
PEMAKAIAN HUKUM ASING DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

Oleh
Athina Kartika Sari, SH, LLM

A. Pendahuluan

Walaupun hukum asing telah dinyatakan berlaku oleh kaidah-kaidah HPI hakim sendiri, seringkali tidak sampai pada pemakaiannya, karena berbagai kemungkinan pengecualian yang mengenyampingkan, misalnya karena “ketertiban umum”, karena “penyesuaian” atau “timbang balik dan pembalasan”. Persoalannya adalah, apakah yang diartikan istilah “hukum asing” ini? Apakah hukum luar negeri ini merupakan suatu “fakta” atau merupakan “hukum”, seperti halnya dengan hukum awak.¹

Persoalan ini tidak dapat disangkal pentingnya dan tak terbatas pada segi teoritis belaka, tetapi mempunyai pula akibat-akibat praktis. Bahkan pentingnya persoalan ini, berhubungan erat dengan dasar-dasar pokok *approach* teoritis seseorang terhadap HPI ini. Tak dapat disangsikan bahwa terdapat suatu hubungan antara evaluasi terhadap hukum asing tersebut dalam rangka pembuktiannya di satu pihak dan kesediaan hakim untuk memakai hukum asing pada umumnya. Ada suatu pertalian yang erat antara kedua masalah ini. Lebih tidak disukai pemakaian hukum

¹ Sudargo Gautama. 2018. *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*. Bina Cipta. Bandung, hlm. 301

asing ini, tentunya akan membawa bahwa pengadilan akan melihat banyak kesulitan-kesulitan dalam pembuktiannya.²

B. Cara Pemakaian Hukum Asing

Bilamana hakim dalam suatu perkara HPI telah menemukan hukum yang seharusnya berlaku dalam perkara itu adalah hukum asing, dan hukum asing itu tidak bertentangan dengan ketertiban umum, tidak dilakukan penyesuaian, dan memenuhi syarat timbal balik dan pembalasan, maka untuk menyelesaikan perkara yang bersangkutan hakim harus menggunakan hukum asing tersebut.³

Permasalahannya adalah bagaimana caranya pengadilan atau hakim menggunakan hukum asing tersebut? Untuk menentukan hukum asing bukanlah suatu hal yang mudah. Hakim harus dapat menggunakan hukum perdata yang berlaku di negaraasing yang bersangkutan.⁴

C. Dasar Teoritis Pemakaian Hukum Asing

Apakah yang merupakan dasar teoritis dari pemakaian hukum asing oleh hakim awak. Dapat dilihat berbagai dasar yang berbeda, yaitu:⁵

1. Hukum asing ini dianggap sebagai suatu "fakta"
2. Hukum asing ini dianggap sebagai "hukum"

² *Ibid*, hlm.301

³ Ridwan Khairandy. 2007. *Pengantar Hukum Perdata Internasional*. FH UII Press. Yogyakarta, hlm. 214

⁴ *Ibid*

⁵ Sudargo Gautama, Op.Cit, hlm.302-311

3. Hukum asing ini dimasukkan dalam hukum awak hakim

Di bawah ini akan dibahas lebih lanjut makna dari pendirian tersebut dan bagaimana akibat secara praktis dalam acara perkara yang diajukan di hadapan hakim.

1. Hukum asing ini dianggap sebagai suatu "fakta"

Pendirian yang menganggap hukum luar negeri sebagai suatu "fakta" belaka, sebagai suatu "non legal fact", terutama penerapannya di negara Anglo Saxon, terutama di Inggris. Semula teori ini dianut secara konsekuen, hukum harus dilakukan, didalilkan, dan dibuktikan oleh para pihak. Hukum asing adalah "benar-benar" fakta (*is a fact*).

Dalam perkembangannya terjadi perlunakan dalam bentuk, bahwa hukum asing ini "diperlakukan seperti" fakta (*like a fact*), karena harus didalilkan dan dibuktikan dalam tiap perkara HPI.

Keadaan di USA tidak sedemikian "kaku" seperti di Inggris karena walaupun dalam negara-negara bagian terbanyak dianut pula pendirian bahwa *foreign law* ini harus diperlakukan sebagai fakta dan harus dibuktikan karenanya, dalam berbagai negara bagian dianggap sebagai kewajiban dari hakim untuk mengetahui hukum daripada "sister states" Federasi Amerika Serikat. Juga mengenai syarat-syarat pembuktian umumnya tak dianut pendirian sekokoh seperti di Inggris.

Pendirian yang melihat hukum luar negeri seperti fakta ini sejalan dengan pendapat bahwanya hukum domestik sajalah yang dianggap benar-benar “hukum”.

Pada Rule 205 dari Dicey memberlakukan hukum luar negeri sebagai fakta di Inggris. Bagaimana cara pembuktian hukum asing ini? Apabila pembuktian ini tidak memuaskan, hukum manakah yang akan dipergunakan, disebabkan hukum luar negeri tidak dapat ditentukan isinya dengan pasti?

Menurut Rule 205, perlu para pihak mendalilkan bahwa hukum asing yang dipergunakan dalam HPI tertentu. Apabila tidak ada pendalilan, maka Hakim akan mempergunakan hukum Inggris belaka.

Dengan cara apakah pembuktian harus dilakukan? Cara pembuktian dilakukan oleh para pihak yang mendalilkan pemakaian hukum asing dengan cara mengajukan saksi-saksi ahli “expert-witness” yang spesifik menurut hukum acara Inggris. Siapa saja yang dapat diajukan sebagai saksi ahli? Pada umumnya orang-orang yang mempunyai “practical experience” mengenai hukum asing bersangkutan yang dapat diajukan.

Siapa-siapa yang dapat diajukan sebagai saksi-saksi? Pada umumnya orang-orang yang mempunyai “practical experience” mengenai hukum asing bersangkutan yang dapat diajukan, misalnya orang yang bekerja dalam praktek hukum seperti para advokat dan pengacara, para hakim, kadang-kadang juga konsul-konsul, pegawai-pegawai Kedutaan, seorang notaris, atau uskup, juga pernah manager bank atau

pedagang tertentu, pernah pula seorang bekas Gubernur dari jajahan, misalnya ex-Gubernur dari Koloni Hongkong pernah memberi kesaksian ahli mengenai hukum perkawinan yang berlaku di Hongkong. Orang-orang yang hanya belajar dari sudut teori belaka, umumnya kurang laku seperti expert-witness. Mereka ini dianggap kurang kompeten. Misalnya pernah diajukan seorang jurist legal adviser dari Konsul Prussia di Inggris, yang ternyata telah belajar hukum di Universitas Leipzig dan mengemukakan bahwa iatahu dari pelajarannya bahwa Kode Napoleon adalah yang dipakai di Koln. Menurut pandangan hakim bersangkutan maka kesaksian dari “ahli” ini dianggap tidak mencukupi, sama kurang cukup kalau misal seorang Perancis yang telah mempelajari buku-buku tentang hukum suatu negara Asia tak cukup untuk dianggap memenuhi syarat sebagai saksi ahli hukum Asing bersangkutan.

Cara pemberian kesaksian ini harus secara lisan di hadapan pengadilan (oral testimony), “by witnesses in the witness box” ini merupakan suatu syarat yang dalam praktek merupakan penghalang yang besar terhadap pemakaian hukum asing. Syarat sedemikian itu terang membawa ongkos-ongkos yang tidak sedikit, ahli-ahli ini harus didatangkan dan juga sukar sekali untuk menemui orang-orang yang dapat dengan baik secara ahli menerangkan dalam bahasa hakim (yang umumnya asing baginya) mengenai isi dan berlakunya hukum asing bersangkutan. Tidak mudah untuk dapat secara mendadak di muka sidang ini, tanpa banyak waktu berpikir, mengadakan terjemahan daripada pengertian-pengertian

hukum asing bersangkutan dalam terminologi dari hukum hakim.

Ada pengecualian pula mengenai apa yang harus dibuktikan. Tidak semua hukum asing perlu pembuktian ini. Misalnya dianggap sebagai “notarious” ini bahwa menurut hukum Monte Carloroulette diperbolehkan.

Apa yang akan terjadi bilamana pembuktian ini dianggap kurang mencukupi dan karenanya hukum asing tak dapat ditentukan isinya? Di atas telah dikemukakan bahwa menurut kaidah yang terdapat dalam Digest dari Dicey, hakim Inggris akan mempergunakan hukum Inggris sebagai pengganti.

2. Hukum asing ini dianggap sebagai ”hukum”

Penerapan di negara Eropa Kontinental. Hukum asing sebagaimana halnya hukum nasional, tidak perlu diadakan pembuktian lagi (*jura novit curia*). Hakim harus menggunakan hukum asing secara *ex officio*, karena jabatannya, juga bila tidak didalilkan dan tidak dibuktikan para pihak.

Hal yang lazim digunakan di berbagai negara adalah sistem campuran walaupun hukum asing dianggap hukum, tetapi masih dipelukan pembuktian para pihak. Mengenai cara pembuktiannya terdapat gradasi tertentu. Oleh karena hukum asing dianggap sebagai “hukum” maka dapat pula diajukannya untuk pertama kali dalam instansi bandingan.

- **Di Italia** pada hakekatnya hukum asing harus dibuktikan oleh para pihak. Akan tetapi, hakimpun dapat menentukannya sendiri.

-
- **Di Polandia** hakim memakai hukum asing karena jabatan. Isi dari hukum asing ini ditentukan sendiri oleh hakim. Dalam melaksanakan tugasnya ini dapat ia meminta bantuan Menteri Kehakiman yang dapat memberi penerangan (Pasal 39 dari UU HPI 1926).
 - **Di Nederland** keadaannya telah mengalami perubahan. Semula tahun 1915, dianut prinsip bahwa hukum asing ini harus dianggap sebagai fakta.

Para pihak harus mendalilkan dan juga membuktikannya. Dalam tahun 1915 terjadi perputaran haluan dalam yurisprudensi. Kini ditentukan bahwa hukum asing ini merupakan suatu "rechtsgrond" yang oleh hakim dapat ditambahkan secara "ambtshalve".

Karena pendirian ini maka pasal 48 NRV dimana ditentukan bahwa hakim harus karena jabatannya dalam pertimbangan-pertimbangan keputusan mereka menambah (aanvullen) dasar-dasar hukum daripada pendirian para pihak, juga yang tidak dikemukakan oleh yang belakangan ini, dianggap tidak berlaku melulu dalam suasana nasional intern, tetapi juga dalam internas-nasional. Dalam pada itu diperhatikan penafsiran hukum asing seperti berlaku di negara asing bersangkutan, maka pendirian pendirian bahwa hukum asing ini dianggap sebagai "hukum" membawa berbagai akibat-akibat praktis. Antaranya kita saksikan bahwa hukum asing ini tidak perlu didalikan dalam surat-gugat.

Kemudian akibatnya bahwa hukum asing ini boleh baru diajukan dalam tingkat bandingan atau dalam acara kasasi

untuk pertama kalinya. Hakim ini tidak terikat pada pendirian para pihak mengenai hukum sesuatu negara tertentu yang harus dipergunakan. Juga bilamana tidak didalilkan oleh para pihak, bahkan para pihak misalnya setuju bahwa hukum negara awak yang akan dipergunakan, hakim masih dapat karena jabatan menentukan berlainan, yakni bahwa hukum dari negara X-lah yang berlaku untuk perkara HPI bersangkutan.

Penentuan hukum asing oleh hakim boleh juga dilakukan berdasarkan pengetahuan sendiri tanpa memerlukan suatu alat pembuktian tertentu. Hal ini merupakan yurisprudensi yang tetap.

Cara menilai pembuktian dari hukum asing tidak dapat disamakan dengan pembuktian dalam cara hukum biasa. Misalnya tidak dapat dipergunakan pengakuan bulat atau sumpah oleh salah satu pihak dengan nilai yang seperti dalam acara perkara perdata dalam suasana intern. Sang hakim tidak terikat kepada bahan-bahan pembuktian yang telah disajikan oleh para pihak, melainkan ia bebas untuk terus berikhtiar menyelidiki sendiri.

3. Hukum asing ini dimasukkan dalam hukum awak hakim

Hukum asing ini harus diperlakukan seperti ia berlaku dalam praktek hukum negara asalnya, seperti dipergunakan oleh hakim asing bersangkutan. Bukan hanya undang-undang tertulis, tetapi juga hukum yang tidak tertulis, kebiasaan atau hukum adat, yurisprudensi dan doktrin yang diajarkan para

sarjana hukum di negara bersangkutan pun tidak dapat diabaikan.

Hukum manakah yang harus diperlakukan apabila hukum asing bersangkutan berubah selama proses perkara berjalan? Hakim dapat memilih antara hukum asing dalam bentuk yang lama atau dalam bentuk baru. Menurut pendapat berbagai penulis maka dalam hal ini hakim harus mempergunakan hukum asing yang berlaku pada saat keputusan diberikan.

D. Pembuktian Dari Hukum Asing

Seorang hakim harus mengetahui isi dan kekuatan berlakunya hukum asing ini. Dalam sistem Anglo Saxon, terutama di Inggris, beban pembuktian ini diletakkan kepada pundak para pihak. Juga dalam hal para pihak tidak dibebankan dengan tugas pembuktian seberat ini, hakim harus mengetahui apakah yang merupakan isi dari hukum asing ini.⁶

Lazimnya hakim boleh meminta kepada para pihak untuk membuktikan apakah yang merupakan isi, dan berlakunya suatu ketentuan hukum asing yang telah didalilkan. Hakim boleh aktif menuntun para pihak dan pula atas inisiatif sendiri mencari isi dari hukum asing bersangkutan.⁷

Contoh:

Keputusan Wynn-Parry dalam perkara terkenal *De Duke of Wellington: Glentnar v. Wellington*. Telah didengar tiga orang *expert* tentang hukum Spanyol yang "diametrically opposed".

⁶ *Ibid*, hlm. 311

⁷ *Ibid*, hlm. 311

Kemudian hakim menyelidiki sendiri isi dari hukum Spanyol dengan hasil bahwa hukum Spanyol tidak mengenal *renvoi*.

Dalam mencari hukum asing ini hakim dapat meminta penerangan dari lain-lain instansi. Dalam berbagai negara terdapat ketentuan bahwa Menteri Kehakiman dapat memberikan penerangan mengenai hukum negara bersangkutan. Misalnya ketentuan tersebut nampak dalam peraturan hukum acara Austria (Z.P.O pasal 271). Di Perancis Kementerian Kehakiman mempunyai suatu biro khusus yang melayani persoalan-persoalan hukum asing. Di Belgia Kementerian untuk perdagangan Luar Negeri mempunyai suatu "Dienst voor Buitenlandse Wetgeving" dan Kementerian Luar Negerinya pun menerbitkan berbagai publikasi khusus. Demikian Kementerian Kehakiman di Denmark bersedia untuk memberikan penerangan-penerangan mengenai hukum Denmark kepada luar negeri. Mahkamah Agung Peru pun dapat memberikan keterangan-keterangan semacam itu tentang hukum Peru yang diminta oleh hakim di luar negeri.⁸

Di samping instansi-instansi resmi ini, terdapat pula instansi-instansilain, antaranya dari pihak partikelir tau semi partikelir yang khusus bergerak di bidang memberikan penerangan atau penyelidikan secara ahli tentang hukum asing ini. Di Jerman terkenal sejak lamadi seluruh dunia Max-Planck Institut fur *auslandisches und internationales Privatrecht*, kini terletak di Hamburg dahulu di Berlin, waktu masih memakai nama *kaiser Wilhelm Institut fur auslandsisches und internationales Privatrecht*. Nama dari Sarjana besar Ernst Rabel selalu tak

⁸ Ibid, hlm. 312

dapat dilepaskan dari Institut kenamaan ini. Bagi Indonesia pun terdapat hubungan tertentu dengan lembaga ini. Tatkala di Jerman berlangsung proses-proses tembakau Indonesia di Bremen, dalam rangka nasionalisasi dari milik Belanda, Max-Planck Institut di Hamburg ini telah memberikan bantuan yang tak sedikit dalam bentuk berbagai "Rechtsgutachten" yang telah diserahkan kepada Landgericht dan Oberlandesgericht di Bremen. Di antara Rechtsgutachten ini ada yang kemudian dipublikir dalam bentuk buku.⁹

Dengan usaha-usaha dari Institut-Institut yang khusus mengadakan penyelidikan dan memberikan penerangan-penerangan ahli tentang hukum asing ini, dapat berkembanglah pengetahuan-pengetahuan tentang hukum luar negeri bagi para hakim yang dihadapi dengan pemakaiannya dalam tiap-tiap peristiwa HPI.

E. Hukum Asing Tak Dapat Ditentukan

Hukum asing yang tak dapat ditentukan dapat terjadi semisal bahan-bahan yang diberikan kurang lengkap atau tidak menyakinkan hakim. Ada empat kemungkinan yang digunakan sebagai jalan keluarnya, sebagai berikut:¹⁰

1. Hakim menggunakan ketentuan *lex fori*

Hakim secara "praktis" telah "terug grijpen" kepada hukum awak morilnya sendiri, apabila tidak dapat ditentukan hukum asing yang seyogyanya harus diperlakukan. Pendirian hukum awak sebagai pengganti dari hukum asing ini adalah yang

⁹ *Ibid*, hlm. 313

¹⁰ *Ibid*, hlm. 315-318

paling banyak dianut dewasa ini. Baik dalam perundang-undangan, peradilan, maupun dalam doktrin yang dipupuk oleh para sarjana HPI, ketentuan pengganti ini adalah yang diterima.

2. Hakim dapat mempergunakan suatu dugaan hukum (*rechvermoeden*)

Dipergunakan hukum awak dengan memakai konstruksi bahwa isi hukum asing ini dianggap menurut hukum adalah bersamaan dengan hukum awak, kecuali apabila oleh pihak berkepentingan dibuktikan berlainan. Dengan kata lain pemakain *lex fori* secara tidak langsung. Selama tidak dibuktikan kebalikan, maka hukum awaklah yang dipergunakan.

3. Hakim mempergunakan hukum yang paling berdekatan dengan hukum asing yang bersangkutan

Hukum dari "sister state" atau hukum dari negara yang termasuk dalam "family" hukum yang bersamaan akan dipergunakan. Juga mungkin hakim mempergunakan hukum dari suatu "mother country" dari hukum di daerah jajahan kolonial bersangkutan karena berlakunya prinsip konkordansi.

Misalnya: apabila *common law* dari propinsi tertentu Canada tidak dapat ditentukan, maka akan dipergunakan hukum dari propinsi Canada lainnya yang dikenal oleh hakim. Juga mungkin hakim mempergunakan hukum dari "mother country" dari hukum di daerah jajahan karena berlakunya prinsip konkordansi.

4. Hakim secara mudah mengalahkan pihak yang telah mendalilkan pemakaian hukum asing tersebut

Bahwa apabila tidak dapat ditentukan isi hukum asing ini maka gugatan bersangkutan secara mudah ditolak saja. Yang menjadi dasar dari pendirian ini adalah konsepsi bahwa hukum asing ini dipandang sebagai fakta. Kalau para pihak tidak berhasil dalam pembuktiannya, maka ia akan dikalahkan.

F. Apakah terhadap hukum asing dapat dilakukan kasasi

Persoalannya ialah apakah hukum asing ini harus dianggap sebagai “fact” atau sebagai “law”. Pertanyaan kemungkinan kasasi hukum asing ini dijawab berlainan dalam negara masing-masing. Bahwa soal-soal HPI boleh diuji dalam kasasi oleh Mahkamah Pengadilan tertinggi dari negara-negara masing-masing boleh dikatakan dimana-mana diterima.¹¹

Negara-negara yang membolehkan antara lain Italia, Portugal, dan negara-negara blok Timur terbanyak seperti Russia, Cekoslowakia, Polandia, Australia, dan Yugoslavia. Negara-negara Eropa Kontinental umumnya tidak membolehkan adalah Prancis, Jerman, Nederland, Belgia, Luxemburg, Swiss, Yunani, Spanyol dan Rumania. Alasannya bahwa lembaga kasasi ini hanya dimaksudkan untuk membentuk dan mempertahankan kesatuan interpretasi daripada hukum awak.¹²

G. Apakah hukum asing dapat diuji pada hukum antar negara

¹¹ *Ibid*, hlm. 318

¹² *Ibid*, hlm 318-319

Tentang persoalan apakah hukum asing ini dapat dianggap batal adanya karena bertentangan dengan hukum internasional publik. Terkenal adalah persoalan hukum yang berkisar pada masalah “*primaat vanht volkenrecht*” dan beradanya hukum antar negarainidi atas semua sistem hukum nasional. Menurut ajaran tertentu maka pelanggaran Hukum Internasional publik membuat tindakan-tindakan hukum bersangkutan batal adanya. Tetapi menurut pendapat lain maka akibatnya hanya bahwa perbuatan tersebut dalam negara tertentu tidak diakui dan pihak yang dirugikan dapat menuntut penggantian kerugian melalui negara nasionalnya. Juga hal ini sebenarnya merupakan persoalan yang termasuk bidang hukum antar negara.¹³

H. Hukum dari ”negara” yang belum diakui

Seperti diketahui, dalam bidang Hukum Internasional publik pengakuan negara (*de facto* dan *de jure*) memegang peranan. Persoalan yuridis tidak membawa efek. Persoalan pengakuan secara yuridis menurut pandangan tidak menentukan untuk mengenyampingkan atau tidak peraturan-peraturan hukum yang dikeluarkan oleh “negara” itu.¹⁴

Ukuran terpenting ialah apakah ”negara” bersangkutan demikian kokoh berdirinya, hingga ia bisa mempertahankan dan melaksanakan pula, serta menjamin bahwa peraturan-peraturan yang dikeluarkannya, benar-benar dalam praktek sehari-hari diikuti oleh orang-orang yang berada dalam lingkungan wilayahnya.

¹³ *Ibid*, hlm. 319-320

¹⁴ *Ibid*, hlm. 321

Dalam praktek di Nederland, pendirian yang serupa misalnya hukum dari Jerman Timur yang belum diakui oleh Nederland, ternyata diperhatikan pula oleh hakim Belanda. *Appelraad* di Jakarta pernah memperlihatkan sikap yang serupa dalam tahun 1946 waktu memberi kekuatan hukum pada putusan cerai Pengadilan Negeri di Bandung tanggal 29 Oktober 1945, tatkala RI belum diakui oleh pemerintah Federal. Keputusan *Landrechter* Bandung tertanggal 26 Juni 1946, yang tidak mengakui putusan cerai dari Pengadilan Negeri Bandung telah dibatalkan. Dalam hubungan in *Appelraad* tersebut memberikan pertimbangan yang patut diperhatikan dalam hubungan ini dengan memakai sebagai dasar *Standaardarrest* dari Supreme Court USA dalam perkara *Texas v White* berkenaan dengan regiem pemberontakan yang didirikan di Texas di tahun 1862. Pertimbangan yang dianggap penting telah dikutip dalam putusan tersebut.¹⁵

¹⁵ *Ibid*, hlm 322

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

Gautama, Sudargo. 2018. *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia (Buku 6)*. Bina Cipta. Bandung

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