

**PILIHAN HUKUM  
DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL  
Oleh  
Hudiansyah Is Nursal, S.H., M.I.L.I.R.**

A. PENDAHULUAN

Globalisasi dan perkembangan teknologi di segala bidang telah mengakibatkan meningkatnya intensitas interaksi hubungan internasional yang mana berpengaruh terhadap semakin kompleks dan beragamnya pola-pola hubungan antar manusia dalam lingkup internasional di berbagai bidang. Perkembangan tersebut telah mengakibatkan sistem hukum atau aturan-aturan hukum dari suatu negara seringkali dihadapkan dengan permasalahan-permasalahan yang tidak hanya bersifat intern/domestik, namun menunjukkan ada kaitannya dengan unsur-unsur asing.

Pembahasan terhadap pemecahan masalah dari terdapatnya unsur asing dalam suatu permasalahan perdata merupakan ruang lingkup utama dari Hukum Perdata Internasional (HPI). Telah kita pahami bersama adanya unsur asing atau internasional dalam suatu perkara HPI bukan diartikan sebagai permasalahan “antar negara” namun diartikan bahwa suatu perkara terdapat unsur luar negerinya atau adanya unsur asing. Unsur-unsur inilah yang menjadikan hubungan-hubungan tersebut menjadi internasional (obyeknya yang internasional), sedangkan kaidah-kaidah HPI adalah hukum perdata nasional. Dengan demikian, masing-masing negara yang ada di dunia ini memiliki HPI sendiri, sehingga dikenal adanya HPI Indonesia, HPI Jerman, HPI Inggris, HPI Belanda, dan sebagainya.<sup>1</sup> Adapun ruang lingkup dari HPI yaitu:<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ridwan Khairandy, Nandang Sutrisno, dan Jawahir Thontowi, Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia, Gama Media, Yogyakarta, 1999, h. 4.

<sup>2</sup> Sudargo Gautama, Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia, Badan Pembinaan Hukum Nasional - Binacipta, Bandung, 2012, h. 89.

1. HPI = *rechtstoepassingsrecht*

HPI hanya terbatas pada masalah hukum yang diberlakukan (*rechtstoepassingsrecht*). Pandangan yang demikian ini merupakan pandangan yang tersempit sehubungan dengan ruang lingkup HPI. Sistem semacam ini dianut oleh HPI Jerman dan Belanda.

2. HPI = *choice of law + choice of jurisdiction*

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

3. HPI = *choice of law + choice of jurisdiction + condition des etrangers*

Dalam sistem ini HPI tidak hanya menyangkut persoalan pilihan hukum dan pilihan forum, tapi juga menyangkut status orang asing (*condition des etranger, vreemdelingen-statuu*t). Sistem semacam ini dikenal di negara-negara latin, yaitu Italia, Spanyol, dan negara-negara Amerika Selatan.

4. HPI = *choice of law + choice of jurisdiction + condition des etrangers + nationalite*

Menurut sistem ini, HPI menyangkut persoalan *choice of laws, choice of jurisdiction*, status orang asing, dan kewarganegaraan (*nationalite*). Masalah kewarganegaraan ini menyangkut persoalan tentang cara memperoleh dan hilangnya kewarganegaraan. Sistem yang luas ini dikenal dalam HPI Perancis dan juga dianut kebanyakan penulis HPI.

Dalam suatu perkara yang bersangkutan dengan stelsel hukum asing atau yang menunjukkan adanya keterkaitan antara peristiwa dengan lebih dari satu sistem hukum atau kaidah hukum negara-negara yang berbeda, maka masalah-masalah pokok HPI yang harus ditetapkan yaitu:<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Bayu Seto Hardjowahono, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2013, h. 20-21.

1. Hakim atau badan peradilan manakah yang berwenang menyelesaikan perkara-perkara hukum yang mengandung unsur asing.
2. Hukum manakah yang harus diberlakukan untuk mengatur dan/atau menyelesaikan persoalan-persoalan hukum yang mengandung unsur asing.
3. Bilamana/sejauh mana suatu pengadilan harus memerhatikan dan mengakui putusan-putusan hukum asing atau mengakui hak-hak yang terbit berdasarkan hukum atau putusan pengadilan asing.

Dari ruang lingkup HPI dan masalah-masalah pokok HPI yang telah dijabarkan diatas, masalah pilihan hukum dapat disimpulkan merupakan salah satu masalah utama atau masalah pokok dalam suatu persoalan/perkara HPI.

## B. Pilihan Hukum

Pilihan hukum merupakan salah satu ajaran atau pembahasan tersendiri dan merupakan suatu ajaran yang penting dari bidang teori umum HPI karena pilihan hukum merupakan salah satu persoalan pokok dari seluruh hukum perdata, yaitu arti dari kehendak manusia untuk bidang hukum.<sup>4</sup> Maka dari itu, persoalan pilihan hukum dalam HPI memperlihatkan unsur-unsur falsafah hukum dan mengandung pula segi-segi teori hukum, praktek hukum dan politik hukum.<sup>5</sup>

Secara umum, para pihak dalam suatu kontrak bebas untuk melakukan pilihan dimana mereka dapat memilih sendiri hukum yang akan dipakai untuk pelaksanaan suatu kontrak yang mereka telah sepakati. Para pihak bebas memilih hukum tertentu namun mereka hanya bebas untuk memilih, tetapi tidak bebas untuk menentukan sendiri perundang-undangan.<sup>6</sup>

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.<sup>7</sup> Dalam HPI,

---

<sup>4</sup> Sudargo Gautama, Pengantar Hukum Perdata Internasional, *op cit*, h. 168-169.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Bayu Seto Hardjowahono, "Naskah Akademik Rancangan Undang - undang Hukum Kontrak," Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum Dan HAM RI, 2013.

persoalan bidang hukum kontrak pada dasarnya berkisar pada penentuan hukum yang harus berlaku atas masalah-masalah yang timbul dari suatu kontrak. Oleh karena itu, terdapat beberapa teori dalam menentukan hukum manakah yang berlaku dalam suatu kontrak, yaitu pilihan hukum (*choice of law*), teori *lex loci contractus*, teori *lex loci solutionis*, teori *the proper law of contract*, dan teori *the most characteristic connection*.

Pada dasarnya setiap orang memiliki kebebasan untuk mengikatkan diri pada suatu perjanjian sesuai dengan asas kebebasan berkontrak (*freedom to contract*, atau *party autonomy*). Dalam perkembangannya kebebasan para pihak untuk berkontrak ini dimanifestasikan pula dalam kebebasan untuk menentukan hukum yang berlaku untuk mengatur kontrak yang mereka buat (*freedom to choose the applicable law*). Bila dalam suatu kontrak, terdapat klausula pilihan hukum, maka hukum yang berlaku bagi kontrak tersebut adalah hukum sebagaimana yang ditunjuk dalam kontrak tersebut, karena apa yang telah disepakati oleh kedua belah pihak tersebut berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.<sup>8</sup>

#### 1. Batasan dalam menentukan Pilihan Hukum

Walaupun pada dasarnya para pihak dalam menyusun dan melaksanakan suatu kontrak bebas untuk menentukan pilihan hukum, namun terdapat beberapa pembatasan yaitu:<sup>9</sup>

- a. Pilihan hukum hanya dibenarkan dalam bidang hukum kontrak. Dalam bidang hukum kekeluargaan tidak dapat diadakan pilihan hukum, karena bidang hukum ini tidak dipandang sebagai suatu *wirtschaftseinheit* demi kepentingan seluruh masyarakat dan keluarga.
- b. Pilihan hukum tidak boleh mengenai hukum yang bersifat memaksa. Pilihan hukum tidak boleh diadakan untuk perjanjian-perjanjian *pacht*, perjanjian sewa benda tidak bergerak, perjanjian yang dilangsungkan di bursa-bursa, dan perjanjian kerja, karena perjanjian-perjanjian di bidang-bidang tersebut bersifat *ordeningsvoorschriften* yang diadakan

---

<sup>8</sup> Ridwan Khairandy, Nandang Sutrisno, dan Jawahir Thontowi, *op. cit*, h. 108.

<sup>9</sup> Sudargo Gautama, Pengantar Hukum Perdata Internasional, *op cit*, h. 204-206.

oleh pemerintah untuk mengatur hukum perdata dengan ciri-ciri hukum publik.

- c. Pilihan hukum tidak boleh menjelma menjadi penyelundupan hukum. Pilihan hukum tidak boleh diadakan bila dalam kontrak tersebut terdapat titik pertalian lain yang jauh lebih kuat dari pada pilihan hukum. Pilihan hukum ini hanya dapat *made with a bonafide intention*, tidak ada khusus memilih suatu tempat tertentu untuk maksud menyelundupkan peraturan-peraturan lain, karenanya harus *not fictitious* (tidak mengada-ngada/fiksi), *based on a normal relation* (berdasarkan hubungan yang normal) dan harus memperlihatkan adanya *a natural and vital connection* (hubungan yang natural dan vital), *a substantial connection* (hubungan yang substantial) antara kontrak dan hukum yang dipilih.

## 2. Beberapa cara dalam menentukan pilihan hukum

Pilihan hukum dapat dilakukan melalui beberapa cara, antara lain:<sup>10</sup>

### a. Pilihan hukum secara tegas

Pada pilihan hukum secara tegas ini para pihak yang mengadakan kontrak secara tegas dan jelas menentukan hukum negara mana yang mereka pilih. Hal tersebut biasanya muncul dalam klausula *governing law* atau *applicable law* yang misalnya berbunyi: "*this contract will be governed by the laws of the Republic of Singapore.*"

### b. Pilihan hukum secara diam-diam

Di samping pilihan hukum secara tegas, para pihak dapat juga memilih hukum secara diam-diam (*stilzwijsend, implied, tacitly*). Untuk mengetahui adanya pilihan hukum tertentu yang dinyatakan secara diam-diam, bisa disimpulkan dari maksud atau ketentuan-ketentuan, dan fakta-fakta yang terdapat dalam kontrak.

Misalnya : jika para pihak memilih domisili pada Kantor Pengadilan Negeri di negara X, maka dapat disimpulkan bahwa para pihak secara diam-diam menghendaki berlakunya hukum negara X. Keberatan

---

<sup>10</sup> *Ibid*, h. 173 – 181.

terhadap pilihan hukum secara diam-diam ini adalah jika sang hakim hendak melihat adanya suatu pilihan yang sebenarnya tidak ada (*fictief*). Oleh karena itu, hakim hanya menekankan kepada kemauan para pihak yang diduga (*vermoedelijke partijwil*) dan yang dikedepankan adalah kemauan para pihak yang fiktif.

c. Pilihan hukum secara dianggap

Pilihan hukum secara dianggap ini hanya merupakan *preasumption iuris*, suatu *rechtsvermoeden*. Maksudnya, hakim menerima telah terjadi suatu pilihan berdasarkan dugaan-dugaan hukum belaka. Pada pilihan hukum yang demikian ini tidak dapat dibuktikan menurut saluran yang ada. Dugaan hakim merupakan pegangan yang dipandang cukup untuk mempertahankan bahwa para pihak benar-benar telah menghendaki berlakunya suatu sistem hukum tertentu.

d. Pilihan hukum secara hipotesis

Dalam pilihan hukum secara hipotesis hakim bekerja dengan fiksi : seandainya para pihak telah memikirkan hukum yang dipergunakan, hukum manakah yang dipilih mereka dengan cara sebaik-baiknya. Jadi, sebenarnya tidak ada pilihan hukum dari para pihak, justru hakim-lah yang memilih hukum tersebut.

3. Pro dan Kontra terhadap Pilihan Hukum

Walaupun mayoritas sarjana HPI menyetujui prinsip-prinsip Pilihan Hukum dalam Kontrak, namun beberapa sarjana memiliki pandangan yang kontra terhadap Pilihan Hukum. Adapun alasan – alasannya dapat dijabarkan sebagai berikut:<sup>11</sup>

a. Alasan Pro terhadap prinsip Pilihan Hukum

1) Alasan bersifat falsafah

Berdasarkan "*wilsdogma*" dan pandangan Kant tentang peranan kemauan dianggap "*volante*" yang bersifat sakral "*sacre*" (suci) yang mana selalu diperhatikan sebagai sesuatu yang menentukan jaannya hukum. Pilihan hukum merupakan salah satu dari tiga

---

<sup>11</sup> *Ibid*, h. 183 – 188.

rukun di seluruh konstruksi HPI disamping prinsip nasionalitas dan ketertiban umum, maka otonomi para pihak dianggap sebagai azas utama dari seluruh sistem HPI.

2) Alasan bersifat praktis

Pilihan hukum sangat cocok untuk mengetahui hukum mana yang paling berguna dan bermanfaat. Hal ini tentunya para pihaklah yang mengetahui dan menentukan dengan sebaik-baiknya. Dengan memberikan kesempatan untuk memilih sendiri hukum yang berlaku terhadap suatu kontrak, para pihak dapat mengatur hubungan mereka dengan sebaik-baiknya.

3) Alasan kepastian hukum

Dengan adanya pilihan hukum, maka akan ada kepastian hukum (*rechtszekerheid*), jika para pihak dari permulaan hubungan mereka sudah dapat memastikan hukum mana yang akan berlaku untuk kontrak tersebut.

4) Alasan kebutuhan hubungan lalu lintas internasional

Pilihan hukum dirasa dapat memenuhi suatu kebutuhan riil dalam hubungan lalu lintas internasional. Para pihak dapat menentukan sendiri dan mengetahui sendiri secara pasti dari semula hukum mana yang mengatur hak dan kewajiban mereka. Mereka juga sedari semula mengetahui apakah kontrak mereka itu sah adanya, apakah syarat-syarat yang diadakan memang dapat direalisasikan di masa yang akan datang jika diperlu dengan sanksi hukum. Jika tidak terpenuhinya kewajiban oleh salah satu pihak, mereka pun telah mengetahui sedari awal akibat-akibat hukum dari perjanjian ini. Hal ini semata-mata demi kelancaran lalu lintas internasional.

b. Alasan Kontra terhadap Prinsip Pilihan Hukum

1) Alasan "*circulus vitiosus*"

Bahwa menurut mereka yang kontra terhadap pilihan hukum secara logika, kebebasan pemilihan hukum oleh para pihak akan membawa ke suatu "*circulus vitiosus*" suatu "*petition prinsipil*" (lingkaran yang *vicious*). Analogi dari jalan pikiran ini yaitu: hukum yang harus dipergunakan sendiri digantungkan kepada

pilihan hukum, akan tetapi untuk mengetahui apakah telah dilakukan suatu pilihan hukum yang sah harus diperhatikan terlebih dahulu hukum yang telah dipilih.

Menurut pandangan ini, harus ada terlebih dahulu suatu hukum yang objektif yang menguasai perjanjian tentang pilihan hukum. Pada hukum objektif inilah dapat diukur apakah perjanjian yang mengandung pilihan hukum itu sah adanya, misalnya apakah tidak telah terjadi paksaan, atau kekhilafan atau dusta. Hukum objektif ini tidak mungkin merupakan hukum yang ditunjuk oleh para pihak sebagai pilihan hukum, karena justru yang dipersoalkan adalah apakah pilihan hukum tersebut sah adanya. Jika demikian maka seolah-olah kita berputar-putar dalam lingkaran yang *vicious*.

- 2) Alasan hukum intern memaksa harus pula internasional memaksa. Apa yang dianggap sebagai memaksa secara intern, maka harus juga bersifat memaksa secara internasional. Mereka yang pro Pilihan Hukum sebaliknya tidak mempertahankan perbedaan ini. Argumentasinya adalah bukankah hubungan-hubungan internasional tidak dapat disamakan dengan hubungan intern. Juga dalam bidang ketertiban umum, apa yang bersifat memaksa secara intern tidak perlu selamanya memaksa secara internasional. Ada kaidah-kaidah memaksa yang tidak begitu penting adanya, sedangkan sebaliknya ada kaidah-kaidah memaksa yang demikian pentingnya, hingga seorang hakim tidak akan ragu untuk memakai kaidah-kaidah memaksa dalam peristiwa-peristiwa internasional.
- 3) Alasan tidak adanya hubungan dengan hukum yang dipilih. Jika diberikan keleluasaan yang selebar-lebarnya untuk memilih hukum, maka seluruh hukum yang dipilih berikutan dengan kaidah-kaidah yang memaksanya juga turut dipilih. Dengan kata lain, pilihan hukum tidak mengelakkan hukum yang memaksa, tetapi

hukum yang memaksa ini adalah dari stelsel hukum lain, yaitu hukum yang dipilih oleh para pihak.

Alasan mengenai tidak adanya hubungan sama sekali dengan kontrak, maka kita sebaiknya menerima bahwa pilihan hukum hanya boleh dalam batas-batas tertentu. Apabila memilih hukum yang sama sekali tidak ada hubungannya dengan kontrak yang bersangkutan, maka hal ini tidak diperbolehkan. Contoh: WNI dengan WN Jepang membuat suatu kontrak, mereka tidak boleh memilih hukum Eskimo, tetapi mereka dapat memilih hukum Indonesia atau Jepang. Namun jika kontrak mereka mengenai pengangkutan laut, mereka dapat memilih hukum Inggris. Hal ini disebabkan karena hukum Inggris mengenai laut (*maritime law*) sudah umum diterima oleh banyak negara di dunia.

- 4) Alasan bahwa pilihan hukum merupakan perbuatan *a-social*  
Jika pilihan hukum diperbolehkan, maka seolah-olah berada diluar dan diatas peraturan hukum. Namun telah dikemukakan bahwa kebebasan untuk memilih hukum tetap ada batasannya.

#### 4. Hubungan Pilihan Hukum dengan Ketertiban Umum

Sebagaimana dipahami bahwa konsep Ketertiban Umum dalam HPI merupakan suatu "rem darurat" yang dapat menghentikan diberlakukannya hukum asing. Hal ini juga diberlakukan dalam pembuatan atau pelaksanaan suatu kontrak terhadap pemakaian otonomi para pihak secara terlampau leluasa. Ketertiban Umum menjaga bahwa hukum yang telah dipilih oleh para pihak adalah tidak bertentangan dengan sendi-sendi asasi dalam hukum dan masyarakat sang hakim (*lex fori*).<sup>12</sup>

#### 5. Hubungan dengan Penyelundupan Hukum

Terdapa hubungan yang jelas antara penyelundupan hukum dengan pilihan hukum. Pada penyelundupan hukum, individu mengikuti ketentuan-

---

<sup>12</sup> *Ibid*, h. 171 – 172.

ketentuan yang telah dibuat olehnya sendiri. Sedangkan pada pilihan hukum tidak diadakan pilihan antara: "Mengikuti undang-undang atau mengikuti jurusan yang telah dibuatnya sendiri". Pada pilihan hukum, jalan yang ditempuh ialah memilih stelsel-stelsel hukum yang berlaku bagi negara-negara yang bersangkutan. Pada penyelundupan hukum kita saksikan suatu proses yang dapat dinamakan "*unechte Rechtswahl*" (Pilihan hukum yang tidak sebenarnya).<sup>13</sup>

Pilihan hukum harus dilakukan secara *bonafide*, tidak ada khusus memilih suatu tempat tertentu untuk maksud menyelundupkan peraturan-peraturan lain. Dengan kata lain, yang dapat dipilih adalah hanya hukum yang memiliki hubungan dengan kontrak yang bersangkutan. Jika demikian, hilanglah kemungkinan bahwa pilihan hukum akan menjelma menjadi penyelundupan hukum.<sup>14</sup>

#### 6. Renvoi dan Pilihan Hukum

Jika telah ditetapkan suatu system hukum tertentu dalam suatu kontrak, maka ini berarti bahwa yang dipilih adalah hukum *intern* dari negara tersebut. Misalnya apabila dipilih hukum *intern* Singapura, dan bukan HPI Singapura yang dimaksud melainkan hukum *intern* Singapura.<sup>15</sup>

### C. Teori-Teori lain dalam menentukan hukum yang berlaku dalam suatu kontrak

#### 1. Teori *Lex Loci Contractus*

Menurut teori klasik *lex loci contractus*, hukum yang berlaku bagi suatu kontrak internasional adalah hukum di tempat perjanjian atau kontrak itu dibuat, diciptakan, dilahirkan. Dengan demikian hukum yang berlaku adalah hukum di tempat perjanjian atau kontrak itu ditandatangani.

Penerapan teori ini memang sangat cocok pada zamannya di mana dulu biasanya para pihak yang mengadakan kontrak berada pada tempat yang

---

<sup>13</sup> *Ibid*, h. 172.

<sup>14</sup> *Ibid*, h. 172 - 173.

<sup>15</sup> *Ibid*, h. 173.

sama, para pihak langsung bertemu muka. Di masa modern ini dengan telah berkembangnya teknologi informasi, tampaknya teori ini sudah tidak memadai lagi, terutama bila dikaitkan dengan kontrak-kontrak yang diadakan antara pihak-pihak yang tidak berhadapan satu sama lain (*intrerabsentes*). Hal ini disebabkan semakin banyak kontrak yang dibuat dengan bantuan sarana komunikasi modern seperti *telex*, *telegram*, *facsimile*, *email* sehingga penentuan *locus contractus* menjadi sulit dilakukan.

Dalam keadaan demikian sulit-kiranya untuk menentukan hukum negara mana yang berlaku bagi kontrak itu, karena setiap Negara menganut pandangan yang berbeda dalam menentukan *lex loci contractus*, yaitu :<sup>16</sup>

a. *Mail box theory (post box theory/theory of expedition/ ubermittlungstheorie)*.

Pandangan ini dianut oleh negara-negara *Anglo Saxon* atau negara-negara *common law*. Menurut pandangan ini maka yang penting dan menentukan ialah saat seorang penerima (*offerte*) memasukkan surat penerimaan penawaran tersebut dalam kotak pos (tempat mengirim surat). Misalnya A di negara X menawarkan kepada B yang berada di negara Y (negara *common law*) suatu partai barang dengan harga dan kondisi tertentu. Kemudian B menulis surat menerimanya dan memposkan surat penerimaannya itu pada kantor pos di negaranya (Y). Kontrak bersangkutan dianggap telah dilangsungkan di Y. Karena sejak saat itu, B sebagai pihak yang menerima penawaran tidak dapat menarik kembali penerimaannya. Jadi, jika diterima *lex loci contractus*, hukum Y yang akan berlaku, apabila diterima klasifikasi (kualifikasi) menurut sistem hukum Y.

b. *Theory of declaration (theorie de la declaration/ ausserungs theorie)*

Pandangan ini dianut oleh negara-negara Eropa Kontinental atau negara-negara *civil law*. Menurut pandangan ini suatu penerimaan harus dinyatakan (*declared*) atau penerimaan ini harus sampai pada pihak

---

<sup>16</sup> Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid III Bagian II (Buku 8). Alumni, Bandung, 2002, h. 14.

yang melakukan penawaran. Dengan kata lain, surat penerimaan ini harus diterima oleh pihak yang melakukan penawaran.

Sama seperti contoh kasus di atas, maka hukum yang berlaku berdasarkan teori ini adalah hukum negara X. Kesulitan lainnya dalam penerapan *lex loci contractus* adalah unsur kebetulan (*toevalligheid*). Seringkali suatu kontrak dibuat di suatu tempat secara kebetulan saja. Misalnya kontrak yang dibuat antara dua pedagang Indonesia di luar negeri ketika mereka berlibur. Dalam hal demikian, kehidupan ekonomis dari tempat di mana kontrak dibuat sama sekali tidak ada sangkut pautnya dengan transaksi tersebut, sehingga tidaklah memuaskan dan memberikan kepastian untuk menyatakan hukum setempat itulah yang berlaku.<sup>17</sup>

## 2. Teori *Lex Loci Solutionis*

Sebagai variasi terhadap teori *lex loci contractus* dikemukakan pula adanya teori *lex loci solutions*. Menurut teori ini hukum yang berlaku bagi suatu kontrak adalah tempat di mana kontrak tersebut dilaksanakan.<sup>18</sup>

Tetapi tak dapat disangkal bahwa teori ini seringkali membawa berbagai kesulitan jika hendak dipergunakan dalam praktik. Hal ini nampak apabila tidak ada satu melainkan beberapa tempat pelaksanaan kontrak. Pada umumnya kontrak-kontrak ini mengandung kewajiban-kewajiban yang harus dilakukan oleh para pihak pada tempat yang berbeda. Apakah yang harus dilakukan dalam hal ini, apakah hukum dari tiap tempat dimana kontrak ini harus dilaksanakan perlu dipakai. Hal tersebut merupakan *scholastic and unsound results* yang sangat mengganggu reputasi dari teori *lex loci solutionis*.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibid*, h. 15 - 16.

<sup>18</sup> *Ibid*, h. 16.

<sup>19</sup> *Ibid*, h. 18 - 19.

Kesulitan lain yang timbul pada teori *lex loci solutionis* ini ialah bahwa kadang-kadang terjadi para pihak tidak dapat memastikan pada waktu mereka berkontrak, pada tempat manakah kewajiban-kewajiban harus dilaksanakan. Misalnya dalam perjanjian-perjanjian asuransi atau pembayaran, *iiffrente*, yang harus dilakukan pada *domicilie* dari kreditur, dapat dilihat bahwa tak dapat ditentukan *place of performance* karena ditentukan oleh perubahan-perubahan *domicilie*.<sup>20</sup>

Alasan faktor kebetulan yang telah dikemukakan sebagai keberatan terhadap *lex loci contractus* berlaku pula untuk *lex loci solutionis*. Hal ini terjadi manakala tempat dimana perjanjian dilaksanakan mungkin hanya *accidental/incidental* dan sama sekali *irrelevant*, untuk pemilihan hukum yang harus dipakai, sama tidak berartinya seperti tempat-tempat lain yang tersangkut pada kontrak bersangkutan. Misalnya seorang *handelsreiziger* (traveling salesman) telah dipekerjakan untuk melakukan perlawatan-perlawatan dinasnya ke berbagai negara.<sup>21</sup>

### 3. Teori *The Proper Law of Contract*

Menurut *Morris*, *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.<sup>22</sup> Hal yang serupa dikatakan oleh Lord Atkin bahwa:<sup>23</sup>

*"The legal principles which are to guide an English Court on the question of the proper law are now well settled, It is the law which the parties intended to apply. Their intention will be ascertained by the intention expressed in the contract if any, which will be conclusive. If no intention be*

---

<sup>20</sup> *Ibid*, h. 20.

<sup>21</sup> *Ibid*.

<sup>22</sup> Ridwan Khairandy, Nandang Sutrisno, Jawahir Thontowi, *op.cit*, h.116.

<sup>23</sup> Sudargo Gautama, *op.cit*, ...Buku ke-8, h. 21.

*expressed, the intention will be presumed by the court from the terms of the contract and the relevant surrounding circumstances".*

Cara yang harus ditempuh adalah dengan mendasarkannya *pada the grouping of the various elements of the contract as they reflected in its formation and its terms*. Jadi, diperhatikan seluruh bentuk dan isi serta keadaan-keadaan sekitar pembentukan kontrak bersangkutan, sehingga akan dapat ditentukan unsur-unsur manakah yang terpenting (*pre dominant*).<sup>24</sup>

Contoh pemakaian teori the proper law of the contract dapat dilihat dari keputusan *Hof Amsterdam* (1946) dalam perkara *Jacobs v. Van der Horst*, sebagai berikut:

Pihak Firma *Jacobs & Moerman* yang berkedudukan di London telah mengadakan perjanjian dengan *Van der Horst* dari Amsterdam. Dalam hal ini, *Van der Horst* berkewajiban untuk menyerahkan bulu angsa kepada Firma *Jacobs & Moerman*, yang akan menjualkannya kembali dan kemudian akan diadakan pembagian keuntungan diantara keduanya. Namun, karena dianggap tidak memenuhi kewajibannya untuk membagi keuntungan, pada akhirnya *Van der Horst* menuntut *Firma Jacobs & Moerman*. Dalam putusannya, Hof menganggap hukum Belanda sebagai hukum yang berlaku dalam kontrak tersebut, dengan pertimbangan sebagai berikut:

- a. bahwa *Van der Horst* adalah orang Belanda dan tinggal di Nederland;
- b. bahwa para persero dari Firma *Jacobs & Moerman* terdiri dari orang-orang Belanda;
- c. bahwa perjanjian ini terjadi karena korespondensi yang sebagian dilakukan di Nederland dan sebagian lagi di London, tetapi dilangsungkan dalam bahasa Belanda;
- d. bahwa karena objek perjanjian adalah barang-barang Belanda, yang diproduksi di Nederland, dan juga telah dibeli di Belanda oleh pihak *Van der Horst*, untuk kemudian mengirimkannya kepada Firma *Jacobs &*

---

<sup>24</sup> *Ibid*, h. 23.

*Moerman* untuk dijual kembali, maka pelaksanaan dari perjanjian ini untuk sebagian besar telah berlangsung di Nederland.

Dari contoh kasus di atas, hukum Belanda-lah yang dianggap berlaku karena semua faktor-faktor di atas menunjukkan kepada pemakai dari hukum Belanda. Oleh karena itu, hukum yang berlaku bagi sebuah kontrak yang tidak ada pilihan hukumnya menurut *the proper law of contract* adalah hukum dari suatu negara di mana suatu kontrak mempunyai hubungan yang paling erat dan nyata dengan kontrak tersebut. Hal ini berarti bahwa hakim harus memperhatikan semua unsur-unsur atau faktor-faktor subyektif dan obyektif dalam kontrak yang bersangkutan guna mengetahui titik berat (*zwaart-punt*) kontrak yang bersangkutan.<sup>25</sup>

Namun kelemahan teori ini adalah bahwa sebelum suatu perkara terjadi diajukan ke pengadilan, sukar sekali menentukan terlebih dahulu hukum mana yang berlaku bagi kontrak tersebut, sebab hakim harus menyelidiki dulu segala titik taut dan keadaan di sekitar kontrak yang bersangkutan untuk menentukan hukum negara mana yang berlaku bagi kontrak tersebut.<sup>26</sup>

#### 4. Teori *The Most Characteristic Connection*

Menurut Rabbel apabila para pihak dalam suatu kontrak internasional tidak menentukan sendiri pilihan hukumnya, maka akan berlaku hukum dari negara di mana kontrak yang bersangkutan memperlihatkan *the most characteristic connection*.<sup>27</sup>

Dalam teori ini kewajiban untuk melakukan suatu prestasi yang paling karakteristik merupakan tolak 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 inilah yang dianggap sebagai hukum yang

---

<sup>25</sup> Ridwan Khairandy, Nandang Sutrisno, Jawahir Thontowi, *op.cit*, h.117.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Sudargo Gautama, *op.cit*, ...Buku ke-8, h.32.

harus dipergunakan. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, yang dimaksud dengan karakteristik adalah mempunyai sifat khas sesuai dengan perwatakan tertentu, sedangkan dalam buku HPI Indonesia (Jilid III Bagian 2 Buku ke-8), Sudargo Gautama mengemukakan bahwa karakteristik dapat berarti *typis* atau *fungsional*.<sup>28</sup> Dalam hal ini dilihat bagaimana fungsi dari kontrak yang bersangkutan, dan dengan sistem hukum manakah kontrak ini dilihat secara fungsional, sehingga tidak hanya melihat kepada faktor tempat dilakukannya prestasi saja. Selain itu, karakteristik juga dapat berarti prestasi yang paling berat, yang berarti prestasi pihak manakah yang dianggap paling berat. Bahkan, prestasi yang karakteristik dapat berarti prestasi spesifik, yaitu prestasi yang bersifat khusus atau khas, jadi adanya hubungan yang khusus atau khas antara prestasi yang dilakukan dengan tempat prestasi dilakukan. Selanjutnya, karakteristik pun juga dapat berarti prestasi yang paling kuat untuk menguasai kontrak bersangkutan.

Contoh pemakaian teori *the most characteristic connection* dapat dilihat dari putusan *Cour de1 Appel de Paris* (1955) dalam perkara *Societe Jansen di Rorbach (Saarland) v. Societe Heurtey* di Paris.<sup>29</sup>

Dalam perkara ini, pihak Jansen mengadakan perjanjian jual beli perkakas-perkakas industri (*apparaten, appareils*) dengan pihak *Heurtey*. Namun, pada praktiknya muncul persoalan berkaitan dengan perjanjian jual beli tersebut. Dalam putusannya, *Cou d' Appel de Paris* menganggap hukum Jerman-lah yang berlaku, dengan pertimbangan bahwa karena para pihak tidak mengadakan pilihan hukum, maka harus dilihat faktor objektif dan keadaan sekitar kontrak. Hubungan yang penting untuk diperhatikan adalah antara tempat bersangkutan dan pelaksanaan prestasi yang paling karakteristik, yang dalam hal ini adalah kewajiban untuk menyerahkan perkakas-perkakas industri (*apparaten, appareils*) tersebut. Oleh karena itu, hukum yang harus diutamakan adalah hukum dari negara dimana dilaksanakan kewajiban penyerahan ini, yaitu di *Rohrbach* (Jerman) sebagai tempat kedudukan

---

<sup>28</sup> *Ibid*, h. 35.

<sup>29</sup> *Ibid*, h. 41 – 42.

penjual. Menurut Sudargo Gautama, teori *the most characteristics connection* ini mempunyai beberapa kelebihan, yaitu dengan adanya prinsip prestasi yang paling karakteristik dapat secara pasti ditentukan terlebih dahulu untuk setiap kontrak, juga sebelum kontrak diadakan hukum mana yang akan dipakai untuk kontrak yang bersangkutan.<sup>30</sup>

Beberapa contoh dari titik-titik taut yang dapat dianggap sebagai karakteristik untuk perjanjian tertentu, antara lain: letaknya benda untuk perjanjian-perjanjian berkenaan dengan benda-benda tak bergerak, tempat pelaksanaan dari suatu kontrak kerja, kontrak perwakilan dagang atau kontrak pengangkutan, jika harus dilaksanakan dalam negara tertentu.<sup>31</sup>

#### D. Pilihan hukum lebih dari satu sistem hukum

Terkait dengan Pilihan Hukum, para pihak dalam berkontrak dapat memilih lebih dari satu system hukum.<sup>32</sup>

##### 1. Pembagian yang dimufakati

Para pihak dapat bermufakat untuk diadakan pembagian dari pada kontrak mereka dan hukum yang harus diperlakukan untuk bagian-bagian tertentu. Contoh: dalam suatu kontrak terdapa klausul dimana untuk inspeksi dari barang-barang yang dijual diperlakukan hukum dari tempat di mana barang-barang tersebut tiba, tetapi untuk hal-hal yang lain dipergunakan hukum lain.<sup>33</sup>

##### 2. Pilihan Hukum Alternatif

Para pihak dapat menentukan bahwa dua atau lebih system hukum secara alternative berlaku untuk perjanjian mereka. Contoh: para pihak menentukan bahwa hukum domisili dari pihak pertama atau pihak lain yang berlaku hingga tergugat dapat menggunakan hukum domisilinya.<sup>34</sup>

##### 3. Pilihan Hukum Selektif

---

<sup>30</sup> Ridwan Khairandy, Nandang Sutrisno, dan Jawahir Thontowi, *op.cit*, h.118.

<sup>31</sup> Sudargo Gautama, *op.cit*, ...Buku ke-8, h. 38.

<sup>32</sup> Sudargo Gautama, Pengantar Hukum Perdata Internasional, *op cit*, h. 208.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*

Para pihak dapat menentukan bahwa suatu system hukum yang “kompleks” adalah berlaku. Contohnya jika antara pedagang Indonesia dengan pedagang Australia ditentukan bahwa Hukum Indonesia yang berlaku. Hukum Indonesia merupakan hukum yang bersifat kompleks, bahkan multi kompleks. Jika hal tersebut telah ditetapkan, perlu kelak dijawab lagi pertanyaan: hukum Indonesia yang manakah? Yang tertulis atau tidak tertulis (hukum adat).

Dalam hal ini, hukum yang harus diperlakukan ditentukan oleh keadaan-keadaan HATAH-Intern dari negara yang system hukumnya telah dipilih. Persoalan-persoalan HPI yang menyangkut system hukum dari negara yang sistemnya sangat kompleks harus diselesaikan dengan mempergunakan pula kaidah-kaidah HATAH-Intern dari negara yang bersangkutan.<sup>35</sup>

E. Perubahan Pilihan Hukum di kemudian hari

Apabila para pihak telah memilih system hukum negara X, tetapi kemudian sebelum perkara mereka diselesaikan dengan arbitrase, para pihak menyetujui untuk merubah dan memakai hukum Y, maka hal ini perubahan tersebut juga masuk kedalam suatu “pilihan”. Hal ini merupakan pengejawantahan hukum yang selalu hidup dan berkembang (tidak statis).<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> *Ibid*, h. 208 – 209.

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

## **Daftar Pustaka**

Bayu Seto Hardjowahono, 2013, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti.

\_\_\_\_\_, 2013, "*Naskah Akademik Rancangan Undang - undang Hukum Kontrak*," Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan HAM RI.

Ridwan Khairandy, Nandang Sutrisno, dan Jawahir Thontowi, 1999, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Yogyakarta: Gama Media.

Sudargo Gautama, 2002, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid III Bagian II (Buku 8). Bandung: Alumni.

\_\_\_\_\_, 2012, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Badan Pembinaan Hukum Nasional – Bandung: Binacipta.