

REVIEW KULIAH HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

Oleh

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

I. PERTEMUAN PERTAMA: SEJARAH, SUMBER-SUMBER HUKUM PERDATA INTERNASIONAL, HATAH INTERN DAN HATAH EKSTERN.

Peristiwa, kegiatan atau aktivitas yang bersifat lintas batas negara semakin meningkat pada era globalisasi ini. Kegiatan atau aktivitas tersebut tidak hanya menjadi bagian dari Hukum Internasional Publik tetapi juga Hukum Internasional Privat yang selanjutnya akan disebut dengan Hukum Perdata Internasional. Adanya foreign element dalam peristiwa Hukum Perdata Internasional mengakibatkan terjadinya pertautan lebih dari satu sistem hukum nasional yang berbeda.

Persoalan yang terkait dengan HPI dapat timbul dari penentuan (i) kewenangan yurisdiksional pengadilan atau forum untuk menyelesaikan persoalan semacam itu, (ii) penentuan hukum yang seharusnya berlaku untuk mengatur dan menyelesaikan persoalan-persoalan semacam itu, (iii) sejauh mana pengadilan harus memberikan pengakuan serta melaksanakan putusan-putusan hukum asing. Serta penentuan hukum nasional mana yang berlaku untuk mengatur suatu hubungan hukum yang di dalamnya terkait dengan adanya lebih dari satu sistem hukum nasional yang berlaku.

1. Pengertian

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-soal.

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 berlainan.

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

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 sebagainya.

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, yaitu:

- 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.

2. Sejarah Perkembangan Hukum Perdata Internasional di Dunia

Beberapa fase perkembangan hukum perdata internasional di dunia:

- a. Awal Perkembangan Hukum Perdata Internasional (Masa Romawi Kuno);
- b. Masa Pertumbuhan Asas Personal (Abad 6 – 10 M);
- c. Pertumbuhan Asas Teritorial (Abad 11 – 12 M);
- d. Perkembangan Teori Statuta di Italia (Abad 13 – 15 M);
- e. Perkembangan Teori Statuta di Perancis (Abad Ke 16);
- f. Teori Statuta Di Belanda (Abad 17); dan
- g. Teori HPI Modern (Abad 19).

3. Ruang Lingkup Hukum Antar Tata Hukum (HATAH Intern dan HATAH Ekstern)

Istilah HATAH (Hukum Antar Tata Hukum) merupakan kumpulan istilah yang dapat mencakup didalamnya baik hukum antar tata hukum intern maupun hukum antar tata hukum ekstern. Hukum antar tata hukum ekstern adalah bagian dari hukum antar tata hukum yang mengatur hubungan-hubungan hukum antara subyek-subyek hukum yang berbeda hukum karena adanya unsur asing.

Hukum Perdata Internasional atau lazim disebut sebagai hukum antar tata hukum ekstern berada pada skema Hukum Antar Tempat (HAT), karena pada skema ini ruang keberlakuan hukum pada waktu yang sama tetapi tempat, person dan soal hukum yang berbeda. Sementara untuk hukum antar tata hukum yang intern (bukan dalam pengertian atau bahagian kajian HPI) ciri khasnya; yakni, tempatnya sama dan daya keberlakuan (waktu, person, dan soal) berbeda. Satu lagi bagian dari skema Hukum Antar Tata Hukum Intern yakni pada skema Hukum Antar Golongan (termasuk juga Hukum Antar Agama) yang waktu dan tempatnya sama (sementara person dan soal/ materi hukum berbeda).

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 HPI

II. PERTEMUAN KEDUA: TITIK-TITIK PERTALIAN DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

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 hukum. 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”.

1. Titik Taut Primer

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

- a. Kewarganegaraan;

- b. Bendera Kapal dan Pesawat Udara;
- c. Domisili;
- d. Tempat kediaman;
- e. Tempat kedudukan badan hukum;
- f. Pilihan Hukum.

2. 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:

- a. Tempat terletak benda (*lex situs / lex rei sitae*);
- b. Tempat dilangsungkannya perbuatan hukum (*lex loci actus*);
- c. Tempat dilangsungkannya atau diresmikan perkawinan (*lex loci celebrationis*);
- d. Tempat ditandatanganinya kontrak (*lex loci contractus*);
- e. Tempat dilaksanakannya perjanjian (*lex loci solutionis / lex loci executionis*);
- f. Tempat terjadinya perbuatan melawan hukum (*lex loci delicti commisi*);
dan
- g. Pilihan hukum (*choice of law*).

Menurut Sudargo Gautama ada kemungkinan titik taut sekunder jatuhnya bersamaan dengan titik taut primer yaitu:

- a. Kewarganegaraan;
- b. Bendera kapal dan pesawat udara;
- c. Domisili;
- d. Tempat kediaman; dan
- e. Tempat kedudukan badan hukum.

3. 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 permanen.

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);
2. Asas Teritorialitas (Domisili);

III. PERTEMUAN KETIGA: PRINSIP KEWARGANEGARAAN DAN PRINSIP DOMISILI DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL.

1. 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 permanen.

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 :

- a. Asas Nasionalitas (Kewarganegaraan)

Aliran ini mengkaitkan status personal seseorang kepada hukum nasionalnya. Dengan kata lain, untuk menentukan status personal suatu pribadi berlaku hukum nasionalnya.

b. Asas Teritorialitas (Domisili)

Aliran ini memakai hukum domisili sebagai titik tautnya. Status personal suatu pribadi tunduk pada hukum di mana ia berdomisili.

Perbedaan kedua aliran tersebut pada pokoknya dapat dikembalikan pada perbedaan dilitakkannya titik berat atas segi personalitas atau teritorial hukum.

2. Prinsip Kewarganegaraan atau Nasionalitas

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 Indonesia.

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 itu.

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

- a. Asas Tempat Kelahiran (*Ius Soli*);
- b. Asas Keturunan (*Ius Sanguinis*);

3. Prinsip 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”.

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, yaitu:

- a. *Domicile of Origin*, yaitu tempat kediaman permanen seseorang karena kelahiran orang itu di tempat tertentu.
- b. *Domicile of Dependence (Domicile by Operation of the Law)*, yaitu tempat kediaman permanen seseorang karena kebergantungannya pada orang lain;
- c. *Domicile of Choice*, yaitu tempat kediaman permanen seseorang yang dipilih orang itu atas dasar kemauan bebasnya.

4. Azas-Azas Kewarganegaraan di Indonesia

Dalam ketentuan hukum di Indonesia mengenai Kewarganegaraan, Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 12 tahun 2006 menyebutkan, Kewarganegaraan adalah segala hal ihwal yang berhubungan dengan warga negara. Dan Undang-Undang Kewarganegaraan yang baru ini tengah memuat asas-asas kewarganegaraan umum ataupun universal. adapun asas-asas yang dianut dalam undang-undang ini antara lain:

- a. *Asas Ius Sanguinis (law of blood)*;
- b. *Asas Ius Soli (law of the soil)*;
- c. Asas Kewarganegaraan Tunggal; dan
- d. Asas Kewarganegaraan Ganda terbatas merupakan asas yang menentukan kewarganegaraan ganda bagi anak-anak sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam undang-undang ini.

Undang-undang kewarganegaraan pada dasarnya tidak mengenal kewarganegaraan ganda (*bipatride*) ataupun tanpa kewarganegaraan (*apatride*). Kewarganegaraan ganda yang diberikan kepada anak dalam undang-undang ini merupakan suatu pengecualian. Mengenai hilangnya kewarganegaraan seorang anak hanya apabila anak tersebut tidak memiliki hubungan hukum dengan ayahnya, dan hilangnya kewarganegaraan ayah atau ibu tidak secara otomatis menyebabkan kewarganegaraan seorang anak menjadi hilang.

5. Status Personalia Badan Hukum

Status Personal Badan Hukum berguna untuk:

- a. Menentukan ada tidaknya badan hukum;
- b. Menentukan kemampuan untuk bertindak dalam hukum;
- c. Menentukan hukum yang mengatur organisasi intern dan hubungan-hubungan hukum dengan pihak ketiga;
- d. Menentukan cara-cara perubahan Anggaran dasar serta berhentinya badan hukum; dan
- e. Menentukan hak-hak dan kewenangan dari sejak 'lahir' (diciptakan/berdiri) hingga 'meninggal' (berhentinya sebagai badan hukum setelah dilikuidasi).

Setidaknya ada 3 teori yang menjelaskan titik laut yang dapat menentukan status personal badan hukum:

- a. Teori inkorporasi (*place of incorporation*);
- b. Teori tempat kedudukan secara *statuair*;
- c. Teori tempat kedudukan manajemen (*legal seat, headquarters central office siege reel*); dan
- d. Teori Korporasi.

Adapun asas-asas dalam status personal badan hukum adalah:

- a. Asas Kewarganegaraan/Domisili Pemegang Saham;
- b. Asas *Centre of Administration/Business*;
- c. Asas *Place of Incorporation*;
- d. Asas *Centre of Exploitation*;

6. Asas-Asas Hukum Perdata Internasional Dalam Kontrak/ Perjanjian

Perjanjian/kontrak merupakan persetujuan di antara dua orang atau lebih yang memuat satu atau beberapa janji yang bersifat timbal balik dan menimbulkan akibat hukum bagi para pihak. Dalam kontrak yang bersifat internasional, tentu proses ini melibatkan unsur-unsur personalia, obyek kontrak ataupun area/wilayah secara lintas negara.

Dalam menyusun perjanjian antara pihak yang memiliki kewarganegaraan yang berbeda ataupun perjanjian yang mengandung unsur HPI haruslah berdasarkan kesepakatan para pihak.

- a. *Asas Pacta Sunt Servanda;*
- b. *Lex Loci Contractus;*
- c. *Lex Loci Solutions;*
- d. *The Proper Law of Contract;* dan
- e. *Teori The Most Characteristic Connection.*

IV. PERTEMUAN KE-EMPAT: TEORI-TEORI KUALIFIKASI DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL.

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 Hukum Perdata Internasional, masalah kualifikasi yang merupakan masalah (*classification of the cause of action*) ini ditangani secara lebih khusus, karena dalam perkara-perkara HPI 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 tertent.

Kualifikasi dapat dibedakan menjadi dua jenis, yaitu:

- a. Kualifikasi Fakta (*Classification of facts*); dan
- b. Kualifikasi Hukum (*Legal Classification*).

Di dalam HPI, masalah kualifikasi merupakan salah satu masalah yang sangat penting, karena dalam suatu perkara HPI selalu terjadi kemungkinan pemberlakuan lebih dari satu sistem hukum untuk mengatur sekumpulan fakta tertentu. Kenyataan ini menimbulkan masalah utama, yaitu dalam suatu perkara HPI, tindakan kualifikasi

harus dilakukan berdasarkan sistem hukum mana dan apa di antara berbagai sistem hukum yang relevan.

1. Teori-Teori Kualifikasi

Beberapa macam teori kualifikasi, yaitu:

- a. Teori kualifikasi menurut *Lex Fori*;
- b. Teori kualifikasi menurut *Lex Cause*;
- c. Teori kualifikasi bertahap; dan
- d. Teori kualifikasi otonom;

2. Kualifikasi HPI Status Personal (Perkawinan)

Status Personil (menurut Sudargo Gautama) adalah kelompok kaidah-kaidah yang mengikuti seseorang dimanapun ia pergi. Cara penentuan Status Personil:

- a. Asas personalitas/ kewarganegaraan (*lex patriae*); dan
- b. Asas teritorialitas/ domisili (*lex domisili*).

3. Kualifikasi Hukum Benda

Berkaitan dengan hukum mana untuk benda, maka HPI mengenal dua asas utama yang menetapkan kualifikasi yaitu harus berdasarkan Hukum dari tempat gugatan atas benda itu diajukan (*lex fori*) dan Hukum dari tempat benda itu berada/ terletak (*lex situs*).

4. Kualifikasi HPI Hukum Kontrak

Kontrak adalah persetujuan di antara 2 (dua) atau lebih orang yang berisi sebuah janji atau janji-janji yang bertimbang 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 kontroversi.

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, seperti:

- Pilihan Hukum (*choice of law*) atau Asas Kebebasan Para Pihak (*Party Autonomy*)
- Pilihan Hukum Dengan *Lex Mercatoria*
- *Lex Loci Contractus*
- *Lex Loci Solutionis*
- *The Proper Law of a Contract*
- *The Most Characteristic Connection*

5. Kualifikasi HPI Perbuatan Melawan Hukum (PMH)

Pengaturan mengenai Perbuatan melawan hukum di Indonesia terdapat dalam Pasal 1365 KUHPerdara yang menyatakan bahwa: “Tiap perbuatan yang melanggar hukum dan membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang menimbulkan kerugian itu karena kesalahannya untuk menggantikan kerugian tersebut.”

Dari Pasal tersebut, dapat ditarik unsur-unsur Perbuatan melawan hukum sebagai berikut:

- a. Adanya suatu perbuatan
- b. Perbuatan tersebut melawan hukum
- c. Adanya kesalahan dari pihak pelaku
- d. Adanya kerugian bagi korban
- e. Adanya hubungan kausal antara perbuatan dengan kerugian.

Persoalan perbuatan melawan hukum ini menjadi masalah HPI apabila di dalamnya terkandung unsur-unsur asing. Pertautan antara suatu perbuatan (melanggar) hukum dan suatu tempat asing dapat terjadi karena pelbagai titik-titik pertautan (*connecting factors*):

- a. Pelaku perbuatan berdomisili, berkewarganegaraan, berkediaman sehari-hari di suatu negara asing;
- b. Tempat dilakukannya perbuatan melawan hukum di dalam wilayah suatu negara asing yang menjadi tempat domisili, kewarganegaraan, tempat kediaman sehari-hari dari para pihak;

- c. Tempat akibat-akibat (kerugian) dari perbuatan timbul di suatu wilayah negara asing; dan
- d. Tempat pihak yang dirugikan berdomisili atau berkewarganegaraan asing.

V. PERTEMUAN KE-LIMA: PENUNJUKAN KEMBALI (*RENVOI*)

Salah satu persoalan penting berkenaan dengan status personil ialah apakah status personil itu ditentukan menurut Prinsip Nasionalitas atau Prinsip Domisili. Berhubung dengan adanya dua sistem yang berbeda ini, maka timbullah masalah Renvoi. Secara umum renvoi adalah penunjukan kembali atau penunjukan lebih lanjut oleh kaidah-kaidah HPI dari suatu sistem hukum asing yang ditunjuk oleh kaidah HPI Lex Fori.

Konsepsi renvoi sesungguhnya merupakan penyimpangan terhadap suatu alur pikir dalam HPI yang selalu diarahkan untuk menetapkan sistem hukum yang diberlakukan (*Lex Causae*). Pada prakteknya, pengadilan dapat memutuskan perkara HPI dengan berdasarkan kaidah-kaidah hukum intern *Lex Fori* atau sistem hukum lain selain *Lex Causae* apabila diyakini mampu memberikan putusan yang lebih baik dan adil.

Yang menjadi pertanyaan selanjutnya apa yang dimaksud dengan penunjukan kembali kearah sistem hukum asing itu? Terdapat dua pengertian yang berbeda, yaitu:

- a. Penunjukan ke arah kaidah-kaidah hukum intern (*sachnormen*) dari suatu sistem hukum tertentu. Penunjukan semacam ini dinamakan *sachnormenverweisung*.
- b. Penunjukan kearah keseluruhan sistem hukum tertentu, yang meliputi pula kaidah-kaidah HPI dari sistem hukum tersebut. Penunjukan semacam ini dinamakan *gesamtverweisung*.

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:

- a. *Remission*, yaitu penunjukan balik dari hukum yang seharusnya berlaku (*lex causae*) berdasar ketentuan *lex fori* kepada ketentuan *lex fori* tersebut. Renvoi akan timbul bilamana hukum asing yang ditunjuk *lex fori* menunjuk kembali kepada *lex fori* tadi.
- b. *Transmission*, yaitu proses renvoi oleh kaidah HPI asing kearah suatu system hukum asing lain.

1. Penggunaan Renvoi Dalam HPI

Doktrin renvoi tidak dapat digunakan di semua jenis perkara HPI. Terutama dalam perkara-perkara yang bersentuhan dengan transaksi-transaksi bisnis dan setiap tindakan pilihan hukum. Di dalam Pasal 15 Konvensi Roma 1980, renvoi tegas-tegas ditolak dalam penyelesaian perkara-perkara HPI dalam bidang kontrak/perjanjian.

Masalah-masalah HPI yang masih dapat diselesaikan dengan doktrin Renvoi adalah masalah validitas pewarisan, tuntutan-tuntutan atas benda-benda tetap di negara asing, perkara-perkara menyangkut benda bergerak, dan masalah dalam lapangan hukum keluarga.

Doktrin renvoi harus digunakan sebagai alat bagi hakim untuk merekayasa penentuan *lex causae* ke arah sistem hukum yang dianggap akan memberikan putusan yang dianggapnya terbaik. Jadi, dapatlah dikatakan bahwa penggunaan lembaga renvoi dalam penyelesaian perkara HPI hanya dimungkinkan:

- a. Apabila hakim hendak memberlakukan sistem hukum lain selain dari *lex causae* yang seharusnya berlaku berdasarkan penunjukan oleh kaidah HPI *Lex Fori*.

- b. Apabila kaidah-kaidah HPI dari *Lex fori* dan sistem hukum asing yang seharusnya berlaku tidak menggunakan titik taut sekunder yang sama.
- c. Apabila fakta-fakta dalam perkara memungkinkan penunjukkan kembali/lebih lanjut oleh kaidah HPI asing kembali ke arah *lex fori* (remission) atau kearah sistem hukum ketiga (transmission).

VI. PERTEMUAN KE-ENAM: KETERTIBAN UMUM DAN KAJIDAH-KAJIDAH HUKUM MEMAKSA

Persoalan ketertiban umum (public order) dan pemberlakuan kaidah-kaidah hukum yang bersifat memaksa (mandatory rules) adalah beberapa persoalan pokok dalam pembahasan HPI, khususnya yang berkaitan dengan pertanyaan tentang sejauh mana suatu forum harus mengakui atau dapat mengesampingkan sistem hukum atau kaidah hukum asing. Artinya kedua masalah ini dapat dianggap sebagai pendekatan-pendekatan yang berbeda terhadap persoalan yang sama dalam HPI, yaitu persoalan sejauh mana sebuah pengadilan berkewajiban untuk memperhatikan, menaati, dan mengakui keberlakuan hukum asing sebagai akibat dari adanya unsur-unsur asing dalam suatu perkara.

1. Konsep Ketertiban Umum dalam HPI

Jika dalam HPI suatu negara telah ditentukan bahwa hukum asing harus diberlakukan, hal ini tidak berarti bahwa selalu atau serta merta dan dalam semua hal harus dipergunakan hukum asing tersebut. Jika pemakaian hukum asing akan mengakibatkan suatu pelanggaran yang sangat (berat) terhadap sendi-sendi azasi hukum nasional Hakim, maka dalam hal-hal pengecualian, hakim dapat mengesampingkan hukum asing tersebut.

Pemikiran tentang ketertiban umum dalam HPI pada dasarnya bertitik tolak dari anggapan bahwa "sebuah pengadilan adalah bagian dari struktur kenegaraan yang berdaulat" dan karena itu pengadilan berwenang untuk memberlakukan hukumnya sendiri dalam perkara-perkara yang diajukan kepadanya. Permasalahannya adalah apakah dalam perkara-perkara yang mengandung unsur asing yang sejalan dengan kaidah petunjuk di dalam sistem

HPI suatu negara, pengadilan nya harus selalu memberlakukan hukum asing yang seharusnya menjadi *lex cause* di dalam wilayah yurisdiksinya? Jawabannya tidak harus selalu demikian, dimana pengadilan atau para pihak-pihak dalam perkara mungkin akan berhadapan dengan hal-hal yang dapat menjadi dasar untuk mengesampingkan pemberlakuan hukum asing di wilayah *lex fori*.

Dari segi penggunaan lembaga ketertiban umum, Prof. Sudargo Gautama berpendapat bahwa lembaga ini haruslah berfungsi seperti “rem darurat pada sebuah kereta api” dan hanya digunakan apabila benar-benar dibutuhkan saja. Dalam situasi-situasi tersebut, maka lembaga “Ketertiban Umum” dapat menjadi dasar pembenar bagi hakim untuk menyimpang dari kaidah HPI yang seharusnya berlaku dan menunjuk ke arah berlakunya suatu sistem hukum asing.

Secara tradisional, doktrin-doktrin HPI membedakan dua fungsi lembaga ketertiban umum, yaitu:

a. Fungsi Positif

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

b. Fungsi Negatif

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

2. Kaidah Hukum Memaksa (Mandatory Rules)

Persoalan *Mandatory Rules* ini sedikit berbeda dari persoalan “ketertiban umum” karena pemberlakuan dasar “ketertiban umum” dimaksudkan sebagai upaya defensif untuk mencegah timbulnya akibat-akibat negatif dari pemberlakuan hukum asing terhadap kepentingan nasional forum, sedangkan

pemberlakuan “*Mandatory Rules*” harus diberlakukan, tanpa melihat isi dari kaidah hukum asing yang seharusnya diberlakukan.

Dalam artian umum, “kaidah-kaidah hukum memaksa” dapat diartikan sebagai “aturan-aturan hukum tertulis yang tidak dapat dikesampingkan oleh para pihak melalui kesepakatan dalam perjanjian.” Oleh karena itu, dalam pemberlakuan *Mandatory Rules* menjadi krusial dalam HPI, khususnya dalam bidang-bidang kontrak dimana pihak-pihak pada dasarnya memiliki kebebasan untuk menentukan hukum yang berlaku atas kontrak mereka. Dengan kata lain *Mandatory Rules* akan membatasi kebebasan para pihak dalam transaksi-transaksi internasional.

Konsep kaidah hukum memaksa umumnya digunakan untuk menjadi dasar pemberlakuan:

- Aturan-aturan hukum yang khusus dimaksudkan untuk mengatur masalah-masalah ketenagakerjaan dan perlindungan konsumen.
- Aturan-aturan hukum dari sebuah negara yang dipertautkan (*connected*) oleh semua elemen yang relevan dalam suatu persoalan hukum, kecuali pilihan hukum para pihak.
- Aturan-aturan badan pengadilan yang mengadili perkara.
- Aturan –aturan hukum dari suatu negara yang memiliki kaitan nyata dengan situasi tertentu walaupun hukum negara itu bukan merupakan *lex causae*.

VII. PERTEMUAN KE-TUJUH: PILIHAN HUKUM DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL.

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.

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.

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:

- a. Pilihan hukum hanya dibenarkan dalam bidang hukum kontrak;
- b. Pilihan hukum tidak boleh mengenai hukum yang bersifat memaksa;
- c. Pilihan hukum tidak boleh menjelma menjadi penyelundupan hukum;

2. Cara-cara dalam menentukan pilihan hukum

Pilihan hukum dapat dilakukan melalui beberapa cara, antara lain:

- a. Pilihan hukum secara tegas;
- b. Pilihan hukum secara diam-diam;
- c. Pilihan hukum secara dianggap; dan
- d. Pilihan hukum secara hipotesis.

3. 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 terlampaui 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*).

4. Hubungan pilihan hukum dengan penyelundupan hukum

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

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.

5. Renvoi dengan 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.

6. Teori-teori lain dalam menentukan hukum yang berlaku dalam suatu kontrak.

- a. Teori *Lex Loci Contractus*;
- b. Teori *Lex Loci Solutionis*;
- c. Teori *The Proper Law of Contract*;
- d. Teori *The Most Characteristic Connection*;

7. Pilihan hukum lebih dari satu sistem hukum

Terkait dengan Pilihan Hukum, para pihak dalam berkontrak dapat memilih lebih dari satu system hukum.

- a. Pembagian yang dimufakati;
- b. Pilihan Hukum Alternatif;

c. Pilihan Hukum Selektif.

8. 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).

VIII. PERTEMUAN KE-DELAPAN: PENYELUNDUPAN HUKUM DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

Penyelundupan hukum adalah suatu perbuatan yang bertujuan untuk menghindari berlakunya hukum nasional sehingga yang bersangkutan memperoleh suatu keuntungan – keuntungan tertentu sesuai dengan keinginannya, sebab baginya berlaku hukum asing. Akan tetapi di pihak yang lain, khususnya apabila dilihat dari kacamata hakim yang menangani atau menyelesaikan kasus yang berhubungan dengan lembaga atau perbuatan hukum ini, penyelundupan hukum justru mengakibatkan berlakunya hukum nasional dan menyatakan tidak berlakunya hukum asing yang diselundupkan itu.

Penyelundupan hukum terjadi jika ada seseorang atau suatu pihak yang untuk mendapatkan berlakunya hukum asing, telah melakukan suatu cara yang tidak dibenarkan dengan maksud untuk menghindarkan pemakaian hukum nasional, dengan tujuan menghindarkan suatu syarat atau suatu akibat hukum tertentu yang tidak dikehendaki, ataupun untuk mewujudkan atau menciptakan suatu akibat hukum yang dikehendaki. Dengan kata lain seseorang melakukan penyelundupan hukum dengan tujuan agar diberlakukan hukum yang lain dari hukum yang seharusnya digunakan.

1. Hubungan Penyelundupan Hukum dengan Ketertiban Umum

Ketertiban umum dan penyelundupan hukum mempunyai hubungan yang erat. Kedua-keduanya bertujuan agar supaya hukum nasional dipakai dengan mengenyampingkan hukum asing. Hukum asing dinyatakan tidak

berlaku jika dipandang sebagai penyelundupan hukum. Kedua-keduanya hendak mempertahankan hukum nasional terhadap kaidah-kaidah hukum asing.

Perbedaan antara ketertiban umum dan penyelundupan hukum adalah bahwa pada yang pertama kita saksikan bahwa pada umumnya suatu hukum nasional dianggap tetap berlaku, sedangkan dalam penyelundupan hukum kita, hukum nasional tetap berlaku itu dan dianggap tepat pada suatu peristiwa tertentu saja, yaitu ada seseorang yang untuk mendapatkan berlakunya hukum asing telah melakukan tindakan yang bersifat menghindarkan pemakaian hukum nasional itu. Jadi hukum asing dikesampingkan karena penyelundupan hukum, akan mengakibatkan bahwa untuk hal-hal lainnya akan selalu boleh dipergunakan hukum asing itu. Dalam hal-hal khusus, kaidah asing tidak akan dipergunakan karena hal ini dimungkinkan (pemakaian hukum asing ini) oleh cara yang tidak dapat dibenarkan.

2. Penyelundupan Hukum dan Hak-Hak yang telah Diperoleh

Lembaga penyelundupan hukum dapat juga dilihat dalam hubungannya dengan masalah “hak-hak yang diperoleh” (*droit acquis, verkregen rechten*). Bahwa penyelundupan hukum justru bertentangan dengan hak-hak yang diperoleh. Karena pada penyelundupan hukum kaidah-kaidah asing dikesampingkan dan hukum nasional dipergunakan. Tetapi pada “hak-hak yang diperoleh” justru hak-hak itu telah diperoleh menurut hukum asing diakui dan dihormati oleh hukum nasional hakim sendiri.

IX. PERTEMUAN KE-SEMBILAN: HAK-HAK YANG DIPEROLEH DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

Istilah “hak” atau “*rech, right, droit*”, biasanya memiliki arti sebagai hak hukum, hak subjektif dan biasanya dikaitkan pada hak-hak yang dimiliki seseorang terhadap suatu benda/hak-hak yang bersifat kebendaan. Akan tetapi dalam Hukum Perdata Internasional, istilah “*verkregen rechten*” diartikan bukan saja hak-hak yang bersifat kebendaan namun juga hak-hak kekeluargaan dan status personil.

Istilah “hak-hak yang diperoleh” sering kali juga disebut dengan rights and obligations created abroad atau hak dan kewajiban hukum seseorang yang terbit berdasarkan hukum asing. Menurut Prof. Sunaryati Hartono, yang menjadi persoalan dalam HPI terkait dengan hak-hak yang diperoleh adalah apakah hak dan kewajiban hukum yang dimiliki seseorang berdasarkan kaidah-kaidah hukum dari suatu system hukum asing tertentu harus diakui atau tidak oleh lex fori. Jadi persoalan mengenai “hak-hak yang diperoleh” seseorang atau suatu subjek hukum berdasarkan hukum asing tertentu, hampir pasti berkaitan dengan status hukum yang diterbitkan oleh system hukum asing tersebut.

Pandangan atau asas tentang hak-hak yang diperoleh memang berkembang pada masa memuncaknya pandangan hidup yang individualistic dimana pandangan tersebut menganggap bahwa “hak milik” seseorang memiliki kekuatan hukum yang mutlak di mana pun dan terhadap apa pun. Namun dalam perkembangannya, seiring dengan perkembangan pandangan tentang “hak milik yang berfungsi sosial”, wawasan mengenai “hak-hak yang diperoleh” mengalami pergeseran pula dan orang cenderung untuk menganut ajaran ini secara terbatas (*qualified*).

Dalam arti terbatas, maka “hak-hak yang diperoleh” dapat diartikan sebagai “hak-hak yang dimiliki seseorang (suatu subjek hukum) berdasarkan kaidah hukum asing dapat diakui dalam yurisdiksi lex fori, selama pengakuan itu tidak bertentangan dengan kepentingan umum masyarakat lex fori”. Dengan kata lain, “hak-hak yang diperoleh” dapat diakui selama pengakuan itu tidak bertentangan dengan ketertiban umum lex fori atau dengan asas-asas keadilan yang hidup di dalam masyarakat forum.

1. Hubungan hak yang diperoleh dengan dengan ketertiban umum

Persoalan terkait “hak-hak yang diperoleh” sangat berhubungan dengan masalah ketertiban umum. Dapat dikatakan bahwa hak-hak yang diperoleh ini merupakan kebalikan dari ketertiban umum. Telah kita pahami bersama bahwa dalam ketertiban umum, hukum perdata nasional sang Hakim yang dipakai sedangkan menurut kaidah-kaidah HPI sang Hakim sendiri kaidah kaidah Hukum Perdata Asing yang harus di pergunakan.

Ajaran “hak-hak yang diperoleh” justru menentukan sebaliknya dimana bukan hukum asing yang dikesampingkan, namun hukum asing inilah yang diakui dan dipergunakan. Prinsip-prinsip dalam “hak-hak yang diperoleh” dapat dipergunakan untuk memperbaiki atau memperlembut pelaksanaan prinsip ketertiban umum.

Dalam pelaksanaan pengakuan terhadap prinsip “hak-hak yang diperoleh”, biasanya negara forum sangat memperhatikan azas repositas (timbang balik). Seperti halnya dalam ketertiban umum, negara-negara tidak mau terlalu cepat menggunakan prinsip ketertiban umum untuk suatu kasus demi repositas dengan negara lain. Jika suatu negara kurang memperhatikan hal pelanjutan keadaan hukum terhadap negara lain, maka negara lain juga tidak dapat diharapkan akan memperhatikan hal kelanjutan keadaan hukum daripada negara pertama ini.

Pengakuan terhadap prinsip hak-hak yang diperoleh ini hanya dapat dihentikan jika hak-hak yang diperoleh di luar negeri bertentangan atau mengakibatkan tersinggungnya perasaan keadilan dari masyarakat sang Hakim sedemikian rupa, sehingga kelanjutan keadaan hukum itu tidak dapat dipertanggung jawabkan.

2. Hubungan dengan lain-lain bagian dari HPI

Teori mengenai “hak-hak yang diperoleh” selain memiliki hubungan yang erat dengan masalah ketertiban umum, juga memiliki hubungan yang erat pula dengan bagian-bagian lain daripada bagian umum HPI, misalnya dengan penyelundupan hukum, dengan persoalan-persoalan kekuatan keputusan hukum asing, dengan pengakuan badan-badan hukum asing dan sebagainya. Hubungan terdapat pula antara HPI dan Hukum Antara Waktu (HAW) yang mengenal azas bahwa kaidah-kaidah baru pada umumnya tidak memiliki kekuatan hukum untuu berlaku surut.

X. PERTEMUAN KE-SEPULUH: TIMBAL BALIK DAN PEMBALASAN DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

Persoalan yang menyangkut masalah timbal balik dan pembalasan (resiprositas) untuk Hukum Perdata Internasional (HPI) cukup besar untuk diperhatikan, terutama di bidang hukum orang asing. Karena condong pada pengertian luas mengenai HPI yang mencakup pula "condition des etrangers", maka beralasan untuk mempersoalkan masalah timbal-balik dan pembalasan ini dalam hal pengakuan keputusan asing dan persoalan pemakaian hukum asing yang timbul.

1. *Restorsie* dan *Represaille*

Dalam hukum antar negara diadakan pembedaan antara istilah "*restorsie*" dan "*represaille*". Pada istilah "*restorsie*" kita berhadapan dengan perbuatan-perbuatan negara bersangkutan yang merugikan, tetapi perbuatan-perbuatan ini masih belum menyalahi hukum. Sedangkan pada istilah "*represaille*" kita berhadapan dengan perbuatan-perbuatan yang tidak senonoh, yang melawan hukum dari negara bersangkutan. Maka disini perbuatan-perbuatan yang melanggar hukum itu kita balas dengan perbuatan-perbuatan yang juga melawan hukum. Untuk bidang HPI kita hanya memperhatikan "*retorsie*" dan bukan "*represaille*".

2. Timbal Balik dan Pembalasan

Boleh dikatakan, bahwa kedua istilah ini adalah aspek-aspek yang berlainan dari prinsip yang sama. Istilah "timbal-balik" dimaksudkan suatu keadaan yang dikehendaki, sedangkan istilah "pembalasan" merupakan cara untuk mencapai keadaan tersebut. Timbal balik dapat dilakukan secara formil dan materiil.

3. Penggunaan Azas Timbal Balik dan Pembalasan

Penerapan asas resiprositas dalam Hukum Perdata Internasional dipengaruhi oleh 3 (tiga) unsur, yaitu: (1) adanya orang asing atas salah satu pihak adalah Warga Negara Asing; (2) tempat dilakukannya tindakan hukum; dan (3) tempat dilangsungkannya perbuatan.

Apabila hakim dalam suatu perkara HPI telah menemukan hukum yang berlaku (*lex causae*) adalah hukum asing, maka ia harus menerapkan hukum asing dalam perkara yang bersangkutan. Ada beberapa pengecualian berlakunya hukum asing, yaitu karena bertentangan dengan ketertiban umum yang berlaku atau karena adanya penyesuaian (*anpasung*). Sekarang ditemui lagi pengecualian yang lain, yaitu apabila dalam hal tertentu yang diharapkan jarang terjadi hukum asing ini tidak dapat digunakan karena tidak memenuhi syarat timbal balik atau harus dilakukan pembalasan.

Berlainan dengan Hukum Internasional, persoalan Resiprositas dalam HPI tidak merupakan syarat atau tidak merupakan keharusan, karena bagaimanapun juga penggunaan hukum asing dalam suatu hubungan hukum HPI justru sesuai dengan rasa keadilan dan merupakan kebutuhan hukum dalam lalu lintas internasional. Pemakaian hukum asing dapat dilihat sebagai semata-mata memenuhi syarat atau rasa keadilan. Persoalan timbal balik dan pembalasan justru terlalu banyak dipengaruhi oleh pertimbangan politis. Oleh karena itu, penggunaan lembaga resiprositas ini diupayakan seminimal mungkin.

4. Luas bidang Azas Timbal Balik

Untuk bidang hukum orang asing, tidak ada keragu-raguan bahwa masalah timbal balik besar artinya. Pemakaian hukum asing hanya dilakukan oleh karena ini adalah cocok, karena memenuhi rasa keadilan dan kebutuhan hukum dari para justitiabelen dalam hubungan internasional. Apabila kita saksikan bahwa kaidah-kaidah HPI asing bersangkutan sengaja hanya untuk menguntungkan kepada warganegara sendiri dengan merugikan orang-orang luar. Jika hal ini dilakukan, maka ada alasan untuk melakukan "pembalasan" secara "timbal balik".

5. Pembatasan terhadap bidang-bidang lain.

Asas timbal balik berkenaan dengan persoalan tentang pemakaian hukum asing dan karena itu mempunyai hubungan dengan persoalan ketertiban umum. Telah diketahui bahwa pada intinya merupakan persoalan mengenai pemakaian hukum asing, yang telah dinyatakan berlaku oleh

kaidah-kaidah HPI hakim, akan tetapi dikesampingkan secara pengecualian karena adanya pertentangan-pertentangan asasi dengan sistem hukum hakim.

Bahkan timbal balik merupakan suatu syarat untuk dapat dikaitkan dan dipergunakan hukum asing. Timbal balik dilihat sebagai suatu syarat untuk pemakaian hukum asing. Hukum ini perlu diperhatikan apakah mempunyai irama yang tidak terlampau berbeda daripada hukum nasional.

Bukan identiknya hukum asing dengan hukum awak yang diperlukan, melainkan apakah dalam suatu keadaan khusus, hukum asing bersangkutan tidak memenuhi syarat timbal balik, hingga tak akan dipergunakan. Sudah terang pula bahwa kita tidak dapat lekas menerima bahwa telah terjadi pelanggaran terhadap asas timbal balik ini.

XI. PERTEMUAN KE-SEBELAS: YURISDIKSI PENGADILAN DAN ARBITRASE DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

Di dalam HPI persoalan yurisdiksi forum menjadi lebih kompleks karena mencakup beberapa masalah pokok, yaitu:

- a. Apakah pengadilan berwenang untuk mengadili perkara;
- b. Apakah pengadilan akan menolak mengadili atau tidak melanjutkan proses peradilan;
- c. Apakah ada pembatasan terhadap pengadilan dalam melaksanakan kewenangan yurisdiksionalnya;

Dalam litigasi transnasional, azas actor sequitur forum rei (azas yang menetapkan bahwa "tempat tergugat berada menentukan tempat pengadilan") yang umumnya digunakan untuk menetapkan yurisdiksi pengadilan dalam perkara-perkara lokal, ternyata tidak selalu dapat digunakan secara efektif karena connection dalam perkara dibidang HPI seringkali dibentuk melalui titik-titik taut lain, seperti pelaksanaan kontrak atau tempat perbuatan melawan hukum di negara forum. Penentuan dasar yurisdiksi suatu pengadilan dalam praktik litigasi

internasional, umumnya dibedakan ke dalam yurisdiksi in personam dan yurisdiksi in rem, dan dalam keadaan khusus berkembang pula konsep quasi in rem, yaitu:

- a. Yurisdiksi in Personam
- b. Yurisdiksi in Rem
- c. Yurisdiksi Quasi in Rem

Secara umum dapat dirangkum beberapa prinsip penetapan yurisdiksi dalam proses litigasi perdata internasional, yaitu:

- a. Yurisdiksi Teritorial atas Dasar Domisili (Tergugat)
- b. Yurisdiksi Teritorial atas Dasar Domisili (Tergugat)
- c. Yurisdiksi karena Persetujuan
- d. Yurisdiksi atas Dasar Kewarganegaraan, Kekayaan, atau Pemunculan/Kehadiran

1. **Persoalan Khusus tentang Yurisdiksi Ekstrateritorial (*Extrateritorial Jurisdiction*)**

Yang dimaksud dengan yurisdiksi ekstrateritorial di sini adalah kewenangan pengadilan suatu negara untuk melaksanakan yurisdiksinya atas seorang tergugat (defendent) yang berkediaman tetap (berdomisili) di suatu negara di luar negara forum. Asas yang pada dasarnya berlaku bagi pengadilan untuk menentukan ada tidaknya kewenangan pengadilan untuk mengklaim yurisdiksi atas seseorang tergugat adalah azas actor sequitur forum rei. Dalam proses litigasi domestik, penerapan azas ini tidak membawa terlalu banyak masalah, kecuali masalah-masalah perbedaan prosedur penentuan kompetensi teritorial domestik dan bidang perkara. Masalah HPI baru timbul apabila pengadilan harus menetapkan kewenangan yurisdiksi ekstrateritorialnya untuk memeriksa perkara-perkara yang mengandung unsur asing.

Berdasarkan azas forum rei di atas, sebuah pengadilan pada dasarnya memiliki yurisdiksi umum (*general jurisdiction*) atas pihak tergugat. Prinsip ini diarahkan untuk mengajukan gugatan dan perkara di forum negara tergugat, dengan tujuan agar pihak tergugat tidak perlu menjalani proses peradilan di

suatu pengadilan asing. Pemahaman ini umumnya dianut negara-negara civil law, sedangkan di negara-negara *common law* dipahami melalui konsep yurisdiksi in personam atas pihak tergugat atas dasar asumsi bahwa pertautan personal/pribadi antara forum yang mengadili perkara dan seorang yang berdomisili/berkediaman tetap di wilayah forum menerbitkan yurisdiksi tak terbatas pengadilan atas orang itu.

2. Pilihan Forum

Di dalam suatu kontrak dagang internasional, selain dikenal adanya pilihan hukum (*choice of law*) juga dikenal adanya pilihan yurisdiksi atau pilihan forum (*choice of jurisdiction* atau *choice of forum*). Pilihan yurisdiksi ini bermakna bahwa para pihak di dalam kontrak sepakat memilih forum atau lembaga yang akan menyelesaikan perselisihan yang mungkin timbul di antara kedua belah pihak.

Menurut *Convention on the Choice of Court* 1965, pilihan forum terbuka untuk perkara perdata atau dagang yang mempunyai sifat internasional. Pilihan forum tidak berlaku bagi:

- a. Status atau kewenangan orang atau badan hukum keluarga, termasuk kewajiban atau hak-hak pribadi atau finansial antara orang tua dan atau antara suami dan isteri.
- b. Pemasalahan alimentasi yang tidak termasuk dalam butir 1.
- c. Warisan.
- d. Kepailitan.
- e. Hak-hak atas benda tidak bergerak.

Di dalam kontrak-kontrak dagang internasional, terdapat kecenderungan para pihak untuk memilih arbitrase sebagai pilihan yurisdiksi. Pilihan tersebut antara lain didasarkan pada keunggulan atau keuntungan penyelesaian sengketa melalui arbitrase, antara lain berkenaan dengan:

- a. Kebebasan, kepercayaan dan keamanan;
- b. Keahlian arbiter (*expertise*);
- c. Cepat dan hemat biaya;
- d. Bersifat rahasia;

- e. Bersifat non precedent; dan
- f. Kepekaan arbitrator.

3. Hukum yang Digunakan oleh Arbitrase Komersial Internasional

Kamar dagang dan Industri Indonesia (KADIN) juga telah mendirikan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), dan menganjurkan kepada pengusaha-pengusaha Indonesia yang mengadakan kontrak dagang dengan pihak asing sedapat mungkin atau sebaiknya menunjuk BANI untuk menyelesaikan perselisihan yang terjadi di antara mereka. Berikut hukum yang dipergunakan oleh arbitrase komersial internasional:

- a. Hukum yang Dipergunakan menurut *Rules Arbitrase International Chamber of Commerce (ICC) Paris*;
- b. Hukum yang Dipergunakan oleh Arbitrase menurut *United Nation Commision on International Trade Law (UNICITRAL) Arbitration Rules*;
- c. Hukum yang Dipakai Arbitrase menurut BANI.

XII. PERTEMUAN KE-DUA BELAS: PEMAKAIAN HUKUM ASING DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

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.

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.

1. Dasar Teoritis Pemakaian Hukum Asing

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

- a. Hukum asing ini dianggap sebagai suatu "fakta";

- b. Hukum asing ini dianggap sebagai "hukum";
- c. Hukum asing ini dimasukkan dalam hukum nasional hakim.

2. Pembuktian 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.

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.

3. 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:

- a. Hakim menggunakan ketentuan *lex fori*;
- b. Hakim dapat mempergunakan suatu dugaan hukum (*rechvermoeden*);
- c. Hakim mempergunakan hukum yang paling berdekatan dengan hukum asing yang bersangkutan;
- d. Hakim secara mudah mengalahkan pihak yang telah mendalilkan pemakaian hukum asing tersebut.

4. 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.

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

mbolehkan 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.

XIII. PERTEMUAN KE-TIGA BELAS: PERSOALAN PENDAHULUAN DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL.

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 /Hoofdvrage/Main Question*) akan tergantung pada penetapan hukum atas suatu hubungan hukum atau persoalan hukum lain yang harus dilakukan terlebih dahulu (*Vorfrage/Voorvrage/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*.

1. CARA-CARA PENYELESAIAN

a. 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*.

b. 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*.

c. 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 absorpsi, untuk perkara di bidang perbuatan melawan hukum (tort) atau kontrak sebaiknya menggunakan repartition.