

PERSOALAN PENDAHULUAN

Oleh

Hudiansyah Is Nursal, S.H., M.I.L.I.R

A. PENDAHULUAN

Masalah “persoalan pendahuluan” (*incidental question*) dalam HPI dapat dirumuskan secara sederhana sebagai: “Suatu persoalan/masalah HPI dalam sebuah perkara yang harus dipecahkan dan/atau ditetapkan terlebih dahulu sebelum putusan terhadap masalah HPI yang menjadi pokok perkara dapat ditetapkan oleh hakim.”

Incidental question dapat timbul dalam penyelesaian suatu perkara HPI karena : “putusan terhadap persoalan hukum yang menjadi pokok sengketa (*Hauptfrage /Hoofdvrraag/Main Question*) akan tergantung pada penetapan hukum atas suatu hubungan hukum atau persoalan hukum lain yang harus dilakukan terlebih dahulu (*Vorfrage/Voorvraag/Incidental Question/Preliminary Question*).”

Incidental question dilihat juga sebagai salah satu pranata HPI yang mungkin digunakan hakim untuk “merekayasa” putusan perkara atau setidaknya mengarah penentuan hukum yang harus diberlakukan untuk menyelesaikan, baik masalah pokok maupun masalah pendahuluannya.

Persoalan HPI utama dalam *Incidental question* terletak pada pertanyaan :

- Apakah “*subsidiary issue*” akan ditetapkan berdasarkan suatu sistem hukum yang diberlakukan melalui penunjukan oleh kaidah HPI khusus (*repartition*) atau;
- Apakah “*subsidiary issue*” akan ditetapkan berdasarkan suatu sistem hukum yang juga akan digunakan sebagai *lex causae* untuk “*primary/main issue*”-nya (*absorption*) ?

Tiga persyaratan yang perlu dipenuhi dalam suatu perkara HPI yang terdapat persoalan "*Incidental question*"

- "*Main Issue*" yang dihadapi dalam perkara harus merupakan masalah HPI yang berdasarkan kaidah HPI forum harus tunduk pada hukum asing.
- 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 menentukan *lex causae* bagi "*subsidiary issue*" yang menghasilkan kesimpulan yang berbeda dari kesimpulan yang akan dihasilkan seandainya *lex causae* dari "*main Issue*" yang digunakan.

Namun sangatlah jarang sebuah kasus yang berkaitan dengan *Incidental question* dapat memenuhi kriteria tersebut, sehingga dalam praktiknya diterapkan dengan tidak terlalu *strict*. Sebagai contoh adalah batasan fleksibilitas penerapan yang tidak boleh dilampaui seperti dalam kasus pewarisan atas benda bergerak :

- Kriteria pertama dianggap tidak terpenuhi apabila pada saat pewaris meninggal dunia, ia berkediaman tetap di negara forum.
- Kriteria ketiga dianggap tidak terpenuhi apabila seorang pewaris yang berdomisili di negara asing menyatakan untuk memberikan harta warisannya untuk anak sahnya, padahal *lex fori* dan hukum asing tersebut memiliki kesamaan aturan dalam menentukan apakah anak tersebut adalah anak yang sah atau tidak sah.

Dengan tidak terpenuhi kriteria tersebut, maka kasus tidak perlu diselesaikan menggunakan metode *Incidental question*.

B. CARA-CARA PENYELESAIAN

1. Absorption

Lex causae yang dicari dan ditetapkan untuk mengatur masalah pokok (*main issue*) akan digunakan untuk menjawab "persoalan pendahuluan". Setelah masalah pokok ditetapkan melalui penerapan kaidah HPI *lex fori*, maka

masalah pendahuluannya akan ditundukkan pada *lex causae* yang sama. Cara ini disebut dengan cara penyelesaian berdasarkan *lex causae*.

2. Repartition

Pada penyelesaian ini hakim harus menetapkan *lex causae* untuk masalah pendahuluan secara khusus dan tidak perlu menetapkan *lex causae* dari masalah pokoknya terlebih dahulu. Hakim akan melakukan kualifikasi berdasarkan *lex fori* dan menggunakan kaidah-kaidah HPI-nya yang relevan khusus untuk menetapkan *lex causae* dari masalah pendahuluan. Cara ini disebut penyelesaian dengan *lex fori*.

3. Pendekatan Kasus Demi Kasus

Ada pandangan yang berpendapat bahwa penetapan *lex causae* untuk masalah pendahuluan harus dilakukan dengan pendekatan kasuistik, dengan memperhatikan sifat dan hakikat perkara atau kebijakan dan kepentingan forum yang mengadili perkara. Melalui pendekatan ini, misalnya untuk perkara-perkara HPI di bidang pewarisan benda-benda bergerak sebaiknya menggunakan *absorption*, untuk perkara dibidang perbuatan melawan hukum (*tort*) atau kontrak sebaiknya menggunakan *repartition*.

Studi lebih lanjut akan diperlukan untuk menentukan cara penyelesaian mana yang sebaiknya digunakan untuk kebutuhan Indonesia walaupun di dalam draft akademik rancangan UU HPI Indonesia masalah ini tampaknya belum diatur secara jelas.¹

¹ Perhatikan : Sudargo Gautama, *Aneka Masalah dalam Praktek Pembaharuan Hukum di Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1990, Bab II, Lam.II, h.90 dst.

C. CONTOH-CONTOH KASUS

1. **Re May's Estate (1953)**²

Kasus Posisi

- a. Sam dan Fannie May adalah paman dan kemenakan yang berkediaman tetap di negara bagian New York, Amerika Serikat. Mereka adalah orang-orang keturunan Yahudi.
- b. Mereka berniat untuk menikah, tetapi berdasarkan hukum di New York perkawinan antara paman dan kemenakan dianggap batal demi hukum karena bersifat *incestuous*. Sebenarnya, berdasarkan hukum agama dan adat Hibrani, seorang paman dan kemenakan boleh saja menikah.
- c. Menyadari hambatan itu, pada tahun 1913 mereka pergi ke negara bagian Rhode Island, dengan harapan mereka dapat menikah di sana berdasarkan hukum setempat.
- d. Mereka berhasil menikah berdasarkan kaidah hukum adat Yahudi / Hibrani di Rhode Island pada tahun yang sama dan perkawinan mereka diakui sah berdasarkan hukum negara bagian Rhode Island.
- e. Dua minggu setelah perkawinan, mereka kembali ke New York dan melanjutkan hidup di sana sebagai suami istri selama 32 tahun dan dikaruniai 6 orang anak.
- f. Pada tahun 1945, Fannie May meninggal dunia dan meninggalkan sejumlah harta yang kini dikuasai suaminya, Sam May.
- g. Setelah meninggal, salah seorang anaknya mengajukan gugatan di pengadilan New York untuk **menentang kewenangan Sam May (ayahnya) untuk menguasai dan mengurus kekayaan peninggalan istrinya.**
- h. Dasar dari gugatan ini karena perkawinan sam dan Fannie May di dan berdasarkan hukum Rhode Island dianggap tidak sah.

² 305 N.Y.486, 114 N.E.2d 4 (1953). Kasus selengkapnya, lihat: Cramton, Roger C., et al., Conflict of Laws, h.371 dst.

Persolan Hukum

- a. Apakah Sam May berwenang untuk menguasai dan mengurus kekayaan Fannie May, dengan alasan terhadap hak bahwa ia adalah pasangan yang masih hidup (*surviving spouse*) dari sepasang suami istri yang telah menikah dengan sah. Hal ini harus diputuskan berdasarkan *lex domicile* dari Sam dan Fannie, yaitu hukum New York.³ Gugatan sang anak inilah yang menjadi masalah pokok (*hauptfrage, main question*) dalam kasus ini.
- b. Untuk memutus persoalan pada butir 1 ini pengadilan New York menghadapi kenyataan bahwa mereka harus memutuskan terlebih dahulu, apakah perkawinan Sam dan Fannie May di dan berdasarkan hukum Rhode Island dapat diterima sebagai perkawinan yang sah. Persoalan ini adalah *incidental question* (*vofrage*, persoalan pendahuluan) dalam kasus ini harus ditetapkan terlebih dahulu, sebelum hakim dapat memutus persoalan pokoknya.

Fakta Hukum

- Hukum intern New York menganggap perkawinan antara seorang paman dan seorang kemenakan adalah *Incestuous* dan karena itu batal demi hukum.
- Kaidah HPI New York sama sekali tidak jelas mengenai keabsahan dari perkawinan dua orang warga New York yang diresmikan di suatu negara bagian lain. Karena itu, sah tidaknya perkawinan harus ditentukan berdasarkan hukum dari tempat peresmian perkawinan (*lex loci celebrationis*).

³ Jika dikaitkan dengan adanya tiga syarat incidental question yang dikemukakan oleh Chesire, sebenarnya kasus ini tidak memenuhi syarat pertama yang diajukan oleh Chesire (bahwa main question haruslah merupakan masalah HPI).

- Kaidah HPI New York juga tidak jelas mengenai pengakuan terhadap keabsahan sebuah perkawinan warga New York di suatu negara bagian lain dan yang dianggap sah di negara bagian itu.
- Hukum intern Rhode Island di bidang perkawinan menganggap bahwa perkawinan yang dianggap sah berdasarkan kaidah-kaidah agama dan tradisi tertentu, akan dianggap sah pula berdasarkan hukum negara.

Proses pemutusan perkara

Langkah-langkah berpikir dan pertimbangan hakim New York tampak sebagai berikut:

- a. Hakim New York pertama kali menunjuk kearah hukum Rhode Island sebagai *lex loci celebrationis* untuk menentukan keabsahan perkawinan Sam dan Fannie May karena hukum intern New York sendiri tidak jelas mengenai hal itu.
- b. Perkawinan Sam dan Fannie May adalah perkawinan agama (hibrani) yang sah dan perkawinan semacam itu akan diakui sah pula oleh *lex loci celebrationis* (hukum Rhode Island).
- c. Berdasarkan pertimbangan itu, hakim memutuskan bahwa perkawinan Sam dan Fannie May (*incidental question*) adalah perkawinan yang sah.
- d. Karena perkawinan Sam dan Fannie dianggap sah, maka berdasarkan hukum New York (sebagai hukum yang harus berlaku terhadap *main question*, yang pada dasarnya merupakan kasus domestic New York) dari suatu perkawinan yang sah akan terbit kewenangan pada pasangan yang masih hidup untuk menguasai dan mengurus kekayaan dari pasangan yang telah meninggal terlebih dahulu (*main question, hauptfrage*).

Dengan demikian dalam perkara ini hakim New York telah melakukan repartition, dengan menundukkan persoalan pendahuluannya (sah tidaknya perkawinan) pada system hukum yang berbeda (hukum Rhode Island) dari

system hukum yang digunakan untuk menjawab masalah pokoknya (hukum New York).

2. Perkara Schwebel Vs Ungan (1953)

Kasus Posisi

- a. Sepasang suami istri yang berdomisili di Hungaria, memutuskan untuk tinggal di Israel.
- b. Ketika mereka berada di Italia, dalam perjalanan menuju Israel, sang suami menceraikan istrinya dengan menggunakan lembaga "Gett".
- c. Berdasarkan hukum Hungaria (*lex domicile* para pihak) dan hukum Italia, perceraian ini dianggap tidak sah, tetapi akan dianggap sah berdasarkan hukum Israel.
- d. Mereka kemudian memperoleh domisili di Israel dan di masa ini sang istri kemudian berkunjung ke Ontario, Kanada, dan menikah dengan seorang pria Kanada.
- e. Suami kedua ini beberapa waktu kemudian mengajukan permohonan ke pengadilan Ontario untuk penerbitan pernyataan kebatalan perkawinan ini karena istrinya dianggap melakukan bigami.

Fakta hukum

- a. Hakim menganggap bahwa kemampuan sang wanita untuk menikah kembali adalah ***vorfrage* yang harus ditetapkan terlebih dahulu, sebelum,**
- b. Keabsahan perkawinan yang kedua (sebagai *Hauptfrage*) dapat diputuskan.
- c. Dalam perkara ini hakim menganggap bahwa *vorfrage* ini tidak perlu diputuskan berdasarkan hukum Kanada, tetapi tindak pada *lex domicile* wanita itu pada saat perkawinan kedua ini dilaksanakan. Jadi, *vorfrage* oleh hakim ditundukkan pada hukum Israel.

- d. Kaidah hukum Israel dalam hal ini menetapkan bahwa perceraian si wanita dari suami pertamanya (dengan lembaga *Gett*) adalah sah.
- e. Berdasarkan jawaban terhadap *vorfrage* itu, hakim Kanada lalu menganggap bahwa si wanita tetap memiliki kapasitas hukum untuk menikah lagi dan berdasarkan hukum Kanada (sebagai *lex causae* untuk *hauptfrage*) dan tidak dapat dianggap telah melakukan bigamy.
- f. Karena itu, perkawinan si wanita dengan penggugat adalah sah dan gugatan pembatalan ditolak.

Kasus ini mencerminkan contoh yang bertolak belakang dari perkara *Lawrence v. Lawrence* (lihat butir 3 di bawah ini) karena aturan mengenai kewenangan untuk menikah (Hungaria dan Italia) dianggap mengesampingkan pengakuan atas suatu perceraian.

Pengadilan Ontario, tidak saja mempertimbangkan kemampuan hukum si istri untuk menikah (*main issue*), yang berdasarkan kaidah HPI Ontario menunjuk ke arah hukum Israel (*lex domicile* si istri), tetapi juga menjawab masalah tentang keabsahan perceraian sang istri dari suaminya yang pertama yang dilaksanakan dengan lembaga *Gett* (*incidental question*) juga berdasarkan hukum Israel.

3. Perkara Lawrence Vs Lawrence (1985)

Kasus posisi

- a. Sepasang suami istri menikah di Brazil dan berdomisili di sana sampai tahun 1970.
- b. Pada tahun 1970 istri memperoleh putusan cerai dari suaminya di pengadilan Negara Bagian Nevada, Amerika Serikat.
- c. Berdasarkan kekuatan hukum putusan pengadilan Nevada itu, sang istri menikah lagi dengan seorang warga negara AS/warga Nevada; perkawinan kedua ini dilangsungkan di Nevada.

- d. Beberapa waktu kemudian, suami mengajukan permohonan pengesahan perkawinannya dengan si wanita itu di pengadilan Inggris.

Fakta-fakta hukum

- a. Kaidah HPI Inggris: Kapasitas hukum seorang wanita untuk menikah kembali, tunduk pada hukum dari tempat wanita itu berdomisili.
- b. Kaidah HPI Inggris lain: sah tidaknya perceraian harus diatur berdasarkan hukum dari tempat dimana perceraian dilaksanakan.
- c. Kaidah HPI Inggris lain: sah tidaknya suatu perkawinan harus ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat di mana perkawinan dilangsungkan.
- d. Kaidah hukum intern brazil: perceraian atas sebuah perkawinan yang dilakukan di Brazil, yang dilakukan di luar negeri, tidak memiliki kekuatan berlaku di Brazil.

Proses penyelesaian perkara

- a. **Vorfrage** dalam perkara ini adalah apakah si wanita memiliki kapasitas hukum untuk menikah kembali.
- b. **Hauptfrage** dalam perkara ini adalah apakah pengadilan Inggris harus menguatkan perkawinan kedua dari si wanita itu dengan pemohon.
- c. Untuk menjawab **Vorfrage**, hakim Inggris berpendapat bahwa ia harus mempertimbangkan fakta hukum bahwa:
 - Berdasarkan hukum Brazil (*lex domicile celebrationis*, perceraian yang ditunjuk oleh kaidah HPI Inggris) menganggap bahwa si wanita tidak memiliki kapasitas untuk menikah kembali karena perceraian dari suami pertama adalah tidak sah.
 - Namun, berdasarkan hukum Nevada (*lex loci celebrationis*, perceraian yang ditunjuk oleh kaidah HPI Inggris lain)

menganggap bahwa perceraian Nevada itu adalah perceraian yang sah.

- d. Hakim dalam putusannya akhirnya menetapkan bahwa *vorfrage* dalam perkara ini ditundukkan pada hukum dari tempat dimana perceraian diresmikan sehingga *lex causae*-nya adalah hukum Nevada yang menganggap bahwa si wanita memiliki kapasitas hukum untuk menikah kembali.
- e. Berdasarkan hal itu, hakim kemudian menguatkan perkawinan kedua yang dilakukan secara sah berdasarkan hukum Nevada (*lex causae* untuk *hauptfrage*). Permohonan pihak pemohon dikabulkan.

4. R. Vs Brentwood Marriage Registrar Case⁴

Kasus Posisi

- Seorang lelaki warga negara Italia menikah dengan seorang warga negara Swiss. Setelah perkawinan berlangsung beberapa tahun, mereka berdua kemudian bercerai. Perceraian dilakukan di Swiss. Setelah perceraian tersebut, sang istri kemudian menikah lagi di Swiss.
- Lelaki Italia tersebut kemudian bermaksud untuk menikahi seorang warga negara Spanyol yang berdomisili di Swiss. Perkawinan akan dilakukan di Inggris.
- Lembaga pendaftaran perkawinan Inggris kemudian memutuskan untuk menolak permohonan pendaftaran perkawinan tersebut. Dasar penolakan oleh lembaga tersebut adalah terdapat halangan untuk melangsungkan perkawinan tersebut karena kecakapan seseorang untuk melangsungkan perkawinan (menurut hukum Swiss) adalah berdasarkan hukum dari kewarganegaraan orang tersebut (Italia), dan hukum Italia melarang dilakukannya perceraian.
- Pemohon kemudian mengajukan banding kepada *Divisional Court*.

⁴ [1968] 2 QB 956. Kasus selengkapnya bisa dilihat pada: J.D McClean, *supra*, h. 425 dan Chesire & North, *supra*, h. 600.

Persoalan hukum

- **Masalah pokok (*main question*)** dari perkara ini adalah apakah laki-laki Italia tersebut memiliki kecakapan untuk melakukan perkawinan (kedua) tersebut?
- **Masalah pendahuluan (*incidental question*)** dari perkara ini adalah apakah perceraian yang dilakukan oleh seorang laki-laki Italia di Swiss (terhadap perkawinan yang dilakukan di Swiss) merupakan perceraian yang sah? Atau dengan kata lain, apakah laki-laki Italia tersebut masih terikat pada perkawinan pertamanya?

Fakta Hukum

- **Kaidah HPI Inggris (*lex fori*):**
Untuk menentukan apakah suatu perceraian telah terjadi secara sah, hukum yang akan dipergunakan adalah hukum dari tempat perceraian tersebut dilaksanakan.
Untuk menentukan apakah seseorang memiliki kecakapan untuk menikah atau bercerai akan ditentukan berdasarkan hukum dari tempat orang tersebut berdomisili.
- **Kaidah HPI Swiss**
Untuk menentukan apakah seseorang memiliki kecakapan untuk menikah atau bercerai akan ditentukan berdasarkan hukum dari tempat orang tersebut berkewarganegaraan.
- **Hukum intern Italia**
Seorang warga negara Italia yang telah melakukan perkawinan secara sah berdasarkan hukum Italia, dilarang untuk melakukan perceraian. Apabila perceraian tersebut dilakukan di negara lain yang memperkenankan dilaksanakan perceraian, keabsahan dari perceraian tersebut tidak akan diakui oleh hukum Italia.
- **Kesamaan antara ketiga system hukum tersebut:**
Ketiganya melarang seseorang untuk melakukan poligami atau bigamy.

Penyelesaian perkara

- Forum menentukan bahwa hukum yang harus dipergunakan untuk menentukan apakah laki-laki Italia tersebut memiliki kecakapan untuk melakukan perkawinan (kedua) ditentukan berdasarkan hukum Swiss (sebagai tempat berdomisili laki-laki Italia tersebut).
- Namun, hakim kemudian beranggapan bahwa hukum Swiss akan merujuk ke arah hukum Italia (sebagai tempat dari laki-laki tersebut berkewarganegaraan). Dengan demikian, hukum Italia merupakan *lex causae* dari *main question*.
- Berdasarkan hukum Italia tersebut (*lex causae* dari *main question*), ternyata kemudian hakim menentukan apakah perceraian yang dilakukan oleh laki-laki tersebut atas perkawinan pertamanya adalah perceraian yang sah (merupakan *Incidental question* dari perkara ini)
- Berdasarkan hukum Italia yang melarang warganya untuk melakukan perceraian, forum kemudian menentukan bahwa perceraian yang dilakukan oleh laki-laki Italia tersebut merupakan perceraian yang tidak sah. Dengan demikian, ia juga tidak memiliki kecakapan untuk menikah dengan wanita Spanyol tersebut (karena hukum intern Italia melarang terjadinya poligami/bigami).
- Banding dari laki-laki Italia tersebut ditolak dan hakim menguatkan keputusan dari Brentwood Marriage Registrar.

Catatan:

- ✓ Cara berpikir hakim ini merupakan aplikasi dari penggunaan absorpsi di dalam menyelesaikan persoalan pendahuluan karena hakim mempergunakan *lex causae* dari *main question* untuk menyelesaikan masalah di dalam *incidental question* juga.
- ✓ Kasus ini memberi gambaran bahwa dalam praktik di pengadilan Inggris tidak menerima konsep *renvoi*, sebenarnya *renvoi* juga terjadi sekalipun hakim tidak pernah menyatakannya di dalam argumentasi

putusannya. Di dalam kasus ini sebenarnya telah terjadi *renvoi* pada saat forum menentukan *lex causae* dari *main question*:

- ✓ Forum menggunakan kaidah HPI *lex fori* dan menentukan bahwa hukum yang harus dipergunakan untuk menentukan apakah laki-laki Italia tersebut memiliki kecakapan untuk melakukan perkawinan (kedua) ditentukan berdasarkan hukum Swiss (sebagai tempat berdomisili laki-laki Italia tersebut).
- ✓ Selanjutnya, seandainya hakim tidak melakukan *renvoi*, seharusnya penunjukan ke arah hukum Swiss dianggap sebagai *sachnormverweising*. Namun dalam kasus ini hakim ternyata menunjuk ke arah kaidah HPI Swiss (terjadi *gesamtverweisung*) sehingga pada saat itu terjadi *renvoi* (dalam pengertian *transmission*). hukum negara ketiga yang ditunjuk adalah hukum Italia. Hakim kemudian menerapkan hukum intern Italia sehingga dapat disimpulkan bahwa hakim menerima *renvoi*.

DAFTAR PUSTAKA

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

Gautama, Sudargo. 1990. *Aneka Masalah dalam Praktek Pembaharuan Hukum di Indonesia*. Bandung: Citra Aditya Bakti.