

PERTEMUAN I: PERKULIAHAN KESATU PENDAHULUAN

1. Definisi dan Istilah Hukum Perdata Internasional

Untuk mempelajari Hukum Perdata Internasional ada baiknya kita mengetahui istilah-istilah yang ada di beberapa negara. Istilah Hukum Perdata Internasional (HPI) yang digunakan di Indonesia sekarang ini merupakan terjemahan dari istilah¹ :

1. *Private International Law*
2. *International Private Law*
3. *Internationales Privaatrecht*
4. *Droit International Prive*
5. *Diritto Internazionale Privato*

Ada beberapa pendapat sarjana yang memberikan pandangan dan definisi dari beberapa istilah di atas antara lain pendapat dari *Prof. G.C. Cheshire* (Inggris) beranggapan 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...*”. Dalam tulisan yang sama *Prof. Cheshire* menyimpulkan bahwa : *Private International Law, then is that part of law which comes into play when the issue before the court affects some fact, event, or transaction that is so closely connected with a foreign system of law as to necessitate recourse to that system*².

Prof. R.H. Graveson berpendapat 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 the 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*”.

Pandangan *Prof. Graveson* ini kurang lebih dapat diterjemahkan sebagai berikut: *Conflict of Laws* atau Hukum Perdata Internasional adalah bidang hukum yang

¹Ridwan Khairandy, et.al, Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia, Cetakan Pertama, Gama Media, Yogyakarta, 1999, h. 1.

²Dikutip dari Bayu Seto, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*, Buku Kesatu, Edisi Ketiga, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, (selanjutnya disebut Bayu Seto I), 2001, h. 6.

berkenaan dengan perkara-perkara yang didalamnya mengandung fakta relevan yang menunjukkan perkaitan dengan suatu sistem hukum lain, baik karena aspek teritorial maupun aspek subjek hukumnya, dan karena itu menimbulkan pertanyaan tentang penerapan hukum sendiri atau hukum lain (yang biasanya asing) atau masalah pelaksanaan yurisdiksi badan pengadilan sendiri atau badang pengadilan asing³.

Prof. J.G. Sauveplanne berpendapat bahwa Hukum Perdata Internasional atau *Internationale Privaat Recht (Nederlandse)* adalah keseluruhan aturan-aturan yang mengatur hubungan-hubungan hukum perdata yang mengandung elemen-elemen internasional dan hubungan-hubungan hukum yang memiliki kaitan dengan negara-negara asing, sehingga dapat pertanyaan apakah penundukan langsung ke arah hukum asing itu tanpa harus menundukkan diri pada hukum intern (hukum Belanda).⁴

Sudargo Gautama mendefinisikan Hukum Perdata Internasional sebagai suatu keseluruhan peraturan dan keputusan hukum yang menunjukkan stelsel hukum manakah yang berlaku atau apakah yang merupakan hukum, jika hubungan-hubungan atau peristiwa antara warga (warga) negara pada suatu waktu tertentu memperlihatkan titik-titik pertalian dengan stelsel dan kaidah-kaidah hukum dari dua atau lebih negara yang berbeda dalam lingkungan kuasa tempat, pribadi, dan soal-soal⁵.

Kemudian Prof. Mochtar Kusumaatmadja berpendapat bahwa Hukum Perdata Internasional ialah keseluruhan kaidah dan asas hukum yang mengatur hubungan perdata yang melintasi batas negara. Dengan perkataan lain, hukum yang mengatur hubungan hukum perdata antara para pelaku hukum yang masing-masing tunduk pada hukum perdata (nasional) yang berlainan⁶.

Sedangkan Prof. Sunaryati Hartono berpandangan bahwa Hukum Perdata Internasional mengatur setiap peristiwa/hubungan hukum yang mengandung unsur asing, baik di bidang hukum publik maupun hukum privat. Karena inti dari Hukum

³Ibid.

⁴Ibid, h 7.

⁵Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Badan Pembinaan Hukum Nasional - Binacipta, Bandung, 1987, (selanjutnya disebut Sudargo Gautama I), h. 21.

⁶Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, Cetakan Kesatu, PT. Alumni, Bandung, 2003, h. 1.

Perdata Internasional adalah pergaulan hidup masyarakat internasional, maka HPI sebenarnya dapat disebut sebagai Hukum Pergaulan Internasional⁷.

Jadi yang internasional itu adalah hubungan-hubungannya, sedangkan kaidah-kaidah HPI adalah hukum perdata nasional. Dengan demikian, masing-masing negara yang ada di dunia ini memiliki HPI sendiri, sehingga akan dikenal HPI Indonesia, HPI Jerman, HPI Inggris, HPI Belanda, dan sebagainya⁸.

Dalam HPI Indonesia telah terjadi pertentangan istilah (*Contraditio in Terminis*), maksudnya bahwa seolah-olah ada hukum perdata yang berlaku di semua negara padahal hukum perdata tersebut (HPI) berlaku di Indonesia. Padahal HPI adalah hukum nasional dan yang internasional adalah hubungan-hubungan atau peristiwa-peristiwanya. Yang dimaksud dengan "internasional" adalah karena dalam hubungan / peristiwa hukum tersebut mengandung unsur asingnya (*foreign element*).

Beberapa contoh sederhana di bawah ini dapat mengilustrasikan pendapat dari para sarjana di atas antara lain:

- Seorang warga negara Indonesia 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 di Jakarta;
- Sebuah kontrak jual beli antara sebuah perusahaan ekspor dari 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. Ekspertir Indonesia kemudian berniat untuk mengajukan gugatan wanprestasi dan menuntut ganti rugi melalui Pengadilan di kota Miami, Florida.

Bahkan agak berbeda dari contoh-contoh di atas, orang dapat pula menghadapi peristiwa-peristiwa hukum yang walaupun menunjukkan ciri yang sama, tetapi bersifat agak khusus, seperti misalnya dalam rangka pemasaran sejumlah bahan produk-produk

⁷Lihat Sunaryati Hartono, *Pokok-Pokok Hukum Perdata Internasional*, Binacipta, Bandung, 1989, h. 29.

⁸Ridwan Khairandy, et al, *op cit*, h. 4.

elektronik dari Indonesia ke Korea Selatan, eksportir dari Indonesia dan importir dari 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 sejauhmana kaidah-kaidah hukum administrasi negara asing itu mengikat dan berlaku terhadap perjanjian-perjanjian semacam itu⁹.

2. Peranan dan Manfaat HPI

Perkembangan Hukum Perdata Internasional di dasarkan pada kenyataan adanya koeksistensi dari berbagai sistem hukum di dunia yang sederajat. Setiap pembuat hukum di suatu negara pada dasarnya membentuk hukum sesuai dengan kebutuhan atau situasi yang ada di negaranya. Namun adakalanya terjadi peristiwa-peristiwa hukum yang menunjukkan adanya kaitan atau relevansi dengan lebih dari satu sistem hukum negara-negara. Bila kenyataan yang ada dikaitkan dengan materi HPI maka akan selalu timbul permasalahan-permasalahan tertentu yang menjadi masalah pokok dalam mempelajari HPI, yaitu¹⁰ :

- a. Hakim atau badan peradilan manakah yang berwenang untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yuridis yang mengandung unsur asing;
- b. Hukum manakah yang harus diberlakukan untuk mengatur dan atau menyelesaikan persoalan-persoalan yuridis yang mengandung unsur-unsur asing; dan
- c. Bilamana atau sejauhmana suatu pengadilan harus memperhatikan dan mengakui hak-hak atau kewajiban-kewajiban hukum yang terbit berdasarkan hukum atau putusan hakim asing.

Dengan adanya unsur masalah-masalah pokok dalam HPI ini maka dapat mempermudah para pembaca, baik mahasiswa, dosen, maupun stakeholder lainnya agar lebih mudah dalam mempelajari dan memahami apa itu HPI, perbedaan antara

⁹Bayu Seto I, *op cit*, h. 1-2.

¹⁰Ridwan Khairandy, et al, *op cit*, h. 9.

HPI dengan Hukum Internasional (publi) baik dari subyek hukum, sumber hukum maupun permasalahan yang diatur.

Manfaat dan peranan ilmu begitu besar bagi para pembaca dan orang-orang yang menekuni profesi di bidang hukum dalam menerapkan teori-teori maupun kaidah dan asas hukum yang terkait dengan peristiwa HPI untuk memecahkan permasalahan yang ada dalam praktek di setiap negara.

3. Ruang Lingkup Hukum Perdata Internasional

a. HPI = *Rechtstoepassingsrecht* (yang tersempit)

Hukum Perdata Internasional hanya terbatas pada masalah hukum yang diberlakukan (*rechtstoepassingrecht*). Di sini yang dibahas hanyalah masalah-masalah yang berkenaan dengan hukum yang harus diberlakukan. Hal-hal lain yang berkenaan dengan kompetensi hakim, status orang asing, dan kewarganegaraan tidak termasuk bidang HPI. Sistem semacam ini dianut oleh HPI Jerman dan Belanda.

b. HPI = *Choice of Law + Choice of Jurisdiction* (yang lebih luas)

Menurut sistem ini, HPI tidak hanya terbatas pada persoalan-persoalan *conflict of law* (tepatnya *choice of law*), tetapi termasuk pula persoalan *conflict of jurisdiction* (tepatnya *choice of jurisdiction*), yakni persoalan yang bertalian dengan kompetensi atau wewenang hakim. Jadi HPI tidak hanya menyangkut masalah hukum yang diberlakukan, tetapi juga hakim manakah yang berwenang. Sistem HPI yang lebih luas ini dikenal di Inggris, Amerika Serikat, dan negara-negara Anglo Saxon lainnya.

c. HPI = *Choice of Law + Choice of Jurisdiction + Condition des Etrangers* (yang lebih luas lagi)

Dalam sistem ini HPI tidak hanya menyangkut persoalan pilihan hukum dan pilihan forum atau hakim, tapi juga menyangkut status orang asing (*condition des etrangers = statuutlingen = statuut*). Sistem semacam ini dikenal di negara-negara latin, yaitu Italia, Spanyol, dan negara-negara Amerika Selatan.

d. HPI = *Choice of Law + Choice Jurisdiction + Condition des Etrangers + Nationalite* (yang terluas)

Menurut sistem ini HPI menyangkut persoalan pilihan hukum, pilihan forum atau hakim, status orang asing, dan kewarganegaraan (nasionalite). Masalah kewarganegaraan ini menyangkut persoalan tentang cara memperoleh dan hilangnya kewarganegaraan. Sistem yang sangat luas ini dikenal dalam HPI Perancis, dan juga dianut kebanyakan penulis HPI¹¹.

¹¹Ridwan Khairandy, et al, *op cit*, h. 11-12.

PERTEMUAN II: TUTORIAL KESATU PENGANTAR HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

1. Study Task-Discussion Task

Hukum Perdata Internasional merupakan perangkat di dalam sistem hukum nasional yang mengatur hubungan-hubungan atau peristiwa-peristiwa hukum yang menunjukkan kaitan dengan lebih dari satu sistem hukum nasional. Definisi hukum perdata internasional akan menjadi lebih jelas jika kita kaitkan dengan definisi hukum internasional. Hal tersebut selain dikarenakan keduanya sama-sama memakai istilah internasional, keduanya juga acapkali dipertentangkan. Dari istilah yang digunakan, para ahli khususnya di Indonesia sepakat untuk menggunakan istilah hukum perdata internasional dengan sederet pertimbangan yuridis maupun non-yuridis. Untuk memahami suatu peristiwa hukum merupakan ruang lingkup materi hukum perdata internasional, maka kita harus mampu mengetahui, mengidentifikasi dan menganalisis apakah suatu peristiwa hukum dapat dikategorikan sebagai peristiwa hukum perdata internasional. Apabila proses ini dapat dilalui, maka peristiwa hukum perdata internasional akan dapat diselesaikan secara runtut dan sistematis dengan mengetahui alur permasalahan pokok dalam hukum perdata internasional.

2. Petunjuk

1. Diskusikan Persamaan dan Perbedaan Hukum Internasional dengan Hukum Perdata Internasional!
2. Pelajari pertimbangan-pertimbangan para ahli memilih istilah Hukum Perdata Internasional dibandingkan Hukum Perselisihan atau Hukum Antar Tata Hukum (HATAH)!
3. Jelaskan apa yang menjadi masalah pokok dalam Hukum Perdata Internasional!

Bahan Bacaan

Bayu Seto Hardjowahono.2006. Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional. Bandung: Citra Aditya Bakti, h.10-21.

Ridwan Khairandy.2007. Pengantar Hukum Perdata Internasional. Yogyakarta:FH-UIN Press, h.2-14

Sudargo Gautama. 1977. Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia.
Jakarta: Bina Cipta.

-----1980. Hukum Perdata dan Dagang Internasional. Bandung:Alumni.

PERTEMUAN III : PERKULIAHAN KEDUA SEJARAH UMUM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL DAN SUMBER HUKUMNYA

1. Sejarah Perkembangan Hukum Perdata Internasional

A. Awal Perkembangan Hukum Perdata Internasional (Masa Romawi Kuno)

Hukum Perdata Internasional dapat dianggap sebagai bidang hukum yang dinamis dan selalu berkembang menyesuaikan diri pada perkembangan-perkembangan kebutuhan di dalam masyarakat modern. Namun demikian HPI tidak dapat dianggap sebagai bidang hukum baru yang baru tumbuh di abad ke-20 karena asas-asas dan pola berpikir HPI sudah dapat dijumpai dan tumbuh di dalam pergaulan masyarakat di masa Kekaisaran Romawi (abad ke 2 M sampai dengan abad ke 6 M) seiring dengan pertumbuhan kebudayaan Barat (western civilization) di Eropa Daratan.

Di dalam sejarah perkembangan HPI tampaknya perdagangan (pada taraf permulaan adalah pertukaran barang atau barter) dengan orang asinglah yang melahirkan kaidah-kaidah HPI. Pada jaman Romawi Kuno, segala persoalan yang timbul sebagai akibat hubungan antara orang Romawi dan pedagang asing diselesaikan oleh hakim pengadilan khusus yang disebut praetor peregrinis. Hukum yang digunakan oleh hakim tersebut pada dasarnya adalah hukum yang berlaku bagi para *cives Romawi*, yaitu *Ius Civile* yang telah diadaptasi untuk hubungan internasional itu kemudian disebut *Ius Gentium*.

Sebagaimana halnya *Ius Civile*, *Ius Gentium* juga memuat kaidah-kaidah yang dapat dikategorikan ke dalam *Ius Privatum* dan *Ius Publicum*. *Ius Gentium* yang menjadi bagian *Ius Privatum* berkembang menjadi Hukum Perdata Internasional. Sedangkan *Ius Gentium* yang menjadi bagian *Ius Publicum* telah berkembang menjadi Hukum Internasional publik¹².

Beberapa asas HPI yang tumbuh dan berkembang pada masa ini dan menjadi asas penting dalam HPI modern adalah¹³ :

¹²Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 23.

¹³Bayu Seto I, *op cit*, h. 20.

- a. Asas *Lex Rei Sitae (Lex Situs)*, yang berarti perkara-perkara yang menyangkut benda-benda tidak bergerak (immovables) tunduk pada hukum dari dimana benda itu berada/terletak.
- b. Asas *Lex Domicilii* yang menetapkan bahwa hak dan kewajiban perorangan harus diatur oleh hukum dari tempat seseorang berkediaman tetap. Yang menjadi persoalan, dalam hukum Romawi kedudukan seseorang dapat dikaitkan dengan dua titik taut, yaitu kewarganegaraan (*origo*) yang dapat ditentukan karena tempat orang tua (ayah / ibu), adopsi, penerimaan atau pemilihan; atau *Domicili* adalah komunitas yang telah dipilih seseorang sebagai tempat kediaman tetap. Perbedaan titik taut ini menyebabkan adanya persoalan tentang hukum mana yang harus digunakan. Hukum *Origo* atau *Domicili* ?
- c. Asas *Lex Loci Contractus* yang menetapkan bahwa terhadap perjanjian-perjanjian (yang melibatkan pihak-pihak warga dari propinsi yang berbeda) berlaku hukum dari tempat pembuatan perjanjian.

B. Masa Pertumbuhan Asas Personal (Abad 6 – 10 M)

Pada akhir abad 6 M, Kekaisaran Romawi ditaklukkan bangsa “Barbar” dari Eropa. Bekas wilayah Kekaisaran Romawi diduduki berbagai suku bangsa yang satu dengan lainnya berbeda secara geneologis. Kedudukan *ius civile* menjadi kurang penting, karena masing-masing suku bangsa tersebut tetap memberlakukan hukum personal, hukum keluarga serta hukum agamanya masing-masing di daerah yang didudukinya. Dengan demikian, prinsip teritorial telah berubah menjadi prinsip personal. Di dalam prinsip personal, hukum yang berlaku digantungkan kepada pribadi yang bersangkutan. Sehingga di dalam wilayah tertentu mungkin akan berlaku beberapa hukum sekaligus.¹⁴

Kemudian pada masa ini tumbuh beberapa prinsip HPI yang dibuat atas dasar asas Geneologis, antara lain¹⁵ :

- a. Asas yang menetapkan bahwa hukum yang berlaku dalam setiap perkara atau proses penyelesaian sengketa hukum adalah hukum personal dari pihak tergugat;

¹⁴Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 15.

¹⁵Bandingkan Chesire, G.C., North P.M., *Private International Law*, Butterworths, London, 12th ed., 1992, h. 16.

- b. Asas yang menyatakan bahwa kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum seseorang di tentukan oleh hukum personal orang tersebut. Kapasitas para pihak dalam suatu perjanjian harus ditentukan oleh hukum personal dari masing-masing pihak¹⁶.
- c. Proses pewarisan harus dilangsungkan berdasarkan hukum personal dari pihak pewaris;
- d. Peralihan hak milik atas benda harus dilaksanakan sesuai dengan hukum dari pihak transferer;
- e. Penyelesaian perkara tentang perbuatan melawan hukum harus dilakukan berdasarkan hukum dari pihak pelaku perbuatan yang melanggar hukum;
- f. Pengesahan suatu perkawinan harus dilakukan berdasarkan hukum personal dari pihak suami.

C. Pertumbuhan Asas Teritorial (Abad 11 – 12 M)

a. Pertumbuhan di Eropa Utara

Pada kawasan ini (sekarang Jerman, Perancis, Inggris) tata susunan masyarakat genealogis ini bertransformasi menjadi masyarakat teritorialistik melalui tumbuhnya kelompok-kelompok masyarakat feodalistik. Unit-unit masyarakat yang berada di bawah kekuasaan feodal (tuan-tuan tanah) cenderung memberlakukan hukum mereka secara eksklusif terhadap siapapun yang berada di dalam teritorial mereka. Dengan kata lain, di dalam suasana feodalistik seperti ini, tidak ada pengakuan terhadap hak-hak asing, dan bahkan penguasa setempat dapat mengabaikan atau mencabut hak-hak yang sebenarnya sudah melekat pada seseorang berdasarkan kaidah hukum asing. Dalam situasi seperti ini tidak ada perkembangan HPI yang berarti di kawasan ini sampai dengan abad ke 16.

b. Pertumbuhan di Eropa Selatan

Transformasi dari asas-asas personal-genealogis ke arah masyarakat teritorialistik juga terjadi di kawasan Eropa bagian Selatan, tetapi disebabkan oleh pertumbuhan kota-kota perdagangan di Italia. Dasar ikatan antara manusia

¹⁶Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 15.

di kawasan ini tidak lagi karena ikatan personal-genealogis, dan juga tidak karena kekuasaan seorang penguasa feodal tertentu, melainkan karena tempat kediaman di kota yang sama.

Kota-kota yang dimaksud disini adalah :

- kota-kota perdagangan, seperti Milan, Florence, Venetia, Bologna, Padua, Genoa dan sebagainya, yang merupakan pusat-pusat perdagangan yang maju;
- dapat dianggap sebagai kota-kota yang otonom, dengan batas-batas wilayah tertentu;
- dan dengan sistem hukum lokalnya sendiri yang berbeda dari kota ke kota, dan juga berbeda dari hukum Romawi yang berlaku secara umum di seluruh Italia¹⁷.

Keanekaragaman (*diversity*) sistem-sistem hukum lokal (*municipal laws*) ditambah dengan tingginya intensitas perdagangan antar kota seringkali menimbulkan problem pengakuan terhadap hukum dan hak-hak asing (kota lain) di dalam suatu wilayah kota.¹⁸ Dan dalam suasana inilah asas-asas hukum yang digunakan untuk menjawab perkara-perkara hukum perselisihan antarkota inilah yang dapat dianggap sebagai pemicu tumbuhnya teori HPI yang penting, yang dikenal dengan sebutan teori Statuta di abad ke-13 sampai dengan ke-15¹⁹.

D. Perkembangan Teori Statuta di Italia (Abad 13 – 15 M)

Dengan semakin meningkatnya intensitas perdagangan antarkota 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, mengadakan perjanjian jual beli di Florence. Karena berdasarkan prinsip teritorial, selama ia berada di kota Florence ia harus tunduk pada kewenangan hukum kota Florence, maka dapat timbul persoalan-persoalan, seperti :

- sejauh manakah putusan hukum atau putusan hakim Bologna memiliki daya berlaku di kota Florence ?

¹⁷Bayu Seto I, *op cit*, h. 22-23.

¹⁸Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 16.

¹⁹Bayu Seto I, *op cit*, h. 23.

- sejauh manakah perjanjian jual beli itu dapat dilaksanakan di wilayah Bologna ?

Persoalan-persoalan semacam inilah yang mendorong para ahli hukum Italia untuk mencari asas-asas hukum yang dianggap lebih adil, wajar (fair and reasonable), dan ilmiah untuk menyelesaikan konflik-konflik semacam itu²⁰.

Tumbuhnya teori Statuta di Italia sebenarnya diawali oleh seorang tokoh *Post Glossators*, yaitu *Accursius* (1228) 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 subjek hukum dari kota lain itu”.

Gagasan inilah yang kemudian menarik perhatian dan penelitian lebih lanjut oleh *Bartolus de Sassoferrato* (1315-1357) yang kemudian menjadi sangat terkenal sebagai pencetus Teori Statuta. Karena teorinya dianggap sebagai teori pertama yang mendekati persoalan-persoalan hukum perselisihan secara metodik dan sistematis, maka di dalam sejarah perkembangan HPI (Eropa Kontinental), Bartolus seringkali dijuluki Bapak HPI.²¹

Dari pengamatan Bartolus terhadap statuta-statuta di kota-kota di Italia berkaitan dengan penyelesaian perkara-perkara yang menyangkut lebih dari satu kota di Italia, ia kemudian berkesimpulan bahwa :

1. Statuta-statuta suatu kota dapat diklasifikasikan ke dalam 2 (dua) atau 3 (tiga) kelompok / jenis statuta, yaitu :
 - a. Statuta yang berkenaan dengan kedudukan hukum atau status personal orang, yang kemudian dinamakan Statuta Personalia²². Hal ini bermakna bahwa statuta itu mengikuti orang (person) dimanapun ia berada.²³
 - b. Statuta yang berkenaan dengan status benda yang dinamakan Statuta Realia²⁴. Statuta realia mempunyai lingkungan kuasa secara teritorial. Hanya

²⁰*Ibid*, h. 24.

²¹*Ibid*, h. 25.

²²*Ibid*, h. 26.

²³Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (selanjutnya disebut Sudargo Gautama II), Jilid I (Buku I), Alumni, Bandung, 1992, h. 168.

²⁴Bayu Seto I, *Loc cit*.

benda-benda yang terletak di dalam wilayah pembentuk undang-undang tunduk di bawah statuta-statutanya.²⁵

- c. Statuta yang berkenaan dengan perbuatan-perbuatan hukum, yang kemudian disebut Statuta Mixta²⁶. Statuta Mixta berlaku bagi semua perjanjian yang di adakan di tempat berlakunya statuta itu dengan segala bentuk akibat hukumnya. Sedangkan mengenai wanprestasi dengan segala akibat hukumnya diatur menurut statuta di tempat perjanjian itu seharusnya dilaksanakan²⁷
2. Setiap jenis statuta itu dapat ditentukan lingkup atau wilayah berlakunya secara tepat, yaitu :
 - a. Statuta Personalia objek pengaturannya adalah orang, dalam persoalan-persoalan hukum yang menyangkut pribadi dan keluarga. 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, dimanapun mereka berada;
 - b. Statuta Realia objek pengaturannya adalah benda / status hukum dari benda. Jenis statuta ini pada dasarnya berlaku atas dasar prinsip teritorial, artinya ia hanya berlaku di dalam wilayah kekuasaan penguasa kota yang memberlakukannya²⁸. Apabila persoalan HPI menyangkut persoalan status suatu benda, maka kedudukan hukum benda itu harus diatur berdasarkan *statuta realia* dari tempat dimana benda itu berada. Dalam perkembangannya, cara berpikir *realia* semacam ini hanya berlaku terhadap benda tetap saja. Sedangkan terhadap benda bergerak berlaku asas *mobilia sequntur personam*²⁹.
 - c. Statuta Mixta adalah statuta-statuta yang berkenaan dengan perbuatan-perbuatan hukum oleh subjek hukum atau perbuatan-perbuatan hukum terhadap benda-benda. Termasuk dalam kategori ini adalah statuta-statuta

²⁵Sudargo Gautama II, *Loc cit.*

²⁶Bayu Seto, *Loc cit.*

²⁷Sudargo Gautama II, *Loc cit.*

²⁸Bayu Seto, *Loc cit.*

²⁹Lihat J.G. Castel, *Introduction to Conflict of Law*, Second Edition, Toronto and Vancouver, Butterworth, 1986, h. 8.

yang mengatur tentang perbuatan melawan hukum. Kekuatan berlaku statuta ini dilandasi prinsip Teritorial, artinya ia berlaku atas semua perbuatan hukum yang terjadi atau dilangsungkan di dalam wilayah penguasa kota yang memberlakukan statuta ini. Seperti statuta realia, statuta jenis ini hanya berlaku di dalam teritorial kota yang bersangkutan, tetapi berlaku terhadap siapa saja (warga kota ataupun pendatang / orang asing) yang berada di dalam wilayah kota yang bersangkutan³⁰.

E. Perkembangan Teori Statuta di Perancis (Abad Ke 16)

Pada abad ke-16 propinsi-propinsi di Perancis memiliki sistem hukum tersendiri yang disebut *coutume*, yang pada hakekatnya sama dengan statuta. Karena adanya keanekaragaman *coutume* tersebut dan makin meningkatnya perdagangan antar propinsi, maka konflik hukum antar propinsi makin meningkat pula. Dalam keadaan demikian beberapa ahli hukum Perancis, seperti Charles Dumoulin dan Bertrand D'Argentre berusaha mendalami teori statuta dan menerapkannya di Perancis dengan beberapa modifikasi.

Charles Dumoulin memperluas pengertian statuta personalia hingga mencakup pilihan hukum (hukum yang dikehendaki oleh para pihak) sebagai hukum yang seharusnya berlaku dalam perjanjian atau kontrak. Jadi perjanjian ataupun kontrak yang dalam teori statuta dari Bartolus masuk dalam ruang lingkup statuta personalia, karena pada hakekatnya kebebasan untuk memilih hukum adalah semacam status perorangan. Sedangkan Bertrand D'Argentre yang pada awalnya mempergunakan teori statuta dari Bartolus dan Dumoulin kemudian mengemukakan teori yang agak berbeda dengan asas-asas teori statuta Italia dan teori Dumoulin. Menurut Bertrand D'Argentre yang harus diperluas itu adalah statuta realia, sehingga yang diutamakan bukanlah otonomi (kebebasan) para pihak, melainkan otonomi propinsi.

Bertrand D'Argentre tetap mengakui adanya statuta personalia, akan tetapi perlu adanya pengecualian. D'Argentre mengakui ada statuta yang benar-benar merupakan statuta personalia, misalnya kaidah yang menyangkut kemampuan seseorang untuk melakukan tindakan hukum (*legal capacities*), akan tetapi :

³⁰Bayu Seto I, *op cit*, h. 27.

- ada statuta yang dimaksudkan untuk mengatur orang, tetapi berkaitan dengan hak milik orang itu atas suatu benda (realia); atau
- ada pula statuta yang mengatur perbuatan-perbuatan hukum (statuta mixta) yang dilakukan di tempat tertentu. Statuta semacam itu harus dianggap sebagai statuta realia, karena isinya berkaitan dengan teritori atau wilayah penguasa yang memberlakukan statuta itu³¹.

F. Teori Statuta Di Belanda (Abad 17)

Teori D'Argentre ternyata diikuti para sarjana hukum Belanda setelah pembebasan dari masa penjajahan Spanyol³². Tokoh-tokoh teori statuta Belanda adalah Ulrik Huber (1636 – 1694) dan Johannes Voet (1647 – 1714). Prinsip dasar yang dijadikan titik tolak dalam teori Statuta Belanda adalah Kedaulatan Eksklusif Negara. Jadi statuta yang dimaksud adalah hukum suatu negara yang berlaku di dalam teritorial suatu negara³³.

Berdasarkan ajaran D'Argentre, Ulrik Huber mengajukan tiga prinsip dasar yang dapat digunakan untuk menyelesaikan perkara-perkara HPI, yaitu :

- a. Hukum dari suatu negara mempunyai daya berlaku yang mutlak hanya di dalam batas-batas wilayah kedaulatannya saja;
- b. Semua orang baik yang menetap maupun sementara, yang berada di dalam wilayah suatu negara berdaulat harus menjadi subjek hukum dari negara itu dan terikat pada hukum negara itu;
- c. Berdasarkan alasan sopan santun antar negara (comitas gentium), diakui pula bahwa setiap pemerintah negara yang berdaulat mengakui bahwa hukum yang sudah berlaku di negara asalnya akan tetap memiliki kekuatan berlaku dimanamana sejauh tidak bertentangan dengan kepentingan subyek hukum dari negara yang memberikan pengakuan itu³⁴.

³¹Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 19-20.

³²*Ibid*, h. 21.

³³Bayu Seto I, *op cit*, h. 32.

³⁴Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 21-22.

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

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

Jadi dalam HPI menurut 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 lain³⁵.

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

- Pemberlakuan hukum asing di suatu negara bukan merupakan kewajiban Hukum Internasional (publik) atau karena sifat hubungan HPI-nya;
- Suatu negara asing tidak dapat menuntut pengakuan / pemberlakuan kaidah hukumnya di dalam wilayah hukum suatu negara lain;
- Karena itu, pengakuan atas berlakunya suatu hukum asing hanya dilakukan demi sopan santun pergaulan antar negara (*Comitas Gentium*);
- 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 adalah “tempat dimana perbuatan dilakukan akan menentukan bentuk hukum dari perbuatan itu”³⁶.

G. Teori HPI Modern (Universal)

³⁵Bayu Seto I, *op cit*, h. 33.

³⁶*Ibid*, h. 34.

Pada abad ke sembilan belas, pemikiran HPI mengalami kemajuan berkat adanya usaha dari tiga orang pakar hukum, yaitu Joseph Story, Friedrich Carl von Savigny, dan Pasquae Stanislao Manchini³⁷. Untuk membahas teori-teori yang berkembang pada abad ke - 19 ada baiknya kita uraikan pendapat yang berkembang pada masa itu terutama teori-teori yang dikembangkan oleh Von Savigny (dengan istilah teori universal) serta pendapat dari Manchini sebagai perbandingan.

Pekerjaan besar Savigny dalam mengembangkan teori ini sebenarnya didahului oleh pemikiran ahli hukum Jerman lain yaitu C. G. von Wachter. Von Wachter mengkritik teori Statuta (Italia) yang dianggap menimbulkan ketidakpastian hukum. Ia menolak adanya sifat ekstrateritorial dari suatu aturan (seperti statuta personalia), karena adanya aturan seperti itu akan menyebabkan timbulnya kewajiban hukum di negara lain/asing.

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 menyelesaikan perkara HPI. Menurutnya harus dipahami bahwa perkara-perkara HPI, sebagai suatu 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 bersangkutan³⁸.

Selanjutnya, titik tolak pandangan Von Savigny adalah bahwa suatu hubungan hukum yang sama harus memberi penyelesaian yang sama pula, baik bila diputuskan oleh hakim di negara A maupun hakim di negara B. Maka, penyelesaian soal-soal yang menyangkut unsur-unsur asingpun hendaknya diatur sedemikian rupa, sehingga putusannya juga akan sama dimana-mana. Satunya pergaulan internasional akan menimbulkan satu sistem hukum supra nasional, yaitu hukum perdata internasional. Oleh karena titik tolak berpikir Von Savigny adalah bahwa HPI itu bersifat hukum supra nasional, oleh karenanya bersifat universal, maka ada yang menyebut pemikiran Von Savigny ini dengan istilah teori HPI Universal. Menurut Savigny, pengakuan terhadap hukum asing bukan semata-mata berdasarkan asas *comitas*, akan tetapi berpokok

³⁷Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 22.

³⁸Bayu Seto I, *op cit*, h. 34-35.

pangkal pada kebaikan atau kemanfaatan fungsi yang dipenuhinya bagi semua pihak (negara atau manusia) yang bersangkutan³⁹

Asas hukum yang bersifat universal menurut Savigny itulah yang berkembang menjadi asas HPI (*choice of law rules*) yang menurut pendekatan tradisional menjadi titik taut sekunder / penentu yang harus digunakan dalam menentukan Lex Causae. Menggunakan sebuah asas (yang ditentukan dengan bantuan titik pertautan) untuk menyelesaikan pelbagai perkara HPI sejenis itulah yang kemudian menjadi pola dasar penyelesaian perkara HPI di dalam sistem Eropa Kontinental.

Teori lain yang dikembangkan di Eropa (Kontinental maupun di Inggris sebelum Konvensi Roma 1980) 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. Tetapi dalam perkembangannya asas hukum yang terlihat lebih dominan pada penentuan hukum yang seharusnya berlaku terhadap sebuah perjanjian / kontrak (*the proper law of contract*) dan 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)⁴⁰.

Pendapat selanjutnya yang dapat kita bahas adalah pendapat dari Pasquae Stanislao Manchini. Manchini berpendapat bahwa hukum personil seseorang ditentukan oleh nasionalitasnya. Pendapat Manchini menjadi dasar mazhab Italia yang berkembang kemudian. Menurut mazhab Italia ini ada dua macam kaidah dalam setiap sistem hukum, yaitu :

- a. Kaidah hukum yang menyangkut kepentingan perseorangan;
- b. Kaidah-kaidah hukum untuk melindungi dan menjaga ketertiban umum (*public order*).

Berdasarkan pembagian kaidah hukum tersebut Manchini mengemukakan tiga asas HPI, yaitu :

- a. Kaidah-kaidah untuk kepentingan perseorangan berlaku bagi setiap warganegara dimanapun dan kapanpun juga (prinsip personil);

³⁹Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 23.

⁴⁰Bayu Seto I, *op cit*, h. 36-37.

- b. Kaidah-kaidah untuk menjaga ketertiban umum bersifat teritorial dan berlaku bagi setiap orang yang ada dalam wilayah kekuasaan suatu negara (prinsip teritorial);
- c. Asas kebebasan, yang menyatakan bahwa pihak yang bersangkutan boleh memilih hukum manakah yang akan berlaku terhadap transaksi diantara mereka (pilihan hukum).

Cita-cita Manchini adalah mencapai unifikasi HPI melalui persetujuan-persetujuan internasional, sedangkan Von Savigny ingin mencapainya dalam wujud suatu HPI yang bersifat supra nasional. Namun dalam kenyataannya hingga kini belum dapat diberlakukan asas-asas HPI yang seragam dan berlaku umum. Setiap hubungan hukum selama ini harus diselesaikan menurut caranya sendiri, dan inipun bergantung pada kebiasaan, undang-undang, putusan-putusan pengadilan (yurisprudensi) di dalam masing-masing masyarakat hukum.

Walaupun demikian dapat disaksikan makin bertambah banyaknya perjanjian internasional yang berusaha menyeragamkan kaidah-kaidah HPI, seperti perjanjian / Konvensi Den Haag⁴¹ salah satunya tahun 1965 yang mengatur tentang penyampaian dokumen-dokumen judicial dan luar pengadilan bagi perkara-perkara perdata dan dagang, kemudian tahun 1968 yang mengatur tentang masalah pengambilan pembuktian di luar negeri dalam perkara-perkara perdata dan dagang.

Ada pula *Convention on the Choice of Court* yang mengatur prinsip kebebasan para pihak untuk memilih forum pengadilan seperti konvensi Den Haag tahun 2005. Kemudian *Convention on the Jurisdiction of the Selected Forum in International Sales of Good* (1958) yang mengatur persoalan pilihan pengadilan yang telah dipilih oleh para pihak yang berkenaan dengan jual beli internasional. Serta perkembangan organ / lembaga di bidang perdagangan internasional seperti International Chamber of Commerce (ICC) dan CISG (the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods) 1980.

2. Sumber Hukum Perdata Internasional

⁴¹Lihat juga C.F.G. Sunaryati Hartono, *Pokok-Pokok Hukum Perdata Internasional*, Binacipta, Bandung, 1976, h. 28.

Hukum Perdata Internasional adalah bidang hukum yang berdiri sendiri, bukan bagian dari Hukum Keperdataan, HPI tidak sama dengan Hukum Perselisihan, dan lebih baik dipahami sebagai bagian dari Hukum Perselisihan. Yang dapat dipertanyakan adalah, apakah dengan sebutan “internasional” di belakang istilah HPI, bidang hukum ini dapat dikategorikan sebagai bagian dari Hukum Internasional (publik), ataukah sebagai bagian dari hukum nasional suatu negara ? Dengan kata lain, apakah HPI adalah bidang hukum yang bersumber pada sumber-sumber hukum internasional publik, atau pada sumber-sumber hukum nasional suatu negara ?

HPI pada dasarnya merupakan bagian dari Hukum Nasional suatu negara. Artinya ⁴²:

- HPI merupakan salah satu subbidang 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 diperlengkapi dengan suatu sistem HPI nasional yang bersumber pada sumber-sumber hukum nasional, tetapi yang khusus dikembangkan untuk memberi kemampuan pada sistem hukum itu untuk menyelesaikan perkara-perkara yang mengandung unsur asing.

Memang harus diakui bahwa dewasa ini terdapat kecenderungan kuat secara internasional untuk membangun dan menetapkan kaidah-kaidah atau asas-asas HPI melalui jalur dan mekanisme serta menuangkannya ke dalam sumber-sumber hukum internasional publik (misalnya melalui konvensi-konvensi hukum internasional). Perkembangan ini menjadi penting artinya untuk mengusahakan adanya keseragaman, unifikasi dan harmonisasi kaidah-kaidah HPI secara internasional. Kaidah-kaidah atau asas-asas HPI yang dikembangkan melalui perjanjian-perjanjian internasional antar negara itu disebut “kaidah-kaidah HPI internasional”, yang tetap baru akan mengikat negara-negara apabila mereka meratifikasinya dan menjadikannya bagian dari sistem hukum nasional mereka. Jadi bahkan kaidah-kaidah HPI Internasional semacam ini pun

⁴²Bayu Seto I, *op cit*, h. 4.

tetap dapat dianggap sebagai sumber-sumber HPI nasional⁴³. Contohnya seperti aturan-aturan dalam ICC (International Chamber of Commerce), Incoterm (International Commercial Term) 2010, CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) 1980, ICSID (International Center For Settlement Of Investment Disputes) yang dapat digunakan / diterapkan oleh pelaku usaha atau pebisnis dari berbagai negara.

⁴³Lihat lebih lanjut, North, P.M., and Fawcett, J.J, Chesire and North's, *Private International Law*, Butterworths, London, 12th edition, 1992, h. 11-12.

PERTEMUAN IV : TUTORIAL KEDUA SEJARAH PERKEMBANGAN HPI DAN SUMBER HUKUM

1. Study Task :
 - a. Jelaskan Sejarah Perkembangan HPI yang anda ketahui ?
 - b. Sebutkan asas-asas HPI yang berkembang dewasa ini ?
2. Problem Task :
 - a. Cari perbedaan sumber hukum HPI, Hukum Perdata, dan HI ?

Bahan Bacaan

Bayu Seto Hardjowahono.2006. Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional. Bandung: Citra Aditya Bakti, h.10-21.

Ridwan Khairandy.2007. Pengantar Hukum Perdata Internasional. Yogyakarta:FH-UII Press, h.2-14

Sudargo Gautama. 1977. Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia. Jakarta: Bina Cipta.

-----1980. Hukum Perdata dan Dagang Internasional. Bandung:Alumni.

PERTEMUAN V: PERKULIAHAN KETIGA TITIK TAUT DAN STATUS PERSONAL

1. Pengertian Titik Taut

Titik pertalian atau titik taut dalam HPI biasa juga disebut dengan istilah *anknopingspunten* (Belanda), *connecting factors* atau *point of contact* (Inggris). Titik taut atau titik pertalian adalah hal-hal atau keadaan yang menyebabkan berlakunya suatu stelsel hukum⁴⁴.

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

Titik pertautan dapat didefinisikan sebagai: “fakta-fakta di dalam sekumpulan fakta perkara (HPI) yang menunjukkan pertautan antara perkara itu dengan suatu tempat (negara) tertentu, dan karena itu menciptakan relevansi antara perkara yang bersangkutan dengan sistem hukum dari tempat itu”⁴⁵.

2. Titik Taut Primer

Titik pertalian primer adalah faktor-faktor atau keadaan-keadaan atau sekumpulan fakta yang melahirkan atau menciptakan hubungan HPI⁴⁶. Faktor-faktor yang termasuk ke dalam titik pertautan primer yaitu⁴⁷:

1. Kewarganegaraan;

Perbedaan kewarganegaraan di antara para pihak yang melakukan suatu hubungan hukum akan melahirkan persoalan HPI. Misalnya : seorang warga negara Indonesia menikah dengan warga negara Belanda, atau seorang warga negara Indonesia melakukan suatu transaksi jual beli dengan seorang warga negara Jerman.

⁴⁴Lihat Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional*, Jilid Kedua Bagian Pertama (buku 2), (selanjutnya disebut Sudargo Gautama III), Eresco, Bandung, 1986, h. 24.

⁴⁵Bayu Seto, *op cit*, h. 40-41.

⁴⁶Sudargo Gautama III, *op cit*, h. 27.

⁴⁷Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 26-28.

2. Bendera Kapal dan Pesawat Udara;

Bendera kapal dan pesawat udara menunjuk pada tempat di mana suatu kapal atau pesawat udara di daftarkan untuk memperoleh kebangsaan dan menetapkan hukum mana yang menguasai kapal atau pesawat udara itu. Kebangsaan kapal atau pesawat udara ditentukan berdasarkan di negara mana kapal atau pesawat udara itu di daftarkan. Misalnya : perbuatan hukum yang terjadi atau dilakukan orang / individu diatas kapal maupun pesawat udara, seperti pengikatan kontrak bisnis internasional, pengiriman barang melalui kargo, kecelakaan kapal / pesawat yang menimbulkan kerugian.

3. Domisili;

Persoalan domisili dapat juga menjadi faktor penting timbulnya persoalan HPI. Misalnya : seorang warga negara Inggris (Albert) yang berdomisili di negara Yunani melangsungkan perkawinan dengan warga negara Inggris (Bertha) yang berdomisili di negara Perancis.

4. Tempat Kediaman;

Persoalan tempat kediaman seseorang juga dapat melahirkan masalah HPI. Misalnya : dua orang warga negara Malaysia yang berkediaman sementara di Indonesia melangsungkan pernikahan di Indonesia.

5. Tempat Kedudukan Badan Hukum;

Badan hukum sebagai subyek hukum juga memiliki kebangsaan dan tempat kedudukan (legal seat). Umumnya kebangsaan badan hukum ditentukan berdasarkan tempat (atau negara) di mana pendirian badan hukum tersebut di daftarkan. Misalnya : PT. Indokohindo, sebuah perusahaan joint venture antara beberapa pengusaha Jepang dan Indonesia. PT tersebut didirikan berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan di Jakarta (Indonesia). Dengan demikian status hukum PT tersebut adalah badan hukum Indonesia. Contoh lain : Hong Ming Co. Ltd sebuah perusahaan joint venture antara pengusaha Indonesia dan Singapura, didirikan dan berkedudukan di Singapura, maka perusahaan yang bersangkutan berbadan hukum Singapura. Begitu juga perusahaan yang didirikan

oleh beberapa pengusaha yang berkewarganegaraan Indonesia mendirikan perusahaan di Hongkong, karena didirikan dan beroperasi di Hongkong maka perusahaan tersebut harus tunduk pada hukum Hongkong.

6. Pilihan Hukum *Intern*;

Untuk menjelaskan apa yang dimaksud dengan pilihan hukum *intern* dapat dikemukakan contoh sebagai berikut : dua orang WNI di Jakarta mengadakan transaksi jual beli barang-barang bahan suatu pabrik yang penyerahannya memakan waktu jangka panjang dan barangnya diimpor dari Inggris. Dalam kontrak jual beli itu dinyatakan bahwa perjanjian jual beli itu diatur oleh hukum Inggris. Karena adanya pilihan hukum oleh para pihak yang menutup kontrak jual beli ke arah hukum yang berlainan dari nasional mereka akan melahirkan hubungan HPI⁴⁸.

3. Titik Taut Sekunder

Titik pertalian sekunder adalah faktor-faktor atau sekumpulan fakta yang menentukan hukum mana yang harus digunakan atau berlaku dalam suatu hubungan HPI. Yang termasuk dalam titik pertautan sekunder adalah ⁴⁹:

1. Tempat terletak benda (*lex situs / lex rei sitae*)
2. Tempat dilangsungkannya perbuatan hukum (*lex loci actus*)
3. Tempat dilangsungkannya atau diresmikan perkawinan (*lex loci celebrationis*)
4. Tempat ditandatanganinya kontrak (*lex loci contractus*)
5. Tempat dilaksanakannya perjanjian (*lex loci solutionis / lex loci executionis*)
6. Tempat terjadinya perbuatan melawan hukum (*lex loci delicti commisi*)
7. Pilihan hukum (choice of law); menurut Sudargo Gautama ada kemungkinan titik taut sekunder jatuhnya bersamaan dengan titik taut primer yaitu :

⁴⁸Sudargo Gautama III, *op cit*, h. 30-31.

⁴⁹Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 28-29.

8. Kewarganegaraan
9. Bendera kapal dan pesawat udara
10. Domisili
11. Tempat kediaman
12. Tempat kedudukan badan hukum.

Penerapan titik taut penentu atau titik pertalian sekunder dapat dari beberapa contoh : PT. Abadi Telekomindo sebuah perusahaan pembuat peralatan telekomunikasi yang didirikan dan berkedudukan di Indonesia mendapat kredit dari Bank Sumitomo, Singapura. Sebagai jaminan bagi kredit tersebut, PT. Abadi Telekomindo membebankan hak tanggungan atas tanah hak guna bangunan berikut bangunan di atasnya. Tanah dan bangunan tersebut terletak di Jakarta. Sesuai dengan asas *lex rei sitae*, maka pengaturan pembebanan hak tanggungan tersebut harus tunduk atau diatur berdasarkan hukum Indonesia, dalam hal ini Undang-undang nomor 4 tahun 1996 (UU hak tanggungan) jo Undang-undang nomor 5 tahun 1960 (UUPA). Untuk perbuatan melawan, pengaturannya didasarkan pada hukum di mana perbuatan hukum atau perbuatan melawan hukum tersebut dilakukan. Misalnya Andrew Young, warga negara Inggris melakukan suatu perbuatan melawan hukum terhadap Yoseph Liem warga negara Singapura, Andrew meminjam uang sebesar 1 milyar dengan jaminan fiktif di Bali, kemudian Yoseph Liem merasa dirugikan karena uang pinjaman tidak dikembalikan sesuai kesepakatan / perjanjian yang di buat di Jakarta, dengan demikian untuk penyelesaian sengketa hukum bisa menggunakan hukum Indonesia.

Penyelesaian hukum suatu perselisihan yang menyangkut kontrak bisnis dapat diselesaikan berdasarkan tempat ditandatanganinya kontrak. Misalnya PT. Pembangunan Jaya Abadi melakukan perjanjian ekspor impor dengan Hong Ming Co.Ltd (Singapura), kontraknya ditandatangani di Jakarta. Jika diikuti titik taut *lex loci contractus*, maka hukum yang berlaku terhadap perjanjian tersebut adalah hukum Indonesia. Jika perjanjian tersebut dilaksanakan di Singapura dan titik taut yang digunakan adalah *lex loci solutionis*, maka yang berlaku bagi kontrak tersebut adalah hukum Singapura. Jika di dalam suatu kontrak dagang internasional terdapat pilihan

hukum, maka hukum yang berlaku bagi kontrak tersebut haruslah hukum yang dipilih dan disepakati oleh para pihak. Misalnya PT. Pembangunan Jaya Abadi mengadakan perjanjian ekspor impor dengan Hong Ming Co. Ltd. Di dalam kontrak tersebut terdapat klausul : “jika terjadi perselisihan yang menyangkut penafsiran dan pelaksanaan kontrak ini, maka penyelesaiannya didasarkan pada hukum Singapura”. Hukum Singapura adalah hukum yang dipilih oleh para pihak.

Contoh lainnya adalah jika ada kapal yang dimiliki warganegara Indonesia, tetapi didaftarkan di negara lain, maka kapal yang bersangkutan adalah berkebangsaan asing. Jika kapal-kapal milik badan hukum atau warga negara Indonesia yang berkebangsaan negara Bermuda membebankan hipotik atas kapal dengan kredit melalui Bank di Indonesia, maka pembebanan hipotiknya harus dilakukan di Bermuda sesuai dengan hukum Bermuda⁵⁰.

4. Status Personal

Status personal adalah kondisi atau keadaan suatu pribadi dalam hukum yang diberikan / diakui oleh negara untuk mengamankan dan melindungi lembaga-lembaganya. Status personal ini meliputi hak dan kewajiban, kemampuan dan ketidakmampuan bersikap tindak dibidang hukum, yang unsur-unsurnya tidak dapat berubah atas kemauan pemiliknya. Walaupun 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 terikat secara permanen⁵¹.

Persoalan hukum manakah yang harus dipergunakan untuk menentukan status personal seseorang merupakan salah satu persoalan fundamental dalam ajaran-ajaran HPI.

Secara garis besar ada 2 (dua) asas atau aliran dalam menentukan status personal, yaitu :

1. Asas Nasionalitas (Kewarganegaraan);

⁵⁰Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 29-30.

⁵¹Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 33, lihat juga Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional*, Jilid II, Bagian I (Buku 7), Alumni, Bandung, 1981, h. 3.

Berdasarkan asas ini, status personal seseorang ditetapkan berdasarkan hukum kewarganegaraan (*lex patriae*) orang itu. Asas ini juga digunakan dalam pasal 16 Algemene Bepalingen van Wetgeving (AB) yang secara teoritis masih berlaku di Indonesia⁵².

Berdasarkan suatu asas dalam bidang Hukum Keperdataan yaitu asas *Mobilia Sequntur Personam*, maka asas pemberlakuan *lex patriae* ini berlaku juga dalam penentuan status benda-benda bergerak (*movables*), dalam arti bahwa status benda bergerak ditetapkan berdasarkan hukum yang berlaku untuk menetapkan status personal orang yang memiliki atau menguasai benda itu⁵³.

Ada dua asas utama yang dapat digunakan untuk menentukan kewarganegaraan seseorang, yaitu :

a. Asas Tempat Kelahiran (*Ius Soli*);

Kewarganegaraan seseorang ditentukan oleh tempat kelahirannya. Misalnya seseorang dilahirkan di negara X maka ia merupakan warga negara dari negara X tersebut.

b. Asas Keturunan (*Ius Sanguinis*);

Kewarganegaraan seseorang ditentukan berdasarkan keturunannya. Misalnya seseorang yang lahir di Belanda dari kedua orang tuanya yang mempunyai kewarganegaraan Indonesia, maka yang bersangkutan menjadi warga negara Indonesia. Akibat digunakannya cara yang berbeda dalam menentukan kewarganegaraan tersebut dapat menimbulkan lebih dari satu kewarganegaraan, yaitu kewarganegaraan dengan kedudukan *bipatride* atau *tripatride*. Tetapi bisa juga seseorang bahkan tidak mempunyai kewarganegaraan sama sekali (*apatride*)⁵⁴.

2. Asas Teritorialitas (Domisili);

Asas domisili (*domicile*) yang dimaksudkan disini hendaknya diartikan sesuai dengan konsep yang tumbuh di dalam sistem-sistem hukum *common law*, dan yang umumnya diartikan sebagai *permanent home* atau "tempat hidup seseorang secara permanen".

⁵²Bayu Seto I, *op cit*, h. 164, lihat juga Pasal II Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945.

⁵³*Ibid.*

⁵⁴Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 36.

Berdasarkan asas ini status dan kewenangan personal seseorang ditentukan berdasarkan hukum *domicile* (hukum tempat kediaman permanen) orang itu. Konsep *domicile* pada dasarnya dapat dibedakan ke dalam 3 (tiga) pengertian, yaitu⁵⁵ :

- a. *Domicile of Origin*, yaitu tempat kediaman permanen seseorang karena kelahiran orang itu di tempat tertentu⁵⁶. Bagi anak sah, *domicile of origin*-nya adalah negara dimana ayahnya berdomisili pada saat ia (sang anak) dilahirkan. Sedangkan bagi anak tidak sah, domisili ibunya yang menentukan. Domisili sang ayah tersebut dapat berupa *domicile of choice* atau *domicile of origin*. Dalam hal sang ayah mempunyai *domicile of choice*, maka domisili tersebut merupakan *domicile of origin* sang anak. Jika sang ayah tidak pernah memperoleh *domicile of choice*, maka *domicile of origin* sang ayahlah yang menentukan⁵⁷
- b. *Domicile of Dependence (Domicile by Operation of the Law)*, yaitu tempat kediaman permanen seseorang karena kebergantungannya pada orang lain, misalnya : anak-anak di bawah umur akan mengikuti *domicile* orang tuanya, atau istri mengikuti *domicile* suaminya.
- c. *Domicile of Choice*, yaitu tempat kediaman permanen seseorang yang dipilih orang itu atas dasar kemauan bebasnya⁵⁸. Untuk memperoleh *domicile of choice* menurut sistem hukum Inggris diharuskan untuk memenuhi persyaratan, yaitu⁵⁹ :
 - Kemampuan (capacity)
 - Tempat kediaman (residence)
 - Hasrat (intention).

⁵⁵Bayu Seto I, *op cit*, h. 165.

⁵⁶*Ibid.*

⁵⁷Ridwan khairandy, *op cit*, h. 38.

⁵⁸Bayu Seto I, *op cit*, h. 166.

⁵⁹Ridwan Khairandy, *loc cit.*

PERTEMUAN VI : TUTORIAL KETIGA TITIK TAUT DAN STATUS PERSONAL

1. Problem Task

Kasus Imajiner (1)

Wik Pratiwi adalah seorang gadis Solo bekewarganegaraan Indonesia yang berusia 16 tahun. Di sela-sela waktunya mengikuti studi di bangku SMA, Wik Pratiwi juga bekerja sebagai penjual Batik merk Kadutan di Pasar Benteng. Pada suatu kesempatan ketika ia sedang berjualan datanglah seorang pengunjung laki-laki bernama Dirk van Mandi yang merupakan warga negara Belanda, namun saat ini memegang Kartu Ijin Tinggal Sementara di Denpasar dengan sponsor PT. Jengkol. Pertemuan tersebut ternyata berlanjut dalam hubungan asmara. Kedua pasangan tersebut kemudian melangsungkan perkawinan berdasarkan tata cara perkawinan agama Kristen Protestan di Jimbaran-Bali.

Pertanyaan :

1. Apakah perkawinan tersebut merupakan peristiwa HPI?
2. Agar perkawinan tersebut sah, hukum mana yang harus berlaku?

2. Problem Task

Kasus Imajiner (2)

Bered Kejepit adalah seorang pria Amerika Serikat bekerja sebagai manajer marketing di PT. Bila Bodong Indonesia yang memegang Kartu Ijin Tinggal Sementara di Denpasar. Untuk kepentingan tinggal di Indonesia, Bered Kejepit menyewa sebuah villa di Canggu, Badung, yang dimiliki Wayan Pelem. Mereka kemudian menandatangani perjanjian sewa-menyewa villa tersebut di hadapan seorang Notaris.

Pertanyaan:

1. Apakah perjanjian sewa-menyewa merupakan peristiwa HPI?
2. Hukum mana yang berlaku dalam perjanjian sewa-menyewa tersebut?

Bahan Bacaan:

Bayu Seto Hardjowahono.2006. Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional. Bandung: Citra Aditya Bakti, h.58-66.

Ridwan Khairandy.2007. Pengantar Hukum Perdata Internasional. Yogyakarta:FH-UII Press, h.29-39 dan h.58-72.

Sudargo Gautama. 1977. Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia. Jakarta: Bina Cipta.

-----1980. Hukum Perdata dan Dagang Internasional. Bandung:Alumni.

PERTEMUAN VII: PERKULIAHAN KEEMPAT ASAS-ASAS HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

1. Asas-Asas HPI Tentang Hukum Orang dan Keluarga

a. Perkawinan;

Berbicara mengenai bidang hukum keluarga, maka pada dasarnya orang berbicara tentang perkawinan dalam arti yang luas dan mencakup persyaratan material maupun formal perkawinan, keabsahan perkawinan, akibat-akibat perkawinan, harta perkawinan dan berakhirnya perkawinan⁶⁰.

Ikatan perkawinan yang berlangsung antara seorang pria dengan seorang wanita yang masing-masing tunduk pada sistem hukum nasional yang berbeda (baik karena perbedaan domisili maupun kewarganegaraannya) akan memunculkan persoalan-persoalan HPI dalam bidang hukum keluarga.

Permasalahan HPI juga akan timbul jika terjadi perkawinan antara mempelai yang mempunyai kewarganegaraan yang sama, tetapi melangsungkan perkawinannya di luar negeri. Di dalam HPI permasalahan pokoknya adalah sistem hukum manakah yang harus diberlakukan terhadap permasalahan-permasalahan yang ada.

Di Indonesia, ketentuan yang mengatur perkawinan yang mengandung elemen asing ini terdapat dalam Undang-undang nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan. Perkawinan yang mengandung elemen asing ini salah satunya adalah perkawinan campuran. Menurut pasal 57 Undang-undang no. 1 tahun 1974, perkawinan campuran adalah perkawinan antara dua orang yang di Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan, karena perbedaan kewarganegaraan, dan salah satu pihak berkewarganegaraan Indonesia⁶¹.

Asas-asas utama yang berkembang dalam HPI tentang hukum yang harus digunakan untuk mengatur validitas material suatu perkawinan adalah :

- Asas *lex loci celebrationis* yang bermakna bahwa validitas material perkawinan harus ditetapkan berdasarkan kaidah hukum dari tempat di mana perkawinan diresmikan/dilangsungkan;

⁶⁰Bayu Seto I, *op cit*, h. 169.

⁶¹Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 134.

- Asas yang menyatakan bahwa validitas material suatu perkawinan ditentukan berdasarkan sistem hukum dari tempat masing-masing pihak menjadi warga negara sebelum perkawinan dilangsungkan;
- Asas yang menyatakan bahwa validitas material perkawinan harus ditentukan berdasarkan sistem hukum dari tempat masing-masing pihak ber-*domicilie* sebelum perkawinan dilangsungkan;
- Asas yang menyatakan bahwa validitas material 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 dilangsungkan⁶².

Beberapa asas yang berkembang di dalam HPI tentang akibat-akibat perkawinan (seperti masalah hak dan kewajiban suami istri, hubungan orang tua dan anak, kekuasaan orang tua, harta kekayaan perkawinan, dan sebagainya) adalah bahwa akibat-akibat perkawinan tunduk pada :

- a. Sistem hukum tempat perkawinan diresmikan (*lex loci celebrationis*);
- b. Sistem hukum dari tempat suami istri bersama-sama menjadi warga negara setelah perkawinan (*joint nationality*);
- c. Sistem hukum dari tempat suami istri berkediaman tetap bersama setelah perkawinan (*joint residence*), atau tempat suami istri ber-*domicile* tetap setelah perkawinan.

Tidaklah jelas asas mana yang digunakan di dalam hukum perkawinan di Indonesia. Pasal 62 undang-undang nomor 1 tahun 1974 hanya menyatakan bahwa kedudukan hukum anak dalam perkawinan campuran ditentukan berdasarkan kewarganegaraan yang diperoleh setelah perkawinan atau setelah berakhirnya perkawinan. Bila disadari bahwa akibat-akibat hukum perkawinan menyangkut dan/atau dipengaruhi oleh aspek *public policy* (ketertiban umum) dan moralitas sosial di suatu negara, maka disarankan agar akibat-akibat perkawinan diatur berdasarkan asas b atau c di atas⁶³.

b. Perceraian dan Akibat Hukumnya;

⁶²Bayu Seto I, op cit, h. 171, lihat juga Undang-undang nomor 1 tahun 1974, pasal 56 ayat 1.

⁶³*Ibid*, h. 172.

Perceraian adalah terputusnya hubungan perkawinan antara suami istri secara hukum pada saat keduanya masih hidup. Terhadap masalah perceraian ini dalam pelbagai sistem hukum terdapat perbedaan. Di negara-negara yang memegang teguh ajaran gereja Katolik, seperti Filipina tidak boleh ada perceraian. Di lain pihak ada pula negara-negara yang memperbolehkan perceraian dengan syarat-syarat tertentu.

Mengenai masalah perceraian dengan segala akibat hukumnya di dalam HPI berkembang beberapa asas yang menyatakan, bahwa hal tersebut harus diselesaikan berdasarkan sistem hukum dari tempat :

- *Lex loci celebrationis*;
- *Joint nationality*;
- *Joint residence* atau *domicile of choice* setelah perkawinan; dan
- Tempat diajukannya perceraian (*lex fori*);

Contoh yang bisa diberikan di dalam peristiwa perceraian yaitu perkara perceraian antara salah seorang perempuan warga negara Indonesia dan seorang pria warga negara Amerika Serikat yang berdomisili di Negara Bagian Colorado, hakim Pengadilan Negeri Surabaya mendasarkan dirinya pada hukum Negara Bagian Colorado, Amerika Serikat.

Penggunaan putusan tersebut didasarkan, bahwa di dalam perkawinan campuran pada dasarnya berlaku hukum berdasarkan kewarganegaraan suami. Sang suami adalah warga negara Amerika Serikat yang berdomisili di negara Bagian Colorado. Sehingga, hakim dalam putusannya didasarkan pada hukum Negara Bagian Colorado tersebut⁶⁴.

c. Pewarisan

Masalah-masalah yuridik yang timbul dari persoalan dan proses pewarisan, seringkali bersumber pada 2 (dua) masalah pokok, yaitu :

- Adanya tata cara pewarisan yang diatur berdasarkan undang-undang, dalam hal pewaris tidak menyatakan dengan tegas keinginannya melalui *testament (ab intestato* atau *intestate succesion*);

⁶⁴Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 138

- Adanya keinginan tegas pewaris yang dinyatakan melalui testamen, dan yang harus diwujudkan terhadap harta peninggalannya setelah ia meninggal dunia (*testamentary succesion*).

Persoalan pewarisan semacam itu menjadi masalah HPI bila di dalamnya terlibat sejumlah unsur asing, yang pada akhirnya memunculkan persoalan tentang hukum mana/apa yang harus digunakan untuk mengatur pewarisan yang bersangkutan.

Fakta-fakta dalam perkara pewarisan yang secara potensial yang umumnya dapat mempertautkan perkara dengan suatu sistem hukum (lokal atau asing) adalah :

- Status dan kependudukan benda/harta peninggalan
- Penentuan kapasitas hukum/kemampuan hukum si pewaris
- Penentuan validitas substansial dan atau formal dari testamen

Beberapa asas HPI untuk menentukan hukum yang berlaku dalam persoalan pewarisan, misalnya⁶⁵ :

- a. Umumnya diterima asas bahwa dalam hal benda yang menjadi objek pewarisan merupakan benda tetap, maka proses pewarisan atas benda-benda semacam itu harus diatur berdasarkan hukum dari tempat benda terletak/berada, berdasarkan asas *lex rei sitae* atau *lex situs*;
- b. Bila benda-benda yang menjadi objek pewarisan adalah benda-benda bergerak, maka proses pewarisan benda-benda itu dapat ditundukkan pada kaidah-kaidah hukum waris dari tempat si pewaris menjadi warga negara (*lex patriae*) atau berkediaman tetap (*lex domicilii*) pada saat ia meninggal dunia;
- c. Hukum dari tempat pewaris berdomisili atau menjadi warga negara pada saat pembuatan testamen;
- d. Hukum dari tempat pewaris berdomisili atau menjadi warga negara pada saat ia meninggal dunia.

2. Asas-Asas dalam Hukum Benda

Kesulitan akan selalu timbul apabila pembahasan tentang benda dan hak-hak kebendaan dalam HPI dimulai dari dikotomi antara benda tetap (*immovables*) dan benda bergerak (*movables*), karena pelbagai sistem hukum menetapkan kriteria serta

⁶⁵Bayu Seto I, *op cit*, h. 189-191.

klasifikasi yang berbeda-beda. Oleh karena itu, pertanyaan yang penting di dalam HPI adalah berdasar hukum mana klasifikasi jenis benda tersebut harus dilakukan.

Dalam kaitan ini, di dalam HPI dikenal dua asas utama yang menetapkan bahwa klasifikasi semacam itu harus dilakukan berdasarkan :

- a. Hukum tempat gugatan atas benda diajukan (*lex fori*);
- b. Hukum tempat benda berada/terletak (*lex situs* atau *lex rei sitae*)

Beberapa asas HPI yang menyangkut penentuan status benda bergerak, menetapkan bahwa status benda bergerak ditetapkan berdasarkan :

- a. Hukum tempat pemegang hak atas benda tersebut berkewarganegaraan (asas nasionalitas);
- b. Hukum tempat pemegang hak atas benda tersebut berdomisili (asas domisili);
- c. Hukum tempat benda terletak (*lex situs*).

Asas-asas yang disebut dalam nomor 1 dan 2 di atas sebenarnya dilandasi oleh hukum yang lain yaitu asas *mobilia sequuntur personam*⁶⁶.

Untuk benda tetap (benda tidak bergerak), asas umum yang diterima di dalam HPI menetapkan bahwa status benda-benda tetap berdasarkan asas *lex rei sitae* / *lex situs* atau hukum dari tempat benda berada / terletak. Asas ini juga dianut di Indonesia seperti yang dimuat dalam pasal 17 *Algemeene Bepalingen van Wetgeving*.

Sedangkan benda-benda yang dikategorikan ke dalam “benda tak berwujud” biasanya meliputi hutang piutang, hak milik perindustrian, atau hak-hak milik intelektual. Asas-asas HPI yang relevan dengan usaha penentuan status benda-benda tak berwujud di antaranya menetapkan bahwa yang harus diberlakukan adalah sistem hukum dari tempat⁶⁷ :

- a. Kreditur atau pemegang hak atas benda itu berkewarganegaraan atau berdomisili (*lex patriae* atau *lex domicilii*);
- b. Gugatan atas benda-benda itu diajukan (*lex fori*);
- c. Pembuatan perjanjian hutang piutang (*lex loci contractus*);
- d. Sistem hukum yang dipilih oleh para pihak dalam perjanjian yang menyangkut benda-benda itu (*choice of law*);

⁶⁶Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 131-132.

⁶⁷Bayu Seto I, *op cit*, h. 174-175.

- e. Yang memiliki kaitan yang paling nyata dan substansial terhadap transaksi yang menyangkut benda tersebut (*the most substansial connection*);
- f. Pihak yang prestasinya dalam perjanjian tentang benda yang bersangkutan tampak paling khas dan karakteristik (*the most characteristic connection*).

3. Asas-Asas HPI Dalam Hukum Perjanjian

Kontrak adalah persetujuan di antara 2 (dua) atau lebih orang yang berisi sebuah janji atau janji-janji yang bertimbal balik yang diakui berdasarkan hukum, atau yang pelaksanaannya diakui sebagai suatu kewajiban hukum.

Berdasarkan definisi tersebut orang dapat mengatakan bahwa hal-hal esensial dari suatu kontrak adalah adanya persetujuan (*agreement*) dan hak serta kewajiban untuk melaksanakan sesuatu (*contractual rights and obligations*). Dalam Hukum Perdata Internasional, bidang hukum kontrak merupakan salah satu bidang yang paling pelik dan paling banyak menimbulkan kontroversi⁶⁸.

Untuk mencari hukum yang berlaku (*applicable law*) dalam suatu kontrak yang mengandung unsur HPI digunakan bantuan titik-titik pertalian atau titik taut sekunder, diantaranya adalah pilihan hukum, tempat ditandatanganinya kontrak, atau tempat dilaksanakannya kontrak.

Pada prinsipnya hukum yang berlaku di dalam kontrak yang mengandung unsur HPI tersebut adalah hukum yang dipilih sendiri oleh para pihak (pilihan hukum). Jika pilihan hukum tersebut tidak ditemukan dalam kontrak yang bersangkutan, dapat digunakan bantuan titik-titik taut sekunder lainnya, seperti⁶⁹:

a. Pilihan Hukum (*choice of law*) atau Asas Kebebasan Para Pihak (*Party Autonomy*)

Sesuai dengan asas kebebasan berkontrak maka para pihak dalam suatu perjanjian atau kontrak bebas menentukan isi dan bentuk suatu perjanjian, termasuk untuk menentukan pilihan hukum. Kemudian apa yang telah disepakati oleh kedua belah pihak tadi berlaku sebagai undang-undang bagi kedua belah pihak dalam suatu kontrak.

⁶⁸ *Ibid*, h. 176.

⁶⁹ Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 108.

Bila dalam suatu kontrak, termasuk kontrak internasional terdapat klausula pilihan hukum, maka hukum yang berlaku bagi kontrak tersebut adalah hukum sebagaimana yang ditunjuk dalam kontrak tersebut. Pada dasarnya para pihak bebas untuk melakukan pilihan hukum dengan mengingat beberapa pembatasan⁷⁰ :

- a. Tidak bertentangan dengan ketertiban umum;
- b. Pilihan hukum tidak mengenai hukum yang bersifat memaksa;
- c. Pilihan hukum hanya dalam bidang perjanjian saja, kecuali perjanjian kerja.

b. Pilihan Hukum Dengan *Lex Mercantoria*

Prinsip-prinsip dan kebiasaan-kebiasaan yang diterima secara umum dalam praktek perdagangan internasional tanpa merujuk kepada suatu sistem hukum nasional tertentu merupakan *lex mercantoria*. Dengan demikian *lex mercantoria* merupakan suatu norma yang bersifat otonom, suatu norma yang berlaku di kalangan masyarakat bisnis.

Adapun elemen-elemen *lex mercantoria* adalah sebagai berikut⁷¹ :

- a. Peraturan-peraturan yang terdapat dalam perjanjian-perjanjian internasional (*treaties*);
- b. Hukum-hukum yang seragam (*uniformed law*) seperti *the United Nations Convention on Contract for the International Sales of Goods*;
- c. Prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa pedagang di seluruh dunia, seperti asas *pacta sunt servanda*;
- d. Resolusi-resolusi Majelis Umum PBB;
- e. Rekomendasi-rekomendasi dan kode-kode perilaku (*code of conduct*) yang dikeluarkan lembaga-lembaga internasional, seperti UNCITRAL dan UNIDROIT;
- f. Kebiasaan-kebiasaan (*customs and usages*) yang berlaku dalam bidang perdagangan, misalnya ICC *Incoterm*, *the Uniform Customs and Practices for Documentary Credits*, dan juga kontrak-kontrak standar yang diterima secara universal; dan
- g. Putusan-putusan *arbitrase*.

c. *Lex Loci Contractus*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid*, h. 112.

Asas ini merupakan asas tertua yang dilandasi prinsip *locus regit actum*. Berdasarkan asas ini “*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*).

Di masa modern teori ini tampaknya sudah tidak memadai lagi, terutama bila dikaitkan dengan kontrak-kontrak yang diadakan antara pihak-pihak yang tidak berhadapan satu sama lain. Semakin banyak kontrak yang dibuat dengan bantuan sarana komunikasi modern seperti telex, telegram, facsimile, sehingga penentuan *locus contractus* menjadi sulit dilakukan.

Prinsip ini masih dapat digunakan untuk menetapkan hukum yang berlaku terhadap transaksi maupun 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 the contract*”⁷².

d. *Lex Loci Solutionis*

Sebagai variasi terhadap teori *lex loci contractus* dikemukakan pula adanya teori *lex loci solutionis*. Menurut teori ini hukum yang berlaku bagi suatu kontrak adalah tempat dimana kontrak tersebut dilaksanakan. Menurut Sudargo Gautama dalam praktek hukum internasional umumnya diakui bahwa berbagai peristiwa tertentu dipastikan oleh hukum yang berlaku pada tempat pelaksanaan kontrak⁷³.

Dalam perkembangannya, ternyata asas *lex loci solutionis* tidak selalu memberikan jalan keluar yang memuaskan, terutama bila diterapkan pada kontrak-kontrak yang harus dilaksanakan di pelbagai tempat yang berbeda. Ada kemungkinan bahwa kontrak itu dianggap sah di salah satu tempat pelaksanaannya, namun dianggap tidak sah atau ilegal di tempat pelaksanaan lainnya. 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 perkara⁷⁴.

⁷²Bayu Seto I, *op cit*, h. 178.

⁷³Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 116.

⁷⁴Bayu Seto I, *op cit*, h.179.

e. *The Proper Law of a Contract*

The proper law suatu kontrak adalah sistem hukum yang dikehendaki oleh para pihak, atau jika kehendak itu tidak dinyatakan dengan tegas atau tidak dapat diketahui dari keadaan sekitarnya, maka *proper law* bagi kontrak tersebut adalah sistem hukum yang mempunyai kaitan yang paling erat dan nyata dengan transaksi yang terjadi (Morris)⁷⁵.

The proper law of the contract menurut Cheshire adalah : "...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"⁷⁶

Konsep yang terkandung di dalam pengertian di ataslah yang banyak menimbulkan persoalan dan perdebatan di dalam HPI, khususnya yang menyangkut masalah bagaimana orang dapat menentukan "*the proper law*" dari suatu kontrak. Konsep '*proper law*' ini 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 berbeda⁷⁷.

Dalam menetapkan hukum yang berlaku, pengadilan Inggris menerapkan *proper law*. *Proper Law* ini dapat diketahui dari kehendak para pihak yang mengadakan perjanjian. Jika para pihak tidak menyatakan secara tegas, maka pengadilan akan mengadakan dugaan dari istilah-istilah yang digunakan dalam perjanjian dan keadaan sekitarnya⁷⁸.

Di sini yang diutamakan sebagai hukum yang berlaku bagi sebuah kontrak yang tidak ada pilihan hukumnya adalah hukum dari suatu negara di mana suatu kontrak mempunyai hubungan yang paling erat dan nyata dengan kontrak tersebut. Dengan pandangan ini, maka tidak dapat diterima penerapan kaidah-kaidah *lex loci contractus* maupun *lex loci solutionis* yang terlalu kaku. Dengan *proper law* ini hakim harus memperhatikan semua unsur-unsur atau faktor-faktor subyektif dan obyektif dalam

⁷⁵Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 116, lihat juga Morris, *The Conflict of Law*, 1967, h. 619.

⁷⁶Lihat Cheshire G.C., North P.M., *op cit*, h. 458.

⁷⁷Bayu Seto I, *op cit*, h. 177.

⁷⁸Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 117.

kontrak yang bersangkutan guna mengetahui titik berat dari kontrak yang bersangkutan.⁷⁹

f. The Most Characteristic Connection

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 tertentu⁸⁰.

Dalam teori ini kewajiban untuk melakukan suatu prestasi yang paling karakteristik merupakan tolok ukur penentuan hukum yang akan mengatur perjanjian itu. Dalam setiap kontrak dapat dilihat pihak mana yang melakukan prestasi yang paling karakteristik dan hukum dari pihak yang melakukan prestasi yang paling karakteristik ini adalah hukum yang dianggap harus dipergunakan, karena hukum inilah yang terberat dan sewajarnya dipergunakan. Misalnya dalam perjanjian jual beli, maka pihak penjual yang dianggap melakukan prestasi yang paling karakteristik. Dalam perjanjian kredit Bank, maka pihak Banklah yang dianggap mempunyai prestasi yang paling karakteristik. Demikian juga terhadap hubungan antara klien dengan advokat, yang dititikberatkan dan dianggap paling karakteristik adalah perbuatan-perbuatan hukum dari advokat⁸¹.

4. Asas-Asas HPI Untuk Penentuan Status Badan Hukum

Peningkatan intensitas kegiatan perdagangan internasional dewasa ini mengakibatkan semakin banyak pendirian badan hukum, seperti perusahaan Perseroan Terbatas (PT) oleh pihak asing atau pihak lokal yang mengadakan kerjasama patungan (*joint venture*). Sehubungan dengan pendirian badan hukum itu masalah yang timbul adalah sistem hukum mana yang dapat digunakan untuk menetapkan dan mengatur status kewenangan yuridis suatu badan hukum yang mengandung elemen asing.

Badan hukum di sini adalah suatu perkumpulan atau organisasi yang oleh hukum diperlakukan seperti seorang manusia, yaitu sebagai pengemban hak dan kewajiban,

⁷⁹Ibid.

⁸⁰Bayu Seto I, *op cit*, h. 187.

⁸¹Sudargo Gautama, *Hukum Perdata dan Dagang Internasional*, (selanjutnya disebut Sudargo Gautama IV), Alumni, Bandung, 1980, h. 180.

dapat memiliki kekayaan sendiri, dapat menggugat dan digugat di muka pengadilan⁸². Perusahaan yang menurut hukum Indonesia yang sekarang tergolong sebagai perusahaan yang berbadan hukum adalah Perseroan Terbatas (PT), Perusahaan Perseroan (Persero), dan Koperasi⁸³.

Dalam teori dan praktek HPI berkembang beberapa doktrin atau asas yang dapat digunakan untuk menentukan status badan hukum, yaitu ⁸⁴:

a. Asas Kewarganegaraan atau Domisili Pemegang Saham

Asas ini beranggapan bahwa status badan hukum ditentukan berdasarkan hukum dari tempat di mana mayoritas pemegang sahamnya menjadi warga negara (*lex patriae*) atau berdomisili (*lex domicile*).

Asas atau doktrin ini dianggap sudah kurang menguntungkan karena kesulitan untuk menetapkan kewarganegaraan atau domisili dari mayoritas pemegang saham, terutama bila komposisi kewarganegaraan atau domisili yang beraneka ragam (beberapa negara).

b. Asas *Centre of Administration / Business*

Asas ini beranggapan bahwa status dan kewenangan yuridik suatu badan hukum harus tunduk pada kaidah-kaidah hukum dari tempat yang merupakan pusat kegiatan administrasi badan hukum tersebut. Teori ini menghendaki agar hukum dari tempat dimana suatu badan hukum memusatkan kegiatan bisnis atau manajemennya harus digunakan untuk mengatur status yuridik badan hukum yang bersangkutan.

Asas ini umumnya diterima di negara-negara yang menganut sistem hukum Eropa Kontinental seperti Italia, Spanyol, Perancis, Swiss, Jerman, dan Belanda.

c. Asas *Place of Incorporation*

Asas ini beranggapan bahwa status dan kewenangan badan hukum sebaiknya ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat badan hukum itu didirikan / dibentuk.

⁸²Lihat Ahmad M. Ramli, *Status Perusahaan Dalam Hukum Perdata Internasional*, Teori dan Praktek, CV. Mandar maju, Bandung, 1994, h. 7

⁸³Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 127.

⁸⁴Bayu Seto I, *op cit*, h. 167-168.

Asas ini dianut di Indonesia (dan umumnya negara-negara berkembang) sebagai reaksi terhadap penggunaan asas *Centre of Administration / Siege Social*. Dalam Undang-undang nomor 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing, pasal 3 ditetapkan bahwa : "Pihak asing yang menanamkan modalnya di Indonesia haruslah :

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

d. *Asas Centre of Exploitation*

Asas ini beranggapan bahwa status dan kedudukan badan hukum harus diatur berdasarkan hukum dari tempat perusahaan itu memusatkan kegiatan operasional, eksploitasi, atau kegiatan produksi barang maupun jasa.

PERTEMUAN VIII : TUTORIAL 4 ASAS-ASAS HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

1. Problem Task

Kasus imajiner (1)

Denilson, seorang warga negara Brazil mengadakan kontrak kerja dengan Emanuel Kono, agen pemain sepakbola warga negara Kamerun yang berdomisili di London. Dalam kontrak tersebut, Denilson menyetujui isi kontrak untuk bermain di klub sepakbola Arema Malang pada Liga Indonesia. Pada saat itu ia masih terikat kontrak dengan FC Victoria Hongkong. Denilson memilih untuk memenuhi isi kontrak tersebut dan bermain pada klub Arema Malang. Tindakan Denilson ini menimbulkan gugatan dari FC Victoria karena menganggap Denilson Wanprestasi

Petunjuk: Tentukan hukum (*lex causae*) dan pengadilan (*lex fori*) yang berwenang memeriksa dan memutus gugatan tersebut!

2. Problem Task

Kasus imajiner (2)

Roberto Mancini seorang warga negara Italia dalam perjalanan di atas kapal berbendera Norwegia, bertemu dengan Nwanko Kanu seorang warga negara Nigeria. Di atas kapal tersebut, Roberto Mancini sepakat menjual dua unit apartemen miliknya kepada Nwanko Kanu yang terletak di Australia. Mereka juga sepakat untuk mengadakan kontrak pinjam meminjam uang yang rencananya akan digunakan untuk membangun lima puluh unit apartemen di Indonesia.

Petunjuk: Tentukan hukum (*lex causae*) yang berwenang dalam kedua peristiwa hukum tersebut!

Bahan Bacaan:

- Bayu Seto Hardjowahono.2006. Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional. Bandung: Citra Aditya Bakti. h.263-304.
- Ridwan Khairandy.2007. Pengantar Hukum Perdata Internasional. Yogyakarta:FH-Ull Press. h. 174-191
- Sudargo Gautama. 1977. Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia. Jakarta: Bina Cipta.
- 1980. Hukum Perdata dan Dagang Internasional. Bandung:Alumni.

**PERTEMUAN IX :
UJIAN TENGAH SEMESTER**

PERTEMUAN X : PERKULIAHAN KELIMA KUALIFIKASI DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

1. Pengertian

Beberapa istilah yang dapat dipergunakan untuk menyebut kualifikasi di antaranya adalah:

- *Qualification, Classification, Characterization* – dari Bahasa Inggris
- *Qualifikation* – dari Bahasa Perancis
- *Qualifikation, Characterisierung, latent Gesetzeskonflikten* – dari Bahasa Jerman
- *Qualificatie* – dari Bahasa Belanda.

Sebelumnya telah dikemukakan bahwa HPI pada dasarnya adalah Keseluruhan Kaidah dan asas hukum yang mengatur hubungan perdata yang melintas batas negara. Dengan kata lain HPI adalah Hukum yang mengatur hubungan hukum perdata antara pelaku hukum yang masing-masing tunduk pada hukum perdata (nasional) yang berbeda. Terdapat berbagai fakta-fakta dalam peristiwa hukum. Melalui proses kualifikasi inilah orang akan menata sekumpulan fakta dalam peristiwa hukum tersebut untuk kemudian didefinisikan dan ditempatkan dalam suatu kategori yuridik tertentu dalam kaitannya dengan pengambilan keputusan hukum atas persoalan hukum tersebut⁸⁵.

2. Arti Penting Kualifikasi

Dalam setiap proses pengambilan keputusan hukum, tindakan “kualifikasi” 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 kedalam suatu kategori yuridik tertentu.

Dalam HPI, masalah kualifikasi yang merupakan masalah (classification of the cause of action) ini ditangani secara lebih khusus, karena dalam perkara-perkara HPI

⁸⁵Bayu Seto Hardjowahono, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2013, (selanjutnya disebut Bayu Seto H. II), h. 92.

orang selalu berurusan dengan kemungkinan berlakunya lebih dari satu sistem atau aturan hukum dari 2 (dua) negara atau lebih yang berbeda untuk mengatur sekumpulan fakta tertentu⁸⁶.

Kualifikasi dapat dibedakan menjadi dua jenis, yaitu⁸⁷:

- Kualifikasi Fakta (*Classification of facts*)

Proses kualifikasi yang dilakukan terhadap sekumpulan fakta yang dihadapi dalam sebuah peristiwa hukum untuk ditetapkan menjadi satu atau lebih peristiwa atau masalah hukum sesuai dengan sistem klasifikasi kaidah-kaidah hukum yang berlaku di dalam suatu sistem hukum tertentu.

- Kualifikasi Hukum (*Legal Classification*)

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

3. Teori-Teori Kualifikasi

Persoalan penting yang muncul dalam proses kualifikasi HPI pada dasarnya adalah berdasarkan sistem hukum apa kualifikasi dalam suatu perkara HPI seharusnya dilakukan⁸⁸. Dalam rangka menemukan jawaban yang dianggap paling baik atas pertanyaan tersebut maka munculnya berbagai teori kualifikasi HPI. Adapun beberapa teori kualifikasi tersebut yaitu :

1. Teori Kualifikasi *Lex Fori* (menurut hakim)⁸⁹

Hukum materiil dari sang hakim adalah yang harus dipergunakan dalam kualifikasi ini. Sebagai contoh misalnya dihadapkan pada istilah “perjanjian perkawinan”, “domisili” dan “tort”, maka istilah tersebut didefinisikan dan diinterpretasikan berdasarkan hukum materiil dari Hakim itu sendiri⁹⁰. Beberapa tokoh penganut teori ini adalah Bartin (Prancis) dan Franz Khan (Jerman)⁹¹.

⁸⁶Bayu Seto I, *op cit*, h. 47.

⁸⁷Bayu Seto II, *op cit*, h. 92-93.

⁸⁸*Ibid*, h. 96.

⁸⁹Sudarto Gautama I, *op cit*, h. 124.

⁹⁰*Ibid*, h. 125.

⁹¹Bayu Seto H. II, *op cit*, h. 99.

Bartin berpendapat bahwa teori ini harus dipergunakan dalam kualifikasi dengan alasan seorang hakim sudah disumpah untuk menegakkan hukumnya sendiri dan bukan sistem asing lainnya dimana bila sistem hukum asing diberlakukan dalam suatu perkara itu adalah hanya bentuk kesukarelaan forum guna membatasi kedaulatan hukumnya.⁹² Sedangkan menurut Franz Kahn kualifikasi harus menggunakan teori ini karena alasan kesederhanaan dan kepastian yang diberikan⁹³. Oleh sebab itu kelebihan dari teori kualifikasi ini adalah mempermudah suatu perkara untuk diselesaikan karena hukum yang dipergunakan adalah hukum materiil yang dipahami oleh hakim. Akan tetapi di lain sisi kelemahan teori ini adalah kemungkinan timbulnya ketidakadilan sebab terjadi adanya ukuran yang mungkin saja tidak sesuai dengan hukum asing yang seharusnya diberlakukan atau bahkan ukuran yang sama sekali tidak dikenal dalam hukum asing tersebut⁹⁴.

2. Teori Kualifikasi *Lex Causae* (*Lex Fori* yang diperluas)

Pada dasarnya berdasar teori ini kualifikasi harus dilaksanakan sesuai dengan ukuran dari keseluruhan sistem hukum yang berkaitan dengan perkara⁹⁵. Maksud dari teori ini adalah guna menentukan kaidah HPI mana dari *lex fori* yang paling erat kaitannya dengan kaidah hukum asing yang mungkin diberlakukan⁹⁶. Teori ini dikemukakan Despagnet, dan kemudian diperjuangkan lebih lanjut oleh Martin Wolf dan G.C. Chesire. Teori ini beranggapan bahwa kualifikasi harus dilakukan sesuai dengan sistem serta ukuran dari keseluruhan hukum yang bersangkutan dengan perkara. Tindakan kualifikasi dimaksudkan untuk menentukan kaidah HPI mana dari *lex fori* yang erat kaitannya dengan hukum asing yang seharusnya berlaku. Penentuan ini dilakukan dengan mendasarkan diri pada kualifikasi yang telah dilakukan berdasarkan sistem hukum asing yang bersangkutan. Setelah lembaga hukum tersebut ditetapkan, barulah bisa ditetapkan kaidah-kaidah

⁹² *Ibid*, h. 100.

⁹³ *Ibid*.

⁹⁴ *Ibid*.

⁹⁵ *Ibid*, h. 103.

⁹⁶ *Ibid*.

hukum apa di antara kaidah *lex fori* yang harus digunakan untuk menyelesaikan suatu perkara⁹⁷.

3. Teori Kualifikasi Bertahap

Adanya keberatan terhadap teori *Lex Causae* menyebabkan munculnya teori kualifikasi berikutnya yaitu Teori Kualifikasi Bertahap. Alasan keberatan tersebut terletak pada ketidaksetujuan bahwa tidak mungkin kualifikasi dilakukan dengan *lex causae* (mengggunakan hukum yang seharusnya berlaku) karena sesungguhnya hukum yang hendak diberlakukan itulah yang justru masih perlu ditentukan dengan bantuan proses kualifikasi⁹⁸. Berdasarkan hal tersebut, kualifikasi menurut Teori Kualifikasi Bertahap dilakukan melalui dua tahap yaitu⁹⁹ :

- Kualifikasi Tahap Pertama (Kualifikasi Primer) : hakim harus menemukan kaidah HPI atau *choice of law (lex fori)* yang akan dipergunakan untuk menentukan titik taut penentu. Kualifikasi dilaksanakan dengan sistem kualifikasi intern yang dikenal pada *lex fori*, dimana kualifikasi ini dilakukan guna menetapkan *lex causae*¹⁰⁰. Kaidah-kaidah HPI *lex fori* harus dikualifikasikan menurut hukum materil sang hakim (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* sendiri¹⁰¹.
- Kualifikasi Tahap Kedua (Kualifikasi Sekunder) : dijalankan dengan sistem kualifikasi intern yang dikenal pada *lex causae*¹⁰². Apabila sudah diketahui hukum yang seharusnya diberlakukan itu adalah hukum asing,

⁹⁷Ridwan Khairandy, *op cit*, 53-54.

⁹⁸Bayu Seto II, *op cit*, h. 106.

⁹⁹*Ibid*, h. 106-107.

¹⁰⁰*Ibid*.

¹⁰¹Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 57.

¹⁰²Bayu Seto II, *op cit*, h. 107.

maka perlu dilakukan kualifikasi lebih jauh menurut hukum asing yang ditemukan itu. Pada tahap kedua ini, semua fakta dalam perkara harus dikualifikasikan kembali berdasarkan sistem kualifikasi yang ada pada *lex causae*¹⁰³.

Berdasarkan hasil kualifikasi ini maka hakim dapat menetapkan kaidah hukum intern Lex Causae yang akan digunakan untuk menyelesaikan perkara¹⁰⁴.

4. Teori Kualifikasi Otonom

Kualifikasi ini berdasarkan *methodos comparative* (perbandingan hukum). Tokoh dari teori ini adalah Ernst Rabel (Jerman) dan Beckett (Inggris). Teori ini pada dasarnya bertitik tolak dari penolakan mereka terhadap asumsi yang melatarbelakangi suatu kaidah HPI itu hanya hukum intern dari forum. Menurut penganut teori ini, dalam tindakan kualifikasi terhadap kumpulan fakta harus dilakukan secara terlepas dari kaitannya pada suatu sistem hukum lokal/nasional tertentu (bersifat otonom). Artinya, dalam HPI seharusnya dikembangkan konsep-konsep (*begrip*) hukum yang khas dan dapat berlaku secara umum serta mempunyai makna yang sama dimanapun di dunia.

Kualifikasi otonom pada dasarnya menggunakan metode perbandingan hukum untuk membangun sistem kualifikasi yang berlaku secara universal. Kualifikasi yang dilakukan secara otonom ini terlepas dari salah satu sistem hukum tertentu, artinya dalam HPI seharusnya ada pengertian (*begrip*) hukum yang khas dan berlaku umum serta mempunyai makna yang sama dimanapun di dunia ini¹⁰⁵. Tokoh dari teori ini adalah Ernst Rabel (Jerman) dan Beckett (Inggris)¹⁰⁶.

Teori ini memang ideal sekali, tetapi di dalam praktek hal tersebut sukar untuk dilaksanakan, karena¹⁰⁷ :

¹⁰³Ridwan Khairandy, *loc cit*.

¹⁰⁴Bayu Seto I, *op cit*, h. 63.

¹⁰⁵Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 55-56.

¹⁰⁶Bayu Seto I, *op cit*, h. 66.

¹⁰⁷Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 56.

- a. Menemukan dan menetapkan pengertian-pengertian hukum yang dapat dianggap sebagai pengertian yang berlaku umum adalah pekerjaan yang sulit dilaksanakan. Pengalaman telah membuktikan bahwa pembentukan pengertian-pengertian hukum yang dapat diterima bersama oleh dua atau tiga sistem hukum yang masing-masing tidak memperlihatkan perbedaan yang berarti, sudah banyak membawa kesulitan. Apalagi untuk mencapai pembentukan pengertian hukum yang berlaku secara mutlak di seluruh dunia;
- b. Hakim yang akan menggunakan kualifikasi yang demikian haruslah mengenal semua sistem hukum di dunia ini agar ia dapat menemukan konsep-konsep yang memang diakui di seluruh dunia.

Prof. Sudargo Gautama beranggapan bahwa walaupun teori kualifikasi ini sulit dijalankan, tetapi hal yang dapat ditarik sebagai pelajaran adalah cara pendekatan / sikap seperti itu perlu dibina dalam HPI, walaupun seseorang akan mengkualifikasikan sekumpulan fakta berdasarkan *lex fori* sekalipun. Artinya, konsep-konsep HPI jangan ditafsirkan hanya berdasarkan pengertian *lex fori* saja, tetapi juga harus disandarkan pada prinsip-prinsip yang dikenal secara umum dan dengan memperhatikan konsepsi-konsepsi di dalam sistem hukum asing yang dianggap hampir sama (*analogous*)¹⁰⁸.

¹⁰⁸Bayu Seto I, *op cit*, h. 67, lihat juga Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Bina Cipta, Bandung, 1987, h. 129.

PERTEMUAN XI : TUTORIAL KELIMA TEORI KUALIFIKASI DAN ANALISIS KASUS

1. Study Task dan Problem Task :

Kasus posisi 1 : **Ogden vs Ogden (1908)**

- a. Philip, pria warga negara Prancis, berdomisili di Prancis, dan berusia 19 tahun.
- b. Philip menikah dengan Sarah (wanita) yang berwarganegaraan Inggris
- c. Pernikahan Philip dan Sarah dilangsungkan dan diresmikan di Inggris (tahun 1898)
- d. Philip menikah dengan Sarah tanpa izin orang tua Philip. Izin orang tua ini diwajibkan oleh hukum Prancis (Pasal 148 Code Civil)
- e. Pada tahun 1901 Philip pulang ke Prancis dan mengajukan permohonan dipengadilan Prancis untuk pembatalan perkawinannya dengan Sarah dengan alasan bahwa perkawinan itu dilangsungkan tanpa izin orang tua
- f. Permohonan dikabulkan oleh pengadilan Prancis dan Philip kemudian menikah dengan seorang wanita Prancis di Prancis
- g. Sarah kemudian menggugat Philip di Inggris karena Philip dianggap melakukan perzinahan dan meninggalkan istrinya terlantar. Gugatan itu ditolak karena alasan yuridiksi
- h. Pada tahun 1904, Sarah sudah merasa tidak terikat dalam perkawinan dengan Philip, kemudian menikah kembali dengan Ogden dilangsungkan di Inggris.
- i. Pada tahun 1906 Ogden menganggap bahwa Sarah masih terikat dengan perkawinan dengan Philip karena berdasarkan hukum Inggris perkawinan Philip dan Sarah belum dianggap batal karena keputusan pengadilan Prancis tidak diakui di Inggris
- j. Ogden kemudian mengajukan pembatalan perkawinan dengan Sarah, dengan dasar hukum bahwa istrinya telah berpoligami
- k. Permohonan diajukan di pengadilan Inggris

Proses penyelesaian sengketa :

- 1) Untuk menerima atau menolak Ogden, maka hakim harus menentukan terlebih dahulu apakah perkawinan Philip dengan Sarah adalah sah atau tidak. Dalam hal

titik-titik taut menunjuk ke arah hukum Inggris sebagai hukum dari tempat peresmian perkawinan dan hukum Prancis karena salah satu pihak (Philip) adalah pihak yang berdomisili di Prancis

- 2) Pokok perkaranya mengenai izin orang tua sebagai persyaratan perkawinan terutama dalam menetapkan apakah Philip memang memiliki kemampuan hukum untuk menikah.
- 3) Kaidah HPI Inggris menetapkan :
 - a. Persyaratan esensial untuk sahnya perkawinan, termasuk persoalan kemampuan hukum seseorang pria untuk menikah harus diatur dalam *lex domicilii* (menunjuk pada hukum Prancis)
 - b. Persyaratan formal untuk sahnya perkawinan harus tunduk pada hukum dari tempat peresmian perkawinan (*lex loci celebrationis*). Jadi dalam hal ini menunjuk hukum Inggris
 - c. Karena hakim pertama-tama menunjuk arah hukum Prancis sebagai *lex cause*, untuk menentukan kemampuan hukum A untuk menikah, pada tahap ini didasari bahwa berdasarkan Pasal 148 Code civil Prancis dapat disimpulkan laki-laki yang belum berusia 25 tahun tidak dapat menikah, apabila tidak diizinkan oleh orangtuanya. Dengan demikian berdasarkan hukum intern Prancis, tidak adanya izin orang tua harus menyebabkan batalnya perkawinan antara Philip dan Sarah.
- 4) Dalam kenyataan, hukum Inggris memutus perkara dengan cara berpikir sebagai berikut :
 - a. Perkawinan antara Philip dan Sarah dinyatakan tetap sah karena “izin orang tua” dikualifikasikan berdasarkan hukum Inggris (*lex fori*).
 - b. Berdasarkan kesimpulan diatas, perkawinan antara Sarah dan Odgen dianggap tidak sah karena salah satu pihak Sarah dianggap masih terikat perkawinan dengan Philip dan karena itu dianggap poligami
 - c. Karena itu, permohonan Odgen kemudian dikabulkan dan perkawinan Odgen dan Sarah dibatalkan oleh pengadilan Inggris

Contoh kasus 2 : De Nicols vs Curlier

Kasus posisi :

- a. Kasus menyangkut sepasang suami istri berkewarganegaraan Prancis
- b. Pernikahan mereka diresmikan di Prancis
- c. Ketika pernikahan dilangsungkan pada tahun 1854, kedua pihak ini tidak membuat perjanjian/kontrak harta perkawinan
- d. Setelah pernikahan, mereka pindah ke Inggris: suami meninggal dunia di Inggris dengan meninggalkan testamen yang dibuat secara sah di Inggris
- e. Isi testamen ternyata mengabaikan semua hak istri atas harta perkawinan
- f. Istri kemudian mengajukan gugatan terhadap testamen dan menuntut haknya atas harta bersama
- g. Gugatan tersebut diajukan di pengadilan Inggris

Jalannya proses penyelesaian perkara :

- a. Perkara dikualifikasikan sebagai perkara tentang perwarisan testamen atau kontrak tentang harta perkawinan. Hakim Inggris kemudian mengkualifikasikan perkara sebagai perkara tentang pewarisan testamenter karena pada saat menikah, mereka tidak membuat kontrak mengenai harta kekayaan mereka;
- b. Berdasarkan kaidah hukum intern Inggris, status kepemilikan atas benda-benda bergerak sepasang suami istri harus diatur dengan sebuah kontrak;
- c. Kaidah HPI Inggris menetapkan jika kontrak semacam ini tidak ada, status kepemilikan atas benda-benda itu harus diatur berdasarkan *ex loci celebrationis* ;
- d. Karena kaidah HPI menunjuk ke arah hukum Prancis (sebagai *lex loci celebrationis*), maka hakim melihat arah Code civil Prancis.

Hakim kemudian menyimpulkan bahwa tidak ada kontrak dibuat secara tegas pada saat para pihak menikah di Prancis. Tidak adanya kontrak secara tegas untuk berpisah harta, yang dibuat berdasarkan *commuaute des biens* 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 (Prancis).

Contoh Kasus Imajiner (3)

Seseorang Warga Negara Swiss, berdomisili terakhir di Inggris meninggal dunia dengan meninggalkan sejumlah harta peninggalan baik benda tetap maupun bergerak di berbagai negara. Perkara pembagian warisan diajukan di Pengadilan Swiss. Berdasarkan hukum manakah proses pewarisan itu harus diatur. Dengan menggunakan teori kualifikasi bertahap maka prosesnya sebagai berikut ;

Tahap Pertama; Berdasarkan hukum Swiss hakim terlebih dahulu menentukan kategori hukum dari sekumpulan fakta yang dihadapinya. Seandainya Hukum Swiss menganggap peristiwa tersebut sebagai pewarisan, maka langkah selanjutnya adalah menetapkan Kaedah HPI apa dari Hukum Swis yang harus digunakan untuk menetapkan *lex Causae*. Kaedah HPI swis menetapkan bahwa pewarisan harus diatur oleh hukum dari tempat tinggal terakhir pewaris tanpa membedakan benda bergerak dan tidak bergerak. Dengan demikian berarti HPI Swis menunjuk hukum Inggris.

Tahap Kedua; Berdasarkan hukum Inggris hakim kemudian menetapkan bagian-bagian dari harta peninggalan yang dikategorikan sebagai sebagai benda bergerak atau tidak bergerak. Setelah itu berdasarkan kaedah hukum inggris hakim menetapkan hukum apa yang harus digunakan untuk mengatur pewarisan tersebut. Pada tahap ini hakim akan dapat menjumpai untuk benda bergerak pewarisan akan dilakukan berdasarkan hukum dari tempat pewaris berdomisili pada saat meninggal (hukum Inggris). Untuk benda-benda tetap kaedah HPI inggris menetapkan yang berlaku adalah hukum dari tempat dimana benda itu berada. Seandainya Sipewaris meninggalkan sebidang tanah di Prancis maka tidak mustahil akan dipergunakan hukum Prancis untuk mengatur pewarisan tersebut.

Pertanyaan

1. Teori kualifikasi apakah yang digunakan pada masing-masing kasus di atas ?
2. Apakah yang menjadi kelebihan dan kelemahan penggunaan masing-masing teori tersebut?

Bahan Bacaan:

Bayu Seto Hardjowahono.2006. Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional. Bandung: Citra Aditya Bakti. h.263-304.

Ridwan Khairandy.2007. Pengantar Hukum Perdata Internasional. Yogyakarta:FH-Ull Press. h. 174-191

Sudargo Gautama. 1977. Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia. Jakarta: Bina Cipta.

-----1980. Hukum Perdata dan Dagang Internasional. Bandung:Alumni.

PERTEMUAN XII : PERKULIAHAN KEENAM PERSOALAN PENDAHULUAN DAN RENVOI

1. Persoalan Pendahuluan

a. Pengertian

Persoalan pendahuluan adalah suatu persoalan atau permasalahan hukum dalam sebuah perkara yang harus dipecahkan atau ditetapkan terlebih dahulu sebelum putusan akhir atas suatu perkara HPI yang dihadapi hakim ditetapkan.

Persoalan pendahuluan (*vorfrage*) timbul apabila putusan suatu persoalan hukum (*hauptfrage*) bergantung kepada ketentuan sah atau tidaknya suatu hubungan hukum atau persoalan hukum lain (*vorfrage*).

Contoh penerapan persoalan pendahuluan :

1. Dalam persoalan HPI mengenai warisan (persoalan pokok) maka sebelumnya harus ditentukan dulu apakah perkawinan dari si pewaris sah adanya (persoalan pendahuluan).
2. Dalam perkara yang menyangkut perkawinan (persoalan pokok), bila salah seorang atau kedua mempelai telah pernah melakukan perkawinan sebelumnya, maka perlu diselidiki dulu apakah perceraian dari pihak yang pernah melakukan perkawinan sebelumnya itu sah atau tidak (persoalan pendahuluan).

Persoalan pendahuluan bisa muncul lebih dari sekali dalam serangkaian peristiwa tertentu. Misalnya dalam masalah warisan perlu ditentukan terlebih dulu sah atau tidaknya kedudukan ahli waris atau kedudukan anak (persoalan pendahuluan tahap pertama). Tetapi untuk menentukan hal tersebut terlebih dahulu harus ditentukan apakah perkawinan kedua orang tua anak tersebut sah adanya (persoalan pendahuluan tahap kedua = *preliminary question of the second degree*). Bila salah satu dari kedua orang tua anak itu telah pernah kawin sebelumnya, maka perlu juga ditentukan apakah perceraian dari perkawinan terdahulu itu sah adanya (persoalan pendahuluan tahap ketiga). Demikian proses itu bisa berlangsung hingga dianggap sudah tidak ada lagi persoalan pendahuluan yang harus ditentukan sebelumnya¹⁰⁹.

b. Persyaratan

¹⁰⁹ *Ibid*, h. 81-82.

Pranata Persoalan Pendahuluan (*Incidental Question*) dalam perkembangan HPI dapat dilihat juga sebagai salah satu pranata HPI yang mungkin digunakan hakim untuk 'merekayasa' putusan perkara, atau setidaknya mengarahkan penentuan hukum yang harus diberlakukan untuk menyelesaikan, baik masalah pokok, maupun masalah pendahuluannya. Untuk menentukan apakah dalam sebuah perkara HPI terdapat persoalan "*incidental question*" maka perlu dipenuhi 3 (tiga) persyaratan, yaitu :

- '*Main issue*' yang dihadapi dalam perkara harus merupakan masalah HPI yang berdasarkan kaidah HPI forum harus tunduk pada hukum asing;
- Dalam perkara yang sama harus terdapat '*subsidiary issue*' yang mengandung unsur asing, yang sebenarnya dapat timbul sebagai masalah HPI yang terpisah dan diselesaikan melalui penggunaan kaidah HPI lain secara independen;
- Kaidah HPI yang digunakan untuk menentukan *lex causae* bagi '*subsidiary issue*' akan menghasilkan kesimpulan yang berbeda dari kesimpulan yang akan dihasilkan seandainya *lex causae* dari '*main issue*' yang digunakan¹¹⁰.

c. Cara Penyelesaian

Permasalahan utama HPI dalam persoalan pendahuluan ini sebenarnya adalah : apakah persoalan pendahuluan akan diatur oleh suatu sistem hukum yang ditetapkan berdasarkan kaidah HPI yang khusus dan harus ditentukan secara tersendiri (*repartition*) atau berdasar sistem hukum yang juga mengatur masalah utama (*absorption*).

Dalam teori HPI ada tiga pandangan tentang cara penyelesaian persoalan pendahuluan ini, yaitu :

1. Setelah *lex causae* untuk penyelesaian masalah pokok (*hoofdvraag*) ditetapkan berdasarkan kaidah HPI *lex fori*, masalah persoalan pendahuluannya (*voorvraag*) harus ditentukan berdasar hukum yang sama dengan *lex causae* tadi. Cara penyelesaian seperti ini disebut sebagai cara penyelesaian berdasarkan *lex causae* atau disebut juga sebagai ***absorption***. Kaidah hukum apa yang seharusnya dipergunakan untuk menetapkan persoalan pendahuluan bergantung kepada *lex causae* yang telah ditetapkan untuk menyelesaikan masalah utamanya (*afhankelijke aanknopng*).

¹¹⁰Bayu Seto I, *op cit*, h. 112-113.

2. Dengan mengabaikan sistem hukum apa yang merupakan *lex causae* untuk menyelesaikan masalah utama, hakim akan menggunakan kaidah-kaidah HPI *lex fori* untuk menentukan validitas persoalan pendahuluan. Cara semacam ini disebut sebagai cara penyelesaian berdasarkan *lex fori* atau disebut **repartition** dan tidak memperhatikan sistem hukum yang menjadi *lex causae* untuk menyelesaikan masalah utamanya (*zelfstandige aanknopng*).
3. Ada pula yang berpendapat bahwa penetapan hukum yang seharusnya berlaku untuk menyelesaikan persoalan pendahuluan harus ditetapkan secara kasuistik, dengan memperhatikan hakekat perkara atau kebijaksanaan dan atau kepentingan forum yang mengadili perkara¹¹¹. Menurut **Cheshire**, kebanyakan putusan hakim dalam kasus-kasus incidental questions diselesaikan melalui Absorption. Namun demikian Cheshire sendiri tampak cenderung untuk menggunakan pola pendekatan yang ketiga (case-by-case-approach) dengan memperhatikan kelas dari jenis perkara yang sedang dihadapi¹¹². Melalui pendekatan ini, misalnya untuk perkara-perkara HPI di bidang pewarisan benda-benda bergerak (*succession movables*) sebaiknya digunakan *absorption*, sedangkan untuk perkara-perkara di bidang 'perbuatan melawan/melanggar hukum' (*tort*) atau kontrak sebaiknya digunakan *repartition*¹¹³.

Di negeri Belanda, pengadilan lebih banyak melakukan repartition, sedangkan pengadilan-pengadilan Inggris lebih banyak menggunakan absorption¹¹⁴. Untuk penerapan di Indonesia harus lebih tegas dalam menentukan pendekatan yang digunakan untuk memudahkan hakim jika menemukan perkara yang terkait persoalan pendahuluan.

2. Renvoi

a. Pengertian

Doktrin Penunjukan Kembali (*Renvoi Doctrine*) merupakan salah satu pranata HPI tradisional yang terutama berkembang di dalam tradisi *Civil Law* (hukum Eropa Kontinental) sebagai pranata yang dapat digunakan untuk menghindarkan pemberlakuan kaidah atau sistem hukum yang seharusnya berlaku (*lex causae*)

¹¹¹Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 83-84

¹¹²Cheshire & North, *op cit*, h. 55.

¹¹³Bayu Seto I, *op cit*, 114.

¹¹⁴Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 84.

yang sudah ditetapkan berdasarkan prosedur HPI yang normal. Pelaksanaan *Renvoi* ini pada dasarnya dimungkinkan karena adanya pelbagai sistem hukum di dunia yang masing-masing memiliki sistem dan kaidah-kaidah HPI-nya sendiri¹¹⁵.

Pembahasan *renvoi* ini dimulai dengan mengemukakan suatu ilustrasi timbulnya *renvoi* sebagaimana dicontohkan J.G. Castel sebagai berikut : Sebuah kasus yang menyangkut masalah pewarisan seorang warga Negara Kanada yang mempunyai domicile of origin di Provinsi Ontario, Kanada. Ketika meninggal dunia terakhir berdomisili di Jerman. Dia tidak membuat sempat membuat wasiat, dan meninggalkan sejumlah benda-benda bergerak di provinsi Ontario, Kanada. Kaidah conflict of law (HPI) Ontario menentukan bahwa pewarisan benda-benda bergerak tanpa wasiat diatur berdasarkan domisili terakhir pewaris. Sedangkan hukum Jerman menentukan, bahwa masalah pewarisan tersebut diatur berdasarkan hukum nasional atau kebangsaannya (dalam hal ini hukum Kanada, khususnya hukum provinsi Ontario). Akhirnya dalam kasus tersebut, hakim yang mengadili menggunakan hukum Kanada (dalam hal ini hukum provinsi Ontario).

Persoalan *renvoi* erat sekali kaitannya dengan persoalan prinsip nasionalitas atau domisili dalam menentukan status personal seseorang. Terutama karena adanya perbedaan mengenai prinsip yang dianut (nasionalitas atau domisili) di berbagai negara. Sunarjati Hartono menambahkan bahwa persoalan *renvoi* tidak bisa dilepaskan atau erat sekali kaitannya dengan masalah “kualifikasi” dan masalah “titik-titik taut”, karena memang sebenarnya ketiga persoalan tersebut dapat dicakup dalam suatu persoalan, yaitu hukum manakah yang akan berlaku (*lex causae*) dalam suatu peristiwa HPI.

Persoalan semacam ini timbul karena menurut kenyataan terdapat aneka warna sistem HPI. Oleh karena itu, terjadilah *conflict de systemes in de international prive*. Sehingga, tidak ada keseragaman dalam menyelesaikan masalah HPI di berbagai negara. *Renvoi* akan timbul bilamana hukum asing yang ditunjuk *lex fori* menunjuk kembali kepada *lex fori* tadi, atau kepada sistem hukum yang lain. Setelah sekumpulan fakta dalam suatu perkara HPI dikualifikasikan, kemudian dicari titik-titik taut yang dapat memberikan petunjuk tentang hukum mana yang akan berlaku terhadap kasus atau perkara yang bersangkutan¹¹⁶.

¹¹⁵Bayu Seto I, *op cit*, h. 79.

¹¹⁶Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 61-62.

b. Jenis-Jenis Renvoi

Dalam teori HPI tradisional suatu kaidah HPI (*choice of law rule*) pada dasarnya dibuat untuk menunjuk (*aanwijzen*) ke arah suatu sistem hukum tertentu, sebagai hukum yang seharusnya berlaku untuk menyelesaikan masalah HPI yang sedang dihadapi (*the applicable law in a given case*). Yang menjadi masalah adalah, apa yang dimaksud dengan ‘menunjuk ke arah suatu sistem hukum tertentu’ itu?¹¹⁷

Jika titik-titik taut telah diketahui, masih ada persoalan lain, yaitu bagian manakah dari hukum asing yang harus berlaku? Apakah hukum asing itu hanya hukum intern negara yang bersangkutan saja atau lebih luas lagi, yaitu termasuk juga kaidah-kaidah HPI-nya?

Untuk memperjelas uraian tersebut, Sudargo Gautama memberikan contoh sebagai berikut : bilamana hakim Indonesia berdasarkan ketentuan HPI Indonesia telah menyatakan bahwa hukum yang berlaku terhadap perkara yang ia periksa atau adili adalah hukum Inggris, maka timbul persoalan atau pertanyaan apakah yang diartikan dengan hukum Inggris itu? Dalam hal ini dapat terjadi dua kemungkinan.

1. Hukum intern (*domestic law = municipal law = local law*) Inggris yang berlaku di Inggris untuk hubungan-hubungan hukum sesama orang Inggris; atau
2. Di dalamnya termasuk pula ketentuan-ketentuan HPI Inggris, jadi termasuk pula ketentuan *choice of law*.

Bilamana kita hanya menunjuk pada hukum intern saja, orang Jerman menyebutnya sebagai *sachnormen*, penunjukannya dinamakan *sachnormverweisung*. Bilamana yang dimaksud dengan hukum asing itu adalah seluruh sistem hukum (jadi termasuk ketentuan HPI-nya) disebut *kollisionsnormen*, penunjukannya dinamakan *gesamtverweisung*.

Penerapan ruang lingkup asing kami lengkapi lagi dengan penjelasan ilustrasi telah dikemukakan J.G. Castel di atas Pengadilan Ontario menunjuk hukum Jerman, karena negara Jerman merupakan domisili terakhir orang meninggal (pewaris). Dalam menginterpretasikan kaidah-kaidah HPI, pengadilan harus memberikan arti “hukum Jerman” tersebut.

Pertama hukum Jerman diartikan sebagai hukum substantif “internal atau domestik” negara tersebut. Dalam pengertian ini pengadilan Ontario akan menerapkan hukum domestik Jerman yang berlaku bagi warga negara Jerman, tanpa menghiraukan bahwa yang bersangkutan adalah warga negara Kanada dan

¹¹⁷Bayu Seto I, *loc cit*.

harta warisan berupa benda bergerak tersebut terletak di Ontario. Dengan kata lain, forum tidak mempertimbangkan elemen-elemen faktual mengenai bagaimana pengadilan Jerman akan menerapkan ketentuan HPI-nya jika kasus tersebut dihadapkan kepadanya. Inilah yang disebut sebagai teori “hukum intern” (*internal law*) atau referensi substantif (*substantive reference*). Pengadilan Ontario akan memutuskan, bahwa kaidah HPI yang relevan dengan kasus tersebut memberikan arti “alamiah” dan hukum Jerman harus diberlakukan tanpa memperhatikan kaidah HPI-nya. Solusi seperti ini tidak memerlukan pembuktian apapun tentang kaidah HPI Jerman meskipun pembuktian harus dilakukan terhadap hukum internal negara tersebut.

Kedua, “hukum Jerman” diartikan sebagai keseluruhan hukum Jerman, termasuk kaidah HPI-nya. Jika dalam masalah yang sama kaidah HPI Jerman menunjuk hukum Kanada, dalam hal ini hukum provinsi Ontario, maka akan terjadi konflik kaidah HPI yang berkelanjutan, karena kaidah HPI *lex fori* dan *lex cause* berbeda. Jika kaidah HPI Ontario dan Jerman sama, tetapi titik pertalian dalam kedua kaidah atau aturan HPI tersebut diinterpretasikan secara berbeda, maka akan timbul konflik kaidah atau aturan HPI yang juga akan menunjuk kembali kepada hukum provinsi Ontario. Penunjukan kembali pada hukum Ontario tersebut disebut *renvoi* atau *remission*.

Jika penunjukan kepada hukum asing itu dianggap termasuk pula kaidah-kaidah HPI-nya, maka mungkin terjadi apa yang dinamakan dengan penunjukan kembali, misalnya hakim di negara X berdasarkan kaidah HPI negara X harus memberlakukan hukum negara Y dalam arti seluruh sistem hukum negara Y, maka mungkin ketentuan HPI negara Y menunjuk kembali kepada hukum negara X. mungkin pula HPI negara Y tersebut menunjuk lebih jauh kepada hukum negara ketiga, yaitu Z (penunjukan lebih jauh).

Dengan demikian penunjukan kembali dapat dibagi dua, yaitu :

1. Penunjukan kembali (*simple renvoi* atau *remission*); dan
2. Penunjukan lebih lanjut atau penunjukan lebih jauh (*transmission* atau *renvant the second degree*)¹¹⁸.

Menurut **Cheshire** doktrin *renvoi* tidak dapat digunakan di semua jenis perkara HPI, terutama dalam perkara-perkara yang sedikit banyak berkaitan dengan transaksi-transaksi bisnis, dan setiap tindakan pilihan hukum dalam transaksi-

¹¹⁸Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 62-65.

transaksi seperti itu pasti akan dimaksudkan sebagai 'penunjukan ke arah hukum intern' (*sachnormenverweisung*). Di dalam pasal 15 dari Konvensi Roma (1980)¹¹⁹ yang mengikat semua negara anggota Masyarakat Eropa (contohnya), *Renvoi* tegas-tegas ditolak.

Masalah-masalah HPI yang jika dimungkinkan masih dapat diselesaikan dengan menggunakan doktrin *renvoi* adalah masalah seperti validitas pewarisan (testamenter atau *intentatis*), tuntutan-tuntutan atas benda-benda tetap di negara asing, perkara-perkara yang menyangkut benda bergerak, dan masalah-masalah hukum keluarga (perkawinan, akibat perkawinan, harta perkawinan, status personal, hak asuh anak, dan sebagainya)¹²⁰

c. Praktek Penyelesaian *Renvoi*

Contoh klasik yang dapat dijadikan standar penerapan doktrin *renvoi* ini dapat dilihat dalam kasus *Forgo* (1883). Posisi kasusnya adalah sebagai berikut:

1. *Forgo* adalah seorang anak luar kawin, memiliki kewarganegaraan Bavaria (*Beiren*).
2. Ia sejak kecil sudah berdomisili (bertempat tinggal) di Perancis.
3. Ia meninggal dunia di Perancis tanpa meninggalkan testamen.
4. *Forgo* meninggalkan benda-benda bergerak, berupa sejumlah uang yang didepositokan di Bank Perancis.
5. Perkara pembagian warisan diajukan oleh saudara-saudara alamiah (*natuurlijke bloedverwanten*) *Forgo* pada pengadilan Perancis.

Persoalan hukum yang timbul adalah : berdasarkan hukum manakah pengaturan pembagian warisan tersebut harus dilakukan? Berdasarkan hukum Bavaria atau hukum Perancis? Kaidah HPI *lex fori* (Perancis) menyatakan bahwa persoalan pewarisan benda-benda bergerak harus diatur berdasarkan kaidah-kaidah hukum dari tempat dimana pewaris menjadi warga negara. Sedangkan kaidah HPI Bavaria menetapkan bahwa pewarisan benda-benda bergerak harus diatur berdasarkan hukum dari tempat di mana pewaris bertempat tinggal sehari-hari (*habitual residence*).

Proses penyelesaian perkara :

¹¹⁹Lihat Article 15 Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations (Roma – 1980)

¹²⁰Bayu Seto I, *op cit*, h. 95.

1. Pada tahap pertama, hakim Perancis melakukan penunjukan ke arah hukum Bavaria sesuai perintah kaidah HPI Perancis.
2. Tampaknya, hakim perancis menganggap penunjukan itu sebagai *gesamtverweisung*, sehingga meliputi pula kaidah-kaidah HPI Bavaria.
3. Telah diketahui, bahwa kaidah HPI bavaria yang menyangkut pewarisan benda-benda bergerak menetapkan bahwa hukum yang harus digunakan adalah hukum dari tempat tinggal tetap di pewaris. Jadi kaidah HPI Bavaria menunjuk kembali ke arah hukum Perancis (hukum dari tempat kediaman tetap si Pewaris). Pada tahap seperti inilah baru terjadi *renvoi*.
4. Hakim perancis ternyata kemudian menganggap bahwa penunjukan kembali oleh kaidah HPI Bavaria sebagai suatu *sachtnormverweisung*.
5. Berdasarkan anggapan itu, hakim perancis (dalam hal ini *cour de cassation*) kemudian memberlakukan kaidah hukum waris Perancis (*code civil*) untuk memutus perkara yang bersangkutan.

Perbedaan antara pemberlakuan hukum Perancis atau hukum *Bavaria* untuk memutus perkara tersebut bukanlah sekadar masalah teoritik saja, tetapi juga dapat menghasilkan keputusan yang mungkin berbeda.

Dalam kasus Forgo di atas, menurut hukum Bavaria, saudara-saudara kandung dari seorang anak di luar kawin tetap berhak menerima harta warisan dari anak luar kawin tersebut. Sedangkan menurut *code civil* Perancis : harta peninggalan dari seorang anak luar kawin akan jatuh ke tangan negara.

Oleh karena *cour de cassation* telah menerima *renvoi*, yang berarti hakim menerapkan *code civil Perancis*, maka sebagai akibatnya harta warisan Forgo jatuh ke tangan *fiscus* atau pemerintah Perancis¹²¹ (contoh kasus di atas merupakan contoh penerapan *single / simple renvoi*).

¹²¹Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 65-66.

PERTEMUAN XIII : TUTORIAL KEENAM
PERSOALAN PENDAHULUAN DAN RENVOI

1. Study Task :

- a. Buat contoh peristiwa HPI yang terkait dengan persoalan pendahuluan!
- b. Apakah sistem Renvoi bisa diterapkan terhadap semua penyelesaian perkara HPI ?
- c. Cari contoh peristiwa HPI yang terkait proses Renvoi selain contoh yang ada di atas ?

Bahan Pustaka:

1. Hardjowahono, Bayu Seto, 2013, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 92.
2. Gautama, Sudarto, 1987, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indoensia*, Binacipta, Bandung, hlm. 124.

PERTEMUAN XIV: PERKULIAHAN KETUJUH

PELAKSANAAN PUTUSAN PENGADILAN DAN ARBITRASE ASING DI INDONESIA

1. Praktek Pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing Di Indonesia

a. Pengertian dan Jenis-Jenis Putusan

Yurisdiksi pengadilan di dalam HPI merupakan kekuasaan dan kewenangan pengadilan untuk memeriksa dan menentukan suatu permasalahan yang dimintakan kepadanya untuk diputuskan dalam setiap kasus yang melibatkan paling tidak satu elemen hukum asing yang relevan.

Untuk menjalankan yurisdiksi yang diakui secara internasional, pengadilan suatu negara (provinsi atau negara bagian dalam sistem hukum negara federal) harus mempunyai kaitan tertentu dengan para pihak atau harta kekayaan yang dipersengketakan¹²².

Dalam berbagai kontrak dagang yang dilakukan pengusaha-pengusaha Indonesia dengan pihak asing seringkali dicantumkan klausula yang mengatur pilihan hukum (choice of law) dan pilihan forum (choice of forum / jurisdiction) yang digunakan sebagai dasar untuk menyelesaikan jika timbul sengketa di antara mereka sehubungan dengan kontrak tersebut.

Pihak asing dalam penentuan klausula tersebut umumnya lebih menhendaki hukum negara merekalah yang digunakan untuk pelaksanaan dan penafsiran kontrak tersebut. Misalnya dalam salah satu kontrak yang dibuat oleh Pertamina dengan pihak pengusaha asing, seperti LNG Sales Contract tanggal 3 Desember 1973, pasal 12 menyebutkan : 'This contract shall be governed by and intepreted in accordance with the law of New York, United States of America'¹²³.

Pihak asing cenderung memilih forum peradilan atau hakim negara mereka sendiri, seperti contoh di atas maka hukum dan pengadilan yang dipilih adalah hukum dan badan-badan peradilan negara Bagian New York. Terhadap keadaan semacam ini, akan menimbulkan persoalan sehubungan dengan bagaimana melaksanakan putusan pengadilan tersebut jika yang kalah dalam pengadilan tersebut adalah pengusaha Indonesia. Padahal yang bersangkutan sudah jelas berdomisili di Indonesia dan tidak mempunyai harta benda di New York. Apakah

¹²²Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 141.

¹²³*Ibid*, h. 167, lihat juga Sudargo Gautama, *Kontrak Dagang Internasional*, Alumni, Bandung, 1983, h. 59.

putusan hakim negara Bagian New York tersebut dapat dilaksanakan di Indonesia? Apakah putusan tersebut dapat langsung dilaksanakan tanpa harus mengadilinya lagi di Indonesia dan apakah hakim maupun lembaga peradilan di Indonesia terikat pada putusan hakim asing tersebut¹²⁴.

b. Pengakuan dan Pelaksanaan

Istilah pelaksanaan (*enforcement*) harus dibedakan dengan istilah pengakuan (*recognition*). Menurut Sudargo Gautama, pengakuan tidak begitu mendalam akibatnya daripada pelaksanaan. Melaksanakan keputusan meminta lebih banyak, seperti tindakan-tindakan aktif dari instansi tertentu yang berkaitan dengan peradilan dan administratif, terhadap pengakuan tidak diperlukan atau diharapkan tindakan demikian itu. Oleh karena itu menurut Prof Sudargo kiranya mudah dimengerti mengapa orang bisa lebih mudah sampai pada pengakuan keputusan yang diucapkan di luar negeri daripada melaksanakannya¹²⁵ hasil putusan tersebut di negaranya. Ini terkait dengan *public order* maupun kepentingan nasional suatu negara tertentu untuk melindungi hak-hak warga negaranya.

Asas yang menyatakan bahwa putusan-putusan badan peradilan suatu negara tidak dapat dilaksanakan di wilayah negara lain sudah sejak lama dianut oleh banyak negara, terutama negara-negara yang mempunyai '*power*' lebih besar dari negara lain. Putusan hakim suatu negara hanya dapat dilaksanakan di wilayah negaranya saja¹²⁶.

Di Indonesia berlaku ketentuan bahwa putusan hakim asing tidak dapat dilaksanakan di wilayah Indonesia¹²⁷. Putusan hakim asing tidak bisa dianggap sama dan sederajat dengan putusan hakim Indonesia sendiri yang dapat dilaksanakan di Indonesia. Ketentuan tersebut di atas erat kaitannya dengan prinsip kedaulatan teritorial (*principle of territorial sovereignty*) di mana berdasar asas ini putusan hakim asing tidak bisa secara langsung dilaksanakan di wilayah negara lain atas kekuatannya sendiri.

Namun demikian hal ini tidak berarti semua putusan hakim asing tertutup sama sekali kemungkinannya untuk dilaksanakan di Indonesia. Putusan asing

¹²⁴ *Ibid*, h. 167-168.

¹²⁵ *Ibid*, h. 168.

¹²⁶ Lihat Sudargo Gautama, *Aneka Masalah Hukum Perdata Internasional*, Alumni, Bandung, 1985, (selanjutnya disebut Sudargo Gautama III), h. 281.

¹²⁷ Lihat pasal 436 *Reglement op de Rechtsvordering* (R.V.) dan pelaksanaan HIR (*Herziend Inlands Reglement*) yang mengatur hukum acara perdata bagi golongan Bumiputera yang masih digunakan oleh Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi.

mungkin saja dilaksanakan di Indonesia bila Indonesia telah menandatangani perjanjian-perjanjian Internasional mengenai pelaksanaan putusan hakim asing. Dengan Perjanjian Internasional itu putusan hakim asing dapat dilaksanakan di Indonesia, sebaliknya putusan hakim Indonesia pun dapat dilaksanakan di wilayah negara yang turut serta dalam perjanjian tersebut. Hanya saja, Indonesia hingga kini belum pernah menandatangani atau turut serta dalam perjanjian sebagaimana yang dimaksud¹²⁸.

Sehubungan dengan pelaksanaan putusan hakim asing ini, kiranya perlu dibedakan macam-macam putusan hakim, seperti putusan hakim yang bersifat menghukum (*comdemnatoir*), putusan-putusan yang bersifat deklaratif, putusan-putusan mengenai status personal atau termasuk hukum keluarga, putusan-putusan yang menyangkut status orang di bidang finansial, seperti kepailitan.

Menurut pendapat ahli hukum, maka ketentuan pasal 436 R.V. hanya dibatasi terhadap putusan yang bersifat menghukum (*comdemnatoir*). Sedangkan pelaksanaan putusan asing yang bersifat konstitutif atau deklaratif masih ada perbedaan. Terhadap putusan hakim yang bersifat deklaratif dan konstitutif pada umumnya tidak diperlukan pelaksanaan.

Putusan semacam ini hanya menciptakan hak dan kewajiban bagi orang-orang yang bersangkutan dalam hubungan tertentu. Putusan-putusan semacam ini tentu mudah diakui di luar negeri, walaupun diperlukan pelaksanaan tidaklah banyak menimbulkan persoalan, misalnya hakim asing telah memutuskan perubahan status seorang anak, maka daftar Catatan Sipil di Indonesia dapat diadakan perubahan c.q. berdasarkan putusan hakim tersebut¹²⁹.

c. Perbandingan Praktek Di Negara Lain

Untuk memudahkan kita dalam mempelajari praktek pelaksanaan putusan pengadilan asing di suatu negara ada baiknya kita merujuk pada praktek pelaksanaan putusan asing di Belanda. Sebagaimana pasal 436 R.V. Indonesia, pasal 431 R.V. Belanda juga menyebutkan bahwa putusan hakim asing tidak dapat dilaksanakan di Belanda. Persamaan ini dapat dimengerti, karena pasal 436 R.V. Indonesia itu disalin dari pasal 431 R.V. Belanda.

¹²⁸Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 169.

¹²⁹Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid III, Bagian 2 (Buku 8), Alumni, Bandung, (selanjutnya disebut Sudargo Gautama V), h. 282-284.

Contoh perkara dapat dilihat dalam *Bontmantelarrest*, terlihat bahwa Firma (Fa) C.H. Kuhne & Zonen di Den Haag menggugat janda H.M. Plaat yang tinggal di Inggris. Gugatan diajukan kepada pengadilan di Inggris atas dasar penyerahan *bontmantel* dari Firma tersebut kepada teman perempuan M.C. Plaat. Gugatan tersebut ditolak oleh pengadilan Inggris karena dianggap merupakan '*immoral transaction*'. Setelah gugatan itu ditolak oleh pengadilan Inggris, penggugat kembali menggugat janda H.M. Plaat melalui pengadilan di Belanda.

Rechtsbank dan *Hof* Den Haag menolak gugatan tersebut. Kedua instansi ini berpandangan bahwa walaupun benar suatu putusan asing tidak mempunyai kekuatan yang tetap atau pasti, namun oleh karena tidak ada aturan tertulis mengenai kekuatan putusan asing, maka hakim Belanda tidak dapat begitu saja mengenyampingkan putusan asing tersebut.

Baik *Rechtsbank* maupun *Hof* Den Haag, juga *general advocat* (jaksa sebagai pengacara negara = *general attorney*) beranggapan bahwa adalah sesuatu yang tidak adil apabila penggugat yang telah dikalahkan di pengadilan Inggris sekarang oleh tergugat diserang (*bespringt*) kembali atas masalah yang sama di negeri Belanda. Apakah hal ini tidak membahayakan keadilan?

Mahkamah Agung (*Hoge Raad*) akhirnya berpendapat serupa dan menguatkan *Hofarrest* Den Haag. Mahkamah Agung dalam pertimbangannya antara lain mengemukakan :

- a. Memang di negeri Belanda tidak ada peraturan yang mengakui putusan yang berkekuatan pasti, tetapi sebaliknya juga tidak ada aturan yang menentukan bahwa putusan hakim harus ditolak;
- b. Bahwa hal yang terakhir ini tidak berasal dari ketentuan pasal 431 R.V., tetapi merupakan pengecualian yang disebut secara tegas, bahwa putusan asing tidak dapat dilaksanakan di Belanda;
- c. Oleh karena itu, hakim Belanda dalam keadaan tertentu dapat mempertimbangkan sejauhmana kekuatan putusan hakim asing seharusnya diakui.

Selain perkara *Bontmantelarrest* tersebut diatas, masih ada beberapa lagi yurisprudensi (*arrest*) H.R. (*Hoge Raad*) yang bertalian dengan pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing, misalnya *het eerste Zwitserse kind* dan *het tweede Zwitserse kind*.

Dalam bagian *het eerste Zwitserse kind* bertalian dengan staat vonnis mengenai status anak luar kawin yang lahir dari seorang ibu warga negara Swiss dan ayah warga negara Jerman. Sedangkan bagian kedua perkara itu bertalian dengan *veroordelend vonnis (comdenatoir)*. Di dalam pertimbangannya H.R. menyatakan :

- a. Sejauh pengaduan ini tidak bertalian dengan gemeld vonnis melalui hakim yang berwenang ditentukan bahwa A adalah ayah dari anak dibawah umur itu. Seperti di negara ini hakim mempertimbangkannya sesuai dengan hukum Swiss yang berlaku. Menurut hukum Swiss status personal anak di bawah umur yang dimaksud ditentukan oleh kebangsaan Swiss (*Zwitscherche nationaliteit*);
- b. Sesungguhnya memang benar pengaduan tersebut sejauh tidak bertalian dengan gemeld vonnis yang bersamaan (juga) diputuskan dihukum untuk membayar biaya alimentasi dan pendidikan anak di bawah umur itu. Oleh karena itu, putusan ini tidak bertalian dengan penentuan status personal anak dibawah umur itu. Atas pertimbangan tersebut di atas, jelaslah bahwa putusan yang bertalian dengan status personal (bagian pertama) dapat dilaksanakan di negeri Belanda. Sedangkan yang menyangkut putusan yang bersifat menghukum (bagian kedua) tidak begitu saja dapat dilaksanakan di negeri Belanda.

Atas bagian yang kedua itu H.R. menyampaikan pertimbangan hukumnya antara lain bahwa menurut pasal 431 R.V. suatu pihak yang menerima putusan yang bersifat menghukum bukan dari hakim Belanda dan ingin mendapat tanggapan di sini, hakim Belanda dapat membicarakan dan menyelesaikan perkara itu, tanpa mendasarkan dirinya pada putusan yang ia terima¹³⁰.

2. Praktek Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing Di Indonesia

A. Pengertian

Berkembangnya kerjasama ekonomi internasional dewasa ini mengakibatkan meningkatnya kegiatan atau transaksi dagang internasional dan penanaman modal asing di berbagai negara.

Disadari bahwa berbagai kegiatan kontrak dagang dan penanaman modal asing tidak selamanya berjalan dan berakhir dengan mulus, tidak terlepas

¹³⁰ *Ibid*, h. 286-290.

kemungkinan akan terjadinya perselisihan di antara para pihak sehubungan dengan kontrak tersebut, maka oleh para pihak, seringkali di dalam kontrak tersebut dicantumkan klausula yang mengatur bagaimana perselisihan yang terjadi di antara mereka itu akan diselesaikan.

Salah satu bentuk klausula penyelesaian perselisihan yang dimaksud di atas adalah bahwa penyelesaian perselisihan yang terjadi di antara mereka sehubungan pelaksanaan dan penafsiran kontrak tersebut dilakukan oleh badan arbitrase¹³¹.

Penentuan hukum yang akan dipakai dalam arbitrase dagang internasional, dimaksudkan untuk memudahkan penentuan hukum yang akan dipakai dalam penyelesaian sengketa, di samping juga untuk tujuan praktis dan demi adanya kepastian hukum¹³².

Menurut pasal 2 Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 1990, yang dimaksud dengan putusan *arbitrase* asing adalah putusan yang dijatuhkan suatu Badan *Arbitrase* atau *Arbiter* perorangan di luar wilayah hukum Republik Indonesia, ataupun putusan suatu Badan *Arbitrase* ataupun *Arbiter* perorangan yang menurut ketentuan hukum Republik Indonesia dianggap sebagai suatu putusan *Arbitrase* Asing, yang berkekuatan hukum tetap sesuai dengan Kepres No. 34 Tahun 1981.

Undang-Undang *Arbitrase* dan *Alternatif Penyelesaian Sengketa* Tahun 1999 menggunakan istilah arbitrase internasional. Menurut pasal 1 angka 9 UU Arbitrase tersebut adalah putusan yang dijatuhkan oleh suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan di luar wilayah hukum Republik Indonesia, atau putusan suatu lembaga *arbitrase* atau *arbiter* perorangan yang menurut ketentuan hukum Republik Indonesia dianggap sebagai putusan *arbitrase* internasional¹³³.

Di sini yang menjadi ciri putusan *arbitrase* asing didasarkan pada faktor wilayah atau teritorial. Setiap putusan yang dijatuhkan di luar teritorial Republik Indonesia dikualifikasikan sebagai putusan *arbitrase* asing.

Ditinjau dari segi pengertian hukum internasional, yang dimaksud dengan wilayah hukum suatu negara adalah teritorial negara yang bersangkutan ditambah dengan kawasan tempat terletakinya perwakilan diplomatik. Apabila putusan *arbitrase* asing dijatuhkan di kawasan tempat perwakilan diplomatik Indonesia di luar

¹³¹Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 153.

¹³²Ida Bagus Wyasa Putra, *Aspek-Aspek Hukum Perdata Internasional Dalam Transaksi Bisnis Internasional*, Cetakan Kedua, PT. Rafika Aditama, Bandung, 2008, h. 93.

¹³³Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 187, lihat juga M. Yahya Harahap, *Arbitrase*, Pustaka Kartini, Jakarta, 1991, h. 437-438.

negeri tidak dapat disebut sebagai putusan arbitrase asing. Putusan tersebut termasuk arbitrase domestik atau dalam negeri.

Ciri putusan arbitrase asing yang didasarkan pada faktor teritorial, tidak menggantungkan syarat perbedaan kewarganegaraan maupun perbedaan tata hukum. Meskipun para pihak yang terlibat dalam putusan adalah orang-orang Indonesia, dan sama-sama warga negara Indonesia, jika putusannya dijatuhkan di luar negeri, putusan tersebut dikualifikasikan sebagai putusan arbitrase asing¹³⁴.

Ketentuan tersebut sesuai dengan pasal 1 ayat (1) Konvensi New York 1958 yang menyebutkan : "*the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a state other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal*". Putusan arbitrase yang dimaksud Konvensi New York 1958 tidak hanya putusan *arbitrase institusional* (permanen), tetapi juga putusan *arbitrase ad hoc*¹³⁵.

B. Pengakuan dan Pelaksanaan

Setiap sengketa hukum yang muncul dari kontrak dagang internasional pada dasarnya dapat diselesaikan melalui peradilan nasional suatu negara, atau arbitrase, yang sepenuhnya dapat ditentukan oleh pihak-pihak bersangkutan. Akan tetapi pada kenyataannya terdapat kecenderungan pihak asing lebih memilih arbitrase sebagai forum penyelesaian sengketa. Hal ini terutama tampak dalam praktek berkontrak antara pihak asing yang berasal dari negara maju dengan pihak kontrak yang berasal dari negara-negara berkembang¹³⁶.

Alasan yang sering dikemukakan oleh para pelaku bisnis memilih badan arbitrase dalam penyelesaian sengketa karena :

- a. Tidak terdapat badan peradilan internasional yang dapat mengadili sengketa-sengketa dagang internasional;
- b. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase bersifat cepat dan murah. Sifat cepat berhubungan dengan proses dan prosedur arbitrase yang cenderung lebih sederhana dibandingkan dengan prosedur peradilan biasa. Sifat ini sangat

¹³⁴Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 187, lihat juga M. Yahya Harahap, *Arbitrase*, Pustaka Kartini, Jakarta, 1991, h. 437-438.

¹³⁵*Ibid*, h. 188.

¹³⁶Ida Bagus Wyasa Putra, *op cit*, h. 77.

dibutuhkan masyarakat bisnis sehubungan dengan sifat bisnis internasional yaitu efisiensi dan berorientasi pada profit;

- c. Tidak banyak formalitas dalam penyelesaian perkara;
- d. Dapat dihindarkan dari efek negatif suatu publikasi. Tidak seluruh hal yang berkaitan dengan sengketa yang diputus baik untuk diketahui umum. Hal ini terkait dengan bonafiditas perusahaan;
- e. Kekhawatiran terhadap kualitas forum peradilan nasional. Pengusaha asing merasa kurang paham dan kurang yakin terhadap perlindungan hukum yang akan diperolehnya.
- f. Pembebasan diri dari forum hakim nasional. Hal ini dilakukan dengan menetapkan arbitration clause dalam kontrak, yaitu klausula tentang forum yang akan digunakan dalam penyelesaian sengketa.
- g. Pencegahan terjadinya forum shopping. Forum Shopping adalah cara pemilihan forum penyelesaian sengketa oleh para pihak, yang dimaksudkan untuk menguntungkan diri/pihaknya.
- h. Pencegahan pengadilan ganda terhadap kasus yang sama. Hal ini bisa terjadi akibat perbedaan penafsiran para pihak¹³⁷.

Disamping kelebihan yang dimiliki, forum arbitrase juga memiliki kelemahan, seperti pada pelaksanaan keputusannya. Misalnya, pelaksanaan keputusan arbitrase luar negeri berkenaan dengan aset atau harta perusahaan yang terletak di negara pihak yang dikalahkan. Kelemahan berikutnya adalah berkaitan dengan bonafiditas perusahaan, pelaksanaan keputusan arbitrase membutuhkan jaminan dalam bentuk kerelaan para pihak untuk mentaati keputusan yang ada.

Peradilan nasional suatu negara tidaklah terikat untuk melaksanakan keputusan suatu arbitrase asing kecuali antara negara domisili pihak tergugat dengan negara tempat arbitrase dan keputusan itu dibuat, terdapat perjanjian mengenai eksekusi keputusan arbitrase demikian. Untuk itu Indonesia telah meratifikasi New York Convention 1958 dengan Keppres 1981 No. 34¹³⁸.

Secara internasional, pengaturan pelaksanaan pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing ini diatur dalam Konvensi New York Tahun 1958 tentang

¹³⁷*Ibid*, h. 78-79.

¹³⁸*ibid*, h. 79-80.

Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*), yang mulai berlaku sejak tanggal 7 Juni 1959.

Konvensi New York Tahun 1958 tersebut telah diratifikasi pemerintah Indonesia melalui Keputusan Presiden No. 34 Tahun 1981. Keppres hasil ratifikasi tersebut kemudian ditindaklanjuti oleh Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) No. 1 Tahun 1990 tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing Mahkamah Agung Republik Indonesia.

Dalam perkembangannya, tata cara pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase di luar negeri telah diatur dalam undang-undang yakni Undang-Undang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Tahun 1999¹³⁹.

Dalam pasal 66 Undang-Undang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa jo Pasal 3 PERMA No. 1 Tahun 1990 dinyatakan bahwa putusan hanya diakui dan dapat dilaksanakan di wilayah hukum Indonesia apabila memenuhi syarat sebagai berikut¹⁴⁰ :

- a. Putusan itu dijatuhkan oleh badan arbitrase atau *arbiter* perorangan di suatu negara yang dengan negara Indonesia ataupun bersama-sama negara Indonesia terikat dalam suatu konvensi internasional perihal pengakuan serta pelaksanaan putusan arbitrase asing;
- b. Putusan-putusan arbitrase asing tersebut di atas hanyalah terbatas pada putusan-putusan yang menurut ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup hukum dagang;
- c. Putusan-putusan arbitrase asing tersebut di atas hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum;

Pasal 65 Undang-Undang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa menentukan bahwa yang berwenang menangani pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Permohonan pelaksanaan putusan arbitrase internasional dilakukan setelah putusan tersebut diserahkan dan didaftarkan oleh *arbiter* atau kuasanya kepada Panitera Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

¹³⁹Ridwan Khairandy, *op cit*, h. 186.

¹⁴⁰*Ibid*, h. 188.

Jika putusan arbitrase internasional tersebut menyangkut Negara Republik Indonesia sebagai salah satu pihak yang bersengketa, pelaksanaan putusan baru dapat dilaksanakan setelah ada eksekutor dari Mahkamah Agung Republik Indonesia yang selanjutnya dilimpahkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Selain perkara yang demikian itu, eksekuturnya cukup dari Pengadilan Negeri Jakarta Pusat¹⁴¹.

Dalam hal pelaksanaan putusan harus dilakukan di daerah hukum lain dari daerah hukum Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, maka Pengadilan Jakarta Pusat dapat meneruskannya kepada Pengadilan Negeri yang secara relatif berwenang melaksanakannya sesuai dengan ketentuan pasal 195 HIR atau pasal 206 ayat (2) RBG. Sita executorial dapat dilakukan atas harta kekayaan serta barang milik termohon eksekusi. Tata cara penyitaan serta pelaksanaan putusan mengikuti tata cara sebagaimana ditentukan HIR dan RBG.

Ada kemungkinan suatu putusan arbitrase asing tidak diakui atau tidak dapat dilaksanakan. Permohonan untuk menolak pelaksanaan itu dapat diajukan oleh pihak yang dikalahkan. Pihak ini dapat mengajukan permohonan kepada pengadilan untuk menolak pelaksanaan putusan arbitrase asing¹⁴². Contoh yang dapat dilihat adalah putusan arbitrase yang memenangkan PT. Amco yang dibatalkan oleh pengadilan Negeri Jakarta Pusat (lihat IB Wyasa).

¹⁴¹*Ibid*, h. 189.

¹⁴²*Ibid*, h. 190.

PERTEMUAN XV: TUTORIAL KETUJUH
PELAKSANAAN PUTUSAN PENGADILAN DAN ARBITRASE ASING DI
INDONESIA

1. Problem Task

Tutorial ke-6: Pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing (C4)

- PT ASIA KOREA JAYA adalah sebuah perusahaan yang didirikan sekitar awal tahun 2001 dan dalam rangka penanaman modal asing berkedudukan di Kabupaten Badung Provinsi Bali. Perusahaan ini memiliki core bisnis akomodasi jasa pariwisata Hotel & Resort. Komposisi kepemilikan saham dari PT ASIA KOREAN JAYA adalah KIM JONK BOK, Warga Negara Korea (35 %), Joe Joe Lunk (35 %) Warga Negara Korea dan Wayan Gede Jubalium Perak, Warga Negara Indonesia (30 %).
- Pada Bulan Agustus 2009 KIM JONK BOK meninggal dunia. Kim Jonk Bok tidak mempunyai istri dan anak namun mempunyai beberapa saudara sebagai ahli waris. Para ahli waris ini selanjutnya mengajukan perkara pewarisan atas harta kekayaan Kim Jonk Bok di Pengadilan Korea. Selanjutnya Pengadilan Korea memutuskan bahwa para saudara KIM JONK BOK berhak secara bersama sama atas harta kekayaan peninggalannya termasuk atas kepemilikannya atas saham pada PT ASIA KOREA JAYA.
- Apakah Putusan Pengadilan Korea tentang Penunjukan Pihak Pewaris untuk kepemilikan saham pada PT ASIA KOREAN JAYA dapat dilaksanakan ?
- Kalau dapat dilaksanakan bagaimanakah tata cara pelaksanaannya ?

Jawaban :

- Dapat karena putusan pengadilan Korea tidak bersifat menghukum (*Condemnatoir*)
- Langsung dapat dilaksanakan tanpa diperlukan adanya fiat eksekusi dari Pengadilan.

Bahan Bacaan

- KUHD
- BW
- **RV**
- Ridwan Khairandy. 2007. Pengantar Hukum Perdata Internasional. Yogyakarta:FH-UII Press
- Bayu Seto Hardjowahono, 2013, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 92.
- Sudargo Gautama, 1987, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indoensia*, Binacipta, Bandung, hlm. 124.

PERTEMUAN XVI : UJIAN AKHIR SEMESTER