langsung kembali ke New York
2. Mobil yang ditumpangi adalah mobil yang terdaftar di New York dan diasuransikan di New York	5. Di wilayah Ontario, tergugat kehilangan kendali atas kendaraannya dan mobil ke luar dari lintasan jalan dan terjadilah kecelakaan
3. Tergugat dan Penggugat setuju untuk melakukan perjalanan bersama, dan penggugat berkedudukan sebagai penumpang tamu	6. Tergugat mengalami cedera dalam kecelakaan itu dan harus mengeluarkan biaya perawatan yang cukup besar
7. Penggugat mengajukan gugatan di Pengadilan New York dan menuntut ganti rugi kepada penggugat atas dasar Ordinary Negligence (perbuatan melanggar hukum akibat kecerobohan biasa yang menimbulkan kerugian) berdasarkan hukum New York	8. Tergugat mohon agar gugatan ditolak (<i>move to dismissal</i>) dengan alasan bahwa hukum yang seharusnya berlaku sebagai <i>Lex Causae</i> hukum Ontario Canada, sebagai hukum dari tempat di mana kecelakaan terjadi (Lex Loci Delicti)

¹⁵⁶ *Ibid.*, h. 134-135

FAKTA-FAKTA HUKUM	
Hukum Intern New York:	Hukum Intern Ontario, Canada:
“Pemilik/Pengendara kendaraan bermotor yang tidak termasuk angkutan umum, tidak dapat dituntut untuk bertanggungjawab atas segala kerugian atau kehilangan yang timbul akibat cedera fisik atau meninggalnya orang yang menjadi penumpang”	“Seorang penumpang atau ahli warisnya dapat menuntut ganti rugi akibat cedera fisik atau meninggalnya orang yang menjadi penumpang kendaraan bermotor”
MASALAH HUKUM	
* Apakah berdasarkan pendekatan HPI Tradisional, hukum Ontario, Canada sebagai hukum dari <i>place of tort (lex loci delicti)</i> harus digunakan untuk menentukan adanya hak untuk menuntut ganti rugi akibat perbuatan melanggar hukum, atau	
* Apakah penentuan ganti rugi akibat adanya perbuatan melanggar hukum harus ditentukan berdasarkan faktor-faktor lain yang lebih relevan sifatnya?	
ANALISIS KEBIJAKAN/POLICY HUKUM	
Kebijakan Hukum di New York	Kebijakan Hukum di Ontario, Canada
* Melindungi pemilik-pemilik mobil New York dan perusahaan-perusahaan asuransi New York dan tuntutan-tuntutan ganti rugi yang tidak jujur, beritikad buruk, atau yang berlebihan dari penumpang-penumpang (<i>guest passengers</i>).	* Pengemudi pelanggar hukum yang akibat kecerobohannya menimbulkan kerugian pada penumpang tamunya harus dapat dituntut tanggung jawabnya untuk mengganti kerugian yang timbul.
* Melindungi warga New York yang berkedudukan sebagai tergugat dalam klaim-klaim ganti rugi semacam itu.	* Melindungi penumpang-penumpang warga Ontario yang menjadi korban dari kecerobohan pengemudi-pengemudi mobil yang ditumpangnya.
ANALISIS KEPENTINGAN/INTEREST	
Karena perkara menyangkut seorang Pengemudi New York yang menjadi penggugat, dan kemungkinan besar perusahaan asuransi New York yang harus memenuhi klaim ganti rugi, seandainya gugatan dikabulkan, maka New York memiliki kepentingan untuk memberlakukan hukumnya dalam perkara ini.	Karena di antara para pihak (Tergugat dan Penggugat) sama sekali tidak ada warga Ontario Canada, maka dapat disimpulkan bahwa Ontario Canada tidak memiliki kepentingan untuk memberlakukan hukumnya dalam perkara ini.
Karena hanya negara bagian New York yang memiliki kepentingan untuk memberlakukan hukumnya dalam perkara ini, maka Pengadilan New York sedang menghadapi FALSE CONFLICT CASE	
Berdasarkan teori <i>Interest Analysis</i> , hukum yang harus diberlakukan dalam <i>False Conflict Case</i> adalah hukum intern/lokal dari negara yang memiliki kepentingan saja (Hukum New York)	
Berdasarkan hukum intern New York, maka gugatan yang diajukan oleh warga New York (penumpang) terhadap Pengemudi warga New York (tergugat) DITOLAK	

CONTOH: **UNPROVIDED FOR CASE**¹⁵⁷

NEGARA BAGIAN X	NEGARA BAGIAN Y
FAKTA-FAKTA	
Penggugat (P) adalah warga negara X	Tergugat (T) adalah warga negara Y
P dan T hidup bersama tanpa menikah, Domisili di X	
P menghadiahkan sebuah mobil secara sukarela untuk T (tanpa syarat dan tanpa desakan dari T)	
Satu tahun setelah pemberian hadiah, P dan T memutuskan hubungan hidup bersama mereka	
FAKTA HUKUM	
Hukum X: "Dalam keadaan-keadaan tertentu, perjanjian hibah dapat dibatalkan dan benda yang dihibahkan dapat ditarik kembali"	Hukum Y: "Dalam keadaan-keadaan tertentu, perjanjian hibah dapat dibatalkan dan benda yang dihibahkan dapat ditarik kembali"
Hukum X: "Hibah dapat dibatalkan apabila Pemberi Hibah dapat membuktikan bahwa penerima hibah telah <i>melakukan kecurangan/penipuan terhadap Pemberi Hibah</i> , sehingga Penghibahan dilakukan"	Hukum Y: "Hibah dapat dibatalan oleh Penghibah, apabila di kemudian hari setelah penghibahan, <i>hubungan di antara para pihak mengalami perubahan yang mendasar</i> , sedemikian rupa sehingga bila perubahan semacam itu sudah ada pada saat hibah hendak dilakukan, Pemberi Hibah tidak akan melaksanakan Penghibahan"
ANALISIS POLICY	
Policy Negara X:	Policy Negara Y:
"Melindungi warga negara X yang berkedudukan sebagai Tergugat dan Penerima Hibah dalam perkara penghibahan, agar hibah yang telah diterimanya tidak dapat dibatalkan secara sewenang-wenang oleh Pemberi Hibah"	"Melindungi warga negara Y yang berkedudukan sebagai Penggugat dan Pemberi Hibah terhadap kerugian yang timbul karena pemberian hibah kepada penerima hibah yang dianggap tidak layak menerimanya"
ANALISIS INTEREST/KEPENTINGAN	
Negara X tidak berkepentingan untuk memberlakukan hukumnya, karena perkara sama sekali tidak menyangkut perlindungan terhadap warga negara X yang berkedudukan sebagai penerima hibah.	Negara Y tidak berkepentingan untuk memberlakukan hukumnya karena pembatalan hibah hanya akan melindungi Penggugat Warga Negara X
Bila Hukum X berlaku, maka gugatan akan dimenangkan dan Tergugat Warga Negara Y yang memenangkan perkara.	Bila Hukum Y berlaku, maka gugatan akan ditolak, dan Penggugat Warga Negara X yang memenangkan perkara.
Karena kedua Negara tidak memiliki kepentingan untuk memberlakukan hukumnya, maka yang dihadapi adalah UNPROVIDED-FOR CASE	

¹⁵⁷ *Ibid.*, h. 136-137

Dalam menghadapi kasus semacam ini, teori Interest Analysis menyarankan agar hakim menyelesaikan perkara berdasarkan KEBIJAKAN UMUM (COMMON POLICY) yang sama dari negara-negara yang terlibat (atau bahkan kebijakan umum yang tampak mewarnai perkembangan hukum dari negara-negara pada umumnya	
Hukum X memiliki kebijakan umum yang memungkinkan warganya untuk melaksanakan pembatalan suatu hibah karena alasan-alasan tertentu	Hukum Y memiliki kebijakan umum yang memungkinkan warganya untuk melaksanakan pembatalan suatu hibah karena alasan-alasan tertentu pula
Dengan mendasarkan diri pada Kebijakan Umum (<i>Common Policy</i>) diataslah Hakim kemudian menetapkan bahwa gugatan P untuk membatalkan Hibah dapat diterima	

DAFTAR BACAAN

1. Buku:

- Bayu Seto, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional (Buku Kesatu)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Campbell Black, Henry, *Black's Law Dictionary*. West Publishing CO, 6th Edition, USA, 1991.
- Castel J.G., *Introduction to Conflict of Law*, Butterworth, Toronto, 1986.
- Coleman, J., *Theories of Tort Law*, didownload dari <http://plato-stanford.edu/entries/tort-theories/>, diakses tanggal 11 Maret 2010.
- Djojodirdjo, Moegni, *Perbuatan Melawan Hukum*, cet. II, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982.
- Gautama, Sudargo, *Hukum Perdata Internasional Indonesia, Jilid II Bagian I (Buku 7)*, Alumni, Bandung, 1981.
- _____, *Hukum Perdata Internasional Indonesia, Jilid III Bagian 1*, Alumni, Bandung, 1981.
- _____, *Hukum Perdata Internasional, Jilid kedua Bagian Pertama (Buku 2)*, Eresco, Bandung, 1986.
- _____, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, Binacipta–Badan Pembinaan Hukum Nasional, Bandung, 1987.
- _____, *Hukum Perdata Internasional Indonesia, Jilid Kedua Bagian Kedua (Buku 3)*, Eresco, Bandung, 1988.
- _____, *Hukum Perdata Internasional, Jilid II Bagian 3 (Buku 4)*, Alumni, Bandung, 1989.
- _____, *Hukum Perdata Internasional Indonesia, Jilid III Bagian 2 Buku Kedelapan*, Alumni, Bandung, 1989.
- Graveson, R.H., *Conflict of Laws-Private International Law*, Sweet & Maxwell, London, 7th edition, 1974.
- Hartono, Sunaryati, *Pokok-Pokok Hukum Perdata Internasional*, Binacipta, Bandung, 1976.

Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*. West Publishing CO, 6th Edition, USA, 1991.

Juwana, Hikmahanto, *Teknik Pembuatan dan Penelaahan Kontrak Bisnis*. Pascasarjana FH-UI, Jakarta.

Khairandi, Ridwan, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*. Pascasarjana FH-UI, Jakarta, 2003.

_____, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, FH UII Press, Yogyakarta, 2007.

Kusumaatmadja, Mochtar, *Pengantar Hukum Internasional: Buku I Bagian Umum*, Binacipta, Bandung, 1990.

Mayss, Abla J., *Principles of Conflict of Laws*, Cavendish Publishing Limited, London.

North, P.M. dan Fawcett, J.J., *Cheshire and North's Private International Law*, Butterworths, 12th, 1992.

Purbacaraka, Purnadi dan Agus Brotosusilo, *Sendi-sendi Hukum Perdata Internasional: Suatu Orientasi*, Rajawali, Jakarta, 1989.

Prosser, William L., *Handbook of The Law of Torts*, Minnesota, 1964.

Ramli, Ahmad M., *Status Perusahaan dalam Hukum Perdata Internasional Teori dan Praktek*, Mandar Maju, Bandung, 1994.

Saragih, Djasadin, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional (Jilid I)*, Alumni, Bandung, 1974.

Setiawan, Rachmat, *Tinjauan Elementer Perbuatan Melanggar Hukum*, cet. I, 1991, Binacipta, Bandung, 1991.

Setiawan, R., *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung 1977.

_____, *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*, Cet. I, Alumni, Bandung, 1992.

Shippey, Karla C., *Menyusun Kontrak Bisnis Internasional*, PPM, Jakarta, 2001.

Simamora, Anggiat, *Legal Drafting: Draft Kontrak*, Makalah disampaikan dalam Bimbingan Profesi Sarjana Hukum Pertamina, Jakarta, 2001.

Wyasa Putra, Ida Bagus, *Aspek-aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2000.

2. Peraturan Perundang-undangan

Algemene Bepalingen van Wetgeving (AB).

Burgerlijke Wetboek (BW).

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Regeling op de gemengde Huwelijken S. 1898 No. 158 (GHR).

BIODATA PENULIS



Dr. Ari Purwadi, S.H., M.Hum.,
tempat & tanggal lahir: Malang,
20 Agustus 1958, e-mail:
aripurwadi.fhuwks@yahoo.co.id

Sudah sejak tahun 1983 hingga
sekarang telah menjadi staf
pengajar di Fakultas Hukum
Universitas Wijaya Kusuma

Surabaya, dengan jabatan fungsional saat ini: Lektor Kepala,
untuk mata kuliah: Pengantar Ilmu Hukum, Hukum Perdata,
Hukum Perdata Internasional, Hukum Perlindungan
Konsumen, Hukum Perjanjian Kredit dan Jaminan.

Pendidikan S1 diperoleh dari Fakultas Hukum Universitas
Airlangga (lulus 1982) dan pendidikan S2 diperoleh di Program
Studi Magister Ilmu Hukum Universitas Narotama Surabaya
(lulus 2002), serta selesai menempuh Program Doktor Ilmu
Hukum Untag Surabaya (lulus tahun 2014).

- * Mengikuti Sertifikasi Dosen pada tahun 2008.
- * Anggota Dewan Editor/Penyunting Jurnal Ilmiah Humaniora Kopertis Wilayah VII Jawa Timur (2006–2008)
- * Anggota Dewan Penyunting Jurnal Ilmiah Perspektif Fakultas Hukum Universitas Wijaya Kusuma Surabaya (2006–sekarang).
- * Publikasi ilmiah dimuat di beberapa jurnal ilmiah hukum baik yang terakreditasi maupun yang belum terakreditasi antara lain: Jurnal Hukum Era Hukum (FH Universitas Tarumanegara—terakreditasi), Arena Hukum (FH Universitas Brawijaya—terakreditasi), Trisakti (FH Universitas Trisakti), Jurnal Yustika (FH Universitas Surabaya), Pro Justitia (FH Unpar—terakreditasi), Yuridika (FH Universitas Airlangga—terakreditasi), Perspektif (FH Universitas Wijaya Kusuma Surabaya), Legality (FH Universitas Muhammadiyah Malang—terakreditasi), Mahkamah (FH Universitas Islam Riau—terakreditasi), Perspektif Keadilan (FH Universitas Wijaya Kusuma Surabaya—terakreditasi), Dinamika Hukum (FH Unsoed Purwokerto).