

**NASKAH AKADEMIK RANCANGAN UNDANG-UNDANG
TENTANG HUKUM PERDATA INTERNASIONAL**



KEMENTERIAN HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA

BADAN PEMBINAAN HUKUM NASIONAL

2020

KATA PENGANTAR

Puji syukur kepada Tuhan Yang Maha Esa karena atas rahmat dan karunia-Nya penyusunan **draf** Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Hukum Perdata Internasional (Naskah Akademik RUU HPI) telah dilakukan penyusunan oleh Tim Penyusun Naskah Akademik RUU HPI. Kerja keras oleh Tim Penyusun dalam melakukan penyusunan Naskah Akademik RUU HPI patut mendapatkan apresiasi, yang telah bekerja keras menjalankan amanah untuk melanjutkan tugas dari Tim Penyusun sebelumnya yang dibentuk Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia, dalam upaya mewujudkan suatu pengaturan hukum perdata internasional nasional yang selaras dengan perkembangan zaman dan kebutuhan masyarakat. Oleh karena itu, terhadap kerja keras tersebut saya mengucapkan terima kasih kepada para pakar yang terlibat dalam penyusunan Naskah Akademik RUU HPI ini, yaitu Prof.Syamsul Ma'arif, SH.,LL.M., Ph.D (Hakim Agung, Mahkamah Agung)., Prof.Dr. F.X Djoko Priyono, SH, M.Hum., (Fakultas Hukum Universitas Diponegoro) Dr. Bayu Seto Hardjowahono, SH., LL.M, (Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan) dan Tudiono, SH., MPP., (Ketua Tim Penyusunan, Direktorat Otoritas Pusat Hukum Internasional, Ditjen AHU).

Penyusunan Naskah Akademik RUU HPI ini merupakan tantangan sekaligus peluang bagi Indonesia di dalam mengantisipasi dan memfasilitasi perkembangan global masyarakat yang sangat cepat, dinamis, serta menuntut kemudahan bagi setiap masyarakat untuk memperoleh perlindungan hukum yang adil serta berkepastian hukum baik bagi Warga Negara Indonesia (WNI) ataupun Warga Negara Asing (WNA) dalam melakukan kegiatan keperdataan dan perniagaan dalam hubungan hukum transnasional dengan hukum Indonesia. Adapun dalam hubungan transnasional tersebut, hukum perdata internasional diterapkan terhadap penentuan status hukum, kewenangan yuridiksi pengadilan Indonesia, serta terhadap pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing. Oleh karena itu, keberadaan pengaturan hukum perdata internasional melalui RUU HPI sangat penting untuk

posisi hukum yang jelas bagi masyarakat dalam melakukan hubungan keperdataan/ perniagaan, dan menjadi pedoman hukum bagi Hakim dalam menyelesaikan perselisihan terkait hubungan transnasional pada hukum perdata internasional.

Naskah Akademik RUU HPI ini merupakan argumentasi serta penjelasan ilmiah terhadap urgensi pengaturan suatu norma hukum yang berbasiskan kenyataan hukum dari kebutuhan pengaturan RUU HPI. Mengacu kepada Pasal 43 dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019, dinyatakan bahwa setiap Rancangan Undang-Undang harus disertai dengan Naskah Akademik. Dengan demikian, harapannya adalah Naskah Akademik RUU HPI ini menjadi acuan utama dalam penyusunan dan pembahasan Rancangan Undang-Undang tentang Hukum Perdata Internasional.

Jakarta, 24 Desember 2020

Kepala Badan Pembinaan Hukum Nasional,



Prof. Dr. H. R. Benny Riyanto, S.H., M.Hum., C.N.

NIP. 19620410 198703 1 003

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR	i
DAFTAR ISI	iii
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang.....	1
B. Identifikasi Masalah.....	8
C. Tujuan dan Kegunaan Penyusunan Naskah Akademik	9
D. Metode.....	9
E. Jenis Data dan Cara Perolehannya	10
BAB II KAJIAN TEORETIS DAN PRAKTIK EMPIRIS.....	12
A. Kajian Teoretis	12
A.1. Teori Titik-titik Pertalian	12
A.2. Teori Status Personal (baik pribadi kodrati maupun pribadi hukum)	13
A.3. Teori tentang Penunjukan Kembali (Renvoi)	15
A.4. Teori kualifikasi	17
A.5. Teori ketertiban umum (<i>ordre public, public order, public policy</i>)	18
A.6. Teori Penyelundupan Hukum.....	21
A.7. Teori Pilihan Hukum	21
A.8. Teori Hak-hak Yang Telah Diperoleh	22
A.9. Teori Persoalan Pendahuluan (<i>Incidental/preliminary question</i>)	23
A.10. Teori Penyesuaian	24
A.11. Teori Timbal Balik dan Pembalasan	25
A.12. Teori Pemakaian Hukum Asing.	25
A.13. Perbuatan Melawan Hukum (PMH)	26

A.14. <i>Depecage</i>	27
A.15. <i>Kompetenz-kompetenz</i>	28
B. Kajian Asas/Prinsip Terkait Penyusunan Norma.....	29
C. Kajian Terhadap Praktik Penyelenggaraan, Kondisi yang Ada, serta Permasalahan yang Dihadapi Masyarakat	32
C.1. Status Personal Subjek Hukum	33
C.2. Ketentuan Hukum Keluarga	58
C.3. Kebendaan.....	110
C.4. Perikatan Transnasional	131
C.5. Kewenangan Yuridiksional Pengadilan Indonesia.....	153
C.6 Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing.....	179
D. Implikasi Penerapan Sistem Baru yang Akan Diatur dalam Peraturan Daerah Terhadap Aspek Kehidupan Masyarakat dan Dampaknya Terhadap Aspek Beban Keuangan Negara	210
BAB III EVALUASI DAN ANALISIS PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN	213
BAB IV LANDASAN FILOSOFIS, SOSIOLOGIS, DAN YURIDIS	241
A. Landasan Filosofis.....	241
B. Landasan Sosiologis	242
C. Landasan Yuridis	244
BAB V JANGKAUAN ARAH PENGATURAN DAN RUANG LINGKUP MATERI MUATAN UNDANG-UNDANG TENTANG HUKUM PERDATA INTERNASIONAL	246
A. Sasaran.....	246
B. Arah dan Jangkauan Pengaturan.....	246
C. Ruang Lingkup Materi Muatan.....	246
D. Asas, Maksud dan Tujuan.....	251
E. Ruang Lingkup.....	253

BAB VI PENUTUP	291
A. Simpulan	291
B. Saran	293
DAFTAR PUSTAKA	294

DAFTAR TABEL

Tabel II. 1	41
Tabel II. 2	42
Tabel II. 3	92
Tabel II. 4	99
Tabel II. 5	114
Tabel II. 6	118
Tabel II. 7	183
Tabel II. 8	195
Tabel II. 9	197
Tabel II. 10	208
Tabel II. 11	209
Tabel III. 1	220

DAFTAR GRAFIK

Grafik II. 1	58
Grafik II. 2	111
Grafik II. 3	112
Grafik II. 4	113
Grafik II. 5	133
Grafik II. 6	155
Grafik II. 7	181

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Manusia merupakan subjek hukum orang perorangan (*naturlijke persons*) yang memperoleh hak dan kewajiban dari hukum.¹ Orang dalam konsep hukum memegang peranan yang penting, dikarenakan orang adalah pembawa hak yang bisa dikenai kewajiban dan seterusnya sehingga tanpa orang maka setiap objek hukum tidak akan timbul.² Selain orang perorangan, hukum mengakui keberadaan subjek hukum lainnya berupa pribadi hukum (*recht persons*) lazim disebut dengan badan hukum, yang merupakan subjek hukum yang dibentuk oleh manusia berdasarkan peraturan perundang-undangan sebagai pemegang hak dan kewajiban, yang kedudukannya dipersamakan dengan manusia.³ Sebagai subjek hukum, manusia serta badan hukum melakukan interaksi sosial dengan subjek hukum lainnya, baik dalam hubungan keperdataan atau dalam hubungan hukum lainnya, dimana setiap subjek memiliki kepentingan ataupun tuntutan yang harus dipenuhi atau dilaksanakan oleh subjek hukum lainnya dalam hubungan tersebut.

Konstitusi negara Republik Indonesia dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945), Pemerintah menyatakan untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian, dan keadilan sosial, dengan demikian Negara memiliki kewajiban untuk mengarahkan dan melindungi seluruh bangsa Indonesia baik yang berada pada wilayah yuridiksi teritorial atau pada luar wilayah teritorial Indonesia, dalam melakukan aktivitas hubungan hukum dengan subjek hukum lainnya dalam aktivitas ekonomi,

¹ Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum: Suatu Pengantar, Liberty, Bandung, 00 1988 hlm.53

¹ Subekti, Pokok-pokok Hukum Perdata, Pembimbing Masa, 1996, hlm. 19

² Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, Cetakan Keenam, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006 ,hlm 66

³Kutipan Putusan Pengadilan dalam putusan

<https://putusan3.mahkamahagung.go.id/direktori/putusan/c5f8365626b1e3d0439a9a4b0a99c398.html>,

diakses 16 Desember 2020

sosial dan kebudayaan, sesuai dengan amanah konstitusi dan hak asasi manusia yang dijamin dalam UUD NRI Tahun 1945.

Aktivitas hubungan hukum dalam era global saat ini sangat berkembang cepat, ditandai dengan perkembangan ekonomi, informasi digital, dan transportasi yang memudahkan perpindahan penduduk dari suatu wilayah kepada wilayah lainnya untuk berinteraksi dengan penduduk lainnya baik dalam bidang sosial, budaya, atau dalam bidang ekonomi atau bisnis. Oleh karena itu, negara Indonesia berkewajiban untuk memfasilitasi aktivitas subjek hukum tersebut. Salah satu indikator kehadiran negara dalam bidang fasilitas menunjang aktivitas ekonomi adalah dengan parameter *easy of doing business* (EODB), yang diharapkan para pelaku usaha dapat bersaing dalam iklim usaha yang kompetitif, dan diharapkan dapat terwujud multi efek positif dalam bidang kesejahteraan sosial, dan budaya. Kedepannya negara Indonesia, sejalan dengan pemulihan perekonomian global akibat pandemik, serta sejalan dengan arah pembangunan perekonomian Indonesia yang fokus pada pembangunan sumber daya manusia, pemerataan wilayah, Pemerintah akan menggerakkan pertumbuhan ekonomi melalui investasi dan ekspor.⁴

Selain itu, wujud fasilitasi tersebut dapat dilihat dari dukungan kebijakan perdagangan dari Pemerintah yang diharapkan dapat menunjang aktivitas perdagangan pelaku usaha Indonesia dengan luar negeri. Salah satunya adalah dengan berbagai perjanjian internasional berupa perjanjian kerja sama komprehensif (*Comprehensive Partnership Agreement*) dalam bidang perekonomian bekerja sama dengan berbagai negara. Hingga pertengahan tahun 2020 ini, Indonesia telah melaksanakan perjanjian/kerjasama internasional di bidang ekonomi lebih kurang 142 (seratus empat puluh dua) perjanjian internasional Indonesia di bidang ekonomi sebagai bentuk kerjasama Indonesia dengan membuka hubungan ekonomi dengan negara lainnya. Hingga saat ini, setidaknya Indonesia telah melaksanakan kerja sama ekonomi (*comprehensive economic partnership agreement/CEPA*)

⁴ Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2019 tentang APBN 2020

dengan beberapa diantaranya dengan China⁵, India⁶, Korea Selatan⁷, Jepang⁸, Australia⁹, dan yang terbaru adalah Indonesia melakukan kerja sama komprehensif dengan beberapa negara eropa (IEU-CEPA), dimana perjanjian kemitraan tersebut meliputi dalam bidang perekonomian setiap negara untuk mendorong transaksi perdagangan barang maupun jasa yang diharapkan dapat mendorong peningkatan ekonomi khususnya perdagangan komoditi Indonesia serta diharapkan dapat menciptakan nilai tambah yang dapat dimanfaatkan oleh sektor usaha mikro, kecil, dan menengah (UMKM) yang ada di Indonesia. Selain dalam bidang bisnis dan perdagangan, pemerintah Indonesia memfasilitasi aktivitas keluar masuk kunjungan wisatawan di Indonesia dengan kebijakan pemberian bebas visa kunjungan bagi 169 (seratus enam puluh sembilan) negara¹⁰ yang memungkinkan aktivitas WNA untuk keluar masuk wilayah Indonesia dengan bebas.

Kebijakan fasilitasi tersebut akan berdampak terhadap kegiatan aktivitas global baik terhadap aktivitas subjek hukum asing tersebut, baik dalam bidang aktivitas pertemuan kegiatan/penyelenggaraan bisnis level internasional, kegiatan keperdataan jual beli/ hubungan perikatan, atau bahkan sampai dengan perkawinan serta hubungan hukum akibat perkawinan antara Warga Negara Indonesia (WNI) dengan Warga Negara Asing (WNA), dimana hubungan-hubungan tersebut akan berdampak terhadap hubungan Hukum Perdata Internasional (HPI). Dimana, persoalan yang terkait dengan HPI dapat disebabkan terhadap penentuan (i) kewenangan pengadilan atau forum alternatif penyelesaian sengketa, (ii) penentuan hukum yang berlaku, (iii) sejauh mana pengadilan harus memberikan pengakuan serta melaksanakan putusan-putusan hakim asing.¹¹

⁵ Keputusan Presiden Nomor 28 tahun 2004 tentang Pengesahan *Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation Between the Association of Southeast Asian Nations and the People's Republic of China*

⁶ Keputusan Presiden Nomor 69 tahun 2004 tentang Pengesahan *Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation Between the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of India*

⁷ Peraturan Presiden Nomor 11 tahun 2007 tentang Pengesahan *Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation among the Governments of the Member Countries of the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of Korea*

⁸ Peraturan Presiden Nomor 50 tahun 2009 tentang *Pengesahan Agreement on Comprehensive Economic Partnership among Member States of the Association of Southeast Asian Nations and Japan (AJCEP)*

⁹ <http://treaty.kemlu.go.id/apisearch/pdf?filename=AUS-2018-0243.pdf>

¹⁰ Peraturan Presiden Nomor 11 Tahun 2016 tentang Bebas Visa Kunjungan

¹¹ Bayu Seto Hardjowahono, "Kodifikasi Hukum Perdata Internasional di Bidang Hukum Kontrak Internasional: Tantangan yang Terabaikan Dalam Menghadapi AFTA 2015", Makalah disampaikan dalam *Symposium HPI2 – tentang Hukum Kontrak Internasional*, Diselenggarakan atas kerjasama antara Badan Pembinaan

Terkait dengan pengaturan HPI nasional, saat ini Indonesia masih bertumpu pada pengaturan warisan Hindia Belanda dalam *Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie* (Staatblad 1847 No. 23) disingkat AB, dimana ketentuan ini bertujuan dalam melindungi aktivitas hukum WNI yang bersentuhan dengan WNA yaitu dalam Pasal 16, Pasal 17 dan Pasal 18 AB. Ketentuan AB tersebut masih tetap berlaku selama belum diadakan yang baru menurut UUD NRI Tahun 1945 (Pasal 1 Aturan Peralihan UUD NRI Tahun 1945). Dimana Pasal 16 AB¹² ini mengatur tentang status personal dan wewenang seseorang, yang mencakup peraturan mengenai hukum perorangan dan hukum kekeluargaan bagi status hukum WNI. Sedangkan Pasal 17 AB¹³ mengatur, mengenai benda-benda bergerak maupun benda tidak bergerak harus dinilai menurut hukum dari negara atau tempat di mana benda itu terletak (*lex rei sitae*), terlepas dari pemiliknnya. Dan, Pasal 18 AB¹⁴ mengatur tentang yuridiksi pengadilan yang menangani permasalahan hukum keperdataan tersebut. Dalam praktik hukum keperdataan internasional yang ada, ketiga pasal tersebut di atas sudah tidak lagi memadai, mengingat selain karena merupakan peninggalan kolonial yang dibuat pada pertengahan abad-18, namun juga karena masih menggunakan pendekatan teori statuta yang digunakan pada abad ke-16 dan ke-17, dimana penekanan keberlakuan HPI hanya dibatasi pada wilayah keberlakuan (teritorial) sehingga HPI nasional harus dilihat sebagai suatu pendekatan dalam menghadapi perkara di bidang hukum keperdataan yang mengandung unsur asing.¹⁵ Pembaharuan HPI tersebut dilakukan dalam merespon perkembangan arus global yang sangat dinamis.

Dalam perkembangannya untuk mengantisipasi perkembangan masyarakat yang sangat dinamis tersebut, selain pengaturan oleh AB sebagai

Hukum Nasional. Fakultas Hukum UNPAR, dan Kantor Hukum Mochtar Karuwin Komar (MKK), di Kampus Univ. Parahyangan Bandung, pada tanggal 7 November 2013.

¹² Pasal 16 AB “Ketentuan-ketentuan dalam undang-undang mengenai status dan wewenang seseorang tetap berlaku bagi negara Belanda, apabila ia berada di luar negeri. Akan tetapi apabila ia menetap di Negeri Belanda atau di salah satu daerah koloni Belanda, selama ia mempunyai tempat tinggal di situ, berlakulah mengenai bagian tersebut dan hukum perdata yang berlaku di sana.”

¹³ Pasal 17 AB berbunyi “Terhadap barang-barang yang tidak bergerak berlakulah undang-undang dari negeri atau tempat di mana barang-barang itu berada.”

¹⁴ Pasal 18 AB yang berbunyi “ ayat (1) Bentuk tiap tindakan hukum akan diputus oleh pengadilan menurut perundang-undangan dari negeri atau tempat, di mana tindakan hukum itu dilakukan. Ayat (2) Untuk menerapkan pasal ini dan pasal di muka, harus diperhatikan perbedaan yang diadakan oleh perundang-undangan antara orang-orang Eropa dan orang-orang Indonesia.”

¹⁵ Bayu Seto Hardjowahono, *loc cit*

produk hukum warisan zaman kolonial, permasalahan-permasalahan HPI diatur juga oleh produk hukum setelah kemerdekaan. Pengaturan tersebut, antara lain, adalah UU Perkawinan,¹⁶ UU Kewarganegaraan,¹⁷ dan UU Penanaman Modal¹⁸ dan peraturan perundang-undangan lainnya yang tersebar dalam peraturan perundang-undangan nasional. Secara bertahap, Indonesia berupaya melakukan penyempurnaan hukum dan menyesuaikan dengan Visi dan Arah Pembangunan Jangka Panjang Tahun 2005 – 2025 yang didasarkan kepada Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional 2005 – 2025, dimana di dalam visi pembangunan untuk mewujudkan kemandirian hukum nasional dengan berupaya meninggalkan kepentingan politik dan ekonomi kolonial, melalui pembaruan peraturan perundang-undangan kolonial yang sudah tidak sesuai dengan perkembangan kebutuhan dan nilai-nilai bangsa Indonesia, sehingga mampu responsif dengan tantangan zaman masyarakat Indonesia yang mendorong tumbuhnya kreativitas masyarakat dan mendukung penyelenggaraan pemerintahan serta pembangunan nasional.¹⁹ Dimana salah satu yang perlu dilakukan perubahan secara responsif dengan kebutuhan tantangan zaman saat ini adalah mengenai pengaturan hukum perdata internasional Indonesia yang selama ini tertuang dalam ketentuan Pasal 16, Pasal 17, dan Pasal 18 AB, disamping beberapa ketentuan hukum acara perdata yang masih menggunakan produk kolonial secara tersebar dalam ketentuan peraturan perundang-undangan nasional lainnya.

Tersebarnya pengaturan terkait dengan HPI dalam sistem hukum nasional dan tidak adanya acuan pokok yang menjadi rujukan utama bagi hakim ataupun dalam menyelesaikan suatu perselisihan, menjadikan persoalan HPI memerlukan adanya legalitas yang menyesuaikan dengan perkembangan saat ini sebagai acuan dasar bagi HPI nasional. Perbedaan tersebut dikarenakan banyak berbagai faktor baik kemampuan hakim dalam

¹⁶ Undang-Undang Republik Indonesia No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, L.N. 1974 No. 1, T.L.N. No. 3019.

¹⁷ Undang-Undang Republik Indonesia No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia, L.N. 2006 No. 63, T.L.N. No. 4634.

¹⁸ Undang-Undang Republik Indonesia No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, L.N. 2007 No. 67, T.L.N. No. 4724.

¹⁹ Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, Visi dan Arah Pembangunan Jangka Panjang Tahun 2005-2025, diunduh melalui laman https://www.bappenas.go.id/files/1814/2057/0437/RPJP_2005-2025.pdf, diakses 26 Juli 2020

menyelesaikan persoalan HPI, ataupun lebih jauh lagi tidak memadainya perangkat hukum nasional HPI yang ada di Indonesia, yang menyebabkan ketiadaan kepastian hukum dalam penyelesaian perselisihan. Hal ini tentu saja dapat merugikan posisi hukum Indonesia dipandangan subjek hukum asing yang menyebabkan hilangnya kepercayaan dan wibawa hukum nasional Indonesia yang diakibatkan ketiadaan parameter yang jelas dalam HPI nasional untuk menyelesaikan perselisihan terkait dengan HPI.²⁰ Sudah tidak relevannya penggunaan HPI yang didasarkan pada Pasal 16, Pasal 17, dan Pasal 18 AB sebagai acuan HPI nasional saat ini dan tersebarnya pengaturan sektoral mengakibatkan ketiadaan sistem hukum HPI nasional yang memiliki politik HPI yang terpadu, menjadikan hukum perdata internasional Indonesia tidak kompetitif untuk memberikan daya dukung terhadap baik perdagangan maupun investasi. Selain itu, aturan tertulis ini diperlukan juga sebagai pedoman bagi para hakim di pengadilan dalam menangani perkara perdata lintas negara yang selama ini masih menggunakan Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*)²¹ dimana banyak berkembang perselisihan yang rumit yang melibatkan WNA dengan WNA. Oleh karena itu, sejalan dengan perkembangan saat ini akan bertambahnya perkara yang mengandung unsur asing, sangat diperlukan suatu undang-undang khusus yang mengatur soal-soal pokok Hukum Perdata Internasional sebagai pegangan bagi para hakim dalam menentukan hukumnya. Pengaturan HPI yang tertuang dalam ketentuan Pasal 16, Pasal 17, dan Pasal 18 AB yang dibentuk sejak zaman kolonial telah melengkapi hukum keperdataan di Indonesia dan memberikan “nafas” dalam sistem hukum di Indonesia pasca kemerdekaan serta telah menyebar dalam beberapa peraturan perundang-undangan baik khusus maupun aturan pelaksanaannya. Walaupun banyaknya peraturan perundang-undangan khusus yang berkaitan dengan HPI, politik hukum dalam pengaturan RUU HPI berdasarkan materinya saja. Sedangkan hal-hal yang berkaitan dengan prosedur atau formil di selesaikan dengan hukum acara perdata, dan yang

²⁰ HRS, 2012, *Indonesia Butuh Kodifikasi hukum Perdata Internasioonal*, HukumOnline.com. didapat melalui laman [Indonesia Butuh Kodifikasi Hukum Perdata Internasional - hukumonline.com](http://IndonesiaButuhKodifikasiHukumPerdataInternasional-hukumonline.com), diakses 17 Desember 2020

²¹ S.1847 No 23.

bersifat khusus di selesaikan melalui peraturan perundang-undangan sektoralnya. Misalnya UU Perlindungan Konsumen, UU Acara Perdata, UU Penanaman Modal dan lain sebagainya. Ketentuan HPI nasional perlu dimiliki oleh Indonesia secara sistematis untuk memberikan kepastian hukum bagi hubungan keperdataan dalam hal terjadi perselisihan hukum antara hukum asing dengan hukum nasional.

Perlunya RUU HPI berperan untuk membentengi kepentingan bangsa dan negara Indonesia. Dalam situasi terdapat kerugian yang dialami oleh bangsa dan negara Indonesia dari aktivitas tersebut, Indonesia dapat menggunakan substansi dalam RUU HPI untuk menyatakan yurisdiksi hukum dan forum Indonesia. Lebih lanjut, saat ini di berbagai negara terjadi penyelesaian perkara perdata secara cepat, murah, adil dan dapat dilaksanakan (*enforcing contract*) sehingga memberikan kepercayaan kepada wibawa hukum dan peradilan Indonesia dalam menyelesaikan persoalan perkara terkait dengan HPI. Semua ini tidak akan dapat terwujud dengan baik bila Indonesia tidak melindungi diri dengan HPI nasional yang tertuang dalam suatu undang-undang yang responsif terhadap kebutuhan saat ini.

Saat ini dari sisi politik pembentukan peraturan perundang-undangan yang tertuang dalam Program Legislasi Nasional 2020-2024, Indonesia sedang melakukan penyempurnaan dalam pengaturan keperdataan²², yang tujuannya adalah untuk mengoptimalkan peranan sistem hukum nasional untuk dapat mendukung daya saing perekonomian nasional Indonesia yang diharapkan dapat memberikan kesejahteraan bagi seluruh rakyat Indonesia. Selain itu saat ini telah diundangkan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja yang sekaligus membuka wajah hubungan keperdataan di Indonesia khususnya terkait dengan perikatan yang akan lahir sehubungan dengan dampak multi efek dari disahkannya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja dalam kehidupan masyarakat, yang diharapkan akan mendorong kemajuan baik sistem ekonomi maupun sistem hukum nasional. Oleh karena itu, diperlukan upaya penyempurnaan pengaturan HPI yang sistematis dan komprehensif melalui suatu Rancangan

²² 5 (lima) RUU dalam Prolegnas yang berkaitan dengan keperdataan bisnis saat ini, RUU Hukum Jaminan Fidusia / RUU Jaminan Benda Bergerak, RUU Kepailitan dan PKPU, RUU Badan Usaha, RUU Perkumpulan, RUU Hukum Acara Perdata, dan RUU Hukum Perdata Internasional.

Undang-Undang Hukum Perdata Internasional (RUU HPI), dengan tetap memperhatikan kepentingan bangsa dan pembangunan hukum Indonesia yang mendukung kesejahteraan masyarakat dan perekonomian nasional.

Untuk mendorong pembentukan RUU HPI yang telah tertuang dalam Program Legislasi Nasional Tahun 2020-2024, perlu dilakukan penyiapan dokumen kesiapan yang berdasarkan prosedur dan tata cara pembentukan peraturan perundang-undangan yang mengacu kepada Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, dengan melakukan penyusunan Naskah Akademik RUU yang akan menjadi bahan utama dalam proses penyusunan dan pembahasan Rancangan Undang-Undang tentang Hukum Perdata Internasional (RUU HPI). Diharapkan Naskah Akademik dalam proses penyusunan RUU menjadi potret ataupun peta tentang berbagai hal terkait dengan peraturan perundang-undangan yang hendak diterbitkan. Dari potret itu dapat ditentukan apakah peraturan tersebut akan melembagakan apa yang telah ada dan berjalan di masyarakat (*formalizing*) atau membuat aturan yang bertentangan sehingga dapat mengubah masyarakat (*law as a tool for social engineering*).²³

B. Identifikasi Masalah

Adapun identifikasi masalah dalam penyusunan Naskah Akademik ini, adalah:

1. Permasalahan apa yang dihadapi dalam penyelenggaraan hukum perdata internasional dan bagaimana permasalahan tersebut dapat diatasi?
2. Apa urgensi dilakukan pembentukan RUU HPI?
3. Apa yang menjadi pertimbangan atau landasan filosofis, sosiologis, dan yuridis dari pembentukan RUU HPI?
4. Apa sasaran yang akan diwujudkan, ruang lingkup pengaturan, dan jangkauan serta arah pengaturan RUU HPI?

²³ Hikmahanto Juwana, Penyusunan Naskah Akademik sebagai Prasyarat Dalam Perencanaan Pembentukan Rancangan Undang-Undang, Makalah Rapat Pembahasan Tahunan Prolegnas Pemerintah Tahun 2006, Cisarua Bogor, 2006, hal 2

C. Tujuan dan Kegunaan Penyusunan Naskah Akademik

Tujuan penyusunan Naskah Akademik RUU HPI, adalah:

1. Merumuskan permasalahan yang dihadapi dalam penyelenggaraan dalam hukum perdata internasional dan upaya mengatasi permasalahan yang ada.
2. Merumuskan urgensi dilakukan pembentukan RUU HPI sebagai solusi atas permasalahan penyelenggaraan hukum perdata internasional.
3. Merumuskan landasan pertimbangan atau landasan filosofis, sosiologis, dan yuridis penyusunan RUU HPI.
4. Merumuskan sasaran yang akan diwujudkan, ruang lingkup pengaturan, dan jangkauan serta arah pengaturan RUU HPI

Sedangkan kegunaan penyusunan Naskah Akademik adalah sebagai acuan atau referensi penyusunan dan pembahasan RUU HPI.

D. Metode

Tipe penelitian dalam melakukan penyusunan Naskah Akademik dilakukan penelitian/ pengkajian terhadap permasalahan pelaksanaan hukum perdata internasional, dengan menggunakan metode pendekatan yuridis normatif melalui studi kepustakaan dengan menelaah data sekunder, berupa peraturan perundang-undangan atau dokumen hukum lainnya, dan hasil penelitian, pengkajian, serta referensi lainnya yang berkaitan dengan permasalahan. Metode yuridis normatif ini dilengkapi dengan kegiatan partisipasi publik melalui diskusi terfokus (*focus group discussion*) secara virtual, melalui portal partisipasi publik, dan rapat dengan pemangku kepentingan baik yang dilaksanakan secara tatap muka dan secara virtual. Pelaksanaan kegiatan diskusi dan rapat bertujuan untuk mempertajam kajian dan analisis dalam penyusunan Naskah Akademik.

Untuk memecahkan masalah serta menuangkan substansi dalam naskah akademik ini dilakukan penelitian dan pengkajian. Penyusunan Naskah Akademik ini menggunakan metode dengan pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), dan pendekatan komparatif (*comparative approach*). Pendekatan peraturan perundang-undangan dilakukan dengan cara menelaah peraturan

perundang-undangan terkait dengan hukum perdata internasional. Untuk menunjang argumentasi penyusunan urgensi materi dalam Naskah Akademik RUU HPI dilakukan kajian terhadap praktek penyelenggaraan mengenai keperdataan internasional di Indonesia. Pendekatan komparatif dilakukan dengan membandingkan secara substansif pengaturan dan pelaksanaan di negara Indonesia dengan negara lain ataupun pada bidang lain sebagai pembanding untuk mencari bentuk praktik terbaik (*benchmarking*) pengaturan hukum perdata internasional di beberapa negara.

E. Jenis Data dan Cara Perolehannya

a. Penelitian Kepustakaan

Pengumpulan data dalam penyusunan Naskah Akademik ini dilakukan penelitian kepustakaan dilakukan dengan menggunakan studi dokumen, yang sumber datanya diperoleh dari:

1. Bahan hukum primer: Bahan-bahan hukum yang mengikat berupa Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945, peraturan perundangundangan, serta dokumen hukum lainnya.
2. Bahan hukum sekunder yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer seperti risalah sidang, dokumen penyusunan peraturan yang terkait dengan
3. Bahan hukum tersier atau bahan hukum penunjang seperti kamus hukum dan bahan lain di luar bidang hukum yang dipergunakan untuk melengkapi data penelitian.

b. Penelitian Lapangan

Untuk menunjang akurasi data sekunder yang diperoleh melalui penelitian kepustakaan dilakukan penelitian empiris guna memperoleh info langsung dari sumbernya (data primer), dimana informasi diperoleh melalui diskusi publik dan diskusi terfokus yang dilakukan secara terstruktur dengan narasumber yang berkompeten dan representatif.

c. Analisis Data

Pengolahan data dalam naskah ini dilakukan secara kualitatif. Bahan-bahan hukum tertulis yang telah terkumpul diklasifikasikan

sesuai dengan permasalahan yang telah diidentifikasi, kemudian dilakukan content analysis secara sistematis terhadap dokumen bahan hukum dan dikomparasikan dengan informasi narasumber, sehingga dapat menjawab permasalahan yang diajukan.

BAB II

KAJIAN TEORETIS DAN PRAKTIK EMPIRIS

A. Kajian Teoretis

Teori-teori yang menjadi landasan adalah teori-teori HPI, yang dalam prakteknya harus dikuasai oleh hakim sebagai pengambil keputusan. Teori-teori tersebut antara lain meliputi sebagai berikut ini.

A.1. Teori Titik-titik Pertalian

Titik-titik pertalian adalah hal-hal atau keadaan-keadaan yang menyebabkan berlakunya suatu stelsel hukum.²⁴ Dalam HPI, titik-titik taut itu mengaitkan perkara dengan lebih dari satu tempat, yang masing-masing merupakan wilayah negara berdaulat yang memiliki sistem hukum sendiri. Titik pertalian atau titik-titik taut (*connecting factors*) merupakan salah satu komponen yang senantiasa melekat pada hukum perselisihan pada umumnya dan HPI pada khususnya. Secara konvensional, fakta-fakta dalam suatu perkara HPI yang dapat dianggap sebagai titik-titik pertalian adalah berikut ini²⁵:

1. tempat keberadaan seseorang secara fisik (*domicile*, kewarganegaraan, tempat kediaman sehari-hari);
2. tempat perbuatan/hubungan/peristiwa hukum (tempat persemian perkawinan, tempat pembuatan perjanjian, tempat pembuatan testamen, tempat pelaksanaan perjanjian, tempat perbuatan melawan hukum);
3. kehendak para pihak (pilihan hukum, pilihan forum);
4. tempat pihak-pihak yang berprestasi khas (tempat penjual dalam jual beli, tempat bank dalam perjanjian kredit, dsb);
5. tempat timbulnya kerugian akibat perbuatan melawan hukum;
6. tempat letak benda/aset;
7. tempat pengadilan yang mengadili perkara.

²⁴ Sudargo Gautama, *Hukum Antargolongan: Suatu Pengantar*, cetakan keempat (Jakarta: Ichtiar Baru-van Hoeve, 1977), hal. 47. Lih. juga Sudargo Gautama (a), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Kedua, (Bandung: PT Eresco, 1979), hal. 26.

²⁵ Bandingkan dengan: Rogerson, Pippa, *COLLER'S CONFLICT OF LAWS*, Cambridge University Press, Cambridge, 4th edition, hal 266-267

Ada tiga pembagian yang harus diperhatikan dalam mempelajari titik-titik pertalian, yaitu: Titik Pertalian Primer (TPP), Titik Pertalian Sekunder (TPS) dan Titik Pertalian lebih lanjut. TPP adalah hal-hal atau keadaan-keadaan yang melahirkan atau menciptakan hubungan HPI.²⁶ TPS merupakan alat pertama bagi pelaksana hukum (khususnya hakim) untuk mengetahui apakah suatu peristiwa hukum merupakan persoalan HPI. TPP disebut juga dengan Titik Taut Pembeda.²⁷ Paling tidak ada enam macam TPP, yaitu: kewarganegaraan, bendera kapal, domisili, tempat kediaman, tempat kedudukan, dan pilihan hukum.²⁸ TPS adalah hal-hal atau keadaan-keadaan yang menentukan hukum mana yang berlaku dalam suatu hubungan HPI.²⁹ TPS ini karena sifatnya yang menentukan hukum yang harus diperlakukan, juga disebut sebagai Titik Taut Penentu.³⁰ Ada beberapa macam TPS dalam mempelajari HPI, antara lain: kewarganegaraan, bendera kapal, domisili, tempat kediaman, tempat kedudukan, tempat letaknya benda, tempat dilangsungkannya perbuatan hukum, tempat dilaksanakannya perjanjian, tempat terjadinya perbuatan melawan hukum, maksud para pihak, dan tempat diajukannya proses perkara.³¹ Apabila dalam suatu kasus HPI, hakim masih belum bisa menentukan hukum yang berlaku berdasarkan TPS, maka hakim dapat menggunakan Titik Pertalian Lebih Lanjut/TPL. Titik Pertalian Lebih Lanjut ada beberapa macam, antara lain: Titik Pertalian Kumulatif, Titik Pertalian Alternatif, Titik Pertalian Pengganti, Titik Pertalian Tambahan dan Titik Pertalian *Accessoir*.³²

A.2. Teori Status Personal (baik pribadi kodrati maupun pribadi hukum)

Status personal adalah kelompok kaidah yang mengikuti seseorang di mana pun dia berada dan ke mana pun dia pergi.³³ Kaidah-kaidah ini

²⁶ Sudargo Gautama (a), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Kedua, (Bandung: PT Eresco, 1979), hal. 27.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.* hal. 27-31.

²⁹ *Ibid.* hal. 31.

³⁰ *Ibid.* hal. 32.

³¹ *Ibid.* hal. 32-65.

³² *Ibid.* hal. 66-74.

³³ Sudargo Gautama (b), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Ketujuh, (Bandung: Alumni, 2010), hal. 3.

mempunyai lingkungan kuasa berlaku secara universal dan tidak terbatas pada territorial suatu negara tertentu. Dalam menentukan status personal seseorang, ada dua prinsip yang berlaku, yaitu kewarganegaraan dan domisili.³⁴ Untuk menentukan status personal suatu badan hukum, ada empat teori yang dikenal, yaitu inkorporasi, statutair, manajemen efektif dan kontrol.³⁵ Teori inkorporasi adalah teori yang berprinsip bahwa badan hukum tunduk pada hukum di mana didirikan, yakni negara yang hukumnya telah digunakan pada waktu pendiriannya.³⁶ Teori ini dipakai, antara lain, oleh Cina,³⁷ Taiwan,³⁸ Korea Selatan,³⁹ Filipina,⁴⁰ dan Vietnam.⁴¹ Sedangkan menurut teori statutair, hukum yang berlaku adalah hukum dari tempat di mana menurut statuta

³⁴ *Ibid.*, hal. 12-13.

³⁵ *Ibid.*, hal. 212.

³⁶ Sudargo Gautama (b), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Ketujuh, (Bandung: Alumni, 2010), hal. 336.

³⁷ Pasal 14 *Statute on the Application of Laws to Civil Relationships Involving Foreign Elements of the People's Republic of China*: "Matters such as the civil legal capacity, the capacity to engage in civil juristic acts, organizations and institutions of a legal person and its branches, as well as shareholders' rights and duties, shall be governed by the law of the place of registration." Terjemahan oleh Chen Weizuo and Kevin M. Moore sebagaimana termuat di *Yearbook of Private International Law*, Vol. 12 (2010), hal. 671.

³⁸ Pasal 13 *Act Governing the Application of Laws in Civil Matters Involving Foreign Elements* berbunyi: "The national law of a legal person is the law under which it was incorporated." Terjemahan oleh Rong-chwan Chen dengan dibantu oleh Frederick Tse-shyang Chen dan Jamison Wilcox.

³⁹ Pasal 16 *Private International Law Act (Gukjesabeop)* berbunyi: "Legal persons or associations shall be governed by the law of the country under the laws of which the persons or associations were incorporated or formed. However, the law of the Republic of Korea shall apply if the head office of the person or association which was incorporated or formed in a foreign country is located in the Republic of Korea or the principal activities of the person or association are conducted in the Republic of Korea." Terjemahan oleh Suk Kwang Hyun sebagaimana pernah dimuat dalam *Yearbook of Private International Law*, Vol. 5 (2003).

⁴⁰ Pasal 44 *Philippines Civil Code* berbunyi: "The following are juridical persons: ... 3. Corporations, partnerships and associations for private interes or purpose to which the law grants a juridical personality, separate and distinct from that of each shareholder, partner or member." jo. Pasal 45 *Philippines Civil Code* berbunyi, "Private corporations are regulated by laws of general application on the subject." Peraturan yang dimaksud oleh pasal 45 tersebut adalah Sec. 2 dari *The Corporation Code of the Philippines* yang berbunyi: "A corporation is an artificial being created by operation of law, having the right of succession and the powers, attributes and properties expressly authorized by law or incident to its existence."

⁴¹ Pasal 84 *Vietnamese Civil Code (2005)* berbunyi: "An organization shall be recognized as a legal person when it meets all the following conditions: 1. Being established lawfully ..." jo. Pasal 103 *Vietnamese Civil Code (2005)*, yang berbunyi: "1. State enterprises, co-operatives, limited liability companies, joint-stock companies, foreign-invested enterprises and other economic organizations which meet all the conditions stipulated in Article 84 of this Code shall be legal persons."

badan hukum tersebut mempunyai kedudukan.⁴² Teori manajemen efektif merupakan penentuan status personal badan hukum berdasarkan tempat manajemen yang paling efektif dari badan hukum tersebut.⁴³ Sementara itu, menurut teori kontrol, status personal badan hukum adalah berdasarkan hukum negara yang melakukan kontrol terhadap badan hukum tersebut.⁴⁴ Pada prakteknya, teori-teori ini lazim digunakan secara bersamaan.⁴⁵ Status personal perseroan terbatas, misalnya, mengombinasikan teori inkorporasi dengan kedudukan manajemen.⁴⁶

A.3. Teori tentang Penunjukan Kembali (Renvoi)

Renvoi adalah pranata dalam HPI yang dikembangkan untuk menghindari pemberlakuan sistem hukum yang ditetapkan melalui prosedur HPI biasa sebagai *lex cause* asing, dengan menunjuk ke arah kaidah-kaidah HPI asing itu (dan bukan ke arah hukum internnya) yang telah diakui sebelumnya akan menunjuk kembali ke arah *lex fori* (*remission*), atau menunjuk lebih lanjut ke arah suatu sistem hukum asing ketiga (*remission*). Renvoi timbul karena adanya perbedaan prinsip dari negara-negara dalam menentukan status personal warga negaranya.⁴⁷ Dalam praktiknya, ada dua macam renvoi, yakni :

1. *Single* renvoi yang dapat dibedakan dalam *remission* atau *transmission*. Melalui *single* renvoi terjadi satu kali penunjukan (kembali atau lebih lanjut). Sebuah negara dikatakan “menerima renvoi” apabila penunjukan itu diartikan sebagai penunjukan ke arah hukum intern (*Sachnormverweisung*). Beberapa negara melarang penggunaan renvoi dalam sistem HPI-nya⁴⁸. Hal ini

⁴² Sudargo Gautama (b), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Ketujuh, (Bandung: Alumni, 2010), hal. 336-337.

⁴³ *Ibid.*, hal. 337.

⁴⁴ *Ibid.*, hal. 347-348.

⁴⁵ Bdk. *ibid.*, hal. 337.

⁴⁶ Lih. pasal 5 jo. 7 ayat (4) Undang-Undang Republik Indonesia No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, L.N. 2007 No. 106, T.L.N. No. 4756.

⁴⁷ Bdk. Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Ketiga, (Bandung: Eresco, 1988), hal. 2.

⁴⁸ Article 9 dari The Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations of the People's Republic of China, 2011. Article 5 dari Buku 10 Burgerlijke Wetboek Belanda,

berarti bahwa setiap penunjukan ke arah hukum asing harus dianggap sebagai penunjukan ke arah hukum intern. Beberapa negara lain mengizinkan *renvoi*⁴⁹. Pengecualian yang umum diterima adalah bahwa *renvoi* sebaiknya tidak digunakan untuk masalah-masalah yang menyangkut perjanjian/kontrak. *Single renvoi*, yang umumnya dianut oleh negara-negara Eropa Kontinental, merupakan skema yang melakukan penunjukan terhadap hukum asing, yang menunjuk kembali kepada hukum nasional hakim. Yang dimaksud dengan “hukum asing” bisa berarti hukum intern suatu negara asing (*Sachnormen*) maupun kaidah HPI negara asing tersebut (*Kollisionsnormen*).⁵⁰ Bila yang ditunjuk oleh hukum nasional sang hakim adalah hukum intern negara asing, maka yang terjadi adalah *Sachnormenverweisung*. Namun, bila yang ditunjuk adalah keseluruhan hukum asing beserta kaidah HPI-nya, maka penunjukan tersebut adalah *Gesamtverweisung*. Contoh yurisprudensi terkenal dalam pembahasan *single renvoi* adalah kasus *Forgo*, yang diputus oleh *Cour de Cassation* Perancis.⁵¹ Yurisprudensi Indonesia menunjukkan penerimaan *renvoi* seperti dalam kasus kepailitan orang British India,⁵² dan Armenia Nasrani.⁵³

2. Double *renvoi* dianut di negara-negara *Anglo Saxon*, terutama Inggris.⁵⁴ Dalam praktik pengadilan di Inggris, hakim duduk

Article 35(1) German Civil Code, khusus untuk Perjanjian, Di Amerika Serikat, berdasarkan 2nd Restatement- Conflict of Laws, menolak *renvoi* kecuali untuk hal-hal yang menyangkut titel atas tanah dan perkara yang menyangkut waris testamenter/*ab intestato* atas benda-benda bergerak (*whole Renvoi*)

⁴⁹ Article 41 dari UU HPI Jepang yaitu Act on the General Rules of Application of Laws (2006). Article 9 Republic of South Korea Private International Act 2001.

⁵⁰ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Ketiga (Bandung: Eresco, 1988), hal. 3-4.

⁵¹ *Ibid.*, hal. 19-21.

⁵² *Ibid.*, hal. 142-144. Lih. juga Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia* (Bandung: Binacipta, 1987), hal. 105-107

⁵³ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Ketiga (Bandung: Eresco, 1988), hal. 144-147. Lih. juga Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia* (Bandung: Binacipta, 1987), hal. 103-105.

⁵⁴ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Ketiga (Bandung: Eresco, 1988), hal. 72-75. Bdk. James Fawcett dan Janeen M. Carruthers, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, ed. ke-14 (Oxford: Oxford University Press, 2008), hal. 61.

seolah-olah berada di kursi pengadilan negara asing. Dalam skema *double renvoi* ini, ada dua kemungkinan yaitu hakim Inggris berhadapan dengan negara yang menerima teori *renvoi*, dan hakim Inggris berhadapan dengan negara yang menolak teori *renvoi*.⁵⁵ Dari ketiga macam *renvoi* di atas, Indonesia termasuk negara yang menerima teori *Renvoi* dengan skema yang pertama (*single renvoi*).⁵⁶

A.4. Teori kualifikasi

Kualifikasi adalah melakukan klasifikasi suatu istilah sehari-hari ke dalam istilah hukum.⁵⁷ Kualifikasi ada tiga macam, yaitu *lex fori*, *lex cause*, dan otonom.⁵⁸ Kualifikasi *lex fori* adalah kegiatan melakukan klasifikasi atau penerjemahan suatu istilah hukum berdasarkan hukum sang hakim.⁵⁹ Negara yang menganut kualifikasi ini antara lain Cina.⁶⁰ Kualifikasi *lex cause* adalah kegiatan melakukan klasifikasi atau penerjemahan istilah hukum berdasarkan hukum yang digunakan untuk menyelesaikan persoalan HPI yang bersangkutan.⁶¹ Contoh yurisprudensi yang menggunakan kualifikasi ini adalah kasus Anton v. Bartolo (*The Maltese Case*).⁶² Kualifikasi otonom adalah kegiatan melakukan klasifikasi atau penerjemahan istilah hukum berdasarkan perbandingan hukum.⁶³

⁵⁵ *Ibid.* Contoh Yurisprudensi Inggris untuk kemungkinan pertama adalah *re Annesley* [1926] Ch 692, 95 LJCh 404 (*Chancery Division*), lih. J.H. C. Morris dan P. M. North, *Cases and Materials on Private International Law* (London: Butterworths, 1984) hal. 655-657. Sementara untuk yurisprudensi untuk kemungkinan kedua adalah *re Ross*, [1930] 1 Ch 377, 99 LJCh 67 (*Chancery Division*), lih. Morris dan North, hal. 657-660.

⁵⁶ Lih. Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Ketiga (Bandung: Eresco, 1988), hal. 136-163.

⁵⁷ *Ibid.*, hal. 166-168.

⁵⁸ *Ibid.*, hal. 182.

⁵⁹ *Ibid.*, hal. 183.

⁶⁰ Pasal 8 *Statute on the Application of Laws to Civil Relationships Involving Foreign Elements of the People's Republic of China*: "The characterization of any civil relationship involving foreign elements shall be governed by the *lex fori*."

⁶¹ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Ketiga (Bandung: Eresco, 1988), hal. 189.

⁶² *Ibid.*, hal. 175-178.

⁶³ *Ibid.*, hal. 193-197.

A.5. Teori ketertiban umum (*ordre public, public order, public policy*)

Ketertiban umum adalah suatu lembaga dalam HPI yang berfungsi untuk mengesampingkan hukum asing yang seharusnya berlaku.⁶⁴ Umumnya yang menjadi alasan untuk mengesampingkan adalah pertentangan hukum asing tersebut dengan sendi-sendi asasi hukum nasional yang hakiki (*manifestement incompatible*).⁶⁵ Pada prinsipnya ketertiban umum membatasi kebebasan perorangan dalam hubungan-hubungan hukum keperdataan demi kepentingan publik (*public policy*). Ketertiban umum di atas orang dapat dibedakan sebagai berikut ini⁶⁶:

1. Kepentingan Publik Internal (*internal public policy, Ordre public interne*); atau
2. Kepentingan Publik Internasional (*international public policy, Ordre public international*); atau
3. Kepentingan Publik Transnasional (*transnational public policy*).

A.5.1. Kepentingan Publik Internal (*Internal Public Policy*)

Seperangkat asas dan aturan hukum sebuah negara yang tidak dapat dikesampingkan melalui perjanjian-perjanjian intern/domestik, tetapi dapat diabaikan apabila aturan-aturan hukum perdata internasional menunjuk ke arah sistem hukum asing sebagai hukum yang berlaku.

A.5.2. Kepentingan Publik Internasional (*International Public Policy*)

Seperangkat asas dan aturan hukum sebuah negara dalam konteks internasional, yang tidak dapat dikesampingkan melalui kesepakatan kontraktual para pihak, dan juga tidak dapat diabaikan walaupun aturan-aturan hukum perdata internasional menetapkan bahwa hukum asing yang seharusnya berlaku. Jadi kepentingan

⁶⁴ Bdk. Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid Kedua (Bagian Ketiga) (Jakarta: Kinta, 1964), hal. 5.

⁶⁵ Bdk. Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid Kedua (Bagian Ketiga) (Jakarta: Kinta, 1964), hal. 5.

⁶⁶ Lihat selengkapnya: Seyed Nasrollah Ebrahimi, *Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligation*, Athena Press, London, 2005

umum internasional mengutamakan kepentingan nasional tetapi dalam konteks antar-negara.

A.5.3. Kepentingan Publik Transnasional (*Transnational Public Policy*)

Seperangkat asas hukum yang memiliki sifat universal dan yang telah terbentuk di dalam hukum internasional untuk melindungi kepentingan masyarakat internasional, bahkan ketika hal itu bertentangan dengan kepentingan nasional suatu negara tertentu. Ketertiban umum bersifat relatif. Sifat relatif itu ditentukan oleh tiga faktor, yaitu tempat, waktu, dan intensitas (*Inlandsbeziehungen*).⁶⁷ Contoh yurisprudensi terkenal yang berhubungan dengan negara Indonesia sehubungan dengan faktor intensitas *Inlandsbeziehungen* ada pada kasus Tembakau Bremen Tahun 1958 di hadapan pengadilan Jerman (Barat).⁶⁸ Pernyataan Raape – Andere Volker, andere Sitten – merangkum dengan baik keragaman ketertiban umum. Sebagai contoh, perkawinan sesama jenis yang menjadi isu aktual belakangan ini. Sejak awal abad ke-21 Belanda dan Belgia sudah melegalkan perkawinan sesama jenis. Lima belas tahun kemudian Irlandia dan Amerika Serikat mengikuti kedua negara tersebut.⁶⁹ Irlandia melegalkan perkawinan sesama jenis melalui referendum, sedangkan Amerika Serikat melegalkannya melalui keputusan Mahkamah Agung.⁷⁰ Sementara itu itu, bagi Indonesia hampir dapat disimpulkan bahwa perkawinan sesama jenis bertentangan dengan ketertiban umum.⁷¹

⁶⁷ *Ibid.*, hal. 90 dan 101-106.

⁶⁸ Lih. *Judgment of the Bremen Court of Appeal relating to Sale of Indonesian Tobacco at Bremen, August 21, 1959* (diterjemahkan oleh Departemen Penerangan Republik Indonesia (?)). Lih. juga Department of Information of the Republic of Indonesia, *The Bremen Tobacco Case* (Djakarta: Department of Information of the Republic of Indonesia, 1960), terutama hal. 22-25; Gouw Giok Siong, *Perkara Tembakau Indonesia di Bremen* (Djakarta: Universitas, 1960), hal. 163.

⁶⁹ Lih. misalnya <http://www.nytimes.com/2015/05/24/world/europe/ireland-gay-marriage-referendum.html?smid=tw-nytimes&r=0>

⁷⁰ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015).

⁷¹ Lih. pasal 1 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, L.N. 1974 No.

Terdapat tiga macam konsep ketertiban umum, yaitu Italia-Perancis, Jerman, dan *Anglo-Saxon*.⁷² Menurut Konsep Italia-Perancis, ketertiban umum berlaku terhadap kaidah hukum asing yang bertentangan dengan hukum nasional.⁷³ Dalam hal ini, ketertiban umum digunakan sebagai pedang (*merely as a sword*). Sementara itu, menurut konsep Jerman, ketertiban umum (*Vorbehaltklausel*) digunakan apabila hukum asing benar-benar bertentangan dengan hukum nasional.⁷⁴ Dalam hal ini, ketertiban umum digunakan seirit mungkin, yakni hanya sebagai rem darurat atau digunakan hanya sebagai perisai (*merely as a shield*). Dalam konsep *Anglo-Saxon*, ketertiban umum digunakan dengan pertimbangan politis dan dikenal dengan istilah *act of state doctrine*.⁷⁵ Contoh yurisprudensi Inggris yang menerapkan teori *act of state doctrine* adalah kasus *Princess Paley Olga*,⁷⁶ dan *Tanker Rose Mary (Anglo-Iranian Oil Co. v. Jaffrate)*.⁷⁷

Pengaturan tentang ketertiban umum hampir selalu dimuat dalam peraturan HPI berbagai negara. Thailand mengatur bahwa keberlakuan hukum asing dibatasi oleh ketertiban umum.⁷⁸ Pengaturan tentang ketertiban umum di Jepang,⁷⁹ Taiwan,⁸⁰ dan

⁷² Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid Kedua (Bagian Ketiga) (Jakarta: Kinta, 1964), hal. 48.

⁷³ *Ibid.*, hal. 49-51.

⁷⁴ *Ibid.*, hal. 51-55.

⁷⁵ *Ibid.*, hal. 55-57.

⁷⁶ *Princess Paley Olga v Weisz* [1929] 1 KB 718, 98 LJKB 465 (Court of Appeal) sebagaimana dimuat dalam J.H. C. Morris dan P. M. North, *Cases and Materials on Private International Law* (London: Butterworths, 1984) hal. 557-559.

⁷⁷ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid Kedua (Bagian Ketiga) (Jakarta: Kinta, 1964), hal. 111-188.

⁷⁸ Pasal 5 *Act on Conflict of Laws*: "Whenever a law of a foreign country is to govern, it shall apply in so far as it is not contrary to the public order or good morals of Thailand."

⁷⁹ Pasal 42 *Act on the General Rules of Application of Laws (2006)*: "Where a case should be governed by a foreign law but application of those provisions would contravene public policy (*ordre public*), those provisions shall not apply." Terjemahan oleh Kent Anderson dan Yasuhiro Okuda.

⁸⁰ Pasal 8 *Act Governing the Application of Laws in Civil Matters Involving Foreign Elements*: "Where this Act provides that the law of a foreign State is applicable, if the result of such application leads to a violation of the public order or *boni mores* of the Republic of China, that law of the foreign State is not applied."

Korea⁸¹ menekankan pada akibat dari penerapan hukum asing. Sementara Cina menekankan pengaturan ketertiban umum pada kepentingan publik.⁸² Ketertiban umum ini harus dibedakan dari ketentuan-ketentuan hukum yang bersifat memaksa (*dwingen recht, mandatory rules, lois d'application immediate, lois de police*). Ketentuan-ketentuan ini tidak dapat dikesampingkan oleh keberlakuan hukum asing.⁸³

A.6. Teori Penyelundupan Hukum

Penyelundupan hukum terjadi apabila seseorang dengan berdasarkan dan menggunakan kata-kata dari undang-undang, tetapi melawan jiwa dan tujuannya, secara tipu muslihat melakukan perbuatan-perbuatan yang ternyata diadakan dengan maksud agar dapat mengelakkan kaidah-kaidah hukum yang tertulis atau yang tidak tertulis.⁸⁴ Beberapa bidang yang rentan terjadi penyelundupan hukum, antara lain: perkawinan, perceraian, naturalisasi, domisili dan kontrak-kontrak. Sehubungan dengan pembahasan penyelundupan hukum, di Perancis terkenal dengan *adagium fraus omnia corrumpit*, artinya penyelundupan hukum mengakibatkan bahwa perbuatan itu dalam keseluruhannya tidak berlaku.⁸⁵

A.7. Teori Pilihan Hukum

Pilihan Hukum merupakan kewenangan para pihak yang membuat suatu kontrak/perjanjian untuk memilih hukum yang dipergunakan. Pilihan Hukum merupakan perwujudan dari asas kebebasan berkontrak. Namun dalam praktiknya, kebebasan tersebut ada batasnya. Ada empat

⁸¹ Pasal 10 *Private International Law Act (Gukjesabeop)*: "The application of provisions of a foreign law is excluded if such application would be manifestly incompatible with the good morals and other social order of the Republic of Korea."

⁸² Pasal 5 *Statute on the Application of Laws to Civil Relationships Involving Foreign Elements of the People's Republic of China*: "If the application of a foreign law would cause harm to social and public interests of the People's Republic of China, the law of the People's Republic of China shall be applied."

⁸³ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid Kedua (Bagian Ketiga) (Jakarta: Kinta, 1964), hal. 43.

⁸⁴ Sudargo Gautama (e), *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan kelima, (Jakarta: Binacipta, 1987), hal. 166.

⁸⁵ *Ibid.*, hal. 167.

hal yang merupakan batasan dari pilihan hukum, antara lain: hanya berlaku di bidang hukum kontrak, tidak melanggar ketertiban umum, tidak menjelma menjadi penyelundupan hukum dan tidak berlaku pada kaidah super memaksa. Dalam bahasan HPI, ada dua macam pilihan hukum, yaitu pilhan hukum secara tegas, dan pilihan hukum secara diam-diam.⁸⁶ Beberapa contoh yurisprudensi yang berkaitan dengan pembahasan pilihan hukum, antara lain:⁸⁷ Kasus Trailer Nicolas, Solbandera, dan Vita Food Products v. Unus Shipping Co. Ada beberapa teori yang dapat digunakan oleh hakim, apabila dalam suatu kontrak, para pihak tidak menentukan pilihan hukum. Hakim dapat menentukan hukum yang berlaku berdasarkan teori:

1. *Lex loci contractus*,
2. *Lex loci solutionis*,
3. *Lex loci executionis*,
4. *The proper law of the contract*, dan
5. *The most characteristic connection*.

A.8. Teori Hak-hak Yang Telah Diperoleh

Hak-hak yang telah diperoleh kemudian dipergunakan untuk mengedepankan bahwa perubahan-perubahan dari fakta-fakta yang menyebabkan dalam suatu hubungan tertentu diperlukan suatu kaidah hukum tertentu, tidak akan mempengaruhi berlakunya kaidah yang semula itu.⁸⁸ Prof. Wirjono Prodjodikoro menggunakan istilah pelanjutan keadaan hukum untuk istilah hak-hak yang telah diperoleh. Teori hak-hak yang diperoleh mempunyai hubungan dengan bagian HPI yang lain, yaitu ketertiban umum dan penyelundupan hukum, juga dengan pengakuan keputusan asing. Hak-hak yang diperoleh dapat dianggap sebagai kebalikan dari ketertiban umum. Dalam hak-hak yang diperoleh, diutamakan hukum asing dan dikesampingkan hukum nasional. Dalam

⁸⁶Sudargo Gautama (f), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan kedua, buku kelima, (Bandung: Penerbit Alumni, 1998), hal. 5.

⁸⁷ *Ibid.*, hal. 105-149.

⁸⁸ *Ibid.*, hal. 261.

ketertiban umum, diutamakan hukum nasional dan dikesampingkan hukum asing. Beberapa contoh hak-hak yang diperoleh adalah:⁸⁹

1. pengaruh perubahan kewarganegaraan atas kedewasaan;
2. perkawinan di luar negeri;
3. badan-badan hukum yang tidak dikenal;
4. wasiat baru yang merugikan;
5. perubahan letaknya benda bergerak;
6. penggantian bendera kapal;
7. perceraian atas tujuan bersama; dan
8. perkawinan poligami.

A.9. Teori Persoalan Pendahuluan (*Incidental/preliminary question*)

Persoalan pendahuluan terjadi apabila putusan terakhir dalam suatu persoalan HPI yang diajukan di hadapan hakim suatu negara bergantung pada pemecahan terlebih dahulu dari suatu persoalan lain (yang merupakan persoalan pokoknya).⁹⁰ Ada beberapa syarat untuk terjadinya persoalan pendahuluan, antara lain: pertama, dalam suatu persoalan HPI harus dinyatakan berlakunya hukum asing. Kedua, HPI negara asing bersangkutan hasilnya berbeda dengan HPI negara sang hakim. Ketiga, kaidah-kaidah materil dari kedua stelsel hukum yang bersangkutan berbeda pula. Persoalan utama dalam pengkaidahan masalah *incidental question* bagi Indonesia menyangkut pola penentuan hukum yang berlaku yang akan digunakan untuk menjawab masing-masing masalah itu. Secara teoretis, terdapat dua pola utama mengenai hal ini yaitu sebagai berikut:

1. Absorption

Sebelum hakim menjawab atau memutus persoalan HPI yang merupakan *incidental legal question*, ia pertama-tama menetapkan terlebih dahulu apa *lex causae* untuk *main legal question*-nya. Setelah *lex causae* itu ditetapkan, maka kaidah-kaidah hukum

⁸⁹ *Ibid.*, hal. 325.

⁹⁰ Sudargo Gautama (g), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, edisi kedua, cetakan pertama, buku keenam, (Bandung: Alumni, 1998), hal. 5.

dari *lex causae* itu pula yang digunakan untuk menjawab *incidental question*-nya. Misalnya, kaidah HPI Forum menetapkan bahwa *main question* harus tunduk pada hukum perdata Malaysia, maka jawaban terhadap *incidental question* juga harus ditetapkan berdasarkan hukum perdata Malaysia⁹¹

2. *Repartition*

Hakim melihat *main question* dan *incidental question* sebagai dua masalah HPI yang memiliki fakta-faktanya sendiri serta terpisah satu sama lain (*autonomous*). Hubungan antara *incidental question* dan *main question* adalah hubungan sebab-akibat. Karena itu, penganut pola ini menganggap bahwa hakim perlu menetapkan *lex causae* untuk masing-masing persoalan itu⁹², walaupun tidak mustahil bahwa akhirnya *lex causae* untuk *incidental* dan *main questions* menunjuk ke arah sistem hukum nasional yang sama.

Beberapa contoh yang berkaitan dengan pembahasan Persoalan Pendahuluan, antara lain:⁹³

1. perkawinan bukan gerejani janda Yunani;
2. perceraian;
3. batalnya perkawinan;
4. sah tidaknya anak;
5. hidupnya seseorang (dalam hal warisan);
6. tuntutan karena tabrakan dan adopsi; dan
7. pembatalan kontrak.

A.10. Teori Penyesuaian

Penyesuaian terjadi apabila dalam suatu peristiwa HPI tertentu sang hakim memakai hukum asing dan harus berusaha untuk memasukan hukum yang lain dalam pengertian-pengertian hukum,

⁹¹ Kasus terkenal yang diputus oleh Pengadilan Canada adalah kasus *Schwebel v. Ungar* (1963). Lihat selengkapnya di Fawcett, James, Carruthers, Janeen M, *ibid*, hal 53.

⁹² Kasus terkenal yang menggambarkan penggunaan pola *repartition* adalah putusan pengadilan New York dalam *in re May's Estate* (1953)

⁹³ *Ibid.*, hal. 7.

terminologi hukum dari negaranya sendiri.⁹⁴ Beberapa contoh tentang penyesuaian antara lain:⁹⁵ akta otentik, adopsi, *trust*, hak waris dan adopsi, dan kecelakaan pesawat terbang. Teori Penyesuaian berhubungan dengan bagian HPI lain yaitu dengan kualifikasi, persoalan pendahuluan, dan ketertiban umum.

A.11. Teori Timbal Balik dan Pembalasan

Timbal balik dimaksudkan suatu keadaan yang dikehendaki, sedangkan pembalasan merupakan cara untuk mencapai keadaan tersebut. Timbal balik mempunyai lingkungan berlaku yang umum, yakni diberlakukan terhadap seluruh luar negeri, terhadap semua negara asing. Pembalasan dibatasi hanya pada negara tertentu yang secara melawan hukum telah melakukan perbuatan yang harus dibalas. Contoh pemakaian timbal balik dan pembalasan secara bersamaan adalah: Hukum Acara Perdata Jerman *Par. 114 sub 2 Zivilprozessordnung (ZPO)* atau *German Code of Civil Procedure* tentang kemungkinan untuk berperkara bebas biaya. “Orang asing tidak diberikan hak berperkara bebas biaya apabila orang Jerman di negara asing yang bersangkutan tidak diberikan hak serupa.”⁹⁶

A.12. Teori Pemakaian Hukum Asing.⁹⁷

Walaupun hukum asing telah dinyatakan berlaku oleh kaidah-kaidah HPI pihak hakim, seringkali tidak sampai pada pemakaiannya. Hal ini disebabkan oleh adanya pengesampingan berdasarkan penerapan teori ketertiban umum, penyesuaian atau timbal balik dan pembalasan⁹⁸. Ada tiga dasar teori bagi pemakaian hukum asing oleh hakim, yaitu:⁹⁹

⁹⁴ *Ibid.*, hal. 62.

⁹⁵ *Ibid.*, hal. 76.

⁹⁶ *Ibid.*, hal. 138.

⁹⁷ Zulfa Djoko Basuki, Mutiara Hikmah et all, *Hukum Perdata Internasional, (Buku Materi Pokok/3 SKS. Modul 1-9)*, cetakan pertama, (Jakarta: Penerbit Universitas Terbuka, 2014), hal. 9.12.

⁹⁸ Sudargo Gautama (g), *ibid.*, hal 175.

⁹⁹ *Ibid.*, hal. 177.

1. Hukum asing sebagai “fakta” sebagai suatu hal yang seperti juga lain-lain fakta, bahwa fakta harus didalilkan dan dibuktikan dalam suatu perkara perdata;
2. Hukum asing dianggap sebagai “hukum”, (*law/recht*) yang oleh hakim harus dipergunakan berdasarkan alasan jabatannya (*ex-officio* atau *ambsthalve*);
3. Hukum asing ini dikategorikan atau dimasukkan dalam hukum sang hakim dan karenanya menjadi bagian dari hukum sang hakim. Menurut teori “inkorporasi” atau “resepsi” ini, maka hukum asing ini pun akan dipergunakan berdasarkan alasan jabatannya.

Apakah yang dapat dilakukan jika ternyata hukum asing tidak dapat ditentukan isinya padahal telah dilakukan usaha-usaha penyelidikan baik oleh hakim maupun para pihak dalam perkara, hal ini bisa terjadi dalam hal kekurangan informasi dan/atau informasi yang diberikan tidak atau kurang meyakinkan hakim. Ada empat kemungkinan yang dapat dilakukan oleh hakim:¹⁰⁰

1. Hakim mempergunakan hukumnya (*lex fori*);
2. Hakim dapat mempergunakan suatu hukum yang dianggap berlaku atau sangkaan hukum (*rechtsvermoeden*) bahwa hukum asing yang bersangkutan adalah sama dengan hukum sang hakim;
3. Hakim dapat mempergunakan hukum yang paling mirip atau berdekatan dengan hukum asing yang bersangkutan; atau
4. Hakim dapat mengalahkan pihak yang telah mendalilkan pemakaian hukum asing ini.

A.13. Perbuatan Melawan Hukum (PMH)¹⁰¹

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, PMH diatur di dalam Pasal 1365. Dalam teori khusus HPI, mengenai hukum yang

¹⁰⁰ Ibid., hal. 196.

¹⁰¹ Sudargo Gautama (h), *Hukum Perdata Internasional*, cetakan ketiga, buku kedelapan, (Bandung: Penerbit Alumni, 1998), hal. 99.

berlaku dalam suatu PMH berlaku teori klasik yaitu *lex loci delicti commissie*. Teori klasik masih dianut oleh pengadilan Belanda dan Indonesia. Namun ada beberapa negara yang tidak menganut pada teori klasik dalam menangani perkara PMH, mereka mempraktikkan teori *lex fori* dengan pertimbangan untuk alasan praktis dan untuk memberikan perlindungan kepada warga negara sendiri. Teori *lex fori* dianut di negara Perancis dan Jerman. Praktik pengadilan di Inggris, mengkombinasikan antara teori klasik dan *lex fori*. Untuk itu, dalam mengajukan gugatan PMH di hadapan pengadilan Inggris, harus memenuhi dua syarat, *actionable* dan *justifiable*.¹⁰² Dalam praktik pengadilan di Amerika, berkembang teori *the proper law of a tort* sebagaimana terlihat dalam *Babcock v. Jackson*.

A.14. *Depecege*

Depecege dalam Bahasa Perancis berarti pemecahan atau pemilihan. Dalam HPI, *depecege* adalah tindakan menundukkan persoalan-persoalan tertentu yang mungkin muncul dalam sebuah peristiwa atau hubungan hukum pada sistem-sistem atau aturan-aturan hukum yang berbeda¹⁰³. *Depecege* juga dapat diharapkan untuk menentukan persoalan-persoalan tertentu yang terdapat dalam suatu perjanjian terlepas ada atau tidaknya hukum yang dipilih sebagai hukum yang mengatur perjanjian tersebut (*governing law*). Contoh kasus: Seorang WNI membuat perjanjian jual beli dengan Warga Negara Australia dan dipilih hukum Indonesia sebagai hukum yang mengatur. Persoalan keabsahan perjanjian mungkin dapat dipecahkan berdasarkan hukum Indonesia, namun mengenai kapabilitas dari para pihak dalam membuat perjanjian dapat ditentukan berdasarkan hukum dari nasionalitas masing-masing pihak.

¹⁰² *Actionable*, artinya PMH itu juga dikategorikan sebagai PMH di hadapan Pengadilan Inggris. Sedangkan *justifiable*, artinya PMH itu juga dikategorikan sebagai PMH di tempat di mana PMH itu terjadi. Lih. Sudargo Gautama (h), *ibid.* buku kedelapan, hal [?].

¹⁰³ Hardjowahono, Bayu Seto, Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional, Buku Kesatu, Edisi Keempat, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hal 156

A.15. *Kompetenz-kompetenz*

Teori *kompetenz-kompetenz* memberikan kewenangan bagi majelis arbiter untuk menentukan yurisdiksi atau kompetensinya sendiri tanpa intervensi pengadilan. Tanpa kewenangan ini, majelis arbitrase harus menghentikan proses persidangan setiap kali ada pihak yang keberatan terhadap yurisdiksi dan merujuk penyelesaian perkara ke pengadilan, yang akan mengurangi efisiensi arbitrase¹⁰⁴. Hukum Amerika Serikat dan Perancis mengatur bahwa majelis arbitrase memiliki kewenangan untuk memutuskan ruang lingkup dan keabsahan di hadapan majelis. Namun, terdapat perbedaan dalam Hukum Perancis yang memberlakukan kewenangan majelis tersebut secara eksklusif sampai setelah putusan arbitrase diberikan¹⁰⁵. Terdapat pengecualian *kompetenz-kompetenz* negatif dalam hukum Perancis yang mewajibkan suatu pihak untuk menyelesaikan sengketa melalui arbitrase jika tidak ada alasan yang cukup untuk memutuskan bahwa ia telah mengikatkan dirinya untuk melakukan hal tersebut. Dengan kata lain, keadaan/alasan pengadilan Perancis untuk mempersoalkan yurisdiksi arbiter adalah jika majelis arbiter belum dibentuk dan suatu perjanjian arbitrase, karena satu dan lain hal, tidak berlaku seluruhnya atau tidak dapat dilaksanakan¹⁰⁶. Sementara itu, dalam menerapkan *kompetenz-kompetenz*, hukum acara perdata Jerman memberikan hak kepada tergugat dalam sebuah perkara di pengadilan bahwa gugatan yang diajukan hanya tunduk pada yurisdiksi arbitrase guna memohon putusan bahwa pengadilan tidak berwenang untuk memeriksa perkara. Demi memenangkan isu ini, Penggugat harus membuktikan bahwa perjanjian arbitrase batal demi hukum atau tidak dapat dilaksanakan. Lebih lanjut, Hukum Acara Perdata Jerman memberikan hak kepada pihak yang melawan untuk mengajukan arbitrase untuk memohon pada pengadilan tingkat banding

¹⁰⁴ Cook, Shley, "Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches and a Personal for a Limited Form of Negative Kompetenz-Kompetenz", *Pepperdine Law Review*, Volume 2014, Issue 1 2014 Annual Volume, Papperdine Digital Commons, California, 2014, hal 19-20

¹⁰⁵ Bermann, George A., "The Gateway", *Problem in International Commercial Arbitration*, *The Yale Journal of International Law*, Vo;. 37: 1, Yale Univeristy, Connecticut, 2012, hal 16.

¹⁰⁶ *Ibid*, hal 16-17

agar memutuskan diterima atau tidaknya arbitrase, hal tersebut dapat dilakukan sampai dengan majelis arbiter terbentuk¹⁰⁷.

B. Kajian Asas/Prinsip Terkait Penyusunan Norma

Asas-asas yang menjadi landasan dalam pembentukan norma terkait dengan Hukum Perdata Internasional adalah sebagai berikut ini:

1. Prinsip nasionalitas adalah prinsip yang memberlakukan hukum nasional seseorang (kewarganegaraan) yang berlaku dalam menentukan status personal seseorang.
2. Prinsip domisili adalah prinsip yang memberlakukan hukum domisili seseorang yang berlaku dalam menentukan status personal seseorang.
3. Prinsip *habitual residence* adalah hukum tempat kediaman sehari-hari si anak atau keberadaannya secara fisik dalam jangka waktu tertentu.
4. Prinsip *the best interest of the child* adalah memberikan kepentingan terbaik bagi anak dalam semua tindakan yang menyangkut anak yang dilakukan oleh lembaga-lembaga pendidikan, kesejahteraan sosial pemerintah maupun swasta, lembaga peradilan, badan legislatif, dan badan yudikatif, maka kepentingan yang terbaik bagi anak harus menjadi pertimbangan utama.
5. Asas kebebasan berkontrak adalah asas umum yang diberikan oleh undang-undang dalam membuat suatu kontrak, yang terdapat pada Pasal 1338 Kitab Undang-undang Hukum Perdata.
6. Asas *choice of law*, adalah hukum yang berlaku adalah hukum yang dipilih oleh para pihak.
7. Asas *lex fori* adalah asas yang memberlakukan hukum sang hakim dalam suatu peristiwa HPI.
8. Asas *lex loci contractus* adalah asas yang menganut hukum tempat dibuatnya kontrak dalam perjanjian.
9. Asas *lex loci celebrationis*, asas yang menganut hukum tempat berlangsungnya perayaan (perkawinan).
10. Asas *lex loci solutionis* adalah asas yang menganut hukum tempat dilaksanakannya perjanjian.

¹⁰⁷ Ibid, hal 19-20

11. *Lex loci delicti commisi tator* adalah hukum dari tempat dimana perbuatan melanggar hukum dilakukan.
12. *The proper law of the contract* adalah hukum yang berlaku dalam suatu kontrak adalah hukum negara yang memiliki titik taut terbanyak.
13. *The most characteristic connection* adalah hukum yang berlaku dalam suatu kontrak adalah hukum pihak yang memiliki pribadi yang paling karakteristik.¹⁰⁸
14. Asas kewarganegaraan/domisili pemegang saham: asas ini beranggapan bahwa status badan hukum ditentukan berdasarkan hukum dari tempat dimana mayoritas pemegang sahamnya menjadi warga negara (*lex patrie*) atau berdomisili (*lex domicile*).
15. Asas *Center of Administration/Business* yaitu status dan kewenangan yuridik suatu badan hukum harus tunduk pada kaidah-kaidah hukum dari tempat yang merupakan pusat kegiatan administrasi badan hukum tersebut.
16. Asas *place of incorporation*, status dan kewenangan badan hukum sebaiknya ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat badan hukum itu secara resmi didirikan/dibentuk.
17. Asas *center of exploitation*: status dan kedudukan badan hukum harus diatur berdasarkan hukum dari tempat perusahaan itu memusatkan kegiatan operasional, eksploitasi atau kegiatan produksi barang/jasanya. Teori ini akan mengalami kesulitan jika dihadapkan pada perusahaan-perusahaan multinasional, terutama jika perusahaan induknya mengalami persoalan hukum yang berkaitan dengan eksistensi yuridisnya (*pailit, merger, akuisisi, dsb*).
18. Asas *lex patriae*: hukum yang berlaku adalah dari tempat seseorang berkewarganegaraan
19. Asas *lex loci forum* : Hukum yang berlaku adalah tempat perbuatan resmi dilakukan. Perbuatan resmi adalah pendaftaran tanah, kapal

¹⁰⁸ Contoh dari penerapan teori ini adalah: dalam jual-beli berlaku hukum si penjual, hubungan antara bank dan nasabah berlaku hukum pihak bank, hubungan antara advokat/notaris dengan klienn berlaku hukum advokat/notaris.

dan gugatan perkara itu diajukan dan perbuatan hukum yang diajukan.

20. Asas *lex rei sitae* (*lex situs*): Hukum yang berlaku atas suatu benda adalah hukum dari tempat dimana benda itu terletak atau berada bias benda bergerak, berwujud atau tidak berwujud.
21. Asas *mobilia sequuntur personam*, yang menentukan keberlakuan hukum personal pemilik/penguasa benda bergerak tersebut untuk mengatur status hukum dari benda-benda tersebut. Penerapan asas *mobilia sequuntur personam* dalam menentukan dari status benda bergerak dapat lebih memberikan kepastian hukum dari pada penerapan asas *lex situs* yang justru dapat menimbulkan ketidakpastian hukum.

Selain ketentuan asas HPI yang bersifat khusus tersebut, norma dalam pengaturan RUU HPI juga didasarkan kepada prinsip perlindungan kepada segenap bangsa Indonesia, yang tetap menjaga ketertiban dan menjaga rasa keadilan, persamaan derajat kedudukan serta penghormatan terhadap sistem hukum antar negara berdaulat dalam pergaulan internasional, sesuai dengan nilai Pancasila dan Pembukaan UUD NRI Tahun 1945. Adapun prinsip utama yang dijunjung tinggi dalam pengaturan HPI dalam norma yang akan diatur ditujukan untuk mewujudkan keadilan yang proporsional serta kepastian hukum bagi subjek hukum Indonesia serta memenuhi harapan akan keadilan serta kepastian hukum bagi subjek hukum dalam pergaulan internasional.

Prinsip yang dibangun dalam penyusunan norma dalam pengaturan HPI, selain menerapkan prinsip/asas yang digunakan secara umum sebagai kaidah HPI, sistem HPI nasional yang akan disusun dan dituangkan dalam norma pengaturan baru dalam RUU HPI mengacu kepada perlindungan terhadap nilai-nilai dasariah yang hidup dalam masyarakat, bangsa dan negara Indonesia. Oleh karena itu, pengaturan dalam norma yang akan dituangkan dalam RUU HPI harus dapat memberikan ruang gerak yang cukup bagi pengadilan dan pihak yang berkepentingan terkait penyelesaian persoalan HPI yang secara proporsional diharapkan dapat menjaga

kelestarian nilai-nilai sosial budaya yang hidup dalam masyarakat dan negara Indonesia, pada saat diperhadapkan dengan keberlakuan hukum dan/atau hak-hak asing. Dengan demikian, ketentuan pengaturan norma yang terdapat dalam HPI harus diletakan sebagai aturan yang mengayomi serta terbuka (*aanvullend recht*) terhadap kaidah-kaidah khusus dan pada sisi lain menjadi pedoman hukum yang bersifat memaksa (*dwingend recht*), bagi Pengadilan dan masyarakat, yang harmoni dengan pengaturan yang ada baik secara nasional dan internasional.

C. Kajian Terhadap Praktik Penyelenggaraan, Kondisi yang Ada, serta Permasalahan yang Dihadapi Masyarakat

Hukum Perdata Internasional (HPI) sebagai suatu perangkat kaidah hukum nasional yang mengatur peristiwa atau hubungan hukum yang mengandung unsur transnasional.¹⁰⁹ Dimana, substansi HPI tersebut meliputi segala hubungan atau peristiwa yang objeknya terkait dengan transnasional, dan hukum tersebut mengatur antara pelaku hukum masing-masing yang tunduk pada hukum perdata nasional yang berlainan.¹¹⁰ Pengaturan mengenai HPI di Indonesia selama ini mendasarkan kepada Pasal 16, Pasal 17 dan Pasal 18 AB terhadap peristiwa terkait transnasional dalam sistem hukum nasional Indonesia. Sejalan dengan perkembangan yang ada, ketentuan dalam pasal-pasal *Algemene Bepalingen* (AB) tersebut telah digunakan dalam sistem hukum nasional hingga saat ini selama lebih dari 170 (seratus tujuh puluh tahun) dan telah mengalami perkembangan dan diatur dalam beberapa ketentuan peraturan perundang-undangan.

Sejalan dengan arus globalisasi yang sangat dinamis dan teknologi informasi, komunikasi dan transportasi yang pesat ditambah dengan perkembangan perekonomian global yang kompetitif, ketentuan dalam AB tersebut terdapat beberapa permasalahan dalam penerapannya, dan mengakibatkan keberagaman pengaturan terkait dengan HPI yang memerlukan adanya politik kebijakan terkait dengan HPI nasional yang harmonis dengan perkembangan global masyarakat saat ini khususnya

¹⁰⁹ Bayu Seto. 1992. *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*. Citra Aditya Bakti. Bandung. hlm. 5.

¹¹⁰ Mochtar Kusumaatmadja, op. cit. hlm. 1

terhadap permasalahan dalam penyelenggaraan terhadap penentuan status personal, persoalan perkawinan dan aspek hukum terkaitnya, kebendaan/harta kekayaan transnasional, kontrak bisnis internasional, perbuatan melawan hukum, yurisdiksional pengadilan Indonesia dalam mengadili perkara transnasional, dan pengakuan dan pelaksanaan putusan asing, dimana permasalahan tersebut telah mewarnai penerapan HPI di Indonesia. Adapun permasalahan yang dihadapi dalam sistem hukum nasional yang perlu diselaraskan dengan kebutuhan serta perkembangan hukum HPI adalah sebagai berikut:

C.1. Status Personal Subjek Hukum

Dinamika perkembangan masyarakat pada saat ini dipicu dengan pesatnya perkembangan teknologi transportasi dan telekomunikasi, yang dimanfaatkan oleh manusia untuk melakukan mobilisasi pada aktivitas ekonomi maupun sosial. Mobilisasi manusia dalam kaitannya pada aktivitas tersebut meliputi pada aktivitas lintas batas negara dan saat ini telah menjadi bagian yang umum dalam kehidupan manusia. Indonesia sebagai negara yang berada disimpul perlintasan antara benua Asia dan Australia, menjadi salah satu kawasan yang menjadi perlintasan aktivitas mobilisasi tersebut. Tingginya mobilisasi tersebut ditunjukkan dengan jumlah WNA pada 10 (sepuluh) negara yang masuk ke Indonesia sampai dengan Januari 2020 berasal dari beberapa negara, dimana WNA yang masuk berasal sebagian besar berasal dari China 188.000 orang, Australia 120.000 orang, Singapura 130.000 orang dan sisanya berasal dari Malaysia, Jepang, Korea Selatan, Inggris, Amerika Serikat, dan Rusia adalah sebanyak 772.000 orang.¹¹¹ Jumlah tersebut termasuk sedikit dibandingkan pada tahun 2017, dimana jumlah orang yang melakukan perlintasan keimigrasian adalah sebanyak 19.089.288 orang, dimana sebanyak 8.765.487 WNI yang melakukan perlintasan ke luar negeri dan 10.323.801 WNA yang melakukan perlintasan keimigrasian di

¹¹¹Saputra, Muhamad Genantan, 2020, Yasonna Sebut Jumlah WNA Masuk Indonesia Selama Wabah Corona Drop, Ini Rinciannya, didapat melalui Liputan6.com melalui laman <https://www.liputan6.com/news/read/4216658/yasonna-sebut-jumlah-wna-masuk-indonesia-selama-wabah-corona-drop-ini-rinciannya>, diakses pada 15 Oktober 2020

Indonesia.¹¹² Data tersebut menunjukkan dinamika pergerakan manusia lintas batas negara menjadi peluang sekaligus tantangan yang harus dapat diantisipasi segala dampak hukumnya, dikarenakan aktivitas tersebut baik akan berdampak terhadap persinggungan pada hukum keperdataan nasional, dalam hal WNA tersebut melakukan peristiwa hukum yang dapat melahirkan pertalian hukum diantara WNA dan WNI tersebut.

C.1.1 Status Personal Orang Pribadi/Perseorangan

a. Kondisi saat ini

Suatu status personal sangat penting dalam menentukan status seseorang terhadap peristiwa hukum yang bertalian dan akan berlaku terhadap orang tersebut. Dalam menentukan status personal selama ini, ketentuan HPI Indonesia menggunakan Pasal 16 AB, dimana Pasal tersebut menyatakan

“Ketentuan-ketentuan dalam undang-undang mengenai status dan wewenang seseorang tetap berlaku bagi negara Belanda, apabila ia berada di luar negeri. Akan tetapi apabila ia menetap di Negeri Belanda atau di salah satu daerah koloni Belanda, selama ia mempunyai tempat tinggal di situ, berlakulah mengenai bagian tersebut dan hukum perdata yang berlaku di sana.”

Mengacu kepada pernyataan Pasal tersebut dinyatakan bahwa hukum Indonesia hingga saat ini menggunakan kewarganegaraan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 16 AB sebagai acuan penentuan hukumnya. Sebuah status personal merupakan kaidah yang akan mengikuti seseorang ke manapun ia pergi, dengan demikian status personal tersebut memiliki lingkungan-kuasa-berlaku serta extrateritorial atau universal, tidak terbatas pada suatu negara tertentu.¹¹³ Untuk menentukan status personal seseorang, negara-

¹¹²Belarminus, Robertus, 2017, *Data Imigrasi ; Sepanjang 2017 Warga China Paling Banyak Masuk ke Indonesia*, didapat melalui laman Tribunnews.com, <https://www.tribunnews.com/nasional/2017/07/05/data-imigrasi-sepanjang-2017-warga-china-paling-banyak-masuk-ke-indonesia>, diakses pada 4 Oktober 2020.

¹¹³ *Bahan ajar Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, teori-teori Hukum Perdata Internasional yang terkait dengan Transaksi Bisnis Internasional, Transaksi Bisnis*

negara di dunia menganut prinsip yaitu prinsip personalitas/kewarganegaraan (*lex patriae*), prinsip domisili (*lex domicilie*), ataupun digunakan prinsip habitual residence di dalam penentuan status personal subjek hukum perorangan. Indonesia sebagai negara civil law yang mengacu kepada ketentuan AB menganut prinsip statuta personal menggunakan kewarganegaraannya, yang artinya bahwa hukum personal seseorang adalah hukum nasionalnya, hukum yang ditentukan kewarganegaraannya. Dengan demikian setiap WNI tetap tunduk di bawah hukum nasional dari negaranya kemanapun ia pergi.¹¹⁴ Hal tersebut mengakibatkan adanya kewajiban negara untuk melindungi dan menjamin hak dan kewajibannya secara hukum.¹¹⁵ Dimana, untuk diakui dan mendapatkan status hukum sebagai WNI adalah harus sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Hal tersebut berlaku bagi WNI yang berada di luar negeri, selama terhadap dirinya masih melekat status kewarganegaraan Indonesia.

Untuk memberikan perlindungan, pengakuan, penentuan status pribadi dan status hukum setiap peristiwa Kependudukan dan Peristiwa penting yang dialami oleh Penduduk Indonesia dan Warga Negara Indonesia yang berada di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia, dilakukan pengaturan tentang Administrasi Kependudukan.¹¹⁶ Dimana, Penduduk diartikan sebagai WNI dan termasuk Orang Asing (WNA) yang bertempat tinggal di Indonesia. Berdasarkan data penduduk DKI Jakarta, bahwa jumlah WNA yang bertempat tinggal sebagai penduduk di wilayah DKI Jakarta pada tahun 2017 adalah sebanyak 44.774 (empat puluh empat ribu tujuh ratus tujuh puluh empat) orang.¹¹⁷

Internasional, 2013. <https://docplayer.info/36997578-Teori-teori-hukum-perdata-internasional-yang-terkait-dengan-transaksi-bisnis-internasional.html>

¹¹⁴ Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*,

¹¹⁵ Lihat konsiderans UU Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan.

¹¹⁶ Konsiderans UU Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan

¹¹⁷ *Jakarta Open Data*, <https://data.jakarta.go.id/dataset/data-jumlah-penduduk-asing-sementara-di-dki-jakarta>, diakses 18 Juni 2020

Dalam perkembangannya sehubungan dengan mobilisasi WNI di luar negeri dan banyaknya WNA yang melakukan aktivitas di Indonesia dan memperoleh manfaat di Indonesia baik ekonomi, sosial dan budaya, Pemerintah Republik Indonesia menerbitkan Peraturan Presiden Nomor 76 Tahun 2017 tentang Fasilitas Bagi Masyarakat Indonesia di Luar Negeri yang tujuannya untuk memberdayakan dan meningkatkan peran masyarakat Indonesia di luar negeri agar dapat terlibat aktif dalam kegiatan perekonomian, sosial dan budaya. Sedangkan untuk perlakuan terhadap penduduk WNA yang berada di Indonesia, pemerintah menerbitkan Peraturan Pemerintah Nomor 103 Tahun 2015 tentang Pemilikan Rumah Tinggal Atau Hunian oleh Orang Asing Yang Berkedudukan di Indonesia. Dimana, yang dimaksud dengan Orang Asing tersebut keberadaannya memberikan manfaat, melakukan usaha, bekerja atau berinvestasi di Indonesia, ataupun aktivitas keperdataan lainnya. Hal tersebut yang dikemukakan tersebut menunjukkan respon kebijakan hukum yang diambil oleh Pemerintah terhadap aktivitas subjek hukum terkait dengan transnasional, bahwa terhadap penentuan status personal baik dapat ditentukan dengan kewarganegaraannya dan dapat juga dikaitkan dengan kenyataan bahwa pemerintah juga memfasilitasi keberadaan WNA yang berdomisili di Indonesia dan melakukan aktivitasnya di wilayah Indonesia.

Sehubungan dengan status WNA yang menjalankan kegiatannya secara terus menerus di Indonesia, memiliki harta kekayaan di Indonesia, melakukan transaksi, melangsungkan perkawinan serta memiliki keluarga di Indonesia, akan merugikan hak-hak/ kepentingan baik WNA tersebut ataupun pihak yang berkepentingan lain apabila terhadap WNA tersebut tidak diberikan fleksibilitas hukum untuk meliputi aktivitas WNA yang memperoleh manfaat di Indonesia dengan memberlakukan hukum Indonesia berdasarkan domisili/ aktivitasnya di Indonesia. Secara teoritis sebagaimana

dibahas dalam bab sebelumnya, bahwa prinsip domisili tersebut menjadi hukum yang dipakai untuk menentukan status personal seseorang yang dikaitkan dengan negara dimana subjek personal tersebut berdomisili. Dimana domisili tersebut baik dapat ditentukan berdasarkan¹¹⁸ *domiclie of origin*¹¹⁹, *domicilie by operation of law*¹²⁰, dan *domicilie of choice*¹²¹ dan ketentuan mengenai tata cara memperoleh kewarganegaraan yang memberikan kesempatan bagi WNA untuk mengajukan permohonan menjadi WNI. Namun, disisi lain bagi WNI yang berada diluar negeri yang melakukan aktivitas hukum di luar negeri, perlu mempertahankan manfaat WNI yang melakukan aktivitas keperdataan di luar wilayah Indonesia dan untuk memperoleh manfaat dari kependudukan yang dilakukan oleh WNA tersebut.

b. Kondisi Diharapkan

Perkembangan yang terjadi saat ini menjadi tantangan keberadaan penerapan statuta personal kewarganegaraan yang dianut oleh sistem hukum Indonesia berdasarkan AB, dengan kenyataan hukum yang ada dalam sistem hukum nasional saat ini. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan, mengakui bahwa penduduk adalah baik WNI maupun WNA yang bertempat tinggal di Indonesia. Yang menjadi pertimbangan kedepannya adalah apakah masih relevan penentuan statuta personal berdasarkan kewarganegaraan, hal ini kiranya perlu diperhatikan perkembangan-perkembangan yang ada saat ini di masyarakat. Disatu sisi lain perlunya perkembangan hukum yang

¹¹⁸Bahan Ajar Pasca Sarjana Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, 2013, <https://docplayer.info/36997578-Teori-teori-hukum-perdata-internasional-yang-terkait-dengan-transaksi-bisnis-internasional.html> , diakses pada 4 September 2020.

¹¹⁹ domisili seseorang yang ditentukan berdasarkan domisili orang tua pada saat kelahiran orang itu ditempat tertentu.

¹²⁰ domisili karena kediaman permanen seseorang karena ketergantungannya pada orang lain, misal: anak dibawah umur mengikuti domisili orang tuanya.

¹²¹ domisili yang merupakan tempat kediaman permanen seseorang yang dibuktikan dari fakta kehadiran seseorang secara tetap disuatu tempat tertentu atas dasar pilihannya secara sendiri. dimana syaratnya: kemampuan bertindak secara hukum, mempunyai kediaman fisik sehari-hari, adanya keinginan menetap disuatu tempat yang baru.

ada selain penerapan menggunakan kewarganegaraan adalah penggunaan domisili sebagai penentu status personal seseorang, yang dilihat dari tempat orang bersangkutan sesungguhnya hidup/ bertempat tinggal.

Oleh karena itu, mengacu kepada permasalahan tersebut, untuk memperoleh manfaat dan memberikan kepastian hukum, kiranya Indonesia dapat menerapkan pilihan hukum sebagai berikut:

1. Mempertahankan statuta personal berdasarkan kewarganegaraan untuk memberikan kepastian hukum yang melekat terhadap seluruh warga negara termasuk orang asing pada saat menjalankan aktivitas keperdataannya. Namun, apabila hukum nasional yang ini tidak dapat ditentukan, ketentuan yang akan diatur dalam RUU HPI menentukan secara berjenjang sebagai berikut:
 - a. status personal orang tersebut ditetapkan berdasarkan hukum tempat kediaman tetap (*lex domicili*) orang tersebut.
 - b. Apabila domisili tetap tidak dapat ditentukan, maka status personal orang tersebut ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat kediaman sehari-hari (*habitual residence*) orang tersebut. Terhadap ketentuan ini juga berlaku dalam hal personal tersebut memiliki kewarganegaraan ganda, maka berlakulah ketentuan domisili ini.
 - c. Apabila status dan domisili ini tidak dapat ditentukan, maka status personal orang tersebut ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat yang berdasarkan pertimbangan Pengadilan dianggap memiliki kaitan paling nyata dan substansial (*the most real and substantial connection*) dengan orang tersebut.
- d. Selain pilihan di atas, penyelenggaraan pengaturan yang akan diatur dalam RUU HPI perlu dilakukan elaborasi dengan penggabungan, dimana kebijakan yang akan diatur dalam RUU kiranya tetap mempertahankan status hukum berdasarkan nasionalitas, sedangkan dalam hal WNA adalah orang yang

berdomisili baik bertempat tinggal, bekerja dan melakukan aktivitas di Indonesia secara rutin yang berada dalam wilayah Indonesia tetap berlaku hukum nasional mereka (WNA) di Indonesia selama waktu tertentu¹²² pada saat menetap di Indonesia, dengan mengacu kepada prinsip tersebut diatas. Namun, apabila suatu waktu tersebut telah terlampaui (baik lebih dari 5 tahun secara terus menerus atau lebih dari 10 tahun secara tidak terus menerus¹²³) maka setelah itu akan berlaku hukum Indonesia sebagai hukum domisili mereka (WNA), dimana mereka hidup dan menetap.¹²⁴

C.1.2. Status Personal Badan Hukum

a. Kondisi Saat ini

Sistem hukum di Indonesia mengakui adanya bentuk-bentuk badan hukum berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, dan badan usaha yang berbadan hukum merupakan subjek hukum tersebut. Ketentuan hukum perdata nasional dalam Pasal 1653 KUHPerdata menyatakan bahwa terdapat beberapa jenis badan hukum, yaitu: (a) yang diadakan oleh kekuasaan atau pemerintah negara, (b) yang diakui oleh kekuasaan, dan (c) yang diperkenankan dan yang didirikan dengan tujuan tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang atau kesusilaan, biasa disebut dengan badan hukum. Badan hukum sebagai pada prinsipnya merupakan subjek pembawa hak dan memiliki kepentingan hukum yang dilindungi pada umumnya. Badan hukum yang diakui dalam sistem hukum di Indonesia, selain badan hukum publik, dikenal adanya badan hukum privat/ perdata. Beberapa badan hukum yang ada dan diakui dalam sistem hukum Indonesia sebagai badan hukum perdata adalah Perseroan Terbatas, Koperasi, Yayasan, Perkumpulan yang berbadan hukum. Badan hukum tersebut menjalankan kegiatan tertentu untuk tujuan pendiriannya.

¹²² Mengacu kepada jangka waktu berdasarkan Pasal 162 ayat (1) PP Keimigrasian

¹²³ Perbandingan waktu 5 tahun berturut-turut dan 10 tahun secara tidak berturut-turut dalam hal permohonan menjadi WNI mengacu kepada Pasal 9 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia.

¹²⁴ Sudargo Gautama, Ibid, hal 88.

Mengacu berdasarkan kegiatan usaha yang dijalankan badan hukum tersebut di Indonesia dalam menjalankan aktivitas usahanya, termasuk badan hukum tersebut melakukan aktivitas penanaman modal di Indonesia. Berdasarkan UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, dinyatakan bahwa Penanaman modal adalah segala bentuk kegiatan menanam modal, baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia.¹²⁵ Sistem hukum di Indonesia yang mengacu kepada ketentuan UU Penanaman Modal mengakui adanya investasi asing (penanaman modal asing), dimana penanaman modal asing adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri.¹²⁶ Dengan demikian, sistem hukum nasional Indonesia mengakui adanya aktivitas badan hukum asing di Indonesia dengan berbagai bentuknya untuk menjalankan usahanya, dan hal ini dapat dilihat dengan adanya data aktivitas investasi asing yang ada berdasarkan kegiatannya di Indonesia.

Untuk aktivitas usaha penanaman modal di Indonesia, berdasarkan data yang ada di Indonesia, data perizinan terintegrasi secara elektronik (*Online Single Submission/OSS*), sampai akhir Desember 2019 ada 668.228 perusahaan Penanaman Modal Dalam Negeri (PMDN) dan Penanaman Modal Asing (PMA) yang terdaftar, dengan rincian 642.309 Perusahaan PMDN dan 25.919 PMA.¹²⁷ Adapun data yang ada pada realisasi investasi asing di Indonesia umumnya ada pada sektor sebagai berikut:

¹²⁵ Pasal 1 angka 1 UU 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

¹²⁶ Pasal 1 angka 3 UU Penanaman Modal

¹²⁷ Kumparan.com, 2019, didapat melalui laman <https://kumparan.com/kumparanbisnis/ada-25-919-perusahaan-asing-bkpm-targetkan-satu-persennya-masuk-bursa-1sJxdhiCUn/full>, diakses pada 10 November 2020.

Tabel II. 1

Tabel Realisasi PMA per-Sektor Industri Triwulan I tahun 2020

REALISASI INVESTASI PENANAMAN MODAL ASING (PMA) BERDASARKAN SEKTOR
PERIODE JANUARI - MARET (TRIWULAN I) TAHUN 2020

No.	Sektor	2020	
		Proyek	Nilai Investasi (US\$ Juta)
1	Industri Logam Dasar, Barang Logam, Bukan Mesin dan Peralatannya	323	1.523,8
2	Listrik, Gas dan Air	220	868,6
3	Transportasi, Gudang dan Telekomunikasi	346	806,9
4	Perumahan, Kawasan Industri dan Perkantoran	490	602,9
5	Industri Kimia Dan Farmasi	508	569,4
6	Pertambangan	310	482,7
7	Tanaman Pangan, Perkebunan, dan Peternakan	351	478,8
8	Industri Makanan	743	298,4
9	Hotel dan Restoran	1.363	220,3
10	Industri Mesin, Elektronik, Instrumen Kedokteran, Peralatan Listrik, Presisi, Optik dan Jam	391	127,1
11	Industri Kertas dan Percetakan	167	125,8
12	Jasa Lainnya	2.165	121,9
13	Industri Mineral Non Logam	109	118,6
14	Industri Karet dan Plastik	305	87,6
15	Industri Kendaraan Bermotor dan Alat Transportasi Lain	305	74,9
16	Industri Tekstil	313	64,9
17	Perdagangan dan Reparasi	2.443	59,7
18	Industri Barang dari Kulit dan Alas Kaki	126	52,0
19	Konstruksi	199	41,0
20	Perikanan	79	34,7
21	Kehutanan	38	16,2
22	Industri Kayu	115	14,0
23	Industri Lainnya	214	13,4
	Total	11.623	6.803,6

Sedangkan penyebarannya ada pada hampir seluruh provinsi di Indonesia. Yang tentu saja dari sisi lapangan pekerjaan dan pertumbuhan perekonomian, kegiatan investasi asing tersebut memberikan *multiplier effect* terhadap perekonomian nasional.

Tabel II. 2

Tabel Realisasi PMA per-Lokasi Industri Triwulan I tahun 2020

**REALISASI INVESTASI PENANAMAN MODAL ASING (PMA) BERDASARKAN LOKASI
PERIODE JANUARI - MARET (TRIWULAN I) TAHUN 2020**

No.	Lokasi	2020	
		Proyek	Nilai Investasi (US\$ Juta)
1	Daerah Khusus Ibukota Jakarta	3.994	915,2
2	Jawa Barat	1.578	914,5
3	Maluku Utara	45	768,5
4	Kepulauan Riau	685	400,1
5	Sulawesi Tenggara	32	382,8
6	Sumatera Utara	258	362,4
7	Lampung	124	349,7
8	Riau	240	347,5
9	Sulawesi Tengah	72	345,4
10	Jawa Timur	1.029	333,2
11	Banten	706	322,1
12	Jawa Tengah	436	321,0
13	Sumatera Selatan	168	223,6
14	Kalimantan Barat	170	213,1
15	Bali	834	121,8
16	Papua	58	112,4
17	Kalimantan Timur	106	64,9
18	Nusa Tenggara Barat	283	64,9
19	Bengkulu	30	43,7
20	Sulawesi Selatan	75	32,5
21	Kalimantan Tengah	41	30,7
22	Maluku	23	29,1
23	Sumatera Barat	54	22,3
24	Nusa Tenggara Timur	119	19,4
25	Kalimantan Utara	17	16,1
26	Kepulauan Bangka Belitung	62	13,6
27	Sulawesi Utara	62	13,0
28	Jambi	47	6,8
29	Papua Barat	37	4,7
30	Kalimantan Selatan	80	4,3
31	Gorontalo	7	2,8
32	Aceh	40	0,8
33	Daerah Istimewa Yogyakarta	109	0,7
34	Sulawesi Barat	2	-
Total		11.623	6.803,6

Adapun kegiatan bisnis yang dilakukan badan hukum asing tersebut seringkali merupakan anak usaha ataupun Bentuk Usaha Tetap¹²⁸ yang menjalankan aktifitas bisnisnya di Indonesia.

¹²⁸ Pasal 2 ayat 5 UU PPh Bentuk usaha tetap adalah bentuk usaha yang dipergunakan oleh orang pribadi yang tidak bertempat tinggal di Indonesia, orang pribadi yang berada di Indonesia tidak lebih dari 183 (seratus delapan puluh tiga) hari dalam jangka waktu 12 (dua belas) bulan, dan badan yang tidak didirikan dan tidak bertempat kedudukan di Indonesia untuk menjalankan usaha atau melakukan kegiatan di Indonesia

Pertumbuhan proyek investasi asing berdasarkan data BKPM pada triwulan I Tahun 2020 saja ada sebanyak 11.623 proyek dengan nilai investasi sebanyak 6.803, 6 juta US Dollar, hal tersebut menunjukkan potensi lalu lintas bisnis yang ada di Indonesia yang melibatkan subjek hukum asing dalam melakukan kegiatan usaha di Indonesia.

Dalam menjalankan kegiatan menjalankan bisnis tersebut tidak dapat dilepaskan dari kemungkinan timbulnya perselisihan dengan subjek hukum perdata lainnya yang dapat terjadi baik dikarenakan permasalahan sifatnya subjektif perjanjian baik karena masalah dalam kesepakatan ataupun adanya wanprestasi pada saat menjalankan kegiatan bisnisnya tersebut. Oleh karena itu, pada umumnya dalam suatu kontrak bisnis dimasukan klausul penyelesaian perselisihan baik forum yang menyelesaikannya ataupun juga pilihan hukum yang dipilih dalam penyelesaiannya. Hal tersebut lazim dilakukan dalam kegiatan bisnis, yang bertujuan memberikan kepastian hukum penyelesaian perselisihan.

Mengenai penyelesaian perselisihan dalam investasi di Indonesia, berdasarkan Pasal 32 UU Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal sesungguhnya telah dinyatakan secara tegas bahwa dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah dan mufakat. (2) Dalam hal penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak tercapai, penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. (3) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan. (4) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara

Pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak.

Selain investasi asing di Indonesia, badan hukum Indonesia selevel *unicorn* yang didirikan oleh WNI juga banyak dijalankan di luar negeri walaupun baik aktivitas di Indonesia, pendirinya/pengendalinya bertempat di Indonesia. Indonesia saat ini mencatat 3 (tiga) perusahaan level *unicorn* Indonesia yang beraktivitas lintas negara dengan kapitalisasi usaha yang besar, antara lain, Traveloka, Tokopedia, dan Bukalapak, dan satu perusahaan berlevel *Decacorn* yaitu Gojek, investasi terhadap badan usahanya melalui perusahaan investasi di luar negeri.¹²⁹ Selain itu, dalam perkembangan kegiatan usaha, selain ada beberapa perusahaan yang berinvestasi di Indonesia secara tidak langsung dengan melakukan pembelian saham kepemilikan perusahaan lokal, sehingga terkait dengan kebijakan perusahaan beralih. Walaupun keempat badan usaha tersebut menjalankan kegiatan usahanya di Indonesia, ataupun familiar di masyarakat Indonesia sebagai badan usaha yang didirikan oleh WNI. Sebagai contoh korporasi dengan level *Decacorn* yang menjalankan aktivitas usaha di Indonesia, dan badan usaha yang berkedudukan di Singapura dan dimiliki oleh WNI, perusahaan Gojek melakukan ekspansi bisnis di Thailand, Vietnam, serta Malaysia.

Selain itu mengenai berkembangnya platform digital yang beraktivitas usaha di Indonesia, mengacu kepada perkembangan bisnis digital saat ini, terdapat beberapa bentuk badan usaha yang menjalankan kegiatan bisnis utamanya di Indonesia, memperoleh pendapatan (keuntungan) di Indonesia, akan tetapi tidak bertempat di Indonesia. Namun, seiring dengan lahirnya Peraturan Pemerintah Nomor 71 Tahun 2019 tentang Penyelenggaraan Sistem dan

¹²⁹Aldin, Ihya Ulum, 2019, *BKPM: Investasi ke Unicorn Indonesia Masuk Lewat Singapura*, didapat melalui laman <https://katadata.co.id/berita/2019/07/30/bkpm-investasi-ke-unicorn-indonesia-masuk-lewat-singapura> diakses pada 14 September 2020

Transaksi Elektronik, dimana penyelenggara elektronik wajib melakukan pendaftaran di Indonesia. Untuk aktivitas perusahaan platform digital yang beraktivitas serta mendapatkan keuntungan di Indonesia, namun berdomisili di luar wilayah Indonesia, perlu diketahui, bahwa selama ini pemerintah kesulitan dalam memungut pajak pada perusahaan internasional yang berbasis digital atau perusahaan over the top (OTT) apabila belum memiliki bentuk usaha di Indonesia, seperti Netflix¹³⁰, Spotify, Twitter, yang pada akhirnya dipenghujung tahun 2019 menundukan diri mengikuti ketentuan hukum di Indonesia.

Oleh karena itu mengacu kepada perkembangan yang ada serta aktivitas bisnis yang lintas negara, baik kepemilikan aktivitas modal serta usahanya, diperlukan adanya kepastian hukum dalam hal terjadi perselisihan, termasuk penyelesaiannya mengacu kepada pengaturan hukum Indonesia. Pada umumnya dalam praktik perselisihan seringkali masing-masing pihak menyelesaikannya (dalam hal terjadi kesepakatan/ perikatan kedua belah pihak) menyelesaikannya dengan menggunakan forum arbitrase. Akan tetapi, sebagai badan hukum yang memiliki hak dan kewajiban ataupun kepentingan hukum tidak lepas dari perselisihan pihak lain yang mengakibatkan terjadinya peristiwa penyalahgunaan hak hukum (*misbruik van recht*) ataupun pelanggaran hukum (*onrechtmatigedaad*) yang mengakibatkan kerugian pihak lain, sehingga tidak selalu badan hukum itu terkait dengan perikatan. Namun, apabila adanya aktivitas usaha yang merugikan, kiranya hukum Indonesia perlu ditegakan. Sebagai contoh kasus yang terjadi mengenai pembakaran hutan di Kalimantan yang dilakukan oleh 20 perusahaan asing (9 perusahaan milik Singapura, 9 perusahaan milik Malaysia, dan 2 perusahaan milik negara asing lainnya). Selain itu ada PT PMA di Kolaka Timur yang digugat di Pengadilan Jakarta

¹³⁰Muamar, Yazid, 2019, CNBC Indonesia, *Netflix Dapat Ratusan Miliar dari RI Tapi Kemplang Pajak*, didapat melalui laman <https://www.cnbcindonesia.com/market/20191117173916-17-115853/netflix-dapat-ratusan-miliar-dari-ri-tapi-kemplang-pajak>, diakses pda 15 November 2020.

Barat.¹³¹ Termasuk juga dalam hal apabila terdapat perselisihan yang berkaitan dengan kegiatan serta status badan usaha tersebut. Apabila mengacu kepada sistem hukum berdasarkan ketentuan Perseroan Terbatas yang ada dimana suatu perseroan perseroan harus berkedudukan di Indonesia yang ditentukan dalam anggaran dasarnya, serta mempunyai alamat lengkap. Namun dalam perkembangan yang ada, saat ini terdapat badan usaha sebagaimana disebutkan sebelumnya,

Berdasarkan hukum positif yang ada saat ini berdasarkan peraturan perundang-undangan terkait dengan Perseroan Terbatas, Yayasan, ataupun Perkumpulan, dimana hukum positif yang ada, didasarkan kepada hukum tempat badan hukum tersebut didirikan dibentuk, dimana setiap badan hukum tersebut dalam hal melakukan aktivitas usaha di Indonesia harus didirikan berdasarkan hukum nasional Indonesia. Namun, pada kegiatan usaha tertentu misalkan dalam usaha bidang pertambangan ataupun usaha platform digital tertentu yang dilaksanakan oleh badan usaha asing, terdapat badan hukum yang walaupun bekerja dan berkedudukan dalam wilayah Indonesia namun merupakan badan hukum di luar wilayah Indonesia. Namun, badan hukum tersebut tetap wajib mematuhi peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, yang disebut dengan Badan Usaha Tetap yang menjalankan aktivitas bisnisnya di Indonesia.

Terkait dengan pertalian tersebut, asas yang lazim digunakan dalam HPI adalah terhadap penerapan asas:

- (1) kewarganeraan/domisili pemegang saham berdasarkan mayoritas pemegang saham (*lex patriae* atau *lex domicile*);
- (2) *Centre of Administration/Business*, berdasarkan kaidah hukum pusat kegiatan administrasi badan hukum tersebut;

¹³¹Astuti, Indriyani, 2019, Media Indonesia, 6 *Perusahaan Asing tersangka Karhutla*, didapat melalui laman <https://mediaindonesia.com/read/detail/263953-6-perusahaan-asing-tersangka-karhutla>, diakses pada 8 Oktober 2020

- (3) *Place of Incorporation* (berdasarkan tempat badan hukum didirikan);
- (4) *Asas Centre of Exploitation* (berdasarkan tempat perusahaan melakukan operasional, eksploitasi, atau kegiatan produksi).

Keempat asas tersebut menjadi asas pertalian untuk menentukan suatu status badan hukum. Dimana, apabila mengacu kepada hukum Indonesia saat ini masih menggunakan parameter *place of incorporation* atau dimana badan hukum tersebut didirikan, dimana ketentuan mengenai Perseroan Terbatas, Yayasan, dan badan hukum yang ada masih menggunakan konsep tersebut.

b. Kondisi yang diharapkan

Sebagai subjek hukum, suatu badan hukum berdasarkan ketentuan Buku III Bab IX diakui sebagai subjek hukum menurut undang-undang. Sebagai subjek pembawa hak, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1654 KUHPerdota yang menyatakan semua badan hukum yang berdiri dengan sah, begitu pula orang-orang swasta, berkuasa untuk melakukan perbuatan-perbuatan perdata, tanpa mengurangi perundang-undangan yang mengubah kekuasaan itu, membatasinya atau menundukkannya kepada tata cara tertentu. Dengan kegiatan yang sama layaknya dalam aktivitas subjek personal dalam melakukan kegiatan keperdataan, maka subjek badan hukum dalam melaksanakan tujuan kegiatannya melakukan kegiatan-kegiatan berkaitan dengan keperdataan, termasuk memiliki kekayaan sendiri, ataupun berdampak terhadap hubungan keperdataan, termasuk dalam kaitannya berdasarkan hukum publik yang ada. Oleh karena itu, hukum Indonesia ataupun hukum asing dapat mengakui kemampuan maupun kewenangan untuk memikul hak dan tanggung jawab hukum sebagai suatu entitas yang terpisah dari subjek pendiri korporasi, dengan tetap tunduk terhadap ketentuan hukum publik yang ada. Namun, dalam hal penentuan kedudukan hukum korporasi/ badan usaha kiranya kiranya perlu mengacu kepada tempat pendirian serta pendaftaran

badan hukum tersebut. Dimana berdasarkan ketentuan hukum Indonesia sebagaimana dalam ketentuan peraturan perundang-undangan dilakukan pendaftaran di Indonesia, dalam hal badan hukum tersebut beroperasi di Indonesia.

Sehubungan dengan adanya penentuan status badan hukum kiranya didasarkan menurut peraturan perundang-undang sehubungan nasional terhadap badan hukum. Namun, tetap membuka adanya penentuan kedudukan hukum dengan adanya titik taut fakta dan keadaan dalam perkara yang menunjukkan kaitan yang lebih nyata dan substansial, dengan tetap memperhatikan kedudukan hukum badan hukum yang mengacu kepada titik pertautan nyata dan signifikan secara berjenjang, antara lain:

- (1) tempat badan hukum didaftarkan;
- (2) tempat pemusatan kegiatan administrasi badan hukum;
- (3) tempat pemusatan kegiatan usaha badan hukum/ korporasi;
dan
- (4) tempat pengendalian badan hukum/ korporasi.

Dibukanya penentuan berdasarkan asas yang lain selain asas badan hukum didirikan/ didaftarkan untuk membuka kemungkinan terhadap badan hukum yang beroperasi di Indonesia dan didaftarkan menurut hukum Indonesia, namun dikendalikan, dan pemusatan keuntungan usaha dilakukan ditempat lain di luar wilayah Indonesia. Ketentuan hukum Indonesia kiranya tetap dapat diberlakukan terhadap korporasi yang walaupun tunduk terhadap ketentuan hukum asing namun apabila secara fakta yang substansial menunjukkan adanya keterkaitan dengan tindakan hukum yang berdampak pada kepentingan umum Indonesia, perlu dibuka penerapan asas tersebut dalam pengaturan hukum positif Indonesia.

C.1.3 Penyelenggaraan di negara lain

a. Republik Rakyat China

Pada Bab I UU Hukum Perdata Internasional Tiongkok menjelaskan kepada pilihan hukum dan ketentuan yang menjadi acuan oleh para penegak hukum seperti hakim untuk menentukan hukum mana yang akan berlaku terkait dengan permasalahan yang melibatkan unsur internasional, hal tersebut diatur secara jelas dalam Pasal 1 – 8 :¹³²

Pasal 1 Masalah sipil yang melibatkan unsur asing diatur, jika tidak ada ketentuan dalam Undang-Undang ini, oleh ketentuan undang-undang lainnya; dalam hal tidak ada ketentuan yang berlaku dalam undang-undang lainnya, oleh prinsip-prinsip hukum.

Pasal 2 Jika hukum yang berlaku berdasarkan dengan Undang-Undang ini adalah hukum nasional suatu pihak, tetapi pihak tersebut memiliki lebih dari satu kewarganegaraan, hukum nasional adalah hukum kewarganegaraan yang paling terkait dengan pihak tersebut.

Pasal 3 Jika hukum yang berlaku berdasarkan Undang-undang ini adalah hukum nasional suatu pihak, tetapi pihak tersebut tidak memiliki kewarganegaraan, hukum di tempat tinggal pihak tersebut yang berlaku.

Pasal 4 Jika undang-undang yang berlaku berdasarkan Undang-Undang ini adalah hukum di tempat tinggal suatu pihak, tetapi pihak tersebut memiliki lebih dari satu tempat tinggal, hukum di tempat tinggal yang paling terkait dengan pihak tersebut yang berlaku. Jika tidak ada tempat tinggal suatu pihak yang diketahui, hukum tempat dimana pihak itu berada yang berlaku. Jika suatu pihak memiliki lebih dari satu tempat tinggal, hukum tempat tinggal yang paling terkait dengan pihak tersebut yang berlaku. Jika tidak ada tempat tinggal suatu pihak yang diketahui, hukum di tempat di mana pihak tersebut berada yang berlaku.

Pasal 5 Dalam hal rujukan dibuat oleh Undang-Undang ini kepada hukum nasional suatu pihak, tetapi hukum nasional pihak tersebut berbeda dari segi rujukan ke tingkat daerah atau faktor lain, hukum yang berlaku adalah hukum sebagaimana ditunjukkan oleh aturan tentang pilihan dari hukum nasional tersebut; jika aturan tentang pilihan hukum dari hukum nasional tersebut tidak jelas, hukum yang paling terkait dengan pihak tersebut, baik berdasarkan tingkat daerah atau oleh faktor lain, yang berlaku.

Pasal 6 Jika Undang-Undang ini mengatur bahwa hukum nasional suatu pihak berlaku, tetapi hukum nasional pihak tersebut menunjukkan bahwa hukum lain berlaku atas hubungan hukum yang diatur, hukum lain tersebut yang berlaku. Namun, jika hukum nasional pihak tersebut atau undang-undang lain pada gilirannya,

¹³² Undang-Undang yang Mengatur Pilihan Hukum dalam Urusan Perdata yang Melibatkan Unsur Asing, *Judicial Yuan, Chinese Laws Regulating Legal Choices in Civil Affairs Involving Foreign Elements*, terjemahan oleh Lucia Ariwirasti, S.S. *By Virtue of Decisions of The Governor of DKI Jakarta* No. 1764/2006 6 No. 1691/2007.

menunjukkan bahwa hukum Republik Tiongkok yang berlaku, maka hukum dalam negeri Republik Tiongkok yang berlaku.

Pasal 7 Jika suatu pihak dalam masalah sipil yang melibatkan unsur-unsur asing menghindari ketentuan wajib atau larangan hukum Republik Tiongkok, maka ketentuan wajib atau larangan tersebut tetap berlaku.

Pasal 8 Apabila Undang-Undang ini menetapkan bahwa hukum Negara asing berlaku, jika hasil dari penerapan tersebut berakibat pada pelanggaran ketertiban umum atau boni mores Republik Tiongkok, maka hukum negara asing tersebut tidak berlaku.

Secara umum, dalam ketentuan tersebut diatas, China lebih kepada mendelegasikan hukum terkait diluar hukum domestik China sendiri untuk menyelesaikan perkara yang mengandung unsur asing, namun kemudian ada Pasal 6 yang menyebutkan dapat menggunakan hukum domestik China jika :

“Jika Undang-Undang ini mengatur bahwa hukum nasional suatu pihak berlaku, tetapi hukum nasional pihak tersebut menunjukkan bahwa hukum lain berlaku atas hubungan hukum yang diatur, hukum lain tersebut yang berlaku. Namun, jika hukum nasional pihak tersebut atau undang-undang lain pada gilirannya, menunjukkan bahwa hukum Republik Tiongkok yang berlaku, maka hukum dalam negeri Republik Tiongkok yang berlaku.”

Penetapan Hukum Asing pada Pengadilan Tiongkok tidak bergantung pada pembelaan dan pembuktian oleh pihak-pihak yang berkepentingan untuk memastikan hukum asing, karena prosedur perdata Tiongkok mengadopsi sistem inquisitorial daripada sistem adversarial, di mana hakim tidak hanya menjadi hamba pasif para pihak tetapi “*Truth-Seeker*” yang bertugas mengambil inisiatif aktif dan memilih cara yang tepat untuk memastikan kebenaran obyektif yang mendasari sebuah perselisihan hukum. Oleh karena itu, merupakan prinsip yang ditetapkan bahwa di mana *People’s Court* menerapkan hukum asing sebagai hukum yang berlaku, ia harus mengidentifikasi hukum tersebut secara *ex officio*. Namun, meskipun tugas pengadilan untuk memastikan substansi dari suatu hukum asing di Tiongkok, serta di banyak negara hukum sipil lainnya, hakim dapat meminta para pihak untuk membantu dalam membuktikan substansi tersebut terkait dengan permasalahan yang

dihadapi. Sarana khusus untuk memastikan hukum asing telah disediakan dalam beberapa dokumen yang dikeluarkan oleh *The Supreme People's Court*. Meskipun demikian, ketentuan yang ada yang terkandung dalam dokumen yang berbeda tetap terfragmentasi, dengan beberapa artikel sudah dianggap tidak relevan.¹³³ Dalam *Law Of The People's Republic Of China On The Laws Applicable To Foreign-Related Civil Relation Article 10* memberikan solusi yang lebih sistematis, yang menyebutkan bahwa :134

"The foreign law applicable to a foreign-related civil relation will be ascertained by the relevant people's court, arbitration institution or the administrative agency. Where the parties have chosen a foreign law to be applicable, they shall adduce the law of that country". (Hukum asing yang berlaku untuk hubungan sipil terkait asing akan dipastikan oleh pengadilan, lembaga arbitrase atau lembaga administrasi yang relevan. Jika para pihak telah memilih hukum asing untuk diterapkan, mereka harus mengemukakan hukum negara itu.)

Legislator Tiongkok, menurut Zhengxin Huo¹³⁵ belum menunjukkan minat untuk memberlakukan kode konflik secara komprehensif sebaliknya, mereka berpendapat bahwa *China Conflit Act* yang pertama di Tiongkok harus memuat aturan pilihan hukum hanya atas hubungan sipil. Mereka memegang posisi seperti itu sebagian karena ideologi konservatif mereka, sebagian karena kekhawatiran mereka bahwa memberlakukan kode komprehensif akan memerlukan amandemen yang luar biasa untuk banyak undang-undang yang ada, seperti *The Civil Procedure Act*, *The Arbitration Act*, *The Contract Act*, *The Succession Act*, dan *The*

¹³³ Zhengxin Huo, 2011, *Highlights of China's New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law*, Hal 657, diakses pada laman https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/5973_45-3%20Huo.pdf

¹³⁴ Decree of the President of the People's Republic of China No. 36, *Law Of The People's Republic Of China On The Laws Applicable To Foreign-Related Civil Relations, Article 10*, Adopted at the 17th session of the Standing Committee of the 11th National People's Congress, 28 October 2010, diakses melalui <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn173en.pdf>

¹³⁵ Associate Professor of Law of the School of International Law at the China University of Political Science and Law (CUPL); Deputy Director of the Institute of Private International Law of CUPL; Member of China Law Society; Member of Chinese Society of Private International Law.

Maritime Act, atau yang lainnya, hal tersebut dianggap akan menjadi pekerjaan yang rumit dan sulit. Dalam lingkungan seperti itu, akademisi China menurut Zhengxin Huo harus menerima pengaturan semacam itu. Oleh karena itu, model legislatif yang diikuti oleh *The Conflict Act* yang pertama adalah hasil diskusi antara para sarjana hukum dan legislator dalam bidang konflik Tiongkok dengan mengacu pada *USSR Private International Law*.¹³⁶

Karakterisasi, atau klasifikasi, adalah hal penting dalam Hukum Perdata Internasional, karena dalam situasi konflik hukum, pengadilan harus menentukan sejak awal apakah masalah yang diajukan kepadanya untuk penyelesaian masalah tersebut berkaitan dengan gugatan, kontrak, properti, atau bidang lain, atau masalah substansi atau prosedur, untuk merujuk pada hukum mana yang sesuai untuk diterapkan. Dalam praktiknya, ketika pengadilan Tiongkok dihadapkan dengan perselisihan terkait asing, dan terdapat kebingungan akan menggunakan hukum dari negara yang bersangkutan atau tidak, biasanya pengadilan tersebut akan menggunakan hukum Tiongkok, mengacu pada asas *lex fori*, untuk menyelesaikan masalah karakterisasi.¹³⁷ Dalam *Law Of The People's Republic Of China On The Laws Applicable To Foreign-Related Civil Relation* menegaskan praktik pengadilan Tiongkok, dengan ketentuan dalam *Article 8* yang menjelaskan "*Classification of foreign-related civil relations is governed by the law of the forum*" (Klasifikasi hubungan yang berhubungan dengan (perihal) asing harus diatur oleh hukum forum).¹³⁸

Dalam hal penentuan status hukum personal, China lebih menekankan asas Habitual Residence daripada nasionalitas, hal

¹³⁶ Zhengxin Huo, 2011, *Highlights of China's New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law*, Hal 468, diakses pada laman https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/5973_45-3%20Huo.pdf

¹³⁷ *Ibid*, Hal 656

¹³⁸ *Decree of the President of the People's Republic of China No. 36, Law Of The People's Republic Of China On The Laws Applicable To Foreign-Related Civil Relations, Article 8, Adopted at the 17th session of the Standing Committee of the 11th National People's Congress, 28 October 2010*, diakses melalui <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn173en.pdf>

tersebut ditetapkan oleh *Law Of The People's Republic Of China On The Laws Applicable To Foreign-Related Civil Relations* sebagai faktor penghubung utama untuk menentukan status pribadi, hukum keluarga, dan hukum suksesi. Alasan paling penting bagi Tiongkok untuk menyimpang dari posisi ortodoks hukum sipil diyakini bahwa tuntutan hukum biasanya dibawa ke/di mana pihak tersebut bertempat tinggal, *nexus of habitual residence* ini mendukung penerapan *lex fori*, sedangkan ketergantungan pada *lex patriae* cenderung meningkatkan permasalahan asing. masalah hukum, secara berbeda dinyatakan, seperti dalam kebanyakan kasus perdata terkait asing yang didengar Pengadilan Rakyat Tiongkok, para pihak memiliki tempat tinggal di Tiongkok, beralih ke membangun tempat tinggal sebagai faktor penghubung utama yang dapat meningkatkan penerapan *lex fori*, yang diyakini dapat sesuai dengan kepentingan forum.¹³⁹ Beberapa asas yang diterapkan di Tiongkok terkait dengan perihal hak adalah sebagai berikut :

- a. *Lex Personalis of natural person*
- b. *Lex personalis of legal person*
- c. *Agency and trust*

Berkaitan dengan *point agency and trust*, mengacu pada *Article 16 (1)*, oleh *Law Of The People's Republic Of China On The Laws Applicable To Foreign-Related Civil Relations* yang menyebutkan :
“*Agency is governed by the law of the place where the act of agency occurs. However, the civil relation between the principal and agent will be governed by the law of the place where the agency relationship is established*”.¹⁴⁰ Hal ini diatur berdasarkan *lex loci actus* dan hubungan sipil antara prinsipal dan agen akan diatur oleh hukum

¹³⁹ *Ibid*, Hal 659

¹⁴⁰ *Decree of the President of the People's Republic of China No. 36, Law Of The People's Republic Of China On The Laws Applicable To Foreign-Related Civil Relations, Article 16 (1), Adopted at the 17th session of the Standing Committee of the 11th National People's Congress, 28 October 2010, diakses melalui <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn173en.pdf>*

di tempat hubungan agensi tersebut didirikan. Hubungan yang terjadi biasanya didasari dengan prinsip *Lex causae*. Mengacu berdasarkan pada *Article 17 Law Of The People's Republic Of China On The Laws Applicable To Foreign-Related Civil Relations*, menyebutkan bahwa “*The parties may by agreement choose the law applicable to trust. Absent any choice by the parties, the law of the place where the trust asset locates or where the trust relation is established shall be applied*”, yang dapat ditafsirkan seperti para pihak dapat memilih hukum berlaku untuk perwalian dan, jika tidak ada pilihan seperti itu, hukum tempat aset perwalian itu berada atau tempat di mana hubungan perwalian didirikan yang akan berlaku.

b. Korea Selatan

Peraturan mengenai Hukum Perdata Internasional di Korea Selatan terhitung baru, melalui laman resmi *Ministry of Justice, International Law Division , The Republic of Korea, Act on Private International Law* diundangkan pada 19 Januari 2016.¹⁴¹ Undang-undang baru ini dinamai “*Kuk-Je-Sa-Beob*” (Undang-Undang Hukum Perdata Internasional atau Undang-Undang Konflik Undang-Undang (*Conflict Law Act*) lebih baik dalam hal mendefinisikan area-area yang tidak cukup terhimpun dalam tindakan aslinya, seperti yurisdiksi, kapasitas untuk memiliki hak, legitimasi, badan hukum, kekayaan intelektual, agensi, sarana transportasi, res in transitu, dan “*security in interest in claim*”. Selain itu, Hukum Perdata Internasional Korea yang baru mengadopsi aturan “*Most Closely Connected Country* (Negara yang Paling Terhubung)” dalam menentukan hukum yang mengatur dan menggunakan konsep “*Habitual Residence*” sebagai faktor penghubung. Sementara Hukum Perdata Internasional Korea yang baru ini memperluas *party autonomy*, yang juga memasukkan ketentuan untuk melindungi konsumen dan pekerja dengan status sosial yang lemah dan

¹⁴¹ *Act of Private International Law of The Republic of Korea*, diakses melalui laman <http://law.go.kr/lslInfoP.do?lsiSeq=179501&urlMode=engLsInfoR&viewCls=engLsInfoR#0000>

ekonomi yang rendah, juga Hukum Perdata Internasional Korea yang baru ini secara sempit mendefinisikan ruang lingkup renvoi yang hanya memungkinkan remisi tetapi tidak memungkinkan transmisi dalam banyak kasus, kecuali dalam kapasitas untuk melakukan penagihan.¹⁴²

Dalam *Article 1* yang membahas mengenai tujuan dari Hukum Perdata Internasional Korea ini disebutkan bahwa “*The purpose of this Act is to determine general principles and governing laws on the international jurisdiction regarding any legal relations which contain foreign factors*”, tujuan dari Undang-Undang ini adalah untuk menentukan prinsip-prinsip umum dan hukum yang mengatur tentang yurisdiksi internasional terkait segala hubungan hukum yang mengandung faktor-faktor luar negeri.¹⁴³

Dalam hal penentuan hukum yang berlaku terhadap seseorang, Hukum Perdata Internasional memisahkan 2 prinsip dalam status hukum dari individu, yakni dengan prinsip kewarganegaraan dan prinsip habitual residence. Hukum Perdata Internasional Korea memisahkan secara khusus dua prinsip tersebut dalam *Article 3 (Law of Nationality)* dan *Article 4 (Law of Habitual Residence)*.

Article 3 tentang Kewarganegaraan menjelaskan bahwa :

- (1) *In case the law of nationality of a party shall govern, if the party has two or more nationalities, the law of the country, which is most closely connected with the party, shall be the law of nationality: if one of the nationalities is the Republic of Korea, then the law of the Republic of Korea shall be the law of nationality.* (Dalam hal hukum kewarganegaraan suatu pihak berlaku, jika pihak tersebut memiliki dua atau lebih kewarganegaraan, hukum negara, yang paling terkait dengan pihak tersebut, adalah hukum kewarganegaraan: jika salah satu kewarganegaraan adalah Republik Korea, maka hukum Republik Korea adalah yang menjadi hukum kewarganegaraan).

¹⁴² Prof. Kyung-Han Sohn, *New Private International Law in Korea, Studies in Conflict of Laws and International Litigation*. Korea. Vol. XXII No.2. 2016, Hal 267. Diakses pada laman http://www.pilaj.jp/yearbook/YB_DATA/YB003/Y003A10.pdf

¹⁴³ *Act of Private International Law of The Republic of Korea Article 1 (Purpose)*, diakses melalui laman <http://law.go.kr/lInfoP.do?lsiSeq=179501&urlMode=engLsInfoR&viewCls=engLsInfoR#0000>

- (2) *In case a party has no nationality, nor his/her nationality can be identified, the law of the country, where his/her habitual residence is located (hereinafter referred to as the "law of habitual residence"), shall govern, and if the habitual residence cannot be known, then the law of the country, where his/her residence is located, shall govern.* (Dalam hal suatu pihak tidak memiliki kewarganegaraan, atau kewarganegaraannya tidak dapat diketahui, hukum negara yang menjadi tempat tinggal sehari-harinya (selanjutnya disebut sebagai "*Habitual Residence*" (tempat tinggal sehari-hari)), yang berlaku, dan jika tempat tinggal sehari-hari tidak dapat diketahui, maka hukum negara di mana tempat tinggalnya berada yang berlaku).
- (3) *In case a party has a nationality of a country which has various laws depending on locality, the law designated by the choice provisions under the law of the country shall govern and, in the absence of such provisions, the law of a territorial unit which is most closely connected with the party, shall govern.* (Dalam hal suatu pihak memiliki kewarganegaraan suatu negara yang memiliki sejumlah undang-undang tergantung daerah, hukum yang ditetapkan oleh ketentuan pilihan di bawah hukum negara yang berlaku dan, jika ketentuan tersebut tidak ada, hukum tingkat daerah yang paling terkait dengan pihak yang berlaku).

Dalam hal kapasitas hukum seseorang kemudian diatur lebih lanjut dalam *Article 11* tentang *Legal Capacity* yang menyebutkan bahwa *The legal capacity of a person shall be determined by the law of nationality of the person.* Kapasitas seseorang ditentukan berdasarkan hukum kewarganegaraan orang tersebut.¹⁴⁴

Kemudian pembahasan mengenai penentuan hukum mana yang akan berlaku, dalam Hukum Perdata Internasional Korea, Penerapan Hukum Asing atau Hukum nasional di jabarkan dalam *Article 5 – Article 10*. Sedangkan bunyi *Article 5* pada *Act on Private International Law* terkait dengan *Application of Foreign Law* dijelaskan bahwa *A court shall investigate and apply, on its own initiative, the contents of the foreign law designated by this Act and may request a party's cooperation for the purpose.* "Pengadilan harus menelaah dan menerapkan, atas inisiatifnya sendiri, isi hukum

¹⁴⁴ *Act of Private International Law of The Republic of Korea Article 11 (Legal Capacity)*, diakses melalui laman <http://law.go.kr/lInfoP.do?lsiSeq=179501&urlMode=engLsInfoR&viewCls=engLsInfoR#0000>

asing yang ditetapkan oleh Undang-Undang ini dan dapat meminta kerja sama suatu pihak untuk tujuan ini”.¹⁴⁵ Cakupan yang berlaku dalam penentuan hukum mana yang akan berlaku dalam Hukum Perdata Korea tercantum dalam Article 6 – Article 10 :

Article 6 (Scope of Applicable Law)

When foreign provisions are designated as applicable laws under this Act, the application of such foreign provisions shall not be excluded simply because such provisions have the nature of public law.

Article 7 (Mandatory Application of Acts of Republic of Korea)

In the light of the purpose of legislation, irrespective of the applicable laws, the mandatory provisions of the Republic of Korea shall govern the corresponding legal relations even if foreign laws are designated as applicable laws thereof under this Act.

Article 8 (Exception to Designation of Applicable Law)

(1) In case the applicable law specified by this Act is less related to the corresponding legal relations and the law of another country, which is most closely connected with such legal relations, evidently exists, the law of the other country shall govern.

(2) The provision of paragraph (1) shall not be applied if the parties choose the applicable law by agreement.

Article 9 (Renvoi in Case of Designation of Applicable Law)

(1) In case a foreign law is designated as an applicable law under this Act, when the law of the Republic of Korea shall be applied under the law of that foreign country, the law of the Republic of Korea (except the provisions of the law to designate the applicable law) shall govern.

(2) The provision of paragraph (1) shall not be applied in the following cases:

- 1. Where the parties choose the applicable law by agreement;*
- 2. Where the applicable law of a contract is designated under this Act;*
- 3. Where the applicable law of support is designated under the provision of Article 46;*
- 4. Where the applicable law of the method of will is designated under the provision of Article 50 (3);*
- 5. Where the law of registry of a ship is designated under the provision of Article 60;*
- 6. Besides, where the application of the provision of paragraph (1) is contrary to the purpose of designation under this Act.*

Article 10 (Provisions of Foreign Law Contrary to Social Order)

In case a foreign law shall govern, if the application of provisions of the foreign law shall evidently violate good customs and other social order of the Republic of Korea, the law shall not apply.

¹⁴⁵ Act of Private International Law of The Republic of Korea Article 5 (Application of Foreign Law), diakses melalui laman <http://law.go.kr/lInfoP.do?lsiSeq=179501&urlMode=engLsInfoR&viewCls=engLsInfoR#0000>

C.2. Ketentuan Hukum Keluarga

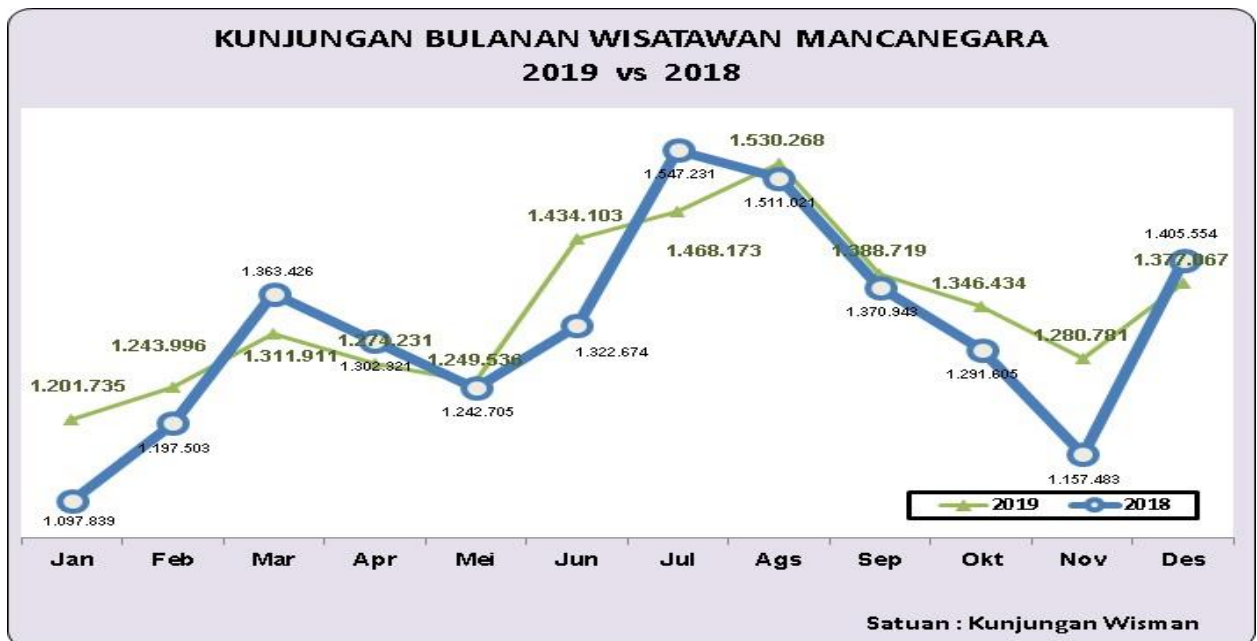
C.2.1 Perkawinan

a. Kondisi saat ini

Sebagai negara yang memiliki keanekaragaman alam, Indonesia merupakan salah negara yang menjadi destinasi wisata. Dimana, kunjungan wisatawan di Indonesia dapat tergambarkan sebagai berikut:

Grafik II. 1

Kunjungan Wisatawan setiap bulan tahun 2018 dan 2019



Kunjungan wisman ke Indonesia melalui seluruh pintu masuk bulan Desember Tahun 2019 adalah berjumlah 1.377.067 kunjungan, atau mengalami penurunan sebesar 2,03% dibandingkan Desember 2018 yang berjumlah 1.405.554 kunjungan, dengan kebangsaan jumlah kunjungan wisman bulan Desember 2019 di 26 pintu masuk utama tercatat kunjungan yang tertinggi berasal dari Malaysia (239.787 kunjungan), Singapura

(207.263 kunjungan), Tiongkok (154.175 kunjungan), Timor Leste (106.643 kunjungan).¹⁴⁶

Sebagai negara yang memiliki potensi pariwisata, terjadinya pernikahan antara wisatawan (WNA) dengan warga lokal WNI dapat terjadi, disamping dapat disebabkan oleh sebab lain. Setidaknya lembaga perkumpulan PerCa mencatat setidaknya lembaga ini mencatat 1.200 orang anggota yang terdata melakukan perkawinan campuran.¹⁴⁷ Keberadaan perkawinan campuran di Indonesia sudah umum dan banyak terjadi. Sebagai contoh yaitu adanya orang-orang asing yang menikah satu sama lain di Indonesia, atau orang-orang asing satu sama lain di Indonesia, atau orang-orang asing yang menikah dengan orang Indonesia hal ini disebut juga perkawinan campuran internasional. Hubungan-hubungan hukum yang mengandung unsur asing (*foreign element*) termasuk ke dalam kaidah HPI. Menurut teori HPI, untuk suatu perkawinan campuran internasional harus memenuhi dua syarat, yaitu syarat material berdasarkan hukum nasional para calon mempelai (dasar hukumnya Pasal 16 AB) dan syarat formil berdasarkan hukum di mana perkawinan dilangsungkan/*lex loci celebrationis* (dasar hukum Pasal 18 AB).

Mengacu kepada pengertian perkawinan campuran menurut Pasal 57 UU No. 1 Tahun 1974 adalah Perkawinan antara dua orang yang ada di Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan karena perbedaan kewarganegaraan dan salah satu pihak berkewarganegaraan Indonesia. Dengan demikian pengertiannya lebih sempit, perkawinan sesama warga negara asing yang terjadi di Indonesia tidak lagi termasuk dalam pengertian perkawinan

¹⁴⁶Kementerian Pariwisata dan Ekonomi Kreatif, 2019, Data Kunjungan Wisatawan Mancanegara Bulanan Tahun 2019, didapat melalui laman <https://www.kemendparekraf.go.id/post/data-kunjungan-wisatawan-mancanegara-bulanan-tahun-2019>, diakses pada 9 Oktober 2020.

¹⁴⁷Ardans, Busrah Hisam, Tribun News, Jadi Tren, *PerCa Catat 1.200 Orang WNA Terlibat Pernikahan Campur*, didapat melalui laman <https://bali.tribunnews.com/2018/04/15/jadi-tren-perca-catat-1200-orang-wna-terlibat-pernikahan-campur>, diakses pada 17 November 2020.

campuran berdasarkan UU No.1 Tahun 1974 ini. Sedangkan untuk perkawinan yang dilakukan diluar Indonesia, perkawinan WNI yang di luar Indonesia diatur dalam pasal 56 UU No. 1 Tahun 1974 yang menyatakan:

- (1) Perkawinan yang dilangsungkan di luar Indonesia antara dua orang warganegara Indonesia atau seorang warga negara Indonesia dengan warganegara asing adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum yang berlaku di negara dimana perkawinan itu dilangsungkan dan bagi warga negara Indonesia tidak melanggar ketentuan Undang-undang ini.
- (2) Dalam waktu 1 (satu) tahun setelah suami isteri itu kembali di wilayah Indonesia, surat bukti perkawinan mereka harus didaftarkan di kantor Pencatatan Perkawinan tempat tinggal mereka.

Dari pasal 56 ayat 1 UU No. 1 Tahun 1974 terlihat ketentuan dalam pasal 16 dan 18 AB secara tidak langsung diterapkan dengan tidak menyebut kembali kedua pasal tersebut. Norma yang menyatakan “perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum yang berlaku di mana perkawinan itu dilangsungkan” merujuk pada pasal 18 AB (*locus regit actum, lex loci celebrationis*), “bentuk perbuatan hukum dalam hal ini perkawinan”, tunduk pada hukum di mana perbuatan hukum itu dilakukan (syarat formal, tentang tata cara). Sedangkan ketentuan yang menyatakan, “bagi warganegara Indonesia tidak melanggar ketentuan Undang-Undang ini”, merujuk pada pasal 16 AB (dalam hal ini merupakan syarat materil), yang tidak boleh dilanggar, seperti ketentuan tentang batas usia menikah, dianutnya perkawinan sipil atau perkawinan agama bagi suatu negara yang tunduk pada status personal seseorang (penganut *civil law* atau *common law*).

Dengan demikian terlihat walaupun secara resmi ketentuan dalam pasal 16, (17) dan 18 AB itu masih berlaku, akan tetapi dalam perundang-undangan tertentu, ketentuan itu telah diterapkan pada hukum positif kita tanpa merujuknya secara eksplisit. Jika di lihat

dari rumusan pasal 57 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan telah memperjelas pengertian perkawinan campuran dan membatasinya hanya pada perkawinan antara seorang Warga Negara Indonesia dengan Warga Negara Asing. Dengan demikian, perkawinan antar sesama Warga Negara Indonesia yang tunduk kepada hukum yang berlainan tidak termasuk ke dalam rumusan Pasal 57 Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Hal demikian itu adalah sejalan dengan pandangan Pemerintah Indonesia yang hanya mengenal pembagian penduduk atau warga negara dengan bukan warga negara dan sejalan juga dengan cita – cita unifikasi hukum yang dituangkan dalam ketentuan – ketentuan Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Hal pertama yang perlu mendapat perhatian ialah bahwa rumusan perkawinan menurut Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, membatasi diri hanya pada perkawinan antara WNI dengan WNA. Sementara itu, perkawinan antar sesama WNI yang tunduk pada hukum yang berlainan, termasuk perkawinan antara agama, tidak termasuk dalam lingkup batasan perkawinan campuran menurut Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Oleh karenanya perlu dipikirkan, dalam penyusunan UU HPI, pengertian “perkawinan campuran”, tidak hanya mengacu pada pengertian Pasal 57 UU No. 1 Tahun 1974, tetapi mengambil alih sebagian dari definisi Pasal 1 GHR (*Regling op de Gemengde Huwelijken*)¹⁴⁸ sehingga bisa berbunyi sebagai berikut:

“Yang dimaksud dengan perkawinan campuran dalam Undang-undang ini adalah perkawinan antara orang-orang yang di Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan karena perbedaan kewarganegaraan, baik antara Warganegara Indonesia dan Warganegara Asing; sesama Warganegara Asing tetapi berbeda

¹⁴⁸ S. 1898-158.

kewarganegaraan, sesama Warganegara Asing tapi berdomisili atau bertempat tinggal di Indonesia.”

Dari uraian tersebut di atas, jelas tercermin unsur HPI, yaitu adanya unsur asing (*foreign element*), berupa perbedaan kewarganegaraan dan domisili baik sebagai TPP atau titik taut pembeda maupun sebagai TPS atau titik taut penentu.

b. Kondisi yang diharapkan

Kondisi yang ada dalam perkawinan campuran adalah bahwa untuk syarat-syarat perkawinan dalam suatu perkawinan campuran tunduk pada hukum nasional masing-masing pihak (prinsip nasionalitas) dan untuk syarat-syarat formil dalam penyelenggaraan perkawinan campuran tunduk pada hukum tempat perkawinan itu dilakukan (*lex loci celebrationis*). Ketentuan ini sejalan dengan UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Kedua syarat ini berlaku secara kumulatif dalam menentukan sahnyanya perkawinan, yang berarti kedua syarat ini harus terpenuhi secara penuh. Dari kondisi tersebut diharapkan adanya perubahan dalam menentukan syarat sahnyanya perkawinan yaitu bahwa syarat perkawinan tersebut dapat ditentukan dengan *lex loci celebrationis* tetapi dengan tidak bertentangan dengan ketertiban umum baik di negara para pihak atau di negara tempat diselenggarakannya perkawinan.

Dengan adanya perubahan pengaturan ini diharapkan kasus-kasus perkawinan beda agama yang tidak bisa dilakukan di Indonesia, mereka menikah di luar negeri secara sipil untuk menghindari ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia, dapat dikategorikan sebagai penyelundupan hukum yang keabsahannya dipertanyakan. Dalam UU HPI yang akan datang harus diatur apakah perbuatan yang dilakukan secara menyelundupkan hukum yang dilakukan di luar negeri itu dapat diterima keabsahannya atau tidak. Misalnya di negara bagian Arizona, Amerika Serikat, dalam Arizona Code 1939, paragraf 108 dinyatakan, bahwa semua perkawinan yang dilakukan di luar Arizona sesuai dengan asas *lex*

loci celebrationis diakui sebagai sah. Akan tetapi para mempelai yang bertempat tinggal di dalam wilayah Arizona, tidak dapat mengelakkan kaidah-kaidah perkawinan negara bagian tersebut bilamana dengan sengaja mereka telah berpergian ke luar negeri dengan maksud untuk menyelundupkan hukum.¹⁴⁹ Akan tetapi di negara lain, seperti Argentina, terdapat ketentuan yang berlainan. Pasal 159 Code Civil Argentina mengatur bahwa sahnya suatu perkawinan ditentukan oleh hukum yang berlaku pada tempat dilangsungkannya perkawinan (*lex loci celebrationis*). Hal ini berlaku pula apabila para pihak telah meninggalkan tempat tinggal mereka dengan tujuan agar supaya tidak takluk di bawah formalitas-formalitas dan undang-undang yang berlaku di sana. Dengan demikian, apabila UU HPI yang akan datang mengatur perkawinan yang dilangsungkan di luar negeri tunduk pada asas *lex loci celebrationis* dengan tetap menjunjung ketertiban umum yang berlaku di negara para pihak maupun tempat perkawinan dilangsungkan sehingga dapat memberikan solusi bagi permasalahan masyarakat selama ini dan tidak menimbulkan konflik hukum dan penyelundupan hukum.

c. Hambatan yang dihadapi dalam mencapai kondisi yang diharapkan.

Dalam UU No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan Pasal 56 ayat (1) telah menentukan bahwa perkawinan campuran adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum yang berlaku di negara dimana perkawinan itu dilangsungkan dan bagi warganegara Indonesia tidak melanggar ketentuan-ketentuan Undang-undang ini. Ketentuan dalam UU Perkawinan ini adalah peraturan yang akan diberlakukan atas perkawinan sebagai asas *lex specialis* dari peraturan perundang-undangan yang setara, ataupun *lex superior* jika ada pengaturan dibawah UU yang mengatur tentang perkawinan. Hal ini

¹⁴⁹ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Buku Keempat (Bandung: Alumni, 1989), hal 284-285.

lah yang membuat perubahan atas ketentuan perkawinan baik yang non campuran atau campuran terhambat.

Selain dengan peraturan perundang-undangan tertulis, peraturan tidak tertulis yang saat ini hidup dimasyarakat pun dapat menjadi hambatan adanya perubahan kebijakan ini. Sebagai contohnya pandangan masyarakat yang masih menganggap perkawinan adalah suatu yang sakral (berhubungan agama) masih belum terlepas sehingga adanya kebijakan yang akan memisahkan antara perkawinan dan agama secara jelas akan mendapatkan pertentangan. Hal ini lah yang menjadikan latar belakang bahwa dalam pengaturan tentang perkawinan campuran ini tidak dapat diatur secara jelas melainkan dengan menyerahkan kembali pengaturan tersebut kepada masyarakat dengan alas ketertiban umum.

Disamping itu, keabsahan perkawinan yang hanya didasarkan pada tempat terjadinya perkawinan semata (*lex loci celebrationis*) tanpa melihat ketentuan hukum nasional (ketertiban umum) akan mengganggu sistem hukum nasional yang ada. Hal ini mengingat bahwa hukum perkawinan di tiap-tiap negara berbeda dan adanya konflik atas prinsip perkawinan sangat mungkin terjadi. Sebagai contohnya, di beberapa negara¹⁵⁰ telah disetujui/disahkan terjadinya perkawinan sejenis dan hal ini bertentangan dengan prinsip perkawinan di Indonesia yang menjelaskan bahwa perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang laki-laki dan perempuan sebagai suami istri. Ketentuan sahnya perkawinan yang hanya berdasar pada asas *lex loci celebrationis* dapat digunakan oleh pasangan-pasangan sejenis WNI untuk melegalkan perkawinannya dengan melakukannya di luar negeri sehingga diperlukan asas ketertiban umum dalam melakukan seleksi.

d. Perbandingan penyelenggaraan perkawinan di negara lain

¹⁵⁰ Dalam <http://news.liputan6.com/read/2260668/pernikahan-sesama-jenis-dilegalkan-di-23-negara-ini>, dijelaskan bahwa ada 23 Negara yang telah melegalkan perkawinan sejenis, termasuk didalamnya US dan negara bagiannya.

1. Negara Swiss

Otoritas Swiss memiliki yurisdiksi terhadap pelaksanaan perkawinan ketika salah satu pasangan memiliki status habitual residence di Swiss atau warga negara Swiss. Bahkan warga negara tanpa habitual residence di Swiss dapat melakukan pernikahan di Swiss, jika pernikahan tersebut diakui dalam status kewarganegaraan atau habitual residence kedua pasangan.¹⁵¹ Hal tersebut tercantum pada Article 43 yang berbunyi :

- (1) *The Swiss authorities have jurisdiction to celebrate a marriage if one of the prospective spouses is domiciled in Switzerland or has Swiss nationality.* (Otoritas Swiss memiliki yurisdiksi untuk melaksanakan perayaan perkawinan apabila mempelai wanita atau mempelai pria berdomisili di Swiss atau merupakan warga negara Swiss).
- (2) *Foreign prospective spouses who are not domiciled in Switzerland may also be authorized by the competent authority to marry there, provided such marriage is recognized in the state of their domicile or in their national state.* (Pasangan asing yang tidak memiliki domisili Swiss juga dapat diizinkan untuk menikah di Swiss oleh otoritas yang memiliki yurisdiksi apabila perkawinan tersebut diakui di Negara tempat domisili atau kewarganegaraan mempelai wanita dan mempelai pria).
- (3) *Such authorization may not be denied on the sole ground that a divorce granted or recognized in Switzerland is not recognized in the foreign country.* (Izin tidak boleh ditolak semata-mata karena suatu perceraian yang dikabulkan atau diakui di Swiss tidak diakui di luar negeri).

Hukum yang akan diberlakukan berkaitan dengan perkawinan yang terdapat unsur asing yang dilakukan di Swiss adalah hukum

¹⁵¹ Professor Francois Dessemontet, Universities of Lausanne and Fribourg (Switzerland) dan Professor Walter Stoffel, University of Fribourg, Private International Law, diakses pada laman <https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Intro%20Sw%20Law.pdf>

Swiss. Pernikahan akan dilakukan di Swiss ketika kondisi hukum Swiss atau hukum Negara kewarganegaraan salah satu pasangan terpenuhi. Pengaturan tersebut dinyatakan dalam Article 44 yang menjelaskan bahwa :

- (1) *Syarat substantif bagi perkawinan di Swiss diatur oleh hukum Swiss.*
- (2) *Apabila syarat berdasarkan hukum Swiss tidak terpenuhi, suatu perkawinan di antara orang asing tetap dapat dilaksanakan apabila syarat hukum di Negara tempat kewarganegaraan mempelai wanita atau mempelai pria terpenuhi.*
- (3) *Bentuk perayaan perkawinan di Swiss diatur oleh hukum Swiss.*

Legislator dan hakim pengadilan di Swiss berusaha menghindari perkawinan yang sah di negara asing, tetapi tidak di Swiss. Oleh karena itu, Hukum perdata Internasional sangat murah hati sehubungan dengan pengakuan perkawinan yang melibatkan unsur asing.¹⁵² Perkawinan apa pun yang dilakukan secara sah di luar negeri diakui di Swiss, kecuali jika pasangan atau pasangan Swiss yang memiliki habitual residence di Swiss telah mencoba untuk melakukan perbuatan penipuan hukum Swiss. Hal tersebut termuat dalam Article 45 :

- (1) *Perkawinan yang dirayakan secara sah di luar negeri diakui di Swiss.*
- (2) *Apabila mempelai wanita atau mempelai pria merupakan warga negara Swiss atau apabila keduanya berdomisili di Swiss, perkawinan yang dilaksanakan di luar negeri diakui kecuali apabila upacara perkawinan dilaksanakan di luar negeri dengan tujuan jelas menghindari ketentuan hukum Swiss terkait batalnya perkawinan demi hukum.*

¹⁵² *Ibid*

Perkawinan yang dilaksanakan secara sah di luar negeri di antara orang-orang yang berjenis kelamin sama diakui di Swiss sebagai kemitraan terdaftar (registered partnership).

C.2.2. Pembatalan Perkawinan

a. Kondisi saat ini

Perkawinan pada pokoknya merupakan suatu peristiwa hukum layaknya suatu perikatan yang terhadapnya dapat dilakukan pembatalan. Pembatalan perkawinan tersebut mengacu pada UU Perkawinan diatur dalam Pasal 22 sampai dengan Pasal 28 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, dimana perkawinan tersebut dilakukan dengan memenuhi unsur sebagai berikut:

- a. Perkawinan dilangsungkan di bawah ancaman yang melanggar hukum (Pasal 27 UU No. 1 Tahun 1974);
- b. Salah satu pihak memalsukan identitas dirinya (Pasal 27 UU No. 1 Tahun 1974). Identitas palsu misalnya tentang status, usia atau agama;
- c. Suami/istri yang masih mempunyai ikatan perkawinan dan melakukan perkawinan tanpa seizin dan sepengetahuan pihak lainnya (Pasal 24 UU No. 1 Tahun 1974); atau
- d. Perkawinan yang tidak sesuai dengan syarat-syarat perkawinan (Pasal 22 UU No. 1 Tahun 1974).

Selanjutnya terkait akibat dari pembatalan perkawinan itu sendiri, terdapat beberapa akibat hukum dari putusan pengadilan mengenai batalnya suatu perkawinan yang tidak berlaku surut sebagaimana diatur dalam Pasal 28 ayat (2) UU Nomor 1 Tahun 1974 yaitu:

- a. Anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut;
- b. Suami atau isteri yang bertindak dengan itikad baik, kecuali terhadap harta bersama, bila pembatalan perkawinan didasarkan atas adanya perkawinan lain;
- c. Orang-orang ketiga lainnya tidak termasuk dalam a dan b sepanjang mereka memperoleh hak-hak dengan itikad baik

sebelum keputusan tentang pembatalan mempunyai kekuatan hukum yang tetap.

Sementara itu, pembatalan perkawinan menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 85 berlaku asas pokok bahwa tiada suatu perkawinan menjadi batal karena hukum. Pernyataan batal suatu perkawinan yang bertentangan dengan undang-undang disyaratkan adanya keputusan pengadilan. Dalam Pasal 95 KUHPerdato, suatu perkawinan, walaupun telah dinyatakan batal, mempunyai segala akibat perdatanya, baik terhadap suami, istri, maupun terhadap anak-anak mereka, bila perkawinan itu dilangsungkan dengan itikad baik oleh kedua suami-istri itu.

b. Kondisi diharapkan

Tindakan hukum yang dilakukan oleh instansi pemerintah Indonesia atas adanya pelanggaran pemenuhan syarat materiil atas perkawinan yang diselenggarakan di luar negeri (penyelundupan hukum perkawinan) mengingat selama ini tidak ada tindakan atau pernyataan yang dikeluarkan oleh instansi pemerintah (Catatan Sipil) atas penyelundupan hukum tersebut. Terkait perkawinan yang melanggar syarat materiil hanya tidak dapat dicatatkan di Indonesia tetapi tidak ada surat/penetapan/pernyataan yang dikeluarkan oleh catatan sipil yang berbunyi perkawinan tersebut tidak sah.

Upaya pembatalan perkawinan dilakukan berdasarkan hukum dari tempat yang menetapkan dan memberlakukan persyaratan materiil perkawinan yang bersangkutan. Apabila alasan-alasan pembatalan perkawinan itu adalah kekeliruan, penipuan atau paksaan, maka hukum yang berlaku untuk pembatalan perkawinan adalah hukum dari negara tempat perkawinan diresmikan atau dapat dilakukan ditempat tinggal kedua suami isteri, suami atau isteri. Adapun terhadap perkawinan yang bertentangan dengan syarat-syarat perkawinan dapat dinyatakan tidak sah atau batal demi hukum. Hal ini berlaku juga terhadap perkawinan campuran ataupun perkawinan yang dilangsungkan di luar negeri, harus

mengacu kepada syarat sahnya perkawinan, yang dapat dimohonkan oleh pihak-pihak sebagaimana dalam UU Perkawinan. Akibat hukum atas perkawinan yang dibatalkan tersebut juga dinyatakan batal demi hukum kecuali terhadap kewajiban atas pihak ketiga yang beriktikad baik

Dalam kaitannya dengan anak berlaku ketentuan kepentingan terbaik untuk anak (*the best interest for children*) berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan. Sebaiknya terhadap status anak yang berasal dari perkawinan campuran ataupun perkawinan luar negeri putusan pembatalan perkawinan tidak berlaku surut terhadap anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut. Oleh karena itu walaupun perkawinan kedua orangtuanya oleh pengadilan telah diputuskan dibatalkan, akan tetapi putusan pengadilan tidak mempengaruhi kedudukan anak yang dilahirkan dalam perkawinan tersebut. Mereka tetap dianggap anak sah yang dilahirkan dari suatu perkawinan yang sah. Pembatalan perkawinan dalam pada perkawinan campuran membawa akibat hukum terhadap hubungan hukum yang lahir akibat peristiwa hukum perkawinan tersebut.

Selain itu, dalam pengaturan RUU HPI kedepannya merespon terhadap perkembangan adanya perkawinan sejenis antara lain terdapat pada 30 negara termasuk pada negara bagiannya, sebagai berikut: Argentina (2010) Australia (2017) Austria (2019) Belgia (2003) Brasil (2013) Kanada (2005) Colombia (2016) Denmark (2012) Ekuador (2019) Inggris dan Wales (2013) Finlandia (2015) Perancis (2013) Jerman (2017) Greenland (2015) Islandia (2010) Irlandia (2015) Luxemburg (2014) Malta (2017) Belanda (2001) Selandia Baru (2013) Norwegia (2008) Portugal (2010) Skotlandia (2014) Afrika Selatan (2006) Spanyol (2005) Swedia (2009) Taiwan (2019) Amerika Serikat (2015) Uruguay (2013) Meksiko (2009).¹⁵³ Selain itu,

¹⁵³Prihatini, Destri Ananda, 2019, Tirto.id, Daftar Negara yang Melegalkan Pernikahan Sesama Jenis <https://tirto.id/daftar-negara-yang-melegalkan-pernikahan-sesama-jenis-ekhs>, diakses 23 September 2020.

maraknya perkawinan yang dilakukan untuk tujuan komersialisasi¹⁵⁴ yang marak dilakukan WNA dengan WNI di Indonesia untuk tujuan bukan untuk membentuk keluarga. Terhadap hal tersebut kiranya perlu dipertegas dalam RUU HPI bahwa perkawinan luar negeri ataupun pengakuan perkawinan yang sah untuk diakui berdasarkan sistem hukum keperdataan ataupun hukum publik Indonesia, adalah perkawinan yang dilangsungkan berdasarkan nilai Ketuhanan Yang Maha Esa oleh seorang pria dan seorang wanita dengan tujuan membentuk keluarga.

C.2.3. Kekayaan Perkawinan

a. Kondisi saat ini

Setiap WNI yang menikah dengan WNA, setelah perkawinan, memang tidak diperbolehkan untuk memiliki hak atas tanah yang berupa Hak Milik, Hak Guna Usaha ataupun Hak Guna Bangunan. Kondisi ini disebabkan oleh ketentuan Pasal 35 UU Perkawinan yang menyatakan bahwa harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Akibat percampuran harta yang diperoleh setelah perkawinan, dan pasangan yang berstatus WNA akan turut menjadi pemilik atas harta bersama tersebut. Sedangkan merujuk pada ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, WNA tidak boleh memiliki Hak Milik, Hak Guna Usaha ataupun Hak Guna Bangunan.¹⁵⁵

Harta benda dalam perkawinan pasal 35 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 yang secara lengkap berbunyi sebagai berikut: (1) Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta benda bersama. (2) Harta bawaan dari masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para

¹⁵⁴ Suryani, Bhekti, 2019, *Harian Jogja*, Praktik Kawin Kontrak di Indonesia Mengkhawatirkan, didapat melalui laman <https://news.harianjogja.com/read/2019/06/16/500/998920/praktik-kawin-kontrak-di-indonesia-mengkhawatirkan>, diakses pada 9 Oktober 2020.

¹⁵⁵Tobing, Letezia, 2017, *Hukum Online*, Permasalahan Perkawinan Campuran dan Harta Bersama, didapat melalui laman <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt4c529ced60c02/permasalahan-perkawinan-campuran-dan-harta-bersama/>, diakses pada 9 Oktober 2020.

pihak tidak menentukan lain. Sama halnya dengan harta benda, dalam harta perkawinan dapat dibagi atas harta tetap dan harta bergerak. Perbedaan akan benda ini pun berpengaruh atas akibat hukum atas hak kebendaan tersebut.

Berkaitan dengan hak atas tanah Dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria dinyatakan bahwa hanya Warga Negara Indonesia (WNI) saja yang dapat memiliki Hak Milik atas tanah. Sehingga bagi perkawinan campuran yang tidak menentukan lain atas harta kekayaan dalam perkawinan (dengan perjanjian pranikah), tidak dapat memiliki tanah dengan hak milik akibat adanya percampuran harta perkawinan dengan WNA. Selain itu, dalam Pasal 21 ayat (1) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA) menyebutkan bahwa hanya warga negara Indonesia dapat mempunyai hak milik. Bunyi pasal tersebut menegaskan bahwa tidak mengizinkan warga negara asing untuk memiliki mempunyai hak milik atas tanah di Indonesia, hal ini juga sejalan dengan ketentuan dalam peraturan perundang-undangan tentang kewarganegaraan, dimana baik laki-laki/perempuan WNI yang kawin dengan WNA akan kehilangan kewarganegaraan jika menurut hukum negara asal suami/istrinya, kewarganegaraan mengikuti kewarganegaraan suami/istri akibat perkawinan tersebut.¹⁵⁶ Namun, agar WNI tersebut tetap berstatus WNI, harus mengajukan pernyataan untuk menjadi WNI kepada Pejabat atau Perwakilan Republik Indonesia yang wilayahnya meliputi tempat tinggal perempuan atau laki-laki tersebut setelah 3 (tiga) tahun sejak berlangsungnya perkawinan, kecuali pengajuan tersebut mengakibatkan kewarganegaraan ganda¹⁵⁷.

Ketentuan ini mengakibatkan bagi WNI yang melakukan perkawinan dengan WNA (dimana di negara WNA ini mensyaratkan pasangan mengikuti warga negara) maka WNI harus melepaskan

¹⁵⁶ Pasal 26 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 12 tahun 2006 tentang Kewarganegaraan

¹⁵⁷ Pasal 26 ayat (2) UU No. 12 tahun 2006 tentang Kewarganegaraan

status Hak Milik, Hak Guna Bangunan (HGB), Hak Guna Usaha (HGU), Hak Milik atas Satuan Rumah Susun di atas tanah HGB, baik karena pewarisan, peralihan hak melalui jual-beli, hibah atau wasiat, maka dia wajib melepaskan hak-haknya. Namun, ketentuan hukum nasional memberikan jalan keluar dalam hal tidak ingin adanya percampuran harta melalui adanya Perjanjian Perkawinan. Hal ini bertujuan untuk memberikan batasan terhadap harta bawaan dari masing-masing.¹⁵⁸ Apabila WNI tersebut beralih menjadi WNA, maka WNA memperoleh hak milik, maka harus dilakukan pelepasan hak tersebut dengan cara menjual atau menghibahkan hak-hak atas tanah tersebut dalam jangka waktu 1 (satu) tahun sejak diperolehnya hak-hak tersebut.¹⁵⁹ Ketentuan diatas sejalan dengan asas *lex rei sitae* yaitu untuk hak kebendaan berlaku hukum negara di mana benda tersebut terletak.

Dalam realita terkait dengan kepemilikan benda ini, terdapat sejumlah kondisi terkait hal tersebut di beberapa daerah dimana fakta hukum menarik terjadi, yaitu sebagai berikut ini.

1) Provinsi Bali

Di Provinsi Bali ditemukan sejumlah kasus WNA memiliki tanah dengan menggunakan perjanjian *nominee* dalam kepemilikan tanah. Dalam Pasal 21 ayat (1) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA) menyebutkan bahwa “Hanya warga negara Indonesia dapat mempunyai hak milik”. Bunyi pasal tersebut menegaskan bahwa tidak mengizinkan warga negara asing untuk memiliki mempunyai hak milik atas tanah di Indonesia. Hanya warga negara Indonesia sajalah yang berhak untuk memiliki hak milik atas tanah di Indonesia. Kondisi tersebut membuat para pihak investor berkepentingan untuk mencari jalan lain untuk menyiasati hal tersebut. Cara yang kemudian digunakan adalah

¹⁵⁸ Pasal 35 UU Perkawinan

¹⁵⁹ Pasal 21 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria

dengan membuat perjanjian *nominee* antara warga negara Indonesia dan warga negara asing, yaitu dengan menggunakan nama pihak lain yang merupakan warga negara Indonesia yang ditunjuk sebagai *nominee* untuk didaftarkan sebagai pemilik atas tanah tersebut.

2) Manado, Provinsi Sulawesi Utara

Dalam hal perkawinan adalah pasangan campuran, hal menarik yang ditemukan adalah bahwa dalam praktik biasanya notaris tidak mau memproses jika suami/istri yang WNI tersebut ingin membeli tanah/aset di wilayah Indonesia, sehingga WNI tersebut minta izin dari pengadilan untuk mendapatkan penetapan yang berisi bahwa aset yang akan dibeli atas nama istri karena terjadi pemisahan harta. Dengan demikian, agar tidak terjadi praktik *nominee* dalam pembelian tanah atau aset, notaris melakukan terobosan dengan mendorong suami atau istri hasil perkawinan campuran untuk membuat perjanjian pemisahan harta dan/atau meminta izin dari pengadilan untuk memperoleh aset atas nama pasangan yang berstatus WNI karena terjadi pemisahan harta.

Hal berbeda dalam perkembangannya diperlakukan khusus untuk yang bukan hak milik. Dimana dalam perkembangannya UU No.5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Pokok Agraria (UUPA) membuka kesempatan kepada WNA yang berkedudukan di Indonesia termasuk badan hukum asing yang memiliki kantor perwakilan di Indonesia untuk memperoleh Hak Pakai.¹⁶⁰ Dimana, dalam perkembangannya pemerintah perlu memberikan kepastian hukum pemilikan rumah tempat tinggal atau hunian oleh orang asing yang berkedudukan di Indonesia, dengan membentuk Peraturan Pemerintah Nomor 103 Tahun 2015 tentang Pemilikan

¹⁶⁰ Pasal 42 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria

Rumah Tempat Tinggal atau Hunian Oleh Orang Asing yang Berkedudukan di Indonesia. Ketentuan tersebut membolehkan WNA untuk dapat memiliki rumah untuk tempat tinggal atau hunian dengan Hak Pakai, dan dapat diwariskan kepada ahli waris WNA.¹⁶¹ Lebih dari itu, ketentuan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 103 Tahun 2015 melahirkan kepastian hukum bagi WNI yang melangsungkan pernikahan dengan WNA, dan dapat memiliki hak atas tanah yang sama dengan WNI lainnya.

b. Kondisi yang Diharapkan

Untuk memberikan kepastian hukum terhadap kedudukan harta perkawinan dari adanya perkawinan campuran, dalam hal para pihak tidak mengadakan perjanjian perkawinan, perlu diatur penentuan status hukum terhadap harta kekayaan perkawinan. Harta kekayaan perkawinan meliputi harta yang diperoleh selama berlangsungnya sebuah perkawinan yang sah dan yang mencakup harta yang dimiliki oleh salah satu pihak atau para pihak sebelum perkawinan ataupun setelah perkawinan berlangsung, sepanjang tidak dilakukan kesepakatan melalui Perjanjian Perkawinan dan salah satu pihak mempertahankan kewarganegaraan WNI-nya. Status harta benda perkawinan antara suami isteri yang berbeda kewarganegaraan diatur oleh hukum yang dipilih oleh para pihak dengan ketentuan:

1. hukum yang dipilih para pihak adalah hukum nasional suami atau isteri pada saat pilihan hukum dilakukan;
2. hukum negara yang merupakan tempat kediaman sehari-hari suami atau isteri pada saat pilihan hukum dilakukan, atau
3. hukum dari negara yang merupakan tempat kediaman biasa sehari-hari suami atau isteri setelah perkawinan dilangsungkan.

¹⁶¹ Pasal 2 PP Nomor 103 Tahun 2015

4. hukum dari negara tempat kediaman sehari-hari bersama para pihak selama perkawinan berlangsung;
5. hukum dari negara dari tempat kediaman sehari-hari salah satu pihak yang dianggap memiliki kaitan paling nyata dan substansial dengan harta perkawinan apabila tempat kediaman sehari-hari tidak dapat ditentukan.

Namun jika para pihak tidak melakukan pilihan hukum, maka hukum yang berlaku adalah hukum intern dari negara yang merupakan tempat kediaman sehari-hari pertama dari suami isteri atau hukum tempat kediaman pertama setelah perkawinan dilangsungkan. Apabila para pihak tidak melakukan pilihan hukum, maka hukum yang berlaku hukum intern dari negara yang merupakan tempat kediaman sehari-hari pertama dari suami isteri atau hukum tempat kediaman pertama setelah perkawinan dilangsungkan. Perkembangan pilihan hukum saat ini pun, memberikan sebuah pilihan baru dalam menentukan hukum apa yang harusnya diberlakukan terhadap benda bergerak, yaitu hukum tempat dimana benda itu didaftarkan. Hal ini pun dapat dijadikan sebuah pilihan hukum dalam menentukan hukum dari harta benda perkawinan. Berkenaan dengan benda tak bergerak dalam perjanjian perkawinan sekalipun telah dilakukan pilihan hukum tersebut, hukum yang berlaku adalah hukum negara tempat benda tersebut terletak. Kemampuan hukum untuk mengadakan perjanjian perkawinan mengenai harta benda bersangkutan diatur oleh hukum nasional masing-masing pihak.

Untuk mencapai harapan tersebut, adapun hambatan yang dihadapi dalam mencapai kondisi itu adalah. Bahwa, kepemilikan atas hak kebendaan di Indonesia masih terbatas oleh kewarnanegaraan, contohnya adalah hak milik atas properti (tanah) yang dalam UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria Pasal Pasal 21 ayat (1) menjelaskan bahwa hanya WNI yang dapat mempunyai hak milik. Sehingga harta benda atas

perkawinan campuran pun akan terbatas pada ketentuan dimana letak benda tersebut atau pada tempat dimana benda itu didaftarkan. Pembagian jenis kebendaan atas benda bergerak dan tetap sudah tidak sesuai lagi dengan jenis kebendaan saat ini, karena penerapan tidak bisa disamakan satu sama lain meskipun jenisnya sama benda bergerak atau benda tetap.

C.2.4 Perjanjian Perkawinan

a. Kondisi saat ini

Perkawinan yang dilakukan oleh suami istri secara sah akan membawa konsekuensi dan akibat-akibat di bidang hukum salah satunya dalam bidang hukum kekayaan. Suami istri yang terikat dalam perkawinan sah akan mempunyai harta benda baik yang diperoleh sebelum perkawinan maupun selama perkawinan. Tindakan preventif untuk mengantisipasi terjadinya konflik sebelum melakukan perkawinan adalah dengan membuat perjanjian perkawinan.

Pasal 119 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata memberikan kemungkinan kepada calon suami istri untuk mengatur harta yang akan dibawa dalam perkawinan menyimpang dari prinsip pokok yang terkandung dalam ketentuan Pasal 119 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tersebut. Penyimpangan yang dimaksud harus dituangkan dalam perjanjian yang disebut perjanjian perkawinan. Dengan demikian, perjanjian perkawinan adalah suatu perjanjian yang diadakan atau dibuat oleh calon suami istri sebelum perkawinan dilangsungkan yang bertujuan untuk mengatur hak dan kewajiban suami istri atas harta kekayaan masing-masing yang dibawa ke dalam perkawinan, menyimpang dari prinsip harta campuran bulat¹⁶². Saat ini, perjanjian perkawinan bahkan dapat dilangsungkan setelah perkawinan berlangsung. Hal ini didasarkan kepada Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) No.

¹⁶² Wahyono Darmabrata, Hukum Perkawinan Perdata, Syarat Sahnya Perkawinan Hak dan Kewajiban Suami Istri Harta Benda Perkawinan, Jilid 1, Penerbit Rizkita, Jakarta 2009, hal 161.

69/PUU-XIII/2015 yang telah memperluas makna perjanjian perkawinan sehingga perjanjian tersebut tidak lagi dimaknai hanya perjanjian yang dibuat sebelum perkawinan (*prenuptial agreement*) namun juga bisa dibuat setelah perkawinan berlangsung (*postnuptial agreement*).¹⁶³

Perjanjian perkawinan dapat menjadi hal yang penting manaka WNI ingin melangsungkan perkawinan dengan WNA. Hal ini disebabkan karena dengan dibuatnya perjanjian kawin tersebut, maka suami/istri yang berkewarganeraan Indonesia tetap memiliki benda tak bergerak seperti tanah ataupun rumah. Perjanjian perkawinan pada prinsipnya merupakan bentuk kesepakatan. Oleh karenanya, perjanjian perkawinan termasuk dalam hukum perjanjian buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1338. Para pihak yang berjanji bebas membuat perjanjian selama tidak melanggar kesusilaan, ketertiban umum, dan undang-undang. Biasanya berisi pengaturan penyelesaian dari masalah yang kira-kira akan timbul selama masa perkawinan yaitu antara lain¹⁶⁴:

- 1) Tentang pemisahan harta kekayaan. Pemisahan harta kekayaan yang diperoleh sebelum perkawinan yaitu segala harta benda yang diperoleh sebelum perkawinan dilangsungkan yang biasa disebut harta bawaan yang didalamnya bisa termasuk harta warisan atau hibah disebutkan dalam harta apa saja yang sebelumnya dimiliki suami atau istri;
- 2) Pemisahan harta pencaharian/pendapatan yang diperoleh selama perkawinan atau mengenai tidak adanya pencampuran harta pendapatan maupun aset-aset baik selama perkawinan itu

¹⁶³ Nayara Advocacy, *Keberlakuan Putusan MK tentang Perjanjian Kawin terhadap Perkawinan WNI*, Klinik, Rabu 7 Desember 2016, <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt5847e8ddabfea/keberlakuan-putusan-mk-tentang-perjanjian-kawin-terhadap-perkawinan-wni/>, diakses 10 Juni 2019.

¹⁶⁴ Mike Rini, *Perlukan Perjanjian Pranikah, will you say "I do" to Prenuptial Agreement*. Dikutip dari Danareksa.com, <http://www.perencanaankeuangan.com>, 2002, diakses pada tanggal 15 Mei 2019, pukul 09.00

berlangsung maupun apabila terjadi perpisahan, perceraian, atau kematian;

- 3) Tetapi untuk hal pemisahan pendapatan para pihak tidak boleh melupakan hak dan kewajiban suami sebagai kepala rumah tangga, seperti dikatakan dalam Pasal 48 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam (KHI): “Apabila dibuat perjanjian perkawinan tersebut tidak boleh menghilangkan kewajiban suami untuk memenuhi kebutuhan rumah tangga”. Dalam ayat (2) dikatakan bahwa: “Apabila perjanjian perkawinan tidak memenuhi ketentuan tersebut dalam ayat (1) dianggap tetap terjadi pemisahan harta bersama atau harta syarikat dengan kewajiban suami menanggung biaya kebutuhan rumah tangga”. Untuk biaya kebutuhan rumah tangga, istri dapat membantu suami dalam menanggung biaya kebutuhan tersebut, hal mana bisa diperjanjikan dalam perjanjian perkawinan atau mungkin dalam rangka proses cerai, ingin memisahkan harta, bisa saja diperjanjikan tentang bagaimana cara pembagian harta.
- 4) Pemisahan harta juga termasuk pemisahan utang, jadi dalam perjanjian pra nikah bisa juga diatur mengenai masalah utang yang akan tetap menjadi tanggungan dari pihak yang membawa atau mengadakan utang itu. Utang yang dimaksud adalah utang yang terjadi sebelum perkawinan, selama masa perkawinan, setelah perceraian, dan bahkan kematian.
- 5) Tidak terbatas pada masalah keuangan saja, isi perjanjian perkawinan bisa meliputi hal-hal yang kira-kira dapat berpotensi menimbulkan masalah selama perkawinan antara lain hak dan kewajiban suami-istri dalam perkawinan, tentang pekerjaan tentang para pihak tidak boleh melakukan hal-hal sebagaimana diatur dalam kekerasan dalam rumah tangga, tidak adanya percampuran harta pendapatan maupun aset-aset baik selama perkawinan itu berlangsung maupun apabila terjadi perpisahan, perceraian ataupun kematian juga tentang warisan dan hibah.

- 6) Pada perjanjian perkawinan juga dapat menyebutkan tentang tanggung jawab terhadap anak-anak yang dilahirkan selama perkawinan baik dari segi pengeluaran sehari-hari maupun dari segi pendidikan. Walaupun pada prinsipnya semua orang tua bertanggung jawab terhadap pendidikan, kesehatan dan tumbuh kembang anak, sehingga istri juga ikut bertanggung jawab dalam hal ini, itu semua bisa disepakati bersama demi kepentingan anak.

Menurut Pasal 147 KUH Perdata bahwa perjanjian perkawinan harus dibuat dengan akta notaris dan dapat dibuat sebelum perkawinan berlangsung dan mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan. Dalam KUH Perdata, terkandung asas-asas yang menentukan bahwa kedua belah pihak bebas untuk menentukan isi dari perjanjian perkawinan supaya perjanjian tersebut tidak cacat hukum, kebebasan membuat isi perjanjian perkawinan tersebut harus dibatasi dengan ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

- 1) Tidak membuat janji-janji yang bertentangan dengan kesusilaan dan ketertiban umum;
- 2) Isi perjanjian perkawinan memuat hak-hak yang timbul dari kekuasaan suami sebagai kepala rumah tangga;
- 3) Tidak membuat janji-janji yang mengandung pelepasan hak atas harta peninggalan keluarga;
- 4) Tidak membuat janji-janji bahwa salah satu pihak akan memikul hutang lebih besar dari bagian aktiva.

Mengenai boleh tidaknya isi perjanjian perkawinan diubah selama perkawinan telah ditentukan di dalam Pasal 149 KUH Perdata yang menyebutkan bahwa setelah perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dengan cara bagaimanapun tak boleh diubah. Namun demikian, Pasal 29 ayat (4) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menyatakan bahwa perjanjian perkawinan hanya bisa diubah atau dicabut jika ada persetujuan untuk mengubah atau

mencabut, dan perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga.¹⁶⁵

b. Kondisi yang diharapkan

Sebagaimana telah dibahas pada sub bab kekayaan perkawinan, penentuan akibat hukum terhadap kekayaan perkawinan dipengaruhi juga oleh ada tidaknya perjanjian perkawinan. Jika para pihak memiliki perjanjian perkawinan maka hukumnya tunduk pada apa yang disepakati para pihak dalam perjanjian perkawinan. Merujuk pada konstruksi tersebut, keberadaan perjanjian perkawinan adalah penting. Oleh karena itu perlu ditentukan pula suatu pengaturan yang dapat menjadi pedoman dalam menunjuk status hukum dari suatu perjanjian perkawinan dalam suatu perkawinan transnasional dalam hal terjadi masalah.

Bagi suami istri yang mempunyai kewarganegaraan yang sama syarat-syarat materiil dan akibat hukum dari perjanjian perkawinan itu diatur oleh hukum nasional mereka. Sementara bagi suami istri yang mempunyai kewarganegaraan berbeda syarat-syarat materiil dan akibat hukum dari perjanjian perkawinan itu diatur oleh hukum tempat para pihak berkediaman tetap bersama pada saat perkawinan berlangsung. Jika tidak ada pilihan hukum, maka yang berlaku adalah hukum dari tempat kediaman sehari-hari pertama dari suami isteri.

Sebagai suatu perjanjian yang dibuat oleh sepasang suami-isteri dalam sebuah perkawinan transnasional merupakan kesepakatan para pihak tentang harta kekayaan perkawinan, termasuk namun pada perihal status-kepemilikan, penguasaan dan kepengurusan para pihak atas harta kekayaan selama berlangsungnya perkawinan. Namun demikian tetap mengacu dan tunduk kepada ketentuan perihal keabsahan perjanjian perkawinan

¹⁶⁵ Pasal 29 ayat (4) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ini diperluas maknanya oleh Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015.

yang didasarkan kepada hukum publik tempat para pihak berkediaman tetap bersama pada saat perkawinan berlangsung. Termasuk pula dengan tidak mengesampingkan peraturan perundang-undangan Indonesia yang bersifat memaksa mengenai hak-hak kebendaan atas benda tetap dan benda-benda lain yang terletak atau yang harus didaftarkan di Indonesia. Adapun persyaratan formal keabsahan sebuah perjanjian perkawinan tunduk pada hukum tempat perjanjian dibuat dengan tidak mengesampingkan peraturan perundang-undangan Indonesia yang bersifat memaksa mengenai hak-hak kebendaan atas benda tetap dan benda-benda lain yang terletak atau yang harus didaftarkan di Indonesia

Terhadap perjanjian perkawinan yang telah dibuat, para pihak dapat menentukan hukum nasional yang akan berlaku atas perjanjian perkawinan dan akibat hukum dari perjanjian terhadap harta kekayaan selama berlangsungnya perkawinan. Pemilihan hukum nasional ini akan berlaku atas Perjanjian Perkawinan tersebut dan akibat hukumnya dari perjanjian terhadap harta kekayaan selama berlangsungnya perkawinan. Hal ini bertujuan memberikan kepastian hukum dalam hal adanya penggunaan harta dari objek Perjanjian Perkawinan pada saat perkawinan berlangsung. Penggunaan pilihan hukum yang dimaksud ini hanya dapat dilakukan ke arah hukum dari negara yang memiliki kaitan yang paling nyata dan substansial terhadap perkawinan, yang ditetapkan berdasarkan domisili bersama atau, tempat kediaman sehari-hari bersama atau, tempat letak harta kekayaan utama para pihak.

C.2.5. Hubungan Hukum Orangtua dan Anak

a. Kondisi saat ini

Hubungan hukum antara orang tua dan anak diatur oleh hukum nasional anak tersebut apabila hukum nasional tersebut sama dengan hukum nasional salah satu dari ibu atau ayahnya (atau

hukum nasional dari orang tua lain dalam hal salah satu orang tua meninggal atau tidak dikenal), atau dalam semua hal lainnya berdasarkan hukum di tempat kediaman tetap anak tersebut (*habitual residence* atau *lex domicile*). Ketentuan Anak yang dimaksud adalah Anak yang sah, dan dalam hal terjadi diluar perkawinan yang diakui oleh hukum Indonesia maka anak hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibunya dan keluarga ibunya. Namun, hukum Indonesia memberikan status hukum mengenai kedudukan kewarganegaraan bahwa setiap anak adalah WNI apabila mengacu kepada Pasal 4 UU Kewarganegaraan. Dan, setiap orang tua wajib memelihara anak dengan sebaik-baiknya. Hal ini juga berlaku pada hubungan perwalian, dimana perwalian berlaku adalah hukum di mana anak itu berasal (nasionalitas si anak). Perwalian atas anak yang belum dewasa, yang berlaku adalah hukum dari kedua orang tuanya.

b. Kondisi diharapkan

Hak dan kewajiban orang tua dan anak yang terbit dari pengesahan atas, atau pengakuan terhadap, seorang anak tunduk pada hukum tempat kewarganegaraan suami ibu biologis yang melakukan pengesahan anak atau laki-laki yang mengajukan permohonan atas anak tersebut. Sedangkan, dalam hal hukum yang dimaksud tidak dapat ditentukan, maka hak dan kewajiban yang dimaksud ini ditetapkan berdasarkan hukum tempat kediaman sehari-hari (*habitual residence*) suami ibu biologis yang melakukan pengesahan anak atau laki-laki yang mengajukan permohonan pengakuan atas anak tersebut. Sedangkan apabila hukum nasional yang dimaksud tidak dapat ditentukan, maka hak dan kewajiban yang muncul dari pengesahan atau pengakuan anak ditetapkan berdasarkan hukum nasional dari tempat yang dianggap memiliki kaitan paling nyata dan substansial (*the most real and substantial relationship*) dengan suami ibunya atau laki-laki yang mengajukan permohonan pengakuan anak.

C.2.6. Perceraian

a. Kondisi saat ini

Terkait dengan perceraian terdapat 3 pendapat yaitu: a) Apabila salah satu dari mempelai adalah warga negara asli, maka diakui perceraian yang diucapkan oleh Hakim dari negara dan tempat tinggal dari pihak mempelai yang bukan warga negara. b) Jika jika keduanya warga negara asli, maka keputusan cerai yang diperoleh diluar atas dasar yang tidak dikenal dalam hukum nasional warga negara tersebut sulit untuk diakui. c) Jika keduanya merupakan warga negara asli, tetapi salah satu diantara mereka bipatride, maka diakui perceraian dalam negara asing tersebut apabila kewarganegaraan itu merupakan yang efektif. Sedangkan di Korea Selatan terkait dengan praktik perceraian sebagai berikut: dimana, perceraian menjadi salah satu hal yang unik dalam Hukum Perdata Internasional di Korea, dimana ada sangkut pautnya dengan pandangan konfusianisme. Proses perceraian peradilan Korea adalah kontes berbasis kesalahan antara pelaku kesalahan. Pengadilan beralasan bahwa pasangan yang tidak bersalah tidak boleh dipaksa ke perceraian yang tidak diinginkan. Para pakar hukum di Korea yang mendukung sistem berbasis kesalahan umumnya mengutip alasan-alasan berikut:

1. Memberikan perceraian kepada pihak yang bersalah bertentangan dengan moralitas Konfusianisme, dan
2. dapat mendorong suami untuk secara sewenang-wenang meninggalkan istrinya, seperti praktik di masa lalu.

Selain itu, dengan memaksa pasangan untuk tetap menikah, seorang istri akan dapat terus menggunakan properti bersama dan menerima hak-haknya. Standar yang mengatur perceraian dan hak asuh anak di Korea sangat subyektif dan para hakim diberikan dengan kebijaksanaan besar. Standarnya sangat fleksibel. Dalam

sistem Korea, hakim dimaksudkan dapat menjadi orangtua bagi publik, yang baik hati, toleran, dan bijaksana.¹⁶⁶

Dalam hal terjadi kasus perceraian yang mengandung unsur asing didalamnya, pengadilan Korea menerapkan hukum kewarganegaraan umum para pihak atas perceraian mereka dan masalah-masalah yang timbul dari perceraian. Jika tidak ada kewarganegaraan yang sama, mereka akan menerapkan hukum tempat tinggal yang lazim atau hukum tempat yang paling terkait dengan kedua pasangan, berdasarkan pada *Article 840* tentang *Causes for Judicial Divorce*, Hukum Perdata Korea (*Civil Act of The Republic of Korea*) menjelaskan bahwa :¹⁶⁷ Yang menyatakan *Either husband or wife may apply to the Family Court for a divorce in each case of the following subparagraphs: (Amended by Act No. 4199, Jan. 13, 1990)*

1. *If the other spouse has committed an act of unchastity;*
2. *If one spouse has been maliciously deserted by the other spouse;*
3. *If one spouse has been extremely maltreated by the other spouse or his or her lineal ascendants;*
4. *If one spouse's lineal ascendant has been extremely maltreated by the other spouse;*
5. *If the death or life of the other spouse has been unknown for three years; and*
6. *If there exists any other serious cause for making it difficult to continue the marriage.*

Namun, jika salah satu pasangan adalah warga negara Korea yang tinggal di Korea, pengadilan harus menerapkan hukum Korea dalam Private International Act, Article 37 dan 39 :¹⁶⁸

Article 37 (General Validity of Marriage)

The general validity of marriage shall be governed in order by one of the laws determined in the following subparagraphs:

1. *The same law of nationality of both spouses;*

¹⁶⁶ Divorce Law in Korea, Grounds for Divorce in Korea, diakses pada laman <https://www.international-divorce.com/d-korea.htm>

¹⁶⁷ Civil Act of The Republic of Korea, Article 840, diakses pada laman https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=29453&lang=ENG

¹⁶⁸ Act of Private International Law of The Republic of Korea Article 37 and Article 39, diakses melalui laman <http://law.go.kr/lInfoP.do?lsiSeq=179501&urlMode=engLsInfoR&viewCls=engLsInfoR#0000>

2. *The same law of the habitual residence of both spouses;*
3. *The law of the place where is most closely connected with both spouses.*

Article 39 (Divorce)

With respect to divorce, the provision of Article 37 shall apply mutatis mutandis: in case one of both spouses is a national of the Republic of Korea, who has his/her habitual residence in the Republic of Korea, the divorce shall be governed by the law of the Republic of Korea.

Pengakuan terkait dengan perceraian asing yang terjadi di Korea, merujuk pada Article 203 dari Hukum Acara Perdata Korea (*Civil Procedure Act of The Republik of Korea*) menyebutkan sebagai berikut: “*A court shall not render any judgment on matters which have not been claimed by the parties*”.¹⁶⁹ Pengadilan tidak akan memberikan penilaian apa pun atas hal-hal yang belum diklaim oleh para pihak. terkait dengan putusan perceraian, suatu putusan asing akhir di Korea Selatan harus valid dan dapat ditegakkan hanya jika memenuhi syarat sebagai berikut :¹⁷⁰

1. Yurisdiksi dari pengadilan Asing tidak ditolak atau bertentangan oleh hukum atau perjanjian apapun;
2. Jika terdakwa yang kalah adalah warganegara Korea, ia menerima layanan pemanggilan atau perintah lain yang diperlukan untuk dimulainya tindakan selain dengan pemberitahuan publik, atau ia muncul tanpa menerima layanan daripadanya;
3. *Foreign Judgment* (putusan asing) tidak bertentangan dengan kebijakan publik atau moralitas publik di Korea;
4. *Reciprocity* terjamin oleh kedua belah pihak antar negara yang berselisih (Korea dan negara bersangkutan).

Sedangkan praktik perceraian di Swiss sebagai berikut:

¹⁶⁹ Civil Procedure Act of The Republik of Korea, diakses pada laman https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=38478&lang=ENG

¹⁷⁰ Divorce Law in Korea, Grounds for Divorce in Korea, diakses pada laman <https://www.international-divorce.com/d-korea.htm>

Pengadilan Swiss dari *habitual residence* mengakui yurisdiksi untuk tindakan hukum perceraian. Warga negara Swiss atau orang asing yang tinggal di Swiss selama lebih dari satu tahun dapat menuntut perceraian di kediaman tergugat yang berada di Swiss atau dalam keadaan terbatas di tempat kewarganegaraan Swiss, hal tersebut tertuang dalam Article 59 – Article 60 yang menyatakan bahwa :¹⁷¹

Article 59

The following courts have jurisdiction to entertain an action for divorce or legal separation:

- a. the Swiss courts at the domicile of the defendant spouse;* Pengadilan Swiss di domisili tergugat
- b. the Swiss courts at the domicile of the plaintiff spouse, provided that the latter has been residing in Switzerland for a year or is a Swiss national.* Pengadilan Swiss di domisili penggugat apabila ia tinggal di Swiss selama satu tahun atau merupakan warga negara Swiss.

Article 60

When the spouses are not domiciled in Switzerland and at least one of them is a Swiss national, the courts at the place of origin have jurisdiction to entertain an action for divorce or legal separation, provided the action cannot be brought at the domicile of either spouse or cannot reasonably be required to be brought there.

Apabila para pasangan tidak berdomisili di Swiss dan apabila salah satu pasangan merupakan warga negara Swiss, pengadilan di tempat kewarganegaraan Swiss memiliki yurisdiksi atas gugatan cerai atau pemisahan apabila gugatan tersebut tidak dapat diajukan di domisili salah satu pasangan atau apabila tidak wajar untuk mensyaratkan hal ini.

Perceraian dan perpisahan diatur oleh hukum Swiss atau hukum Negara kewarganegaraan asing jika dirasa dimungkinkan, atau jika salah satu dari pasangan itu yang memiliki *habitual residence* di Swiss dan jika hukum ini tidak memaksakan kondisi perceraian tersebut dijelaskan dalam Article 61 yang berbunyi :

¹⁷¹ Federal Act on Private International Law, 1987, Switzerland, diakses pada laman https://www.unine.ch/files/live/sites/florence.guillaume/files/shared/publications/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf

1. Perceraian dan pemisahan diatur oleh hukum Swiss.
2. Akan tetapi, apabila kedua pasangan memiliki kewarganegaraan asing yang sama dan hanya salah satu yang berdomisili di Swiss, berlaku hukum di Negara tempat kewarganegaraan bersama mereka.
3. Apabila hukum di Negara tempat kewarganegaraan bersama tersebut tidak mengizinkan pembubaran perkawinan atau membebaskan syarat yang luar biasa berat, berlaku hukum Swiss apabila salah satu pasangan juga merupakan warga negara Swiss atau salah satu pasangan telah tinggal di Swiss selama dua tahun tepat sebelumnya.
4. Apabila pengadilan di tempat kewarganegaraan Swiss memiliki yurisdiksi sesuai Article 60, pengadilan tersebut harus menerapkan hukum Swiss.

Undang-undang yang berlaku tentang dampak tambahan, terutama pada rezim properti matrimonial dan dampak paternitas serta perlindungan anak di bawah umur ditetapkan oleh ketentuan khusus yang berlaku, untuk masalah ini seperti itu, dimuat dalam Article 63, yakni :

1. Pengadilan hukum Swiss yang memiliki yurisdiksi atas gugatan cerai atau pemisahan juga memiliki yurisdiksi atas semua persoalan yang bersifat tambahan dari perceraian atau pemisahan tersebut.
2. Hukum yang berlaku terhadap perceraian atau pemisahan akan mengatur dampak tambahan dari perceraian atau pemisahan tersebut. Ketentuan dalam Kitab Undang- Undang ini terkait nama (Article 37 hingga Article 40), kewajiban pemeliharaan di antara para pasangan (Article 49), rezim harta bersama (Article 52 hingga Article 57), dampak hubungan orang tua-anak (Article 82 dan Article 83), dan perlindungan anak di bawah umur (Article 85) diutamakan.

Keputusan pengadilan asing mengenai perceraian atau perpisahan diakui di Swiss jika dibuat di Negara tempat habitual

residence atau kewarganegaraan salah satu pasangan di luar Swiss, atau jika mereka diakui di salah satu Negara. Pembatasan terhadap pengakuan berlaku jika tidak ada pasangan atau hanya penggugat yang memiliki habitual residence di Negara tempat keputusan itu dibuat, hal tersebut dimuat dalam Article 65, yang berbunyi :

1. Keputusan asing tentang perceraian atau pemisahan diakui di Swiss apabila dijatuhkan di Negara tempat domisili atau tempat kediaman tetap atau di Negara tempat kewarganegaraan salah satu pasangan atau apabila diakui di salah satu dari Negara-Negara tersebut.
2. Akan tetapi, keputusan yang dijatuhkan di Negara tempat tidak satu pun dari pasangan tersebut, atau hanya pasangan yang menjadi penggugat, merupakan warga negara diakui di Swiss hanya:
 - a. Apabila, pada saat permohonan diajukan, sedikitnya salah satu pasangan berdomisili atau memiliki tempat kediaman tetap di Negara tersebut dan pasangan yang menjadi tergugat tidak berdomisili di Swiss;
 - b. Apabila pasangan yang menjadi tergugat tunduk pada yurisdiksi pengadilan asing tersebut tanpa persyaratan; atau
 - c. Apabila pasangan yang menjadi tergugat secara tegas menyetujui diakuinya keputusan tersebut di Swiss.

b. Kondisi diharapkan

Berkaitan dengan rujukan pengaturan dari dua negara dimaksud, maka kondisi yang perlu diwujudkan dalam pengaturan HPI adalah penentuan hukum terhadap perceraian dari perkawinan transnasional didasarkan pada hukum kewarganegaraan. Dengan demikian jika salah satu atau kedua pasangan adalah warga negara Indonesia maka mengikuti hukum Indonesia. Selain itu, penentuan hukum juga dapat merujuk pada prosedur formal menurut hukum acara perdata Indonesia. Hal ini berlaku apabila hukum yang menyatakan keabsahan perkawinan tersebut adalah Pengadilan

Indonesia. Oleh karena itu, terhadap perkawinan dilangsungkan di Indonesia dapat juga berlaku hukum Indonesia.

C.2.7 Adopsi antar negara (Pengangkatan Anak Antarnegara)

a. Kondisi yang ada¹⁷²

Hampir di semua rumpun masyarakat memiliki aturan mengenai pengangkatan anak. Ada pengangkatan anak yang bermaksud meniru hubungan alami orang tua dan anak, tapi ada pula pengangkatan anak yang bermaksud untuk memelihara dan memenuhi kebutuhan si anak sahaja. Kedua maksud atau tujuan dari pengangkatan anak ini dikenal dalam teori-teori dan prinsip pengangkatan anak. Yang pertama, pengangkatan anak meniru hubungan alami orang tua alami, disebut sebagai “*adopsi plena*” di mana tujuannya adalah “*adoption naturaam imitatuur*”. Dengan demikian, pengangkatan anak memiliki akibat hukum yang cukup *significant* bahwa orang tua angkat dan si anak angkat memiliki hubungan hukum selayaknya keluarga yang alami, termasuk di dalamnya hak waris. Sedangkan yang kedua dikenal sebagai “*adoption minus plena*” atau sering juga disebut sebagai “*favour adoption*”.¹⁷³

Selain beragamnya maksud dan tujuan dari pengangkatan anak atau adopsi seperti tersebut di atas, pluralisme hukum di dunia juga menyebabkan beragam pula ketentuan yang ada dalam rumpun masyarakat yang menaunginya. Masing-masing rumpun masyarakat memiliki aturannya sendiri, baik syarat maupun akibat hukumnya. Ketika rumpun masyarakat berubah menjadi negara, maka ketentuan pengangkatan anak menjadi berlaku di masing-

¹⁷² Tiurma P Alagan, Kesesuaian Pengaturan Pengangkatan Anak Internasional dalam Rancangan Undang-Undang Hukum Perdata Internasional Indonesia dengan Peraturan Perundang-Undangan yang Ada di Indonesia, Makalah yang disampaikan dalam rapat tim RUU HPI, Agustus 2020. (Alagan, Kesesuaian Pengaturan Anak Internasional dalam Rancangan Undang-Undang Hukum Perdata Internasional Indonesia dengan Peraturan Perundang-Undangan yang Ada di Indonesia, 2020)

¹⁷³ Sudargo Gautama, *Hukum perdata Internasional Indonesia Jilid III Bagian I, Buku 7*, (Bandung: Penerbit PT Alumni Bandung, 2010), hlm.137-148.

masing negara dengan kemungkinan terjadi pluralism hukum pengangkatan anak secara internal di dalam negara. Keberagaman dan persamaan yang ada dalam pengangkatan anak ini menjadikan pengangkatan anak atau adopsi memiliki keunikan tersendiri di dalam Hukum Perdata Internasional. Setidaknya dalam suatu hubungan hukum pengangkatan anak yang melewati lintas negara, pengangkatan anak akan berhadapan dengan sedikitnya dua teori Hukum Perdata internasional, yaitu persoalan pendahuluan dan penyesuaian.

Persoalan Pendahuluan dipakai untuk menganalisa apakah pengangkatan anak telah terjadi dengan sah sehingga menimbulkan hubungan hukum antara orang tua angkat dan anak angkat. Hal ini dapat dilihat dalam kasus klasik Hukum Perdata Internasional yang disebutkan sebagai *adopsi in re Wilby* dan Adopsi Hindu.¹⁷⁴ Seorang anak angkat bermaksud menuntut ganti rugi di hadapan forum pengadilan di Belanda. Sebelum masuk ke dalam pokok perkara, hakim mempertimbangkan apakah pengangkatan anak yang telah dilaksanakan di Birma ataupun adopsi menurut agama Hindu merupakan tindakan yang sah sehingga menimbulkan hak bagi si anak angkat untuk mewaris. Pertimbangan hakim dalam Hukum Perdata Internasional merupakan penerapan dari teori Persoalan Pendahuluan. Selanjutnya hakim mempergunakan hukumnya sendiri untuk mempertimbangkan apakah yang menjadi akibat hukum dari pengangkatan anak.¹⁷⁵

Apakah pengangkatan anak menyebabkan si anak angkat memiliki kedudukan yang sama dengan anak kandung yang dapat memiliki kewenangan untuk menuntut ganti rugi di hadapan pengadilan. Ketika hakim kemudian mengetahui perbedaan akibat hukum yang ada dengan hukumnya sendiri, dan tetap menerima

¹⁷⁴ Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasionaional Indonesia*, (Jakarta: Binacipta, 1987), hl.259-262.

¹⁷⁵ Lebih lanjut teori Persoalan Pendahuluan lebih lanjut, lihat Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Jakarta: Binacipta, 1987), hal 221. Lihat juga Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia Jilid II Bagian IV*, Buku 6.

akibat hukum tersebut, maka sang hakim apa yang disebut di dalam Hukum perdata Internasional sebagai Penyesuaian.¹⁷⁶

Beberapa hal lainnya yang timbul dari beragamnya sistem hukum antara lain perbedaan pengaturan definisi dan ruang lingkup dari pengangkatan anak, keterbukaan informasi mengenai identitas (*disclosure of identity*), bentuk deklarasi penyerahan (*voluntary relinquishment*). Hal ini berakibat pada permasalahan keimigrasian dan kewarganegaraan. Perbedaan aturan ini dapat menyebabkan kegagalan proses pengangkatan anak, pengulangan proses pengangkatan anak, dan bisa juga menimbulkan keharusan untuk melakukan proses pengangkatan anak ulang, baik di negara asal dan negara tujuan.

Setidaknya ada dua Konvensi dari The Hague Conventions, yaitu: (1) *The Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions* ("Konvensi 1965"); dan (2) *The Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption* ("Konvensi 1993"). Konvensi-konvensi ini merupakan suatu usaha negara negara untuk mengatur pengangkatan anak antar bangsa atau disebut juga pengangkatan anak dengan unsur asing. Kedua konvensi tidak memerikan pedoman negara untuk mengatur hukum substansif pengangkatan anak (model law), dan hanya memberikan pedoman mengenai bagaimana hukum negara-negara dapat berinteraksi (co-exist) dengan menitik beratkan pada penyamaan kaidah hukum perdata internasional. Barbara Stark menyatakan bahwa ratifikasi Konvensi ini bisa memberikan dorongan negara negara untuk mengubah hukum substansi nasional. Namun, bisa juga negara malah tidak bisa mengikuti

¹⁷⁶ Lebih lanjut Teori Penyesuaian, lihat Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Jakarta: Binacipta, 1987), hal.242-289.

standar internasional yang ada dan bahkan tidak bisa secara cukup melindungi warga negaranya.¹⁷⁷

Oleh karena itu, penting untuk memiliki kaidah hukum perdata internasional yang mampu menanggulangi permasalahan (i) hukum apa yang berlaku, (ii) forum yang berwenang; dan (iii) pengakuan atas penetapan pengadilan terkait dengan pengangkatan anak, baik pengakuan atas penetapan pengadilan asing di Indonesia, ataupun penetapan pengadilan Indonesia di luar negeri. Setidaknya atas persoalan tersebut, sudah ada persamaan prinsip, yaitu pengangkatan anak dilaksanakan terutama untuk melindungi *best interest of the child*.

Peraturan yang mengatur pengangkatan anak internasional atau pengangkatan anak yang ada unsur asingnya ada beberapa kombinasi atau skenario, yaitu:

1. Pengangkatan Anak WNI oleh Orang Tua WNA yang berada di Indonesia;
2. Pengangkatan Anak WNA oleh Orang Tua WNA yang berada di Indonesia;
3. Pengangkatan Anak WNI di luar RI oleh Orang Tua Angkat WNA;
4. Pengangkatan Anak WNI di luar RI oleh Pasangan WNI dan WNA; dan
5. Pengangkatan Anak WNI berkebutuhan khusus oleh Orang Tua Angkat WNA.

Tabel II. 3

Tabel penjelasan forum yang berwenang terkait hukum Indonesia vs hukum asing dalam pengangkatan anak

Hukum Yang Berlaku Anak angkat	Hukum yang berlaku COTA	Forum Yang berwenang
--------------------------------	-------------------------	----------------------

¹⁷⁷ Barbara Stark, *International Family Law: An Introduction*, (Burlington, Ashgate Publishing Company, 2005) 53-68

1	Indonesia	Indonesia + Hk. Asing	Indonesia
2	Indonesia & Hk. Asing	Indonesia + Hk. Asing	Indonesia
3	Indonesia + Hk. Asing	Indonesia + Hk. Asing	Indonesia
4	Indonesia + Hk. Asing	Indonesia + Hk. Asing	Indonesia/forum sang ayah
5	Indonesia + Hk. Asing	Indonesia + Hk. Asing	Forum domisili anak/COTA

Selain ketentuan hukum nasional, Adoptan harus sudah berada di Indonesia selama paling tidak 2 tahun. Terdapat titik taut kumulatif di mana hukum Indonesia dan hukum nasional Adoptan berlaku secara bersamaan pada saat yang sama. Hal ini berarti bahwa Prinsip Nasionalitas dan Hukum di mana Adoptan menjadi warga negara yang dalam hal ini sekaligus menjadi *Habitual Residence* berlaku.¹⁷⁸

Melihat pengaturan tersebut, patutlah yang dipertimbangkan mengenai perkembangan dan pengaturan HPI dalam konvensi-konvensi yang mengarah kepada “*habitual residence*” di anak. Konsep ini merupakan perkembangan Domisili merupakan titik taut dalam teori penentuan hukum yang berlaku terhadap status personal dalam hukum perdata internasional. Domisili seseorang pada dasarnya adalah tempat di mana dia memiliki tempat tinggal dan memiliki itikad (*intent*) untuk bertempat tinggal secara permanen atau selama mungkin (*indifinetely*). Pada dasarnya mencerminkan rumah permanen seseorang. Periode absennya seseorang di tempat ini tidaklah esensial karena mereka memiliki

¹⁷⁸ Dalam hal ini, yang dibicarakan adalah pengangkatan anak internasional karena pengangkatan anak berdasarkan hukum adat dilarang dilakukan oleh COTA yang WNA. Yang terakhir ini juga memiliki diskusi sendiri, lebih lanjut lihat Tiurma M.P. Allagan, “Intercountry Adoption in Indonesia,” *Indonesian Journal of International Law*, Vol 15, No 2 (2018) ,http://ijil.ui.ac.id/index.php/home/article/view/725/pdf_603

keinginan (*intent*) untuk kembali lagi.¹⁷⁹ Seperti domisili, prinsip nasionalitas memiliki suatu ciri keanggotaan permanen dalam suatu negara. Mo Zhang berpendapat bahwa karakter permanen ini kurang memiliki fleksibilitas dan kurang bisa mengakomodir arus imigrasi keluarga yang memiliki anggota keluarga yang berbeda kewarganegaraan atau berbeda domisili.¹⁸⁰ Cavers menjelaskan bahwa terdapat pergeseran dari prinsip domisili dan nasionalitas, yang biasanya digunakan dalam hukum keluarga, menjadi *habitual residence* untuk mengakomodir meningkatnya arus populasi, migrasi dan karena adanya kemungkinan dwikewarganegaraan.¹⁸¹ *Habitual Residence*, kemudian dianggap sebagai “*the most appropriate available concept to meet the demands of a fluid, modern society.*”¹⁸²

Namun, untuk mengakomodir *best interest of the child*, prinsip-prinsip ini bisa diterapkan secara muktahir. Misalnya dengan menggunakan prinsip-prinsip ini secara kumulatif atau alternatif. Misalnya, apabila tidak terdapat Domisili dapat digunakan *Habitual Residence*. Atau, penggunaan prinsip Nasionalitas untuk hal-hal tertentu dan prinsip *Habitual Residence* untuk hal-hal yang lain.

Prinsip *Best Interest of the Child* merupakan prinsip utama dalam Hukum Internasional mengenai Anak, hal ini sudah diakui dalam Pasal 3(1) *United Nations Convention on the Rights of the Child*. Hal ini juga dijunjung tinggi dalam *Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption* (*‘Hague*

¹⁷⁹ Mo Zhang, *Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Laws*, 70 Me. L. Rev. 161 (2018). Available at: <https://digitalcommons.maine.gov/mlr/vol70/iss2/2>

¹⁸⁰ Mo Zhang, *Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Laws*, 70 Me. L. Rev. 161 (2018). Available at: <https://digitalcommons.maine.gov/mlr/vol70/iss2/2>

¹⁸¹ Cavers D, “‘Habitual Residence’: A Useful Concept?” (1971-1972) *The American University Law Review* 476., in Danielle Bozin-Odhiambo

¹⁸² See Droz G and Dyer A, “The Hague Conference and the Main Issues of Private International Law for the Eighties” (1981) 3 *Northwestern Journal of International Law & Business* 157, in Danielle Bozin-Odhiambo

Convention on Adoption'), *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)*, *The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*, dan *The International Convention on the Rights of the Child (CRC)*. Baru-baru ini, Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa "*reaffirmed*" prinsip ini sebagai prinsip yang memberikan framework untuk seluruh perbuatan berhubungan dengan anak, terutama dalam penerapan *the Convention on the Rights of the Child*.

Pada dasarnya penafsiran *Best Interest of the Child* diserahkan pada hakim dan diterapkan berdasarkan sesuai dengan kasus yang sedang diadilinya. Hal ini dilakukan dengan mempertimbangkan seluruh isu yang akan memiliki dampak pada kondisi dan perkembangan anak. Konvensi Adopsi menyatakan bahwa usaha praktis yang bisa mendukung *best interest of the child* adalah dengan memastikan anak bisa diadopsi, merawat informasi mengenai si anak dan menempatkan anak pada keluarga yang pantas. Hal ini tentu saja mempertimbangkan prinsip subsidiaritas, di mana sebisa mungkin memprioritaskan anak untuk dirawat oleh keluarga inti atau keluarga besar.¹⁸³

Namun, hal ini lebih mudah untuk dinyatakan daripada diterapkan. Maka dari itu, baik untuk melihat bagaimana Inggris menggunakan kriteria khusus untuk penerapan *best interest of the child*. Walaupun ini adalah pedoman untuk penerapan *best interest of the child* mengenai hak asuh anak, tapi hal ini sepatutnya menjadi contoh untuk Indonesia untuk membuat suatu kriteria mengenai apa yang disebut *best interest of the child*. Berikut adalah kriteria yang ditujukan hakim untuk menganalisis *best interest of the child* menurut Hukum Inggris, yang disebut juga '*welfare checklist*':

¹⁸³ Draft Guide to Good Practice under the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Inter-country Adoption (August 2005) at 14-17. Lihat juga : press release "UNICEF's position on Inter-country adoption" 5 October 2007. Available at www.hcch.net/index_en.php.

1. *the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (in light of his or her age and understanding)*
2. *the child's physical, emotional and educational needs*
3. *the likely effect of any change in his or her circumstances*
4. *the child's age, sex, background and any other relevant characteristics any harm that the child has suffered or is at risk of suffering*
5. *how capable each of the child's parents, and any other person considered relevant to the question by the court, is of meeting the child's needs.* ¹⁸⁴

Penafsiran hakim Indonesia terhadap “*the best interest of the child*” yang patut menjadi contoh adalah Adaposi pulau Galang. Dalam kasus ini hakim menentukan memakai hukum Kanada karena si anak akan dibawa oleh COTA ke negara asal mereka dan memulai hidup baru – demi kepentingan si anak di masa depan.¹⁸⁵

Dalam praktik yang ada terdapat beberapa penerapan prinsip dalam hal pengangkatan anak yang ada.

Praktek Penerapan Prinsip Nasionalitas dan Domisili

Mahkamah Agung, dalam Putusan No. 1353 K/PDT/2009, membatalkan Pengangkatan Anak Antar Negara yang dilakukan tanpa persetujuan salah satu orang tua yang sudah bercerai (Ibu). Ayah dan Ibu kandung berkedianan tetap di Malaysia dan berkewarganegaraan Malaysia. Kewarganegaraan Anak dan kediaman Ayah tidak dibuktikan pada saat penetapan Pengangkatan Anak. Pengangkatan dilakukan di Indonesia dan menggunakan hukum Indonesia.

Hakim Agung berpendapat bahwa pengajuan bukti keterangan lahir sebagai bukti kewarganegaraan “berpotensi dan rentan

¹⁸⁴ United Kingdom, Children Act 1989, s,1(3). <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>, dalam Nigel Cantwell, “The Best Interests of the Child in Intercountry Adoption,” Florence: UNICEF Office of Research, 2014

¹⁸⁵ Lihat Tiurma M.P. Allagan, “Intercountry Adoption in Indonesia,” *Indonesian Journal of International Law*, Vol 15, No 2 (2018), http://ijil.ui.ac.id/index.php/home/article/view/725/pdf_603.

digunakan sebagai prosedur penyeludupan hukum pengangkatan anak yang dilarang oleh hukum Indonesia serta dapat menimbulkan kesesatan (*misleading*) bagi *judex facti* mengenai identitas atau status kewarganegaraan anak dengan efek melanggar hak anak dan asas yurisdiksi hukum negara yang berlaku untuk prosedur pengangkatan anak.” Terang bahwa Hakim mempertimbangkan kewarganegaraan sebagai titik taut sekunder dalam hal penentuan hukum yang berlaku. Dalam putusan ini, hakim agung mempertimbangkan kediaman tetap kedua orang tua sebagai suatu fakta yang mendukung keraguan terhadap kewarganegaraan anak. Kediaman anak tersebut tidak dibahas secara khusus. Putusan ini tepat mengidentifikasi bahwa seharusnya yang diberlakukan adalah Pengangkatan Anak dengan tata cara pengangkatan anak *Inter Country Adoption*.

Putusan ini penting untuk melihat kapasitas dan persetujuan orang tua sebagai syarat dalam Pengangkatan Anak Antar-Negara.

Praktek Penerapan Prinsip Domisili dan Lex Fori

- Dalam Putusan Pengadilan Negeri Bandung No. 81/Pdt.P/2020/PN Bdg, LINGGA PRADIPTA yang mengajukan permohonan untuk mengubah namanya dengan menambahkan nama keluarga Ayah Tiri sekaligus Ayah Angkatnya, PETER FROITZHEIM (Warga Negara Amerika Serikat), tidak dikabulkan permohonannya atas dasar Pengangkatan Anak yang dilakukan di Singapura tidak dapat diakui sebagai Pengangkatan Anak yang sah berdasarkan SEMA Nomor 6 tahun 1983 Tentang Penyempurnaan Surat Edaran No.2 tahun 1979 tentang Pengangkatan Anak.¹⁸⁶ Pertimbangan Hakim menitikberatkan pada domisili dari anak ketika pengangkatan anak dilakukan, sehingga Hakim berpendapat bahwa pengadilan negeri tempat tinggal/ domicile dari anak tersebut yang berwenang untuk

¹⁸⁶ “Putusan Pengangkatan Anak tersebut tidak dapat diberlakukan di Negara Republik Indonesia”

melakukan penetapan. Hakim berpendapat bahwa Pengangkatan Anak *a quo* melanggar beberapa prinsip:

1. Permohonan Pengangkatan Anak Warga Negara Indonesia oleh Warga Negara Asing (PETER FROITZHEIM CHRISTIAN) tidak dilakukan di Pengadilan Negeri di Negara Republik Indonesia;
2. Ibu kandung anak LINGGA PRADIPTA, yaitu THERESIA KRISYANTINI WULANDARI juga bertindak sebagai pemohon bersama sama dengan PETER FROITZHEIM CHRISTIAN, sehingga statusnya berubah dari ibu kandung menjadi ibu angkat, hal ini dilarang dalam hukum Indonesia karena merubah silsilah keturunan;
3. Calon Orang Tua Angkat Warga Negara Asing (PETER FROITZHEIM CHRISTIAN) tidak tinggal dan bekerja di Indonesia pada saat melakukan pengangkatan anak tersebut;
4. Anak LINGGA PRADIPTA pada saat diangkat anak, usianya sudah lebih dari 5 tahun;
5. Tidak ada bukti bahwa Salinan putusan pengadilan disampaikan kepada menteri sosial, Menteri Luar Negeri (pengangkatan anak antarnegara), menteri dalam negeri, cq. Kepala Kantor Catatan Sipil Setempat, Direktur Jenderal dan Perundang-undangan Departemen Kehakiman, Dirjen Imigrasi, Departemen Kehakiman RI, Kejaksaan dan Kepolisian setempat.

Walaupun Prinsip Domisili digunakan dalam putusan ini, agaknya Hakim tidak menerapkan dengan tepat, mempertimbangkan *best interest of the child* dan mengasumsikan suatu itikad buruk. Pertama, bisa dilihat bahwa kedua orang tua Angkat Adoptandus memiliki kediaman di Singapura dan fakta yang tidak bisa dielakkan adalah adoptandus adalah anak kandung dari salah satu orang tua Angkat. Pengangkatan Anak di sini dilakukan untuk menjamin hak adoptandus sama dengan hak anak kandung dari Ayah Tiri (Adoptan Asing). Melihat bahwa kedua orang tua

tinggal di Singapura dan anak merupakan anak kandung dari salah satu Adoptan, maka pengajuan penetapan pengangkatan anak di Singapura sudahlah tepat. Putusan ini juga mengasumsikan keberlakuan *lex fori* sebagai hukum yang berlaku untuk Pengangkatan Anak sebagai persoalan pendahuluan. Sangat disayangkan, putusan ini juga tidak menghormati *vested rights* dari Pemohon.

Berbeda dengan Putusan Pengadilan Negeri Pemantang Siantar No. 167/Pdt.P/2019/PN Pms, yang mengabulkan permohonan Perubahan Nama setelah Pengangkatan Anak Warga Negara Indonesia oleh Adoptan Warga Negara Amerika di Amerika, yang mengakui *Certificate Of Birth*, *Birth Number 32147 A* dan *Order Terminating Parental Rigts And Granting Adoption*, sehingga pemohon bisa mengubah namanya untuk kepentingan Imigrasi.

Penerapan Prinsip Nasionalitas yang terlalu kaku *dan* penerapan *lex fori* yang terlalu kaku akan merugikan anak. Untuk kepentingan *best interest of the child*, haruslah Indonesia mengadopsi prinsip *habitual residence* untuk anak.¹⁸⁷

Tabel II. 4

Tabel rangkuman putusan pengadilan terhadap adopsi dengan unsur internasional

No	Putusan	Beberapa catatan penting	TPP TPS	Kabul /T
1.	92/Pdt.P/2017/P N.JKT.S EL.	Adopsi Warga Negara Indonesia oleh salah satu calon orangtua angkat W arga Negara Asing sebagaimana diatur di Undang-Undang No. 23 Tahun 2002, Peraturan Menteri Sosial No. 110/HUK/2009 dan	Tn. NUPHAR LUTEUM NOTSCHAELE dan Ny. ENTINA MANGUNSONG adalah Suami - Istri, Warga Negara Belanda (Suami) dan Warga Negara Indonesia (Istri), bertempat tinggal	Kabul

¹⁸⁷ Tiurma M.P. Allagan, "Intercountry Adoption in Indonesia," Indonesian Journal of International Law, Vol 15, No 2 (2018) ,http://ijil.ui.ac.id/index.php/home/article/view/725/pdf_603, hlm. 230

		<p>SEMA R.I. No. 6 Tahun 1983 telah dapat dipenuhi,</p> <ul style="list-style-type: none"> - Bahwa Pemerintahan Belanda, tidak berkeberatan terhadap pengangkatan anak Indonesia oleh Para Pemohon sesuai dengan ketentuan Hukum. - Permohonan Penetapan diajukan di Jakarta Selatan - Orang tua berada di Batam <p>Pihak Dinas Sosial Pemerintah Propinsi Kepulauan Riau, telah memberikan Rekomendasi Intercountry Adoption</p>	<p>di Perum Tiban Indah Pertama, Blok N, No. 02, RT.005/RW.003, Kel. Tiban Indah, Kec. Sekupang Kota Batam, yang untuk selanjutnya disebut sebagai</p>	
2	81/Pdt.P/2020/P N Bdg	<p>Isu HPI : pengakuan putusan pengangkatan di Indonesia</p> <p>"selanjutnya Hakim akan mempertimbangkan apakah Pengangkatan Anak LINGGA PRADIPTA oleh PETER FROITZHEIM CHRISTIAN dan THERESIA KRISANTINI WULANDARI; yang dilakukan di Pengadilan Rendah</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Bahwa waktu diangkat anak, Pemohon dan ibunya Warga Negara Indonesia, sedangkan PETER FROITZHEIM warga Negara Amerika; - Adopsi di Singapura - Bahwa pada waktu pengangkatan Anak LINGGA PRADIPTA di 	tidak dapat diterima;

		<p>Republik Singapura tersebut dapat diberlakukan di Republik Indonesia”</p> <p>Hukum yang berlaku : bahwa untuk procedure Pengangkatan Anak LINGGA PRADIPTA pada tahun 2005 tersebut maka berlaku aturan sebagaimana diatur dalam SEMA Nomor 6 tahun 1983 Tentang Penyempurnaan Surat Edaran No.2 tahun 1979 tentang Pengangkatan Anak;</p> <p>berdasarkan SEMA No. 6 tahun 1983 tersebut bahwa Pengangkatan Anak warga Negara Indoneisia harus dilakukan di pengadilan negeri tempat tinggal/ domicile dari anak tersebut;</p> <p>Menimbang, bahwa apabila bukti P-4 dan bukti P-5 tersebut dibaca dari hukum mengenai Pengangkatan Anak di Negara Republik Indonesia, maka terdapat hal hal prinsip yang dilanggar, yaitu : (1) Permohonan Pengangkatan Anak Warga Negara</p>	<p>Republik Singapura, anak LINGGA PRADIPTA dan ibu kandungnya THERESIA KRISANTINI WULANDARI; berstatus warga Negara Indonesia, sedangkan PETER FROITZHEIM CHRISTIAN berstatus warga Negara Amerika;</p> <p>- Bahwa pada waktu pengangkatan anak, PETER FROITZHEIM CHRISTIAN bertempat tinggal di Singapura;</p> <p>Tidak membatalkan adopsi, hanya tidak mengakui jadi gak bisa ganti nama</p>	
--	--	--	---	--

	<p>Indonesia oleh Warga Negara Asing (PETER FROITZHEIM CHRISTIAN) tidak dilakukan di Pengadilan Negeri di Negara Republik Indonesia; (2) Ibu kandung anak LINGGA PRADIPTA, yaitu THERESIA KRISYANTINI WULANDARI juga bertindak sebagai pemohon bersama sama dengan PETER FROITZHEIM CHRISTIAN, sehingga status THERESIA KRISYANTINI WULANDARI berubah dari ibu kandung menjadi ibu angkat, hal ini dilarang dalam hukum Indonesia karena merubah silsilah keturunan; (3) Calon Orang Tua Angkat Warga Negara Asing (PETER FROITZHEIM CHRISTIAN) tidak tinggal dan bekerja di Indonesia pada saat melakukan pengangkatan anak tersebut; (4) Anak LINGGA PRADIPTA pada saat diangkat anak, usianya sudah lebih dari 5 tahun; dan (5) Tidak ada bukti bahwa Salinan putusan pengadilan disampaikan kepada menteri sosial,</p>	
--	--	--

		<p>menteri luar negeri (pengangkatan anak antarnegara), menteri dalam negeri, cq. Kepala kantor catatan sipil setempat, direktur jenderal dan perundang-undangan departemen kehakiman, dirjen imigrasi, departemen kehakiman RI , kejaksaan dan kepolisian setempat. Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut.</p> <p>diatas maka Hakim berpendapat bahwa pengangkatan anak LINGGA PRADIPTA sebagaimana tersebut dalam bukti P-4 dan buktib P-5 bertentangan dengan hukum Indonesia yang berlaku bagi Anak LINGGA PRADIPTA dan THERESIA KRIYANTINI WULANDARI, oleh karena itu putusan Pengangkatan Anak tersebut tidak dapat diberlakukan di Negara Republik Indonesia.</p>		
3	167/Pdt. P/2019/PN Pms	<p>Isu: Perubahan Nama Paska Adopsi</p> <p>Isu HPI : Sah Adopsi sebagai Persoalan</p>	Certificate Of Birth, Birth Number 32147 A dan Order Terminating Parental Rights	Kabul

		Pendahuluan dalam Keimigrasian	And Granting Adoption, Pengubahaan nama mengikuti Status Personal berdasarkan Kewarganegaraan
4	1353 K/PDT/2009	<p>ISU : Deklarasi Penyerahan Anak secara Sukarela hanya dilakukan oleh Ayah (Walaupun sudah bercerai, Ibu tetap memiliki kekuasaan terhadap anak, jadi persetujuan kedua orang tua masih dibutuhkan walau orang tua sudah bercerai)</p> <p>- Definisi Pengangkatan Anak, “dirawat dan dibesarkan” dalam UU Perlindungan Anak merupakan Anak Asuh (kekuasaan orang tua tidak dialihkan kepada yang mengasuh;), bukan anak Angkat (kekuasaan orang tua dialihkan kepada orang tua angkat;)</p> <p>ISU HPI : Ibu berkediaman tetap di Malaysia; Ayah “beralamat” di Malaysia Kewarganegaraan Anak tidak dibuktikan pada saat</p>	<p>- DORIANI NAINGGOLAN, bertempat tinggal tetap di Jalan Berangan Enam, Umbay, Merlimau, Malaka, negara Malaysia, bertempat tinggal sementara di Jalan Anggur, Gg. Cery No. 02, kota Dumai, provinsi Riau, negara Indonesia,</p> <p>→ adopsi tidak sah</p> <p>→ kewarganegaraan menjadi argumentasi penting</p>

	<p>penetapan Pengangkatan Anak.</p> <p>Jurisdiksi Pengadilan untuk Pengangkatan anak. Kewarganegaraan?</p> <p>Dasar Pertimbangan : Bahwa pasal 14 Undang-Undang No. 23 Tahun 2003 tentang Perlindungan Anak dikutip sebagai berikut : "Setiap anak berhak untuk diasuh oleh orangtuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan/atau aturan hukum yang sah yang menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak dan merupakan pertimbangan terakhir"; pasal 5 Jo. pasal 27 ayat (1) dan (2) UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak dikutip sebagai berikut:</p> <p>Pasal 5 Setiap anak berhak atas suatu nama sebagai identitas dan status kewarganegaraan":</p> <p>Pasal 27</p>		
--	---	--	--

	<p>(1) Identitas diri setiap anak harus diberikan sejak kelahirannya;</p> <p>(2) Identitas sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dituangkan dalam akta kelahiran";</p> <p>Jurisdiksi benar, tapi harus pake prosedur intercountry adoption.</p> <p>Putusan Pengadilan Negeri dinyatakan batal karena tidak ada persetujuan dari si ibu.</p>		
--	---	--	--

Selain itu negara juga harus memperhatikan fakta lain, dimana kondisi kehidupan yang kurang mendukung sangat mempengaruhi kondisi keluarga dan berdampak pada tingkat kesejahteraan anak. Kenyataan ini yang masih dijumpai anak-anak yang hidup dalam kondisi yang tidak menguntungkan, dimana banyak ditemui anak jalanan, anak terlantar, yatim piatu dan anak penyandang cacat dengan berbagai permasalahan kompleks yang memerlukan penanganan, pembinaan dan perlindungan. Salah satu solusi untuk menangani permasalahan anak dimaksud yaitu dengan memberi kesempatan bagi orang tua yang mampu untuk melaksanakan pengangkatan anak. Pengangkatan anak hanya dapat dilakukan untuk tujuan kepentingan terbaik anak dan harus berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku. mekanisme berdasarkan peraturan perundang-undangan ini penting dilakukan mengingat banyaknya penyimpangan yang terjadi atas pelaksanaan pengangkatan anak, misalnya pengangkatan anak dilakukan tanpa

melalui prosedur yang benar, pemalsuan data, perdagangan anak, bahkan telah terjadi jual beli organ tubuh anak.

Salah satu contoh empiris pelaksanaan adopsi yang tidak sesuai dengan prosedur adalah kasus adopsi anak bernama Erwin yang berasal dari Tegal, berusia 2 bulan, diangkat oleh sepasang suami istri warga negara asing berkewarganegaraan Irlandia bernama Joseph Dowse-Lala pada tahun 2001, kemudian Erwin diubah namanya menjadi Tristan Dowse dan kewarganegaraannya pun berubah menjadi warga negara Irlandia. Joseph dan Lala Dowse mengadopsi Erwin/Tristan karena mereka berdua belum memiliki seorang anak, namun seiring berjalannya waktu, istri dari Joseph Dowse hamil. Dengan perkembangan kehamilan Lala tersebut, Erwin/Tristan ditelantarkan dengan mengembalikannya ke panti asuhan Immanuel Bogor bahkan Joseph juga berusaha membatalkan kewarganegaraan Erwin/Tristan. Setelah proses penyelidikan hukum, pengangkatan anak Indonesia yang dilakukan oleh Joseph Dowse ternyata dilakukan secara illegal karena pengangkatan anak Indonesia tidak berdasarkan surat izin yang sah dari menteri sosial untuk mendapatkan surat penetapan pengangkatan anak dari pengadilan.

Berdasarkan penyidikan Polda Metro Jaya terhadap kasus Tristan ini, terkuak bahwa terdapat jaringan perdagangan bayi yang berkedok adopsi anak internasional dengan rayuan membantu orang susah dan demi kebaikan si anak. Para ibu kandung anak diyakinkan bahwa anak mereka akan terawat dengan baik dan tumbuh sehat. Oknum jaringan perdagangan bayi ini mengaku sudah memproses pengadopsian 60-80 bayi. Polda Metro Jaya menerangkan telah mengungkap 30 kasus bayi yang dijual, untuk pengurusan dokumen legalitas adopsi terpatok harga 15 – 30 juta Rupiah, sedangkan untuk pengurusan di Kementerian Luar Negeri agar bayi bisa dibawa ke luar negeri, terpatok imbalan Rp 25 – 50 juta Rupiah.

Mengacu kepada Konvensi Hak Anak telah diatur prinsip-prinsip untuk menjamin pelaksanaan pengangkatan anak dilakukan dengan melindungi hak-hak dasar anak. Indonesia telah melakukan ratifikasi Konvensi Hak Anak ini melalui Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 tentang Pengesahan Convention on the Rights of the Child (Konvensi tentang Hak-Hak Anak). Dalam Konvensi ini mengatur bahwa Negara-negara Pihak yang mengakui dan/atau memperkenankan adanya sistem pengangkatan anak, harus menjamin bahwa kepentingan terbaik anak yang bersangkutan merupakan pertimbangan paling utama, dan Negara-negara itu harus:

1. Menjamin bahwa pengangkatan anak hanya disahkan oleh pejabat yang berwenang yang memberikan keputusan sesuai dengan hukum dan prosedur yang berlaku, dan didasarkan pada semua informasi yang terkait dan layak dipercaya bahwa pengangkatan anak diperkenankan dengan mengingat status anak sehubungan dengan orangtua, keluarga dan walinya yang sah, dan jika disyaratkan, dengan orang-orang yang berkepentingan, telah memberi persetujuan atas pengangkatan anak tersebut atas dasar nasihat yang mungkin diperlukan.
2. Mengakui bahwa pengangkatan anak antar-negara dapat dipertimbangkan sebagai suatu alternatif pemeliharaan anak, jika anak tidak dapat dipelihara oleh keluarga asuh atau keluarga angkat, atau anak tersebut tidak dapat dipelihara dengan cara yang sesuai di negara asal anak yang bersangkutan;
3. Menjamin bahwa anak yang bersangkutan, melalui pengangkatan antar-negara memperoleh perlindungan dan standar yang setara dengan perlindungan yang berlaku dalam pengangkatan anak secara nasional;
4. Mengambil semua langkah yang layak untuk menjamin bahwa dalam pengangkatan anak antar-negara, penempatan anak tersebut tidak mengakibatkan perolehan keuntungan keuangan

yang tidak patut bagi mereka yang terlibat dalam pengangkatan anak tersebut.

Pengaturan hukum nasional tentang Adopsi diatur dalam Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak dan Peraturan Pemerintah No. 54 Tahun 2007 tentang Pelaksanaan Pengangkatan Anak kemudian dijelaskan lebih rinci dalam Peraturan Menteri Sosial Nomor 110 Tahun 2009 tentang Persyaratan Pengangkatan Anak.

b. Kondisi yang diharapkan

Secara umum, prinsip atau asas yang diterapkan dalam perlindungan anak adalah *the best interest of the child*. Dalam pelaksanaan adopsi anak apabila calon anak angkat dan calon orang tua angkat mempunyai kewarganegaraan yang sama yaitu kewarganegaraan Indonesia maka pelaksanaan adopsi dilakukan berdasarkan hukum Indonesia. Sedangkan jika kewarganegaraan antara kedua pihak ini berlainan, dimana kewarganegaraan calon orang tua angkat berkewarganegaraan asing sedangkan calon anak angkat adalah warga negara Indonesia maka prosedur dan syarat-syarat untuk melakukan adopsi ditentukan oleh hukum Indonesia.

Pelaksanaan adopsi anak juga dapat dilakukan berdasarkan ketentuan-ketentuan hukum dari tempat anak berdomisili, atau berkediaman sehari-hari (*habitual residence*), atau tempat lain yang dianggap memiliki kaitan yang lebih nyata dan substansial. Penerapan ketentuan hukum berdasarkan domisili anak ini diambil jika hal ini merupakan kepentingan terbaik anak dari sisi kesejahteraan dan perlindungan anak.

Berdasarkan hukum nasional Indonesia, Syarat yang harus dipenuhi oleh pasangan calon orang tua angkat yaitu mereka harus dalam kondisi sehat jasmani dan rohani, dan dipersyaratkan umur minimal dan maksimal tertentu, latar belakang keagamaan, catatan kelakuan baik dan tidak pernah dihukum karena melakukan kejahatan, dan berstatus telah menikah minimal selama waktu

tertentu, dan bukan merupakan pasangan sejenis yang berlatar belakang hidup bersama. Selain itu, perlu dipertimbangkan latar belakang lingkungan sosial yang baik dari calon orang tua angkat tersebut, kemampuan ekonomi. Dimana utama kebijakan yang akan diambil adalah kepentingan terbaik untuk anak, kesejahteraan, dan perlindungan anak.

C.3. Kebendaan

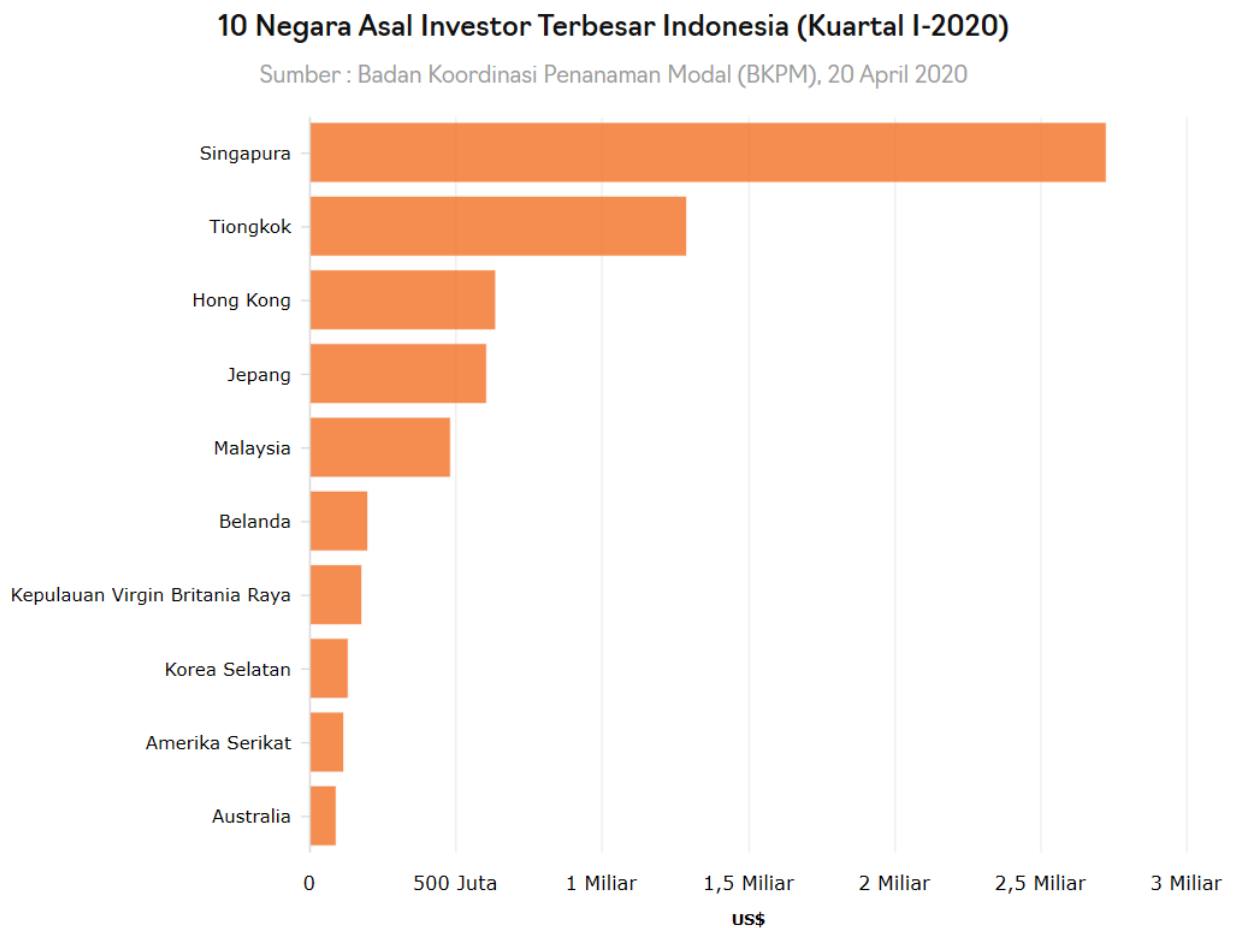
C.3.1. Kebendaan dalam hubungan perjanjian

a. Kondisi saat ini

Perkembangan perekonomian nasional saat ini membuka adanya investasi asing di Indonesia, dimana subjek hukum asing dapat menjalankan kerjasama dengan subjek hukum lokal untuk menjalankan usaha tertentu. Minat asing dalam berinvestasi di Indonesia sangatlah besar, dengan nilai investasi sebanyak miliaran dolar.

Grafik II. 2

Grafik negara investor terbesar Indonesia Kuartal I tahun 2020

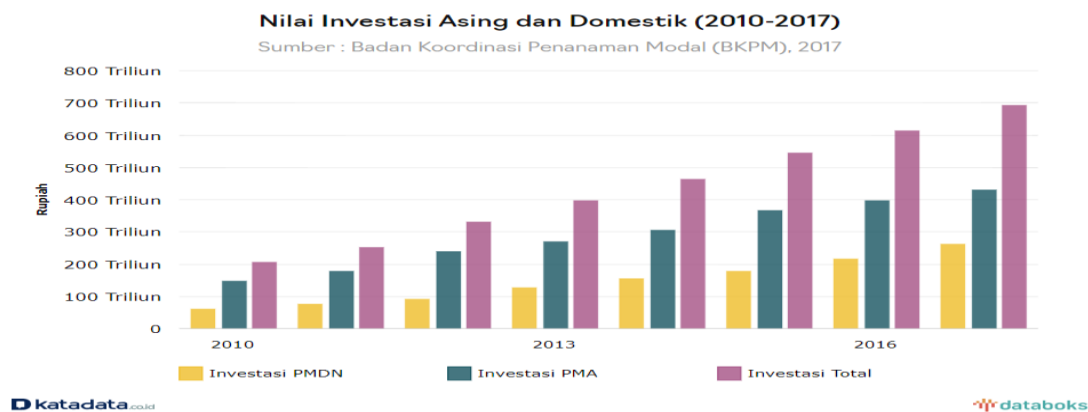


Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) mencatat realisasi investasi Indonesia sebesar Rp809,6 triliun di sepanjang tahun 2019. Realisasi itu melampaui target yang ditetapkan sebesar Rp792 triliun atau setara 102,2%. Penanaman Modal Dalam Negeri (PMDN) tercatat sebesar Rp386,5 triliun, atau setara 125,4% dari target Rp208,3 triliun. Serta dari Penanaman Modal Asing (PMA) sebesar Rp423,1 triliun atau hanya setara 87,5% dari target Rp483,7 triliun. Terdapat lima sektor utama yang menjadi sasaran investasi asing di sepanjang tahun lalu. Tertinggi pada sektor listrik, gas dan air dengan investasi sebesar USD5,9 miliar, lalu sektor transportasi, gudang dan telekomunikasi sebesar USD4,7 miliar. Kemudian sektor industri logam dasar, barang logam, bukan mesin dan peralatannya sebesar USD 3,5 miliar. Selanjutnya, sektor perumahan kawasan industri dan perumahan sebesar USD2,8 miliar, serta sektor

pertambahan dengan nilai investasi mencapai USD2,2 miliar.¹⁸⁸ Tidak hanya pada sektor industri, pada sektor keuangan investasi asing/ kepemilikan aset asing di Indonesia juga ada pada sektor jasa keuangan termasuk jasa perbankan, dimana Otoritas Jasa Keuangan (OJK) mencatat bahwa aset perbankan di Indonesia sebesar 33,50% masih dikuasai oleh asing.¹⁸⁹

Grafik II. 3

Nilai Investasi Asing di Indonesia



Sejalan dengan perkembangan teknologi informasi yang merambah dunia bisnis, jenis-jenis kebendaan dalam bentuk derivatifnya atas prestasi memiliki bentuk yang cukup banyak, yang berbetuk segala tagihan, barang persediaan yang ditransaksikan dalam bentuk komoditi, klaim asuransi, deposito, bagi hasil, obligasi, hak kekayaan intelektual, saham, kontrak, jenis-jenis transaksi derivatif, serta saham-saham ataupun bentuk lainnya yang ditransaksikan, sepanjang dapat dilekatkan kepemilikan baik terdaftar ataupun tidak terdaftar, termasuk dengan ataupun tanpa nama. Selain transaksi berupa bentuk-bentuk kewajiban, umumnya masyarakat saat ini melakukan kegiatan dibidang transaksi bisnis termasuk transaksi bisnis lintas negara, yang saat ini umumnya dilakukan di dunia maya/ secara eletronik (*e-commerce*). Berdasarkan data yang ada misalnya dalam transaksi bisnis lintas

¹⁸⁸ <https://economy.okezone.com/read/2020/01/29/320/2160244/daftar-10-negara-dengan-investasi-terbesar-di-indonesia>, diakses 24 Juni 2020

¹⁸⁹ <https://ekbis.sindonews.com/berita/1193601/178/aset-perbankan-ri-masih-dikuasai-asing>, diakses 24 Juni 2020

negara yang dilakukan oleh korporasi/ decacorn besar Alibaba tahun 2018 mencatat nilai transaksi sebesar hampir US\$ 250 Miliar. Hal ini menunjukkan potensi yang luar biasa dalam transaksi bisnis keperdataan.

Grafik II. 4

Grafik Global Shopping Festival 2009-2018



Bagaimana dengan Indonesia, saat ini Indonesia memiliki 3 (tiga) korporasi berkelas dunia dengan dukungan dana yang besar dalam bentuk investasi tidak langsung serta 1 (satu) perusahaan decacorn kelas dunia yang dimiliki oleh WNI. Dimana perusahaan digital anak bangsa (WNI) tersebut memperoleh dana yang dalam jumlah besar yang berasal dari investasi para investor luar negeri, sebagai berikut:¹⁹⁰

¹⁹⁰ <https://www.cnbcindonesia.com/tech/20190805125401-37-89870/startup-unicorn-ri-dikuasai-asing-awas-data-disalahgunakan>

Tabel II. 5

Tabel daftar perusahaan digital anak bangsa (WNI)

	Gojek	Tokopedia	Traveloka	Bukalapak
Pendiri	Nadimen Makarim (WNI)	William Tanuwidjaya (WNI)	Feri Unardi, Derianto Kusuma, Albert Zhang (WNI)	Ahmad Zaky (WNI)
Kekayaan perusahaan investor	US\$ 3,5 Miliar	US\$ 2,4 Miliar	US\$ 500 Juta	US\$ 200 Juta
	Tecent Holdings, JD.com, New World Strategic Investment, Google, Temasek Holdings, Hera Capitals, Astra International, dan GDP Ventures	Alibaba Group, Softbank Group, Sequioa Capital	Exepedia, GFC dan Sequoia Capital, Hillhouse Capital, dan JD.com	Ant Financial, Mirae Asset, Never Asia, GIC, Emtek Group

Keberadaan investasi asing ini merupakan bentuk adanya kegiatan keperdataan khususnya terhadap objek harta kekayaan yang ada di Indonesia. Melihat kegiatan keperdataan pelaku usaha asing tersebut, termasuk pada kegiatan investasi, menunjukkan bahwa kepemilikan atas kebendaan tersebut dapat saja tidak hanya pada satu negara, melainkan dapat di beberapa negara/transnasional. Oleh karena itu, ketentuan hukum keperdataan perlu mengatur secara tegas ketentuan hak-hak kebendaan yang mengacu kepada ketentuan KUHPerdara terhadap harta kebendaan transnasional tersebut. Hal ini mempertimbangkan kebendaan baik berwujud-tidak berwujud, bergerak-tidak bergerak, terdaftar-tidak terdaftar, merupakan suatu harta kekayaan yang dapat dilekatkan dengan hak kepemilikan. Menurut undang-undang, barang adalah

tiap benda dan tiap hak yang dapat menjadi obyek dari hak milik. (KUHPerd. 503, 519, 833, 955, 1131.) Oleh karena itu, benda yang dilekatkan dengan kepemilikan mempunyai nilai ekonomis kebendaan yang dapat dijadikan objek dalam hubungan perikatan, termasuk perikatan yang lahir karena kesepakatan dalam hal ini perjanjian atau yang lazim disebut dengan kontrak. Pada data tersebut di atas menunjukkan aktivitas bisnis lintas negara sebagai suatu hal yang biasa terjadi dalam kegiatan usaha. Oleh karena itu, diperlukan adanya status hukum kebendaan yang memaksa (*dwingendrecht*) artinya ketentuan hukum benda memaksa untuk dipatuhi/ditaati dan tidak boleh disimpangi, untuk memberikan kepastian hukum status pertalian hukum kedudukan kebendaan yang ada dalam kegiatan keperdataan tersebut, apakah benda tetap maupun benda tidak tetap/ bergerak.

Berdasarkan hukum kebendaan nasional yang diatur dalam ketentuan KUHPerddata, bahwa ketentuan kebendaan adalah bersifat tertutup dan memaksa (*dwingendrecht*) yang artinya ketentuan kebendaan harus dipatuhi dan tidak boleh disimpangi. Ketentuan keperdataan Indonesia mengatur secara tegas jenis benda baik bergerak dan tidak bergerak, serta mengakui bahwa pada kebendaan yang bergerak tersebut ada yang berwujud maupun yang tidak berwujud (Pasal 504 s.d 505 KUHPerddata). Mengacu kepada ketentuan yang ada dalam KUHPerddata tersebut terhadap jenis-jenis kebendaan, secara mendasar kebijakan kebendaan perdata Indonesia yang diatur dalam Pasal 17 AB menyatakan bahwa terhadap barang-barang yang tidak-bergerak berlakulah undang-undang dari negeri atau tempat di mana barang-barang itu berada. Dalam hal ini, hukum Indonesia mengadopsi *forum rae sitae* yang berdasarkan ketentuan Pasal 118 HIR dan Pasal 99 ayat (8) RV, dimana terhadap kebendaan tetap (tidak bergerak) berlaku ketentuan hukum dimana benda tetap tersebut berada.

Berdasarkan ketentuan KUHPerddata mengenai kebendaan, selain kebendaan tetap (barang tidak bergerak), diatur juga

kebendaan bergerak yang diatur dalam Pasal 509 – 518 KUHPerdara. Ketentuan KUHPerdara menentukan beberapa bentuk barang yang dianggap sebagai barang bergerak karena ditentukan undang-undang adalah: 1. Hak pakai hasil dan hak pakai barang bergerak, 2. Hak atas bunga yang dijanjikan, baik bunga yang terus-menerus, maupun bunga cagak hidup; 3. Perikatan dan tuntutan mengenai jumlah uang yang dapat ditagih atau mengenai barang bergerak; 4. Bukti saham atau saham dalam persekutuan perdagangan uang, persekutuan perdagangan atau persekutuan perusahaan, sekalipun barang-barang bergerak yang bersangkutan dan perusahaan itu merupakan milik persekutuan. Bukti saham atau saham ini dipandang sebagai barang bergerak, tetapi hanya terhadap masing-masing peserta saja, selama persekutuan berjalan; 5. Saham dalam utang negara Indonesia, baik yang terdaftar dalam buku besar, maupun sertifikat, surat pengakuan utang, obligasi atau surat berharga lainnya, beserta kupon atau surat-surat bukti bunga yang berhubungan dengan itu; 6. Sero-sero atau kupon obligasi dari pinjaman lainnya, termasuk juga pinjaman yang dilakukan negara-negara asing.

Saat ini berdasarkan hukum kebendaan yang ada di Indonesia, bahwa kepemilikan barang tidak bergerak dan barang bergerak dilakukan berdasarkan tata cara yang ditentukan oleh peraturan perundang-undangan, dimana setiap harta kekayaan tersebut dilakukan pendaftaran. Untuk tanah/ bangunan, lazimnya dilakukan pendaftaran bahkan sebelum dijaminkan, namun pada kebendaan bergerak, khususnya benda-benda yang tidak didaftarkan sebelumnya (misal: tagihan, benda persediaan, dsb) akan menjadi kesulitan apabila belum dilakukan pendaftaran, apalagi barang tersebut dijadikan jaminan pelunasan utang berdasarkan Pasal 1131 dan 1132 KUHPerdara. Oleh karena itu, sistem hukum Indonesia harus memilih secara tegas pertalian dalam keperdataan internasional bahwa sistem keperdataan internasional Indonesia mengakui status kebendaan baik kebendaan bergerak dan

tidak bergerak, dan mengakui hak dan kewajiban yang melekat pada kepentingan kebendaan tersebut. Dalam praktiknya juga terdapat kebendaan bergerak yang tunduk kepada rezim pendaftaran, salah satunya adalah terkait dengan hak kekayaan intelektual, misal: praktik pendaftaran merek¹⁹¹ dimana setiap merek harus didaftarkan untuk memperoleh pengakuan status hak atas merek. Selain itu dalam praktik bisnis berdasarkan ketentuan jaminan fidusia¹⁹² setiap benda yang dijaminan fidusia harus didaftarkan¹⁹³. Pendaftaran benda dalam jaminan fidusia tersebut memberikan rujukan status bahwa setiap benda bergerak yang dijaminan fidusia pendaftarannya/ pengenaan pendaftaran barangnya tunduk berdasarkan ketentuan hukum Indonesia.

¹⁹¹ Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis.

¹⁹² Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia

¹⁹³ Pasal 11, Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia

Tabel II. 6

Jumlah Pendaftaran Jaminan Fidusia Tahun 2018¹⁹⁴

2018		
Obyek Berserial Nomor		
1	Kendaraan Roda Dua	9242642
2	Kendaraan Roda Empat	3112920
3	Kendaraan Lainnya	5078
4	Alat Pertanian	222
5	Alat Berat	2055
6	Saham	21
7	Obligasi	3
8	Aset Lainnya	2597
9	Kendaraan Roda Tiga	3202
10	Kendaraan Roda Enam	35766
11	Kendaraan Roda Sepuluh	4899
12	Kendaraan Roda Dua Belas	131
13	Kendaraan Roda Empat Belas	166
14	Mesin	327
Obyek Tidak Berserial Nomor		
1	Hewan Ternak	26
2	Aset Perusahaan	7468
3	Lainnya	17287
4	Hak Kekayaan Intelektual	15
5	Hak Atas Merek Dagang	15
6	Rumah Susun	5
7	Hak Cipta	2
8	Tagihan BPJS	19
9	Tagihan Hutang	23

Sebagai suatu hak yang melekat pada subjek hukum, pada kebendaan tersebut dapat melekat pada hubungan dengan pihak lain dalam hal terdapat hubungan perikatan diantaranya. Baik berdasarkan harta kekayaannya mengacu pada Pasal 1131 KUHPerdara ataupun kebendaannya didasarkan adanya hubungan perikatan berdasarkan ketentuan dalam hubungan hukum keluarga, baik waris, hibah, ataupun wasiat.

b. Kondisi yang diharapkan

¹⁹⁴ data permohonan jaminan fidusia: Direktorat Jenderal AHU Tahun 2018

Terhadap sistem hukum Indonesia, kiranya perlu mengacu kepada penentuan *lex situs* kebendaan tersebut terletak (untuk kebendaan tidak bergerak) ataupun melalui adanya pendaftaran kebendaan (*register*) dari kebendaan tersebut didaftarkan pada hukum suatu negara baik terhadap pengenaan tanda administratif benda, ataupun dalam hal benda bergerak tidak berwujud ataupun berwujud dibebankan dalam penjaminan kebendaan bergerak maka pendaftaran pembebanan benda tersebut menjadi dasar registrasinya. Selain itu, dalam kondisi yang diharapkan hanya mengatur terhadap benda tidak bergerak dan benda bergerak terdaftar baik pendaftaran atas bendanya atau pembebanannya tetapi terhadap benda bergerak tidak terdaftar belum dijelaskan. Sehingga diusulkan untuk menambahkan pemberlakuan asas *mobilia sequuntur personam* dalam menentukan status hukum benda bergerak tidak terdaftar, yang menentukan keberlakuan hukum personal pemilik/penguasa benda bergerak tersebut untuk mengatur status hukum dari benda-benda tersebut.

Terhadap sistem hukum Indonesia, kiranya perlu mengacu kepada penentuan *lex situs* kebendaan tersebut terletak (untuk kebendaan tidak bergerak) ataupun melalui adanya pendaftaran kebendaan (*register*) dari kebendaan tersebut didaftarkan pada hukum suatu negara baik terhadap pengenaan tanda administratif benda, ataupun dalam hal benda bergerak tidak berwujud ataupun berwujud dibebankan dalam penjaminan kebendaan bergerak maka pendaftaran pembebanan benda tersebut menjadi dasar registrasinya, hal ini juga mengacu kepada penerapan asas *mobilia sequuntur personam* sebagaimana yang digunakan berdasarkan ketentuan yang diatur dalam RV.

Hal benda yang dilekatkan penjaminan tersebut mengacu berdasarkan ketentuan UU Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia yang mewajibkan adanya pendaftaran pada saat kebendaan tersebut dibebankan jaminan kebendaan. Undang-Undang HPI Indonesia sebagai acuan penentuan keperdataan internasional

kiranya tetap mengakui penetapan kualifikasi kebendaan benda baik benda tidak bergerak, benda bergerak, termasuk benda berwujud, atau tidak berwujud.

Mengingat suatu kebendaan berupa benda bergerak berdasarkan hukum nasional Indonesia mengacu kepada syarat pelekatan hak pada kebendaan tidak bergerak yang didasarkan prinsip kebendaan tersebut terletak (*lex rae sitae*). Namun, berbeda dengan hak kebendaan yang bergerak (*movable*), dimana sifat kebendaan tersebut yang sangat dinamis, maka diperlukan adanya penetapan status suatu benda terhadap kebendaan bergerak yang mengacu kepada hak tersebut diperoleh atau kebendaan tersebut berada pada suatu tertentu (*tangible movable*). Perkembangan yang pesat dalam bidang teknologi terlebih lagi pada saat ini mengacu kepada kemajuan informasi elektronik, berdampak juga terhadap hak-hak kebendaan bergerak dan tidak berwujud, oleh karena itu kiranya penentuannya didasarkan kepada penerbitan hak tersebut ataupun hak tersebut didaftarkan.

Prinsip hukum perikatan termasuk mengakui adanya suatu perikatan yang dilahirkan berdasarkan adanya putusan pengadilan, yang membebankan kewajiban kepada satu pihak dan melahirkan suatu hak pada suatu pihak lainnya, termasuk lahirnya hak-hak kebendaan yang didasarkan adanya putusan hakim. Oleh karena itu, dalam penentuan kebendaan yang ada berdasarkan RUU HPI kiranya menentukan bahwa terhadap hak-hak kebendaan yang lahir/ diperoleh berdasarkan putusan hakim mengacu kepada kebendaan tersebut terletak atau terdaftar.

C.3.2 Kebendaan dalam perikatan hubungan keluarga

Suatu hak kebendaan dalam hal dapat diperoleh dalam relasi hubungan perikatan keperdataan bisnis yang ada, namun menjadi perhatian adalah adanya hak kebendaan yang berasal dari hubungan perikatan yang didasarkan kepada kebendaan dalam lapangan hukum keluarga.

a. Kondisi saat ini

Pada prinsipnya kewarisan adalah langkah-langkah penerusan dan pengoperaan harta peninggalan baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud dari seorang pewaris kepada ahli warisnya, maksudnya dari pewaris ke ahli warisnya. Hukum waris (*erfrecht*) yaitu seperangkat norma atau aturan yang mengatur mengenai berpindahnya atau beralihnya hak dan kewajiban (harta kekayaan) dari orang yang meninggal dunia (pewaris) kepada orang yang masih hidup (ahli waris) yang berhak menerimanya. Atau dengan kata lain, hukum waris yaitu peraturan yang mengatur perpindahan harta kekayaan orang yang meninggal dunia kepada satu atau beberapa orang lain.

Pewarisan adalah pemindahan segala hak dan kewajiban seseorang yang meninggal dunia (Pewaris) kepada ahli warisnya¹⁹⁵. Masalah-masalah yuridis yang timbul dari persoalan dan proses pewarisan seringkali bersumber pada dua masalah pokok yaitu:

1. pewarisan yang diatur berdasarkan Undang-Undang, dalam pewarisan tidak menyatakan dengan tegas keinginannya melalui testament (*ab Interstate atau Interstate Succession*).
2. pewarisan melalui testament, yaitu keinginan pewaris terhadap harta kekayaannya setelah ia meninggal dunia yang dinyatakan dalam testamen (*Testamentary Sucession*)

Persoalan pewarisan akan menjadi masalah Hukum Perdata Internasional (HPI) bila didalamnya terlibat sejumlah unsur asing, yang pada akhirnya memunculkan persoalan tentang hukum mana atau apa yang harus digunakan untuk mengatur pewarisan yang bersangkutan¹⁹⁶. Dalam hukum perdata Internasional, pewarisan adalah suatu pemindahan segala hak dan kewajiban seseorang yang meninggal dunia kepada para ahli waris¹⁹⁷. Hal ini juga sebagaimana

¹⁹⁵ Ridwan Khairandy dkk, Pengantar Hukum Perdata Indonesia, Yogyakarta: Gama Media, 1999, hal 138

¹⁹⁶ Bayu Seto, Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional, Cet III, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hal 190

¹⁹⁷ Purnadi Purbacaraka, *Sendi-Sendi Hukum Perdata Internasional*, (Jakarta: Rajawali, 1983), hlm.56

dijelaskan dalam Pasal 833 BW bahwa pewarisan adalah sebagai suatu proses pemindahan hak milik atas segala barang, segala hak dan segala piutang dari seseorang yang meninggal dunia kepada para ahli warisnya. Fakta-fakta dalam perkara pewarisan yang secara potensial yang umumnya dapat mempertautkan perkara dengan suatu sistem hukum baik lokal maupun asing adalah¹⁹⁸:

- 1) Status dan kedudukan benda atau harta peninggalan;
- 2) Penentuan kapasitas hukum atau kemampuan hukum si pewaris; dan
- 3) Penentuan validitas substansial dan atau formal dari testamen.

Suatu pewarisan dapat dilakukan berdasarkan pengalihan melalui wasiat atau testamen, adalah pemberian suatu benda secara sukarela dan tanpa imbalan dari seseorang kepada orang lain yang masih hidup untuk dimiliki. Dengan kata lain, wasiat adalah suatu pernyataan dari seseorang tentang apa yang dikehendaki setelah ia meninggal.¹⁹⁹ Dimana, segala harta peninggalan seseorang yang meninggal dunia adalah kepunyaan para ahli warisnya menurut undang-undang, sejauh mengenai hal itu dia belum mengadakan ketetapan yang sah. (Pasal 874 KUHPer). Ketetapan yang sah yang dimaksud adalah surat wasiat. Berdasarkan Pasal 875 KUHPer, surat wasiat atau testamen adalah sebuah akta berisi pernyataan seseorang tentang apa yang dikehendakinya terjadi setelah ia meninggal, yang dapat dicabut kembali olehnya. Ini berarti, jika tidak ada ketetapan yang sah dalam bentuk surat wasiat, maka semua harta peninggalan pewaris adalah milik segenap ahli waris. Sedangkan jika ada surat wasiat yang menjadi ketetapan yang sah, surat wasiat tersebut harus dijalankan oleh para ahli waris. Prosedur pendaftaran wasiat oleh Warga Negara Asing dalam hal ini seperti halnya kewajiban Notaris dalam pembuatan wasiat untuk Warga Negara Indonesia, bila ada permintaan pembuatan wasiat

¹⁹⁸ *Ibid*, Bayu Seto....., hlm. 190

¹⁹⁹ **R. Subekti** dalam *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, dalam hukum perdata barat/KUHPer hal. 106.

oleh Warga Negara Asing, maka Notaris berkewajiban untuk melaporkan pembuatan wasiat Warga Negara Asing ke Subdit Harta Peninggalan di Kementerian Hukum dan HAM.

Selain melalui waris ataupun wasiat, suatu pengalihan juga dapat dilakukan melalui hibah. Hibah sebagai perjanjian pemberian secara cuma-cuma didasarkan hukum Indonesia tidak dapat ditarik kembali. Pelaksanaan pengalihan melalui hibah, mengacu kepada syarat materil dan tata syarat formil pengalihan tersebut.

Di Indonesia terkait dengan perkembangan waris serta harta kekayaan yang dibawah pengampuan berdasarkan sistem hukum Indonesia dikenal adanya Balai Harta Peninggalan (*weboedel khamer*) yang dibentuk sejak 1 Oktober 1624, yang dibentuk untuk memenuhi kebutuhan untuk mengurus harta-harta yang ditinggalkan. Dimana dalam tugasnya, BHP mewakili dan mengurus kepentingan orang (badan hukum) yang karena hukum atau putusan hakim tidak dapat menjalankan sendiri kepentingannya berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dimana saat ini terdapat 5 (lima) BHP yang meliputi wilayah hukum kewenangannya masing-masing. Berdasarkan ketentuan yang ada berdasarkan hukum perdata Indonesia, keberadaan BHP tersebut menjalankan fungsi sebagai berikut: ²⁰⁰

1. Sebagai pengampu atas anak yang masih dalam kandungan (Pasal 348 KUHPperdata);
2. Pengurus atas diri pribadi dan harta anak-aak yang masih belum dewasa bagi mereka yang belum diangkat sebagai wali (Pasal 359 KUHPperdata);
3. Sebagai wali pengawas (Pasal 366 KUHPperdata);
4. Pengampu Anak Dalam Kandungan (Ps. 348 KUHPperdata jo. Ps 45 Instruksi untuk Balai Harta Peninggalan di Indonesia);

²⁰⁰http://ditjenpp.kemenkumham.go.id/files/doc/2113_Profil%20dan%20Perkembangan%20Hukum%20BHP.pdf, diakses tanggal 29 Juli 2020

5. Selaku Wali sementara (Ps. 359 ayat terakhir KUHPerdata jo Ps. 55 Instruksi Untuk Balai Harta Peninggalan di Indonesia);
6. Mewakili kepentingan anak-anak belum dewasa dalam hal adanya pertentangan dengan kepentingan wali mereka (Ps. 370 ayat terakhir KUHPerdata jo Ps 25 a Reglement voor Het Collegie van Boedelmeesteren);
7. Mewakili kepentingan si belum dewasa apabila ini bertentangan dengan kepentingan si wali, dengan tidak mengurangi kewajiban yang istimewa dibebankan kepada Balai Harta Peninggalan (Ps. 370 KUHPerdata);
8. Mengurus harta anak-anak belum dewasa dalam hal pengurusan itu dicabut dari wali mereka (Ps. 388 KUHPerdata);
9. Melakukan pekerjaan Dewan Perwalian (Besluit van den Gouverneur Generaal tanggal 25 Juli 1927 No. 8 stb. 1927- 382);
 - Pengampu pengawas dalam hal adanya orang-orang yang dinyatakan berada di bawah pengampuan (Ps. 449 KUHPerdata);
10. Mengurus harta kekayaan dan kepentingan orang yang dinyatakan tidak hadir (afwezig) (Ps. 463 KUHPerdata jo Ps. 61 Instruksi Untuk Balai Harta Peninggalan di Indonesia);
11. Mengurus atas harta peninggalan yang tidak ada kuasanya (Ps. 1126, 1127, 1128 dan seterusnya KUHPerdata);
12. Mendaftar dan membuka surat-surat Wasiat Ps. 41 dan Ps 42 OV dan Ps 937, 942 KUHPerdata);
13. Membuat Surat Keterangan Hak Mewaris bagi golongan Timur Asing selain Cina (Ps. 14 ayat 1 Instructie voor de gouvernements Landmeters in Indonesia Stb. 1916 No. 517 (Instruksi Bagi Para Pejabat Pendaftaran Tanah di Indonesia dan Yang Bertindak Sedemikian, Surat Menteri Dalam Negeri cq. Kepala Direktorat Pendaftaran Tanah Direktorat Jenderal Agraria Departemen Dalam Negeri tanggal 20 Desember 1969 Nomor:Dpt/12/63/12/69) jo Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN No. 3 Tahun 1997 tentang Ketentuan Pelaksanaan PP No. 24 Tahun 1997;

14. Melakukan pengurusan dan pemberesan harta pailit selaku Kurator (Ps. 70 ayat (1) UU No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang jo Ps. 70 Instruksi Untuk Balai Harta Peninggalan di Indonesia; – melakukan pengelolaan dan pengembangan Uang Pihak Ketiga Balai Harta Peninggalan berdasarkan Keputusan Menteri Kehakiman.
15. Menerima dan mengelola hasil transfer dana secara tunai yang diserahkan Bank Indonesia kepada BHP sesuai dengan Ps 37 UU No. 3 Tahun 2011 tentang Transfer Dana.

b. Kondisi yang diharapkan

Dalam hukum perdata Internasional, proses berlangsungnya pewarisan bisa terjadi dengan sendirinya tanpa perbuatan hukum si pewaris atau bisa juga melalui suatu perbuatan hukum yang dilakukan si pewaris sewaktu masih hidup dengan membuat suatu testamen atau surat wasiat²⁰¹. Di Inggris pewarisan tanpa wasiat berlaku untuk benda-benda tidak tetap maka berlaku ketentuan *Lex Domicili*, yaitu hukum dari domisili si pewaris. *Lex Domicili* ini menentukan siapa saja para ahli waris, berapa besar bagian masing-masing dan bagaimana prioritas atau garis keutamaannya. Untuk benda-benda tetap berlaku *Lex Situs*, yaitu berlakunya hukum dari suatu negara dimana benda tersebut terletak.

Lex Situs berlaku juga untuk pewarisan benda-benda tetap melalui wasiat. Sementara itu, untuk pewarisan benda tidak tetap melalui wasiat ditentukan oleh kemampuan si pewaris untuk menyatakan kehendaknya, yang ditentukan oleh *Lex Domicili* dari si pewaris atau pembuat wasiat. Bila si pembuat wasiat telah berpindah domisili baik dari waktu membuat wasiat ataupun pada waktu kematiannya, maka mengenai domisili ini ada beberapa pendapat yang dikemukakan oleh pakar Hukum Perdata Internasional yaitu:

²⁰¹ *Ibid*, hlm. 57.

- 1) *Dacey dan Cheshire*, menyatakan bahwa domisili si pembuat wasiat adalah domisili pada waktu ia membuat wasiat.
- 2) *Westlake, Foote, Beale dan Graveson*, menyatakan bahwa domisili si pembuat wasiat adalah domisili dimana ia meninggal dunia²⁰².

Di Indonesia yang menganut sistem kesatuan harta peninggalan, baik benda tetap maupun benda bergerak berdasarkan pada yurisprudensi dan doktrin atau pendapat para Pakar Hukum Perdata Internasional yakni pewarisan dilakukan berdasarkan pada hukum nasional si pewaris. Apabila hukum nasional pewaris terdiri dari berbagai macam sistem hukum maka merujuk pada Pasal 15 sub 1 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata bahwa hukum yang berlaku adalah hukum dimana tempat tinggal si pewaris berada²⁰³.

Yang menjadi hal yang harus diperhatikan adalah juga perlu melihat kemampuan dan kewenangan hukum dalam perbuatan hukum waris yang mengacu terhadap status personal pihak waris, dalam hal perbuatan tersebut dilakukan diluar negeri. Oleh karena itu, perlu adanya ketegasan hukum nasional Indonesia berdasarkan RUU HPI ini yang mengacu terhadap status hukum nasional pemberi waris dalam hal waris dilakukan dengan didasarkan status personal Indonesia (kewarganegaraan pewaris) pada saat meninggal dunia. Namun, hukum kiranya juga perlu membuka kesempatan dalam hal tertentu kewarganegaraan pewaris tidak dapat ditentukan, kiranya pengalihan karena waris didasarkan kepada hukum tempat tinggal pewaris berkedianaman sehari-hari, dan berlaku ketentuan pengalihan berdasarkan hukum *the most real and substantial relationship* dalam hal pewaris yang meninggal tersebut tidak dapat ditentukan.

Berdasarkan sistem kesatuan harta peninggalan, baik benda tetap maupun benda bergerak berdasarkan pada yurisprudensi dan doktrin atau pendapat para Pakar Hukum Perdata Internasional

²⁰² *ibid*, hlm. 57.

²⁰³ *Ibid*, hlm. 58

yakni pewarisan dilakukan berdasarkan pada hukum nasional si pewaris. Apabila hukum nasional pewaris terdiri dari berbagai macam sistem hukum maka merujuk pada Pasal 15 sub 1 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata bahwa hukum yang berlaku adalah hukum dimana tempat tinggal si pewaris berada. Selain itu, hukum yang berlaku terhadap ketentuan kebendaan waris, tunduk terhadap ketentuan peraturan perundang-undangan yang bersifat memaksa (*imperatif*) untuk ditaati, baik ketentuan syarat material maupun syarat dan tata cara formil peralihan tersebut.

c. Perbandingan di Negara Lain:

1. Penerapan Kebendaan di China

Kemudian terkait dengan hak kebendaan dan kepemilikan benda bergerak atau tidak bergerak. Dalam Undang-Undang yang Mengatur Pilihan Hukum dalam Urusan Perdata yang Melibatkan Unsur Asing, *Judicial Yuan, Chinese Laws Regulating Legal Choices in Civil Affairs Involving Foreign Elements* Pasal 38, disebutkan terkait hak atas benda (hak In Rem) yang menyatakan bahwa :

- a. Hak kebendaan atas suatu benda diatur oleh hukum tempat benda tersebut berada.
- b. Hak kebendaan dalam hak diatur oleh hukum tempat di mana hak tersebut dibentuk.
- c. Apabila lokasi suatu benda telah berubah, perolehan, kehilangan, atau perubahan hak kebendaan atas benda itu diatur oleh hukum lokasi benda tersebut pada saat fakta yang menentukan terjadi.
- d. Hak kebendaan di kapal diatur oleh hukum kewarganegaraan kapal, dan hak kebendaan di pesawat diatur oleh hukum negara tempat pesawat terdaftar. Kemudian dapat dilihat juga pada pasal 40, menyatakan bahwa "*Hukum Republik Tiongkok mengatur kekuatan hukum dari hak kebendaan atas benda bergerak yang dibentuk sesuai dengan hukum yang berlaku di*

lokasi asing tempat hak kebendaan tersebut dibawa ke Republik Tiongkok.”²⁰⁴

Hingga 2010, undang-undang Cina yang ada hanya berisi satu artikel yaitu terdapat pada *General Principle of Civil Law of the People’s Republic of China, Article 144*, menyebutkan bahwa “(In determining) ownership of immovable property, the law of the place where the property is located applies”.²⁰⁵ Berurusan dengan hukum yang mengatur “kepemilikan” “tidak bergerak”. Sebagai perbandingan, Conflict Act menetapkan kerangka kerja yang relatif rumit untuk mengatur pilihan-masalah hukum berbagai kategori properti, termasuk barang bergerak, barang tak bergerak, res in transitu dan surat berharga. Karena Conflict Act mengikuti prinsip universal bahwa asas lex situs mengatur hak-hak nyata dalam hal yang tidak bergerak, analisis bagian ini akan berfokus pada barang bergerak.²⁰⁶

2. Penerapan Kebendaan di Swiss terkait hubungan perkawinan Pengaturan terkait dengan harta perkawinan (harta matrimonial)

Pengaturan harta matrimonial diatur oleh hukum negara di mana kedua pasangan berdomisili secara bersamaan, tercantum dalam Article 54 I a. Jika pasangan tidak berdomisili di negara yang sama, hukum negara tempat mereka berdomisili secara serentak berlaku, dijelaskan dalam Article 54 I b. Jika pasangan tidak pernah berdomisili di negara yang sama dan jika mereka tidak memiliki negara kewarganegaraan yang sama, hukum menundukkan rezim properti matrimonial mereka dengan rezim Swiss dari properti yang terpisah, article 54 ii dan iii).

²⁰⁴ Undang-Undang yang Mengatur Pilihan Hukum dalam Urusan Perdata yang Melibatkan Unsur Asing, *Judicial Yuan, Chinese Laws Regulating Legal Choices in Civil Affairs Involving Foreign Elements*, terjemahan oleh Lucia Ariwirasti, S.S. *By Virtue of Decisions of The Governor of DKI Jakarta* No. 1764/2006 6 No. 1691/2007.

²⁰⁵ General Principle of Civil Law of The People’s Republic of China, Diakses pada laman <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3990&context=lcp>

²⁰⁶ Zhengxin Huo, 2011, *Highlights of China’s New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law*, Hal 669, diakses pada laman https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/5973_45-3%20Huo.pdf

1. *Absent a choice of law, marital property relations are governed:*
(Apabila pilihan hukum tidak dibuat, rezim harta bersama diatur oleh)
 - a. *by the law of the state in which both spouses are domiciled at the same time, or, if that is not the case,* (Hukum di Negara tempat kedua pasangan berdomisili secara bersamaan atau, apabila tidak)
 - b. *by the law of the state in which both spouses were for the last time domiciled at the same time.* (Hukum di Negara tempat kedua pasangan terakhir berdomisili secara bersamaan.)
2. *If the spouses were never domiciled at the same time in the same state, their common national law applies.* (Apabila para pasangan tidak pernah berdomisili di negara yang sama secara bersamaan, berlaku hukum di negara tempat kewarganegaraan bersama mereka)
3. *Spouses who were never domiciled in the same state and who do not have a common nationality are subject to the Swiss rules about separate property.* (Para pasangan yang tidak pernah berdomisili di negara yang sama secara bersamaan dan yang tidak memiliki kewarganegaraan bersama tunduk pada rezim pisah harta Swiss.)

Asas *Choice of Law* dimungkinkan untuk dilakukan terkait dengan rezim properti matrimonial (harta bersama). *Choice of Law* harus dibuat secara tertulis atau dinyatakan dalam kontrak pernikahan, dan dapat diubah sewaktu-waktu. Pasangan dapat memilih hukum negara di mana mereka berdomisili, atau akan berdomisili atau hukum Negara kewarganegaraan satu pasangan, sebagaimana tercantum dalam Article 52 dan 53, yakni :

Article 52

1. *Marital property relations are governed by the law chosen by the spouses. (Rezim harta bersama diatur oleh hukum yang dipilih oleh para pasangan.)*
2. *The spouses may choose the law of the state in which they are both domiciled or will be domiciled after the marriage celebration, or the law of a state of which either of them is a national. Article 23, paragraph 2, does not apply. (Para pasangan dapat memilih hukum di Negara tempat keduanya berdomisili atau akan berdomisili setelah upacara perkawinan atau hukum di Negara tempat salah satu pasangan merupakan warga negara. Article 23, ayat 2, tidak berlaku)*

Article 53

1. *A choice of law must be agreed in writing or result with certainty from the provisions of a marital property agreement; furthermore, such choice is governed by the chosen law. (Pilihan hukum harus disepakati secara tertulis atau jelas terbukti dari perjanjian perkawinan. Selain dari persyaratan tersebut, akan diatur oleh hukum yang dipilih.)*
2. *A choice of law may be made or amended at any time. A choice of law made after the marriage celebration has retroactive effect as of the date of the marriage, unless otherwise agreed. (Pilihan hukum dapat dibuat atau diubah sewaktu-waktu. Apabila pilihan dibuat setelah perayaan perkawinan, pilihan ini akan berlaku surut hingga tanggal perkawinan kecuali apabila para pihak menyepakati sebaliknya.)*
3. *The chosen law remains applicable as long as the spouses have not amended or revoked such choice. (Hukum yang dipilih akan tetap berlaku hingga para pasangan memilih hukum lain atau mencabut pilihan mereka.)*

Namun, hukum yang berlaku pada rezim properti perkawinan (harta bersama) berubah ketika pasangan mengubah domisili atau pilihan hukum mereka. Kecuali jika pasangannya dikenai kontrak pernikahan atau diputuskan secara tertulis untuk

mempertahankan hukum yang lama, hukum yang baru berlaku dengan efek surut sejak tanggal pernikahan, hal tersebut tercantum pada Article 55 yang mengatur terkait dengan mutabilitas dan retroaktif jika terjadi perubahan domisili:

1. *If the spouses' domicile is transferred from one state to another, the law of the new domicile applies and has retroactive effect as of the day of the marriage. Spouses may exclude retroactivity by so agreeing in writing.* (Apabila para pasangan mengalihkan domisili mereka dari satu Negara ke Negara lain, hukum di domisili yang baru akan berlaku surut hingga tanggal perkawinan. Para pasangan dapat mencegah keberlakuan surut tersebut dengan kesepakatan tertulis.)
2. *A change of domicile has no effect on the applicable law if the spouses have agreed in writing to continue the application of the former law or if they are bound by a marital property agreement.* (Perubahan domisili tidak akan berdampak pada hukum yang berlaku apabila para pihak telah sepakat secara tertulis untuk mempertahankan hukum sebelumnya atau apabila mereka tunduk pada suatu kontrak perkawinan.)

C.4. Perikatan Transnasional

a. Kondisi saat ini

Berdasarkan ketentuan KUHPerdara bahwa suatu perikatan dapat terjadi pada hubungan antar subjek hukum yang dikarenakan baik suatu persetujuan, dikarenakan undang-undang, ataupun dalam praktik dikarenakan adanya putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap. Dimana perikatan yang dilahirkan akibat peristiwa hukum tersebut ditujukan untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau tidak berbuat sesuatu. Pada umumnya, suatu perikatan yang dilakukan oleh kedua belah pihak yang melakukan kontraktual di Indonesia didasarkan kepada

ketentuan Pasal 1320 KUHPerdara, dimana dinyatakan dalam ketentuan tersebut, agar terjadi persetujuan yang sah, perlu dipenuhi empat syarat; 1. kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya; 2. kecakapan untuk membuat suatu perikatan; 3. suatu pokok persoalan tertentu; 4. suatu sebab yang tidak terlarang. Prinsip yang diadopsi dalam ketentuan KUHPerdara tersebut sesungguhnya mendasarkan kepada ketentuan keperdataan internasional umumnya yang mengedepankan *partij autonomy* atau kehendak para pihak untuk mengadakan hubungan kontraktual sebagai *pacta sunt servanda* bagi pihak yang mengikatkan diri didalamnya.

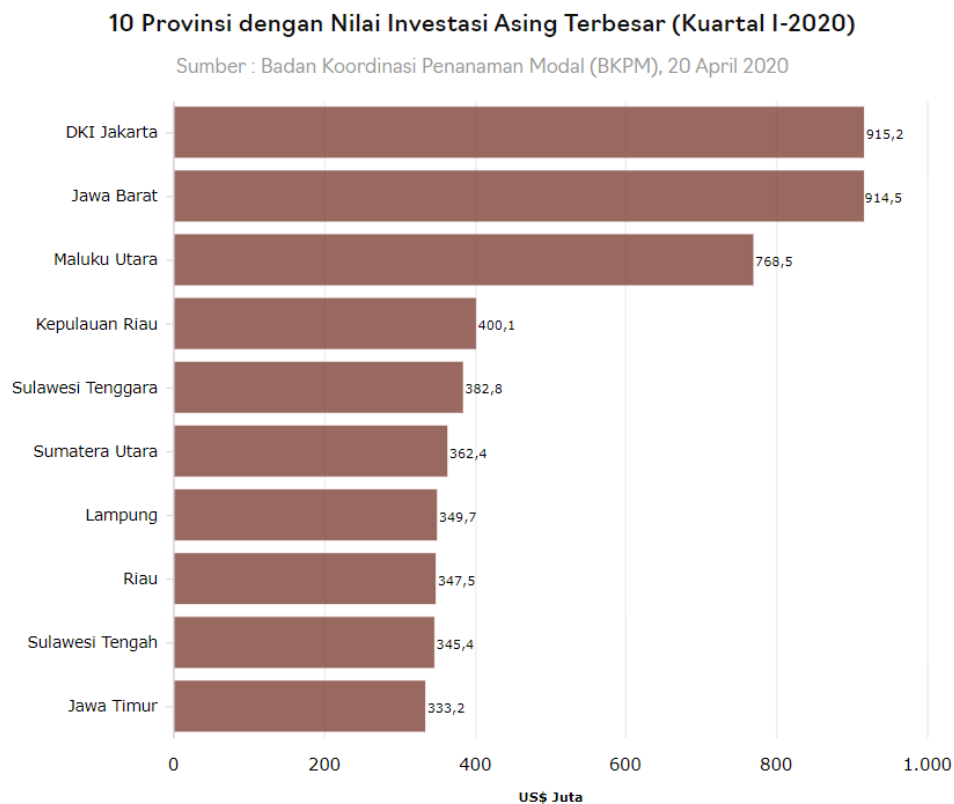
Sejalan dengan perkembangan dan transaksi bisnis transnasional yang berkaitan dengan Indonesia, seringkali WNI melakukan perikatan bisnis dengan WNA untuk melakukan hubungan keperdataan, baik perikatan dalam bidang investasi, ataupun dalam bidang perdagangan baik barang maupun jasa. Pada kegiatan investasi untuk melakukan penanaman modal baik investasi langsung maupun tidak langsung. Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) mencatat realisasi investasi Indonesia sebesar Rp809,6 triliun di sepanjang tahun 2019. Realisasi itu melampaui target yang ditetapkan sebesar Rp792 triliun atau setara 102,2%. Penanaman Modal Dalam Negeri (PMDN) tercatat sebesar Rp386,5 triliun, atau setara 125,4% dari target Rp208,3 triliun. Serta dari Penanaman Modal Asing (PMA) sebesar Rp423,1 triliun atau hanya setara 87,5% dari target Rp483,7 triliun.²⁰⁷ Tingginya realisasi investasi asing di Indonesia merupakan bentuk kepercayaan global terhadap iklim investasi di Indonesia, dimana apabila berdasarkan negara asal investasi, Singapura masih menjadi negara asal investasi terbesar di Indonesia, yaitu dengan nilai investasi sebesar US\$ 6,5 miliar (23,1 persen); selanjutnya R.R Tiongkok US\$ 4,7 miliar (16,8 persen); Jepang US\$ 4,3 miliar (15,3

²⁰⁷ <https://economy.okezone.com/read/2020/01/29/320/2160244/daftar-10-negara-dengan-investasi-terbesar-di-indonesia>

persen); Hong Kong, RRT US\$ 2,9 miliar (10,2 persen); dan Belanda US\$ 2,6 miliar (9,2 persen).²⁰⁸ Secara nasional, kepercayaan investasi ke Indonesia ini memberikan dampak yang signifikan terhadap penyebaran pertumbuhan perekonomian di Indonesia. Adapun data penyebarannya adalah sebagai berikut:²⁰⁹

Grafik II. 5

Grafik provinsi dengan nilai investasi asing Kuartal I tahun 2020



Selain itu pada sektor jasa keuangan, investasi asing juga banyak masuk pada sektor perbankan nasional. Investor asing banyak yang tertarik menanamkan modalnya di perbankan nasional Indonesia. Saat ini berdasarkan data Otoritas Jasa Keuangan, sekurangnya ada 30 (tiga puluh) bank yang mayoritas sahamnya dimiliki investor asing, yang berasal dari Eropa, Timur Tengah, China, Korea Selatan, India, Taiwan, Malaysia, Singapura,

²⁰⁸ <https://ekonomi.bisnis.com/read/20200129/9/1194914/realisasi-investasi-asing-melesat-2317-persen>

²⁰⁹ <https://databoks.katadata.co.id/datapublish/2020/04/20/10-provinsi-di-indonesia-dengan-investasi-asing-terbesar-kuartal-i-2020>

Hongkong, Jepang, dan Australia²¹⁰ Para investor tersebut menjalankan kesepakatan bisnisnya didasarkan kepada kontrak-kontrak bisnis yang disepakati oleh para pihak sebagai undang-undang yang membuatnya.

Selain kontrak bisnis yang dilakukan para subjek hukum, masing-masing pihak yang mengikatkan diri dalam hubungan internasional tersebut juga terjadi pada hubungan perjanjian ketenagakerjaan/ kontrak pekerjaan/ kontrak keahlian yang dibuat antara subjek hukum WNA dengan WNI terkait dengan perjanjian pekerjaannya. Ketenagakerjaan dalam perikatan bisnis menjadi salah satu perikatan organik dalam kesepakatan bisnis kedua belah pihak. Hal tersebut disebabkan keahlian untuk menjalankan pekerjaan tertentu yang didasarkan kepada kualifikasi. Ataupun kontrak-kontrak jual beli barang ataupun jasa yang melibatkan pihak asing yang dilakukan oleh subjek hukum Indonesia.

Hukum kontrak internasional merupakan bagian dari Hukum Perdata Internasional yang mengatur ketentuan-ketentuan dalam transaksi bisnis antara pelaku bisnis yang berasal dari dua atau lebih negara yang berbeda melalui suatu sarana kontrak yang dibuat atas kesepakatan oleh para pihak yang terikat dalam transaksi bisnis tersebut. Terkait dengan adanya pertemuan hukum asing satu sama lain dalam kontrak internasional dalam konteks kontrak komersial. Beberapa lembaga kontrak bisnis internasional yang digunakan sebagai rujukan antara lain:²¹¹

1. *UN Convention on International Sales of Goods 1980* *UN Convention on International Sales of Goods tahun 1980* mengatur tentang Jual Beli Barang Internasional yang cukup komprehensif dan menggambarkan hasil harmonisasi dari berbagai sistem hukum yang berbeda. Konvensi ini mencoba merumuskan hak

²¹⁰ <https://katadata.co.id/infografik/2019/11/22/investasi-asing-di-perbankan-indonesia>

²¹¹ Prof Supancana, *Perkembangan Hukum Kontrak Dagang Internasional*, <https://www.bphn.go.id/data/documents/pk-2012-2.pdf>, BPHN, 2012

dan kewajiban baru pihak dalam jual beli barang internasional secara transparan.

2. *Convention on The Law Applicable to Contracts of International Sales of Goods 1986;*
3. *Convention on the Law Applicable to Agency 1978*
4. *International Convention on Travel Contract 1970;*
5. *Convention Relating to a Uniform Law on The International Sales of Goods 1964;*
6. *Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods 1955;*
7. *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, Montreal, 1999;*
8. *UN Convention on the Use of E-Communication in International Contract 2005;*
9. *Convention on International Interest in Mobile Equipment 2001;*
10. *UN Convention on the Carriage of Goods by Sea (The Hamburg Rules) 1978;*
11. *UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (the Rotterdam Rules) 2008;*
12. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contract 2010*
UNIDROIT Principles of International Contract merupakan hasil harmonisasi di bidang Hukum Kontrak dari berbagai Sistem Hukum yang berbeda, baik Civil Law; Common Law; Socialist Legality; Shariah; maupun Canonic Law. Hal itu dilakukan untuk memfasilitasi kegiatan perdagangan internasional.
13. *Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum upon Failure of Performance 1983;*
14. *Uniform Rules Concerning the Contract of International Carriage of Goods by Rail (CIM), 1999;*
15. *UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works;*

16. *Promoting Confidence in E-Commerce: Legal Issues on International Use of Electronic Authentication and Signature Method 2007*
17. *UNCITRAL Model Law on Electronic Signature with Guide to Enactment 2001*;
18. *UCP 600 (Uniform Customs and Practice for Documentary Credit)*;
19. *Ketentuan Incoterms 2010*;
20. *ICC Model Contracts and Clauses*; dan
21. *ICC E-Terms 2004*

Lembaga hukum kontrak internasional bertujuan mewujudkan harmonisasi hukum kontrak internasional para pihak, agar memiliki kesamaan dasar pijakan dalam membuat perikatan/kontrak internasional. Suatu perikatan yang dilahirkan karena persetujuan masing-masing pihak yang saling mengikatkan didalamnya, merupakan undang-undang (bagi pihak-pihak yang membuatnya (*pacta sunt servanda*)). Dan, suatu persetujuan adalah suatu perbuatan di mana satu orang atau lebih mengikatkan diri terhadap satu orang lain atau lebih.²¹² Selain itu, suatu perjanjian pada umumnya memiliki syarat sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUHPerduta, yaitu (1) kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya; (2) kecakapan untuk membuat suatu perikatan; (3) suatu pokok persoalan tertentu; (4) suatu sebab yang tidak terlarang. Hal demikian juga diatur dalam UNIDROIT dalam Article 1.1. yang menyatakan *The parties are free to enter into a contract and to determine its content*, sehingga prinsip kebebasan berkontrak lazim sebagai konsep dasar perjanjian. Salah satu asas dalam hukum kontrak komersial adalah asas kebebasan berkontrak atau dikenal dengan asas *Party Autonomy*. Asas ini mempunyai pengertian bahwa para pihak dalam suatu kontrak mempunyai kebebasan untuk menyepakati syarat-syarat kontrak tanpa adanya unsur paksaan, pengaruh, atau penipuan.

²¹² Pasal 1313 KUHPerduta

Pada era modern pelaksanaan asas kebebasan berkontrak tidak bersifat mutlak, karena dibatasi oleh asas keseimbangan para pihak.²¹³ Hal tersebut diwujudkan dalam Article 1.2 yang menyatakan bahwa perikatan dapat dilakukan bentuk-bentuknya *Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses.* Namun, bentuk tersebut harus diakui dan dihormati masing-masing pihak perikatannya maupun tidak boleh diakhiri tanpa adanya persetujuan Article 1.3 *A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles.* Ketentuan Article 1.3 inilah merupakan *pacta sunt servanda* dalam perikatan internasional. Salah satu ketentuan yang pokok menjadi asas yang digunakan dalam perikatan secara umum adalah adanya iktikad baik, dimana berdasarkan Article 1.7 (*Good faith and fair dealing*) (1) *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.*

Pada suatu kontrak berdimensi internasional, penentuan pilihan hukum sangat penting untuk menghindari *conflict of law*, mengingat para pihak yang terlibat, tempat transaksi, dan sistem hukum yang terkait berbeda-beda dan bahkan mungkin bertentangan atau berkebalikan antar satu yurisdiksi hukum dengan yurisdiksi lainnya²¹⁴. Berdasarkan substansi hukum yang diatur dalam perikatan internasional tersebut pada dasarnya merupakan (1) Penghormatan atas pilihan hukum oleh para pihak: bahwa para pihak dalam berkontrak dihormati hak dan kebebasannya untuk menyepakati hukum yang berlaku sebagai bentuk pilihan mereka, sepanjang tidak bertentangan dengan

²¹³ Supancana, Ibid, hlm 43

²¹⁴ Susanti Adi Nugroho, *Penyelesaian Sengketa Arbitrase dan Penerapan Hukumnya*, (Jakarta:Prenadamedia Group, 2015) hal. 324-326

hukum nasional dari salah satu pihak. (2) Pembatasan atas pilihan hukum oleh para pihak: meskipun pilihan hukum para pihak dihormati, namun dalam hal-hal tertentu dibatasi, misalnya jika memilih hukum yang bukan negara. (3) Hukum yang Berlaku dalam hal Para Pihak Tidak Melakukan Pilihan Hukum: Dalam hal para pihak tidak menetapkan pilihan hukum yang disepakati bersama, maka hukum yang berlaku diantara mereka dapat ditetapkan berdasarkan hukum tempat kontrak tersebut dibuat (*lex loci contractus*); hukum yang mencerminkan *the most characteristic connection*.²¹⁵ Umumnya dalam perikatan keperdataan/ kontrak bisnis internasional, masing-masing pihak dapat memilih, apakah penyelesaian perselisihan dilakukan melalui prosedur (1) Penyelesaian melalui lembaga peradilan (2) Penyelesaian melalui forum arbitrase; dan (3) Penyelesaian melalui *Alternative Dispute Resolutions*;²¹⁶ Sehingga kebebasan berkontrak memberikan hak bagi setiap pihak yang bersepakat untuk menentukan hukum yang berlaku terhadap suatu kontrak dan/atau forum yang berlaku dalam penyelesaian kontrak tersebut dalam hal terjadi perselisihan, kecuali untuk kontrak-kontrak yang substansinya telah ditentukan oleh peraturan perundang-undangan.

Sistem hukum positif Indonesia berdasarkan ketentuan hukum di Indonesia mengatur mengenai penentuan hukum dan forum penyelesaian yang dinyatakan dalam peraturan perundang-undangan. Seperti halnya di dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, dinyatakan bahwa dalam hal terjadi perselisihan dalam hubungan kontraktual kedua belah pihak dalam melakukan kerjasama penanaman modal, apabila terjadi sengketa keduanya mengedepankan penyelesaian secara musyawarah dan mufakat. Selanjutnya, dalam hal penyelesaian sengketa secara musyawarah dan mufakat tidak tercapai, berdasarkan ketentuan hukum yang ada maka penyelesaian

²¹⁵ Supancana, Ibid, hlm. 48

²¹⁶ Supancana, Ibid, hlm 49

sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Keberadaan pengadilan nasional memiliki peran penting dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, dimana para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan. Dengan demikian pengadilan nasional menjadi *ultimum remedium* dalam penyelesaian sengketa kontraktual khususnya dalam penanaman modal. Pada prinsipnya bahwa penyelesaian sengketa secara arbitrase atau selain pengadilan, harus terwujud kesepakatan. Bahkan dalam hal ingin mencapai kepuasan melalui penyelesaian arbitrase internasional, harus disepakati oleh para pihak terlebih dahulu.²¹⁷ Dengan demikian, substansi pilihan hukum ataupun forum penyelesaian perselisihan sesungguhnya didasarkan kepada kesepakatan para pihak, dengan mekanisme penyelesaian musyawarah terlebih dahulu.

Asas HPI yang digunakan dalam hukum perjanjian antara warga-warga negara adalah bahwa hukum yang dipilih dan disepakati oleh para pihak dalam perjanjian/kontrak. Namun dalam praktik, persoalan HPI menjadi lebih kompleks pada saat situasi di mana para pihak tidak melakukan pilihan hukum atau tidak menyatakan pilihan hukumnya secara tegas. Teori-teori HPI bidang kontrak sangat diperlukan atau lebih dikenal upaya menetapkan *the proper law of contract*. Dalam hal terjadi perselisihan, perlu diingat bahwa konteks pilihan hukum dan forum adalah dua hal berbeda dan terpisah. Tidak serta merta apabila para pihak memutuskan menggunakan hukum Indonesia maka forum yang digunakan adalah pengadilan atau arbitrase di Indonesia, misalnya kasus

²¹⁷ Pasal 32 UU No 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

Karaha Bodas v. Pertamina/PLN (2000). Kedua pihak sepakat menggunakan hukum Indonesia, namun orumnya adalah majelis arbitrase Jenewa Swiss.²¹⁸ Contoh kasus lainnya adalah kasus sengketa PT Asuransi Harta Aman Persada (PT AHAP) melawan PT Pelayaran Manalagi (PT PM). Keduanya berbadan hukum Indonesia, namun dalam perjanjian sepakat untuk menggunakan hukum Inggris. Meski demikian, tidak ada pilihan yurisdiksi dalam penyelesaian sengketa ini. Menariknya, Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta menyatakan berwenang untuk mengadili sengketa ini meskipun menggunakan hukum Inggris, walaupun akhirnya Mahkamah Agung pada tingkat kasasi menyatakan bahwa Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tidak mempunyai kewenangan itu.²¹⁹

Dalam praktik terdapat beberapa asas yang berkembang dalam HPI bidang hukum kontrak yang digunakan untuk menentukan status pertalian keperdataan internasional yang ada.

1. Asas *lex loci contractus*/hukum tempat pembuatan kontrak,
2. Asas *lex loci solutionis*/hukum dari tempat pelaksanaan perjanjian, dan
3. Asas *party autonomy*/kebebasan para pihak.

Ketiga asas yang digunakan dalam penerapan HPI tersebut sebagai jaring pengaman hukum dan memberikan dasar pertimbangan bagi hakim untuk melakukan penilaian tautan hukum dari perselisihan tersebut. Namun, sebagaimana prinsip kebebasan berkontrak dengan perjanjian sebagai undang-undang yang mengikat bagi setiap pihak, maka pengakuan paling utama adalah isi dari

²¹⁸ Hukum Online, *Sengketa Pertamina vs Karaha Bodas: Pengadilan Batalan Putusan Arbitrase Jenewa*, Selasa, 27 Agustus 2002, <https://www.hukumonline.com/berita/baca/hol6322/font-size1-colorff0000bsengketa-pertamina-vs-karaha-bodasfontbrpengadilan-batalan-putusan-arbitrase-jenewa/>, diakses pada 30 Juni 2020.

²¹⁹ Priskila P. Penasthika, *Berlakukah Hukum Asing untuk Sengketa Kontrak Internasional di Indonesia?*, Kolom, Kamis, 25 April 2019, <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5cc1491768ea9/berlakukah-hukum-asing-untuk-sengketa-kontrak-internasional-di-indonesia-oleh--priskila-p-penasthika/>, diakses pada 30 Juni 2020.

perjanjian itu sendiri. Dalam hal perjanjian ataupun para pihak sepakat untuk menentukan baik pilihan hukum (*choice of law*) dan/atau pilihan forum (*choice of forum*) menjadi faktor utama penentuannya karena didasarkan adanya kesepakatan.

Dengan kemajuan teknologi transportasi dan informasi, dapat terjadi tempat perjanjian ditandatangani menjadi tidak jelas sehingga asas *lex loci contractus* tidak cukup untuk menentukan hukum mana yang seharusnya berlaku (*the proper law of the contract*). Juga tempat pelaksanaan perjanjian dapat terjadi di beberapa negara sehingga asas *lex loci solutionis* menjadi sulit untuk diterapkan, hal ini mengacu kepada ketentuan peraturan perundang-undangan yang menentukan syarat-syarat materil serta materil suatu kontrak, sehingga kebebasan berkontrak tidak dapat mutlak diterapkan, melainkan memperhatikan prinsip hukum/kaidah hukum yang ada sebagai dasar keberlakuan kontrak disuatu tempat.

Dalam praktik, pada situasi situasi yang demikian diatas, hukum dari pihak yang mempunyai prestasi yang lebih karakteristik yang akan berlaku (*the most characteristic connection*). Misalkan, pengaturan saat ini kondisi Hukum Warga Negara Asing Mengajukan Kredit Atau Menjadi Debitur Bank Di Indonesia didasarkan pada Pasal 3 PBI 7/2005, dimana dinyatakan bahwa bank dilarang memberikan kredit baik dalam rupiah maupun dalam valuta asing kepada pihak asing. Pihak asing sebagaimana dimaksud dalam ketentuan tersebut meliputi:

1. warga negara asing;
2. badan hukum asing atau lembaga asing lainnya;
3. warga negara Indonesia yang memiliki status penduduk tetap (permanent resident) negara lain dan tidak berdomisili di Indonesia;
4. kantor Bank di luar negeri dari bank yang berkantor pusat di Indonesia;

5. kantor perusahaan di luar negeri dari perusahaan yang berbadan hukum Indonesia.

Namun, Pasal 9 ayat 1 PBI 7/2005 memberikan pengecualian atas larangan terhadap pemberian kredit tersebut di atas meliputi (kredit dalam bentuk sindikasi yang memenuhi persyaratan):

1. mengikutsertakan *Prime Bank* sebagai *lead bank*;
2. diberikan untuk pembiayaan proyek di sektor riil untuk usaha produktif yang berada di wilayah Indonesia; dan
3. kontribusi bank asing sebagai anggota sindikasi lebih besar dibandingkan dengan kontribusi bank dalam negeri;
4. kartu kredit;
5. kredit konsumsi yang digunakan di dalam negeri;
6. cerukan intrahari rupiah dan valuta asing yang didukung oleh dokumen yang bersifat *authenticated* yang menunjukkan konfirmasi akan adanya dana masuk ke rekening bersangkutan pada hari yang sama dan memenuhi persyaratan yang ditetapkan dalam Surat Edaran Bank Indonesia;
7. cerukan dalam rupiah dan valuta asing karena pembebanan biaya administrasi;
8. pengambilalihan tagihan dari badan yang ditunjuk pemerintah untuk mengelola aset-aset bank dalam rangka restrukturisasi perbankan Indonesia oleh Pihak Asing yang pembayarannya dijamin oleh Prime Bank.

Peraturan BI menyatakan WNA tidak dibolehkan mendapatkan kredit. Adapun WNA yang menikah dengan WNI di luar negeri, hanya diakui sah setelah didaftarkan di Catatan Sipil di Indonesia. Jika tidak terdapat perjanjian pra-nikah, terjadilah persatuan harta, yang disebut harta bersama, yang menyebabkan kredit yang akan diterima oleh pasangan yang WNI harus dianggap merupakan harta bersama yang sebagian merupakan hak pasangan WNA.

Selain perikatan secara umum, juga terdapat perikatan/kontrak yang mengatur pengadaan barang dan jasa. Pengadaan barang/jasa pemerintah merupakan kegiatan untuk

mendapatkan *output* dalam rangka mencapai target kinerja organisasi dengan biaya APBN atau APBD. Untuk mendapatkan output yang sesuai dengan target kinerja organisasi dan memenuhi prinsip *value for money*, Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres 16 Tahun 2018) membuka ruang bagi pemerintah untuk:

1. melakukan pengadaan barang/jasa dengan penyedia luar negeri untuk keperluan pemerintah di luar negeri (Pasal 60 Perpres 16 Tahun 2018 dan Peraturan Menteri Luar Negeri Nomor 1 Tahun 2019 tentang Tata Cara Pengadaan Barang/Jasa di Luar Negeri).
2. melakukan pengadaan dengan penyedia luar negeri untuk keperluan di dalam negeri (Pasal 63 Perpres 16 Tahun 2018).

Pengadaan barang/jasa melalui penyedia luar negeri untuk keperluan pemerintah di luar negeri merupakan praktek yang telah lama dilakukan dan telah diatur sebelumnya dalam Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah beserta perubahannya jo Peraturan Menteri Luar Negeri Nomor 6 Tahun 2011 tentang Tata Cara Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Indonesia di Luar Negeri. Adapun kegiatan pemerintah yang masuk ke dalam kategori pengadaan barang/jasa luar negeri, antara lain:

1. Pembangunan/ renovasi gedung Perwakilan Republik Indonesia di Luar Negeri;
2. Pengadaan gedung Perwakilan Republik Indonesia di Luar Negeri;
3. Pengadaan pengacara untuk kepentingan perlindungan WNI dan Pemerintah;
4. Pengadaan kendaraan operasional Perwakilan Republik Indonesia;
5. Pembangunan Patung Sukarno di Meksiko dengan melibatkan pematung dari Meksiko Edysa Ponzanelli;

6. Keikutsertaan Indonesia dalam *tourism event* (contoh: *Internationale TourismusBörse Berlin/ ITB Berlin*).

Sementara itu untuk pengadaan barang/jasa melalui tender/seleksi internasional, secara praktek telah dilakukan sebelum Perpres 16 Tahun 2018 khususnya untuk kepentingan pelaksanaan ASIAN GAMES dengan diterbitkannya Peraturan Presiden Nomor 47 Tahun 2017 tentang Penyelenggaraan Asian Games XVIII Tahun 2018. Adapun peraturan perundang-undangan yang mengatur kontrak pengadaan Barang/Jasa Pemerintah menganut doktrin “*Traditional Vested Rights*.” Penerapan doktrin “*Traditional Vested Rights*”²²⁰ dapat ditemui dalam peraturan pelaksana Perpres 16 Tahun 2018, yaitu: Peraturan Lembaga Kebijakan Pengadaan Pemerintah Nomor 10 Tahun 2018 bagian C, dimana negara memiliki kekuasaan untuk menentukan standar suatu perjanjian atau kondisi tertentu pada wilayah territorialnya.

Penerapan doktrin *Traditional Vested Rights* juga diterapkan dalam perikatan/ kontrak yang dilakukan oleh kantor perwakilan negara. Berdasarkan ketentuan prinsip kedaulatan negara, kantor perwakilan atau kedutaan/ konsulat suatu negara di negara lain adalah yurisdiksi negara yang bersangkutan, yang tujuannya untuk melaksanakan politik luar negeri bebas aktif untuk menjamin dan memelihara kepentingan nasional Indonesia dan ikut membantu tercapainya ketertiban dunia serta memajukan kerjasama dan hubungan persahabatan dengan semua bangsa di dunia, disamping itu Pemerintah Indonesia menerima pula perwakilan diplomatik dan perwakilan konsuler negara lain. Hak istimewa dan kekebalan tersebut diberikan hanyalah guna menjami pelaksanaan fungsi perwakilan konsuler secara efisien. Konvensi mengatur antara lain hubungan-hubungan konsuler pada umumnya, fasilitas, hak-hak

²²⁰ *The traditional “vested rights” doctrine is based on the notion that a state has the power to prescribe the rules of conduct for transactions or occurrences that takes place on its own territory.* Dikutip dalam <https://civilprocedure.uslegal.com/choice-of-law/approaches-to-choice-of-law/vested-rights-doctrine/#:~:text=The%20traditional%20%E2%80%9Cvested%20rights%E2%80%9D%20doctrine,place%20on%20its%20own%20territory>. Diakses 21 Desember 2020.

istimewa dan kekebalan kantor perwakilan konsuler, pejabat konsuler dan anggota perwakilan konsuler lainnya serta tentang pejabat-pejabat konsul kehormatan dan konsulat-konsulat kehormatan.²²¹ Selain itu, berdasarkan Pasal 15 Konvensi Vienna sebagaimana diatur dalam UU No.1 Tahun 1982 bahwa misi diplomatik adalah Kedutaan Besar negara asing menjalankan tugas kenegaraan bagi negara asalnya.

Untuk mendukung pelaksanaan tugas misi diplomatik, kantor perwakilan, dalam praktik hukum umumnya melakukan perekrutan terkait dengan adanya kebutuhan *local staff* yang ada di kantor perwakilan untuk bekerja sebagai staf setempat di kedutaan besar ataupun konsulat jenderal. Dimana, pada umumnya kegiatan tersebut untuk menjalankan pekerjaan pada umumnya yang ada di kedutaan berdasarkan yang diperjanjikan²²² dalam perjanjian kerja²²³, yang tujuannya untuk membantu misi diplomatik dalam melaksanakan fungsi pelayanannya. Terkait dengan adanya perikatan yang timbul dalam pelaksanaan hubungan diplomatik adapun hubungan hukumnya adalah tidak dapat disamakan dengan hubungan perikatan keperdataan pada umumnya didasarkan kepada *Vienna Convention*.

²²¹ Penjelasan atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1982 tentang Pengesahan Konvensi Wina Mengenai Hubungan Diplomatik beserta Protokol Opsionalnya Mengenai Hal Memperoleh Kewarganegaraan (Vienna Convention On Diplomatic Relations And Optional Protocol To The Vienna Convention On Diplomatic Relations Concerning Acquisition Of Nationality, 1961

²²² Syarat-syarat yang tercantum dalam perjanjian kerja yang isepakati tersebut sebagai berikut: 1. Accomplish of work without making excuses 2. To Observe discipline and fetters to registration. 3. To keep all of equipment of embassy 4. Time of work according to Indonesian rules 5. the salary monthly:----- 6. This contract is valid only for one year 7. Before leaving embassy, I must inform embassy one month later 8. following the "guideline employment" from Depnakertrans R.I No. B.385/DPHI/VI/2003 date 24 June 2003 and Depart. of Foreign Affairs RI note no. 41/2003/67 date 11 May 2003. Kondisi kontrak kerja tersebut.: - dibuat dalam satu bahasa, yaitu Bahasa Inggris - dibuat hanya dalam satu rangkap.

²²³ <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt4d2e56023fa00/phk-sepihak-pada-perwakilan-negara-asing-di-indonesia/>, diakses 29 Juli 2020

b. Kondisi yang diharapkan

Prinsip dari suatu perikatan adalah adanya hak dan kewajiban hukum yang terbit dari adanya hubungan baik yang dilahirkan dari adanya transaksi perdagangan, ataupun perikatan yang dilahirkan dikarenakan adanya peraturan perundang-undangan yang menentukan, dalam kaitannya pada unsur-unsur transnasional. Suatu perjanjian dapat dilaksanakan pada umumnya oleh para pihak yang bersepakat/ oleh orang lain dengan adanya pemberian kuasa untuk melaksanakan perbuatan hukum tersebut yang sesuai dengan syarat-syarat perjanjian dan kecakapan untuk melakukan perjanjian.

Suatu perjanjian mengacu kepada prinsip suatu perjanjian yang bersifat terbuka, dalam arti mengacu kepada kehendak bebas para pihak untuk menentukan isi perjanjian, dan hal ini mengacu kepada hukum yang dianggap telah dipilih dan disepakati para pihak sepanjang dapat ditentukan secara objektif. Namun, penentuan pilihan hukum dan/atau pilihan forum dapat ditentukan baik menjadi klausula dalam perjanjian, ataupun klasul yang disepakati pada saat perjanjian dilaksanakan, ataupun disepakati pada saat terjadi perselisihan antara para pihak yang mengikatkan diri dalam perjanjian tersebut. Namun, pilihan tersebut didasarkan adanya kehendak para pihak yang bersepakat, kecuali ketentuan tersebut telah diatur dalam peraturan perundang-undangan sebagai kaidah memaksa terhadap perjanjian/ kontrak tersebut. Dengan demikian, perjanjian yang dibuat oleh setiap pihak berdasarkan kebebasan berkontrak, tetap tidak diperbolehkan mengesampingkan/bertentangan dengan aturan hukum memaksa pada peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Mengenai perjanjian transnasional/ kontrak internasional, sebaiknya dipakai titik taut yang paling karakteristik sebagai hukum yang harus diterapkan sesuai dengan kesepakatan, hal ini mengacu kepada hal yang berkenaan dengan pelaksanaan kontrak dilakukan. Oleh karenanya perlu dirumuskan bahwa untuk kontrak

internasional berlakulah hukum untuk kontrak yang telah dipilih oleh para pihak. Apabila tidak ada pilihan, maka hukum dari pihak yang mempunyai prestasi paling karakteristik untuk tipe kontrak masing-masing adalah hukum yang berlaku (*the most characteristic connection*).

Terhadap kontrak internasional terkait dengan substansi yang ditentukan oleh peraturan perundang-undangan, kiranya substansi yang akan diatur dan/atau bentuknya mengacu kepada peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai kaidah hukum memaksa pada kontrak tersebut pada wilayah teritorial kontrak tersebut dilaksanakan. Misalkan dalam kaitannya dengan perikatan/kontrak pengadaan barang dan jasa melalui tender/seleksi internasional jika terjadi perselisihan, maka penyelesaian perselisihan kontrak dilakukan dengan menggunakan hukum Indonesia yaitu berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sedangkan tata cara penyelesaian perselisihan ditetapkan dalam Kontrak. Sedangkan untuk Kontrak Pengadaan Barang/Jasa dengan Penyedia Luar Negeri untuk Pengadaan yang Pelaksanaan Pekerjaannya dan Pemanfaatan Hasil Pekerjaannya dilakukan di Luar Negeri, jika terjadi perselisihan dalam kontrak, maka akan diselesaikan dengan menggunakan hukum Indonesia, kecuali hukum Indonesia menentukan sendiri dalam peraturan perundang-undangan. Ketentuan ini juga berlaku pada kontrak keperdataan yang dilakukan oleh kantor perwakilan diplomatik, bahwa hukum yang berlaku adalah hukum nasional kantor perwakilan.

c. Pelaksanaan perikatan di negara lain

1) Republik Rakyat China/ Tiongkok

Di Tiongkok, persyaratan formal dalam suatu perjanjian diatur oleh hukum yang berlaku terhadap perjanjian tersebut. Namun, perjanjian yang sesuai dengan persyaratan formal yang diatur dalam hukum tempat perjanjian dilakukan juga berlaku, dalam

hal perjanjian dilakukan di lebih dari satu tempat, perjanjian tersebut berlaku jika sesuai dengan persyaratan formal hukum di salah satu tempat.²²⁴ Kemudian dalam bab yang membahas mengenai kewajiban, dalam Pasal 20 ayat (1) menyebutkan bahwa undang-undang yang berlaku tentang pembentukan dan kekuatan hukum dari perjanjian yang menimbulkan hubungan kewajiban ditentukan oleh kehendak para pihak.²²⁵ Hukum Perdata Internasional Tiongkok yang ada sebelum *Conflict Act* lebih dikembangkan di bidang kontrak, hal ini tercermin tidak hanya dalam doktrin modern, seperti kebebasan para pihak untuk membuat perjanjian, prinsip hubungan terdekat dan kinerja karakteristik, telah diadopsi secara sistematis, tetapi juga dalam jumlah hukum yang relevan dan interpretasi badan peradilan. Namun demikian, undang-undang tersebut masih dikatakan jauh dari sempurna dalam hal tertentu, misalnya, tidak adanya aturan konflik untuk kategori kontrak khusus tertentu yang memerlukan perlakuan khusus, misalnya, kontrak kerja, kontrak konsumen, dll, lebih jauh lagi, ketentuan yang terkandung dalam dokumen hukum yang berbeda tidak sepenuhnya koheren dan konsisten.²²⁶

2) Negara Swiss

Dalam hukum Swiss mengakui adanya klaim berdasarkan kedudukan pengayaan yang tidak adil (*unjust enrichment*) diatur oleh hukum yang berlaku untuk hubungan hukum yang secara nyata menjadi dasar pengayaan tersebut, atau jika tidak ada yang ditemukan, oleh hukum negara tempat pengayaan tersebut terjadi. Pengaturan terkait dengan *unjust enrichment* tercantum dalam Article 127 dan 128, yang berbunyi sebagai berikut :

²²⁴ Undang-Undang yang Mengatur Pilihan Hukum dalam Urusan Perdata yang Melibatkan Unsur Asing, *Judicial Yuan, Chinese Laws Regulating Legal Choices in Civil Affairs Involving Foreign Elements*, Pasal 16, terjemahan oleh Lucia Ariwirasti, S.S. *By Virtue of Decisions of The Governor of DKI Jakarta No. 1764/2006 6 No. 1691/2007.*

²²⁵ *Ibid*, Pasal 20

²²⁶ Zhengxin Huo, 2011, *Highlights of China's New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law*, Hal 671, diakses pada laman https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/5973_45-3%20Huo.pdf

Article 127

Swiss courts at the domicile or, in the absence of a domicile, at the habitual residence of the defendant have jurisdiction to entertain actions for unjust enrichment. Courts at the place of business in Switzerland have also jurisdiction to entertain actions pertaining to the operation of the place of business. (Pengadilan Swiss di domisili tergugat atau, apabila tidak ada domisili, pengadilan Swiss di tempat kediaman tetapnya atau di tempat usahanya memiliki yurisdiksi atas gugatan terkait perbuatan memperkaya diri dengan cara yang tidak benar. Selain itu, dalam hal gugatan yang didasarkan pada kegiatan suatu tempat usaha di Swiss, pengadilan di mana tempat usaha tersebut berada memiliki yurisdiksi.)

Article 128

1. *Claims for unjust enrichment are governed by the law which governs the legal relationship, either existing or assumed, on the basis on which the enrichment occurred. (Tuntutan memperkaya diri dengan cara yang tidak benar diatur oleh hukum yang mengatur hubungan hukum yang ada atau yang dikatakan ada yang menghasilkan perbuatan memperkaya diri tersebut.)*
2. *Failing such a relationship, these claims are governed by the law of the state in which the enrichment occurred; the parties may agree to apply the law of the forum. (Apabila tidak ada hubungan hukum yang demikian, tuntutan memperkaya diri dengan cara yang tidak benar diatur oleh hukum di Negara tempat terjadinya perbuatan memperkaya diri tersebut; para pihak dapat menyepakati bahwa hukum forum berlaku.)*

a) Kewajiban dalam berkontrak (contractual obligation)

Tuntutan hukum dalam kontrak tunduk pada yurisdiksi pengadilan Swiss di domisili terdakwa atau, jika tidak ada, di kediamannya yang biasa. Tuntutan hukum yang timbul dari aktivitas pendirian usaha di Swiss juga tunduk pada yurisdiksi pengadilan di tempat bisnisnya. Menurut Konvensi Lugano dalam Article 5, yang menyatakan bahwa :

A person domiciled in a State bound by this Convention may, in another State bound by this Convention, be sued:²²⁷

(a) in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question; (dalam hal-hal

²²⁷ Lugano Convention on Jurisdiction and The Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters, diakses pada laman [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22007A1221\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22007A1221(03)&from=EN)

yang berkaitan dengan kontrak, di pengadilan untuk tempat pelaksanaan kewajiban yang dipermasalahkan;)

(b) for the purpose of this provision and unless otherwise agreed, the place of performance of the obligation in question shall be (untuk tujuan ketentuan ini dan kecuali disepakati lain, tempat pelaksanaan kewajiban tersebut adalah) :

1) in the case of the sale of goods, the place in a State bound by this Convention where, under the contract, the goods were delivered or should have been delivered; (dalam hal penjualan barang, tempat di suatu Negara yang terikat oleh Konvensi ini di mana, di bawah kontrak, barang dikirim atau seharusnya dikirimkan)

2) in the case of the provision of services, the place in a State bound by this Convention where, under the contract, the services were provided or should have been provided. (dalam hal penyediaan layanan, tempat di suatu Negara yang terikat oleh Konvensi ini di mana, di bawah kontrak, layanan diberikan atau seharusnya disediakan.)

(c) if (b) does not apply then subparagraph (a) applies; (jika (b) tidak berlaku maka sub ayat (a) berlaku;)

Berdasarkan Article Lugano Convention diatas, Swiss akan mengakui, yurisdiksi tempat pelaksanaan kontrak, karena menyangkut kasus-kasus yang melibatkan penduduk Swiss dan penduduk dari negara lain. Negara-negara yang telah meratifikasi Konvensi Lugano. Untuk saat ini dan untuk semua kasus non-Lugano, yurisdiksi diberikan di tempat kinerja dalam Swiss hanya jika terdakwa tidak memiliki domisili, atau tempat tinggal kebiasaannya, atau tempat bisnis di Swiss.²²⁸ Seorang konsumen tidak dapat mengabaikan terlebih dahulu hak tempatnya di tempat tinggal atau kediamannya sendiri di Swiss. Tuntutan hukum yang timbul dari kontrak kerja harus dibawa baik di forum umum domisili terdakwa atau di tempat di mana karyawan melakukan pekerjaannya; lebih lanjut, di *habitual residence* karyawan atau pekerja di Swiss jika ia mengajukan gugatan.²²⁹

²²⁸ Professor Francois Dessemontet, Universities of Lausanne and Fribourg (Switzerland) dan Professor Walter Stoffel, University of Fribourg, Private International Law, diakses pada laman <https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Intro%20Sw%20Law.pdf>

²²⁹ *Ibid*

Ruang lingkup hukum yang berlaku atas kewajiban berkontrak

Pada dasarnya Swiss menerapkan sebagian besar hukum intern mereka untuk permasalahan yang berlaku sesuai dengan hukum kontrak mereka, dengan pengecualian umum sebagai berikut :

- (1) kapasitas untuk bertindak yang tunduk pada hukum domisili, dengan beberapa perlindungan jika tindakan tersebut telah dilaksanakan di negara di mana orang yang tidak mampu akan menikmati kapasitas untuk bertindak tercantum dalam Article 35 : *The capacity to exercise rights and obligations is governed by the law of the domicile. Once acquired, the capacity to exercise rights and obligations is not affected by a change of domicile. (Kecakapan untuk bertindak diatur oleh hukum domisili. Perubahan domisili tidak akan berdampak pada kecakapan untuk bertindak sesudah kecakapan tersebut diperoleh);*
- (2) *Commercial Law Agency*, yang tunduk pada hukum negara di mana agency tersebut memiliki pendirian bisnisnya atau di mana agency tersebut terutama bertindak dalam kasus tertentu;
- (3) modalitas kinerja dan formalitas untuk inspeksi, tunduk pada hukum negara tempat pelaksanaannya;
- (4) bentuk kontrak, tunduk pada hukum negara tempat eksekusi.

Beberapa pembatasan lain untuk penerapan hukum kontrak dapat berasal dari ketentuan kebijakan publik yang meliputi (kebijakan publik Swiss, hukum Swiss terkait aplikasi langsung, seperti akuisisi real estat oleh orang asing, hukum perlindungan tenaga kerja, HAM. Ketentuan wajib hukum asing, jika sah dan jelas mengesampingkan kepentingan suatu pihak). Pembatasan lebih lanjut pada ruang lingkup penerapan hukum yang berlaku harus didasarkan pada sifat khusus dari hak-hak yang terlibat dalam transaksi seperti hak paten atau merek dagang, yang keabsahannya mungkin tidak

diajukan oleh para pihak kepada hukum selain hukum negara tempat mereka terdaftar.²³⁰

Hukum yang berlaku terhadap kewajiban berkontrak yang terdapat unsur asing

Sebagai aturan, kontrak diatur oleh hukum yang dipilih oleh para pihak. Pilihan hukum tersebut adalah kontrak itu sendiri, validitasnya tunduk pada hukum yang dipilih. Di bawah hukum Swiss, itu dapat dibuat kapan saja bahkan selama proses pengadilan. Ini mungkin tersirat dalam kenyataan. Di Swiss, berkaitan dengan hal tersebut, praktiknya sangat bebas, tidak ada persyaratan untuk titik kontak yang diperlukan yang dibuat oleh hukum Swiss baru (bertentangan dengan hukum kasus sebelumnya). Perubahan pilihan dimungkinkan, tetapi hak-hak pihak ketiga dilindungi. Pilihan hukum dikecualikan untuk kontrak dengan konsumen, dan dibatasi untuk kontrak kerja.²³¹

Jika tidak ada pilihan hukum, kontrak itu diatur oleh hukum negara yang paling dekat hubungannya dengan hukum itu. Swiss mengikuti doktrin *Characteristic Obligation*, seperti yang dikembangkan oleh A. Schnitzer, sangat mirip dengan Konvensi Roma 1980, yaitu “hubungan terdekat diasumsikan ada dengan negara di mana pihak yang harus melepaskan kewajiban karakteristik memiliki tempat tinggal kebiasaan, atau tempat usaha”.²³²

- (1) dalam kontrak untuk menyampaikan hak, hukum transferor akan berlaku;
- (2) dalam sewa, meminjamkan dan meminjam, hukum penyewa, pemberi pinjaman atau kreditor berlaku;
- (3) dalam kontrak layanan, hukum kontraktor akan berlaku;
- (4) dalam kontrak deposito, hukum pemilik akan berlaku;

²³⁰ *Ibid*

²³¹ *Ibid*

²³² *Ibid*

- (5) dalam kontrak jaminan, hukum penjamin atau penjaminan akan berlaku;
- (6) dalam perjanjian lisensi, hukum pemberi lisensi berlaku.
Kontrak pada properti tidak bergerak tunduk pada hukum tempat lokasi.

C.5. Kewenangan Yurisdiksional Pengadilan Indonesia

a. Kondisi saat ini

Perkembangan hubungan keperdataan yang selaras dengan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi menuntut adanya kepastian hukum yang dapat memberikan perlindungan hukum bagi hubungan para pihak serta adanya hukum yang dinamis menyesuaikan dengan perkembangan zaman. Salah satu yang berkembang saat ini adalah berkaitan dengan pertautaan hubungan keperdataan, baik oleh antar subjek hukum ataupun subjek hukum terhadap kebendaan yang ada dalam hubungan keperdataan. Terlebih lagi dalam dinamika hubungan bisnis lintas negara saat ini termasuk transaksi bisnis saat ini yang lazim dilakukan antar wilayah yurisdiksi suatu negara.

Selain itu dalam perkembangan kegiatan usaha di Indonesia, dinamika mobilitas subjek hukum dalam melakukan kegiatan transaksional keperdataan sangatlah dinamis. Sejalan dengan kemudahan berinvestasi di Indonesia, tidak menutup kemungkinan suatu badan hukum tersebut hadir dengan menjalankan usahanya dengan berbadan hukum Indonesia dalam bentuk perseroan terbatas melalui FDI (*foreign direct investment*) sebagai salah satu bagian dari *mother company* atau induk perusahaan asing yang berada di luar negeri. Selain berbentuk perusahaan, berdasarkan praktik kegiatan usaha di Indonesia juga dikenal dengan adanya Badan Usaha Tetap (BUT)²³³ yang berbadan hukum asing namun

²³³ Menurut Pasal 2 ayat (5) UU PPh: "Bentuk usaha tetap adalah bentuk usaha yang dipergunakan oleh orang pribadi yang tidak bertempat tinggal di Indonesia, orang pribadi yang berada di Indonesia tidak lebih dari 183 (seratus delapan puluh tiga) hari dalam jangka

menjalankan kegiatan dan mendapatkan manfaat dari bisnisnya di Indonesia. Kehadiran BUT ini kiranya perlu menjadi perhatian, mengingat aktivitas ekonomi dan manfaat dari usahanya diperoleh di wilayah Indonesia. Selain subjek bentuk badan usaha, terdapat kegiatan yang mengandung unsur subjek asing dalam bentuk badan hukum bukan perusahaan adalah kegiatan NGO (*Non Government Organization*) asing, dimana hingga Oktober 2020 terdapat 62 (enam puluh dua) NGO asing yang terdaftar di Indonesia.²³⁴ Hal ini menunjukkan potensi perselisihan dapat terjadi apabila mengacu kepada nilai investasi FDI yang ada di Indonesia, aktivitas bisnis dan aktivitas NGO asing yang berkegiatan di Indonesia, ataupun relasi hubungan keperdataan transnasional lainnya terhadap persoalan HPI yang dapat terjadi. Dengan demikian, diperlukan perlindungan hukum dalam penyelesaian perselisihan dalam hak terjadi sengketa, dan penentuan kompetensi yurisdiksional dari pengadilan yang akan mengadili, menjadi permasalahan HPI yang perlu ditentukan keberlakuan hukum pada persoalan tersebut.

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, yurisdiksi adalah, kekuasaan mengadili; lingkup kuasa kehakiman; peradilan; lingkungan hak dan kewajiban, serta tanggung jawab dalam suatu wilayah atau lingkungan kerja tertentu; kekuasaan hukum. Demikian juga terhadap HPI maka yurisdiksi merupakan wilayah hukum dalam konteks teritorialitas hukum negara Indonesia, termasuk Kekuasaan Kehakiman sebagai satu kesatuan dalam kedaulatan hukum dalam wilayah negara Indonesia. Sebagai wilayah yang berdaulat, Republik Indonesia memiliki teritorial hukum yang menjadi kompetensi wilayah kekuasaan kehakiman di Indonesia, yang dalam hal ini dilaksanakan oleh Mahkamah Agung dengan badan peradilan dibawahnya, yang bertujuan menyediakan akses keadilan bagi masyarakat, dengan wilayah kekuasaan meliputi

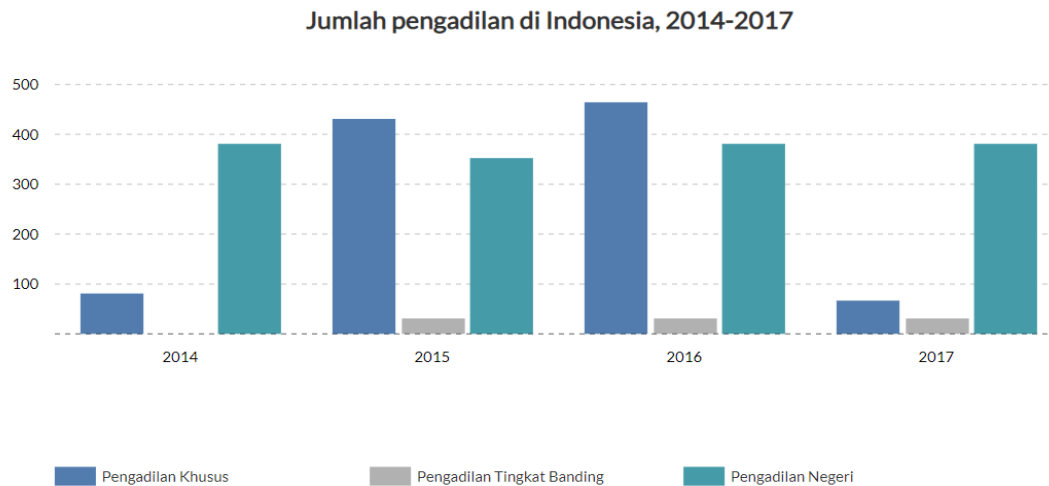
waktu 12 (dua belas) bulan, dan badan yang tidak didirikan dan tidak bertempat kedudukan di Indonesia untuk menjalankan usaha atau melakukan kegiatan di Indonesia, ...”

²³⁴ https://ingo.kemlu.go.id/ingo_list/index/3, diakses tanggal 23 Oktober 2020

seluruh wilayah hukum (yuridiksi) nasional Indonesia. Adapun berdasarkan dengan data yang ada sampai dengan tahun 2017, perkembangan jumlah pengadilan di Indonesia sebagai berikut:

Grafik II. 6

Jumlah Pengadilan di Indonesia



Sumber : Direktorat Jenderal Badan Peradilan Umum, Mahkamah Agung (MA)

lokadata

Menurut data diatas, sepanjang tahun 2014-2017 terdapat 478 pengadilan yang terdiri dari 382 Pengadilan negeri, 30 pengadilan tingkat banding, dan 66 pengadilan khusus. Sementara, jumlah pengadilan khusus turun signifikan yakni dari 465 pengadilan tahun 2016 menjadi 66 pengadilan tahun 2017. Data tersebut menunjukkan kemampuan lembaga peradilan di bawah Mahkamah Agung dalam menyediakan akses kebutuhan hukum masyarakat.

Pasca dibentuknya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja, politik hukum ditujukan untuk mendorong iklim investasi/ penciptaan lapangan kerja melalui kebijakan yang mudah menjalankan usaha di Indonesia. Namun, upaya menciptakan iklim usaha yang kondusif tidak dapat dilepaskan dari pengaruh penerapan hukum yang ada. Indikator *enforcing contract* yang ada di dalam faktor parameter *Easy of Doing Business* (EODB) menjadi petunjuk bahwa peran penerapan/ penegakan hukum tidak

dapat dilepaskan memberi pengaruh terhadap iklim investasi di Indonesia.

Pembahasan mengenai kewenangan pengadilan dalam penyelesaian permasalahan hukum keperdataan internasional menjadi salah satu pembahasan krusial disamping penentuan hukum yang berlaku dan pengakuan pelaksanaan putusan pengadilan. Pada dasarnya, suatu yurisdiksi kewenangan mengadili didasarkan adanya hubungan hukum yang dapat dikaitkan dengan pertalian hukum untuk menentukannya dengan HPI. Dalam hal suatu kontrak, pada umumnya masing-masing pihak menentukan terlebih dahulu hukum dan forum pengadilan manakah yang berwenang menangani suatu perkara. Mengacu kepada praktik penerapan di pengadilan Indonesia terdapat beberapa Yurisprudensi mengenai putusan Mahkamah Agung dalam tingkat kasasi sebagai berikut:

1. Putusan MA Nomor 1084 K/Pdt/1985: Perjanjian, dimana dalam klausul menyatakan semua perbedaan pendapat yang timbul sehubungan dengan Perjanjian charter tersebut tunduk pada yurisdiksi Pengadilan Negara Republik Singapura; Dengan adanya kesepakatan tersebut PN. Jakarta (Pengadilan Indonesia) tidak berwenang untuk memeriksa dan mengadili atas alasan kata sepakat telah mengikat para pihak;
2. Putusan MA Nomor 1537 K/Pdt/1985, yang pertimbangannya sebagai berikut: PT. Merck Indonesia melakukan PHK secara sepihak kepada Mr. Berhard. Atas tindakan itu Mr. Berhard mengajukan gugatan ke Pengadilan Indonesia, Dalam tingkat Kasasi MA berpendapat, oleh karena dalam kontrak kerja telah disepakati yang berlaku hukum Swiss serta domisili dan pengadilan yang berwenang adalah pengadilan Swiss, dengan demikian apabila timbul sengketa PHK harus diselesaikan menurut hukum Swiss dan yang berwenang menyelesaikannya adalah Pengadilan Swiss.

3. Putusan MA Nomor 1935 K/Pdt/2012: Bahwa berdasarkan Pasal 1338 KUHPerdara, perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi yang membuatnya (*Pacta Sun Servanda*). Karena para pihak dalam Polis Asuransi yaitu antara Penggugat dan Tergugat telah sepakat menggunakan hukum Inggris, maka sesuai dengan kesepakatan tersebut, Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tidak berwenang untuk memeriksa dan mengadili perkara *a quo* dan Penggugat harus mengajukan gugatan di Pengadilan Inggris;

Mengacu hukum di Indonesia saat ini. Dalam hal suatu kontrak mempunyai unsur internasional yang memungkinkan diberlakukannya hukum lain selain hukum Indonesia, berdasarkan prinsip kebebasan berkontrak para pihak dapat menyatakan ketegasan dalam pilihan hukum untuk memilih hukum yang berlaku sebagai hukum yang mengatur kontrak (*governing law* atau *applicable law*). Selain itu, dalam hal tidak dipilihnya kewenangan Pengadilan (*choice of jurisdiction*), perjanjian yang dilakukan oleh pihak-pihak Warga Negara Indonesia, dan juga terhadap objek yang berada di Indonesia, dan resiko (asuransi) yang terjadi di Indonesia, merujuk keterkaitan memberikan alasan yang kuat untuk menyatakan bahwa Pengadilan Indonesia yang berwenang untuk memeriksa dan mengadili sengketa perjanjian/kontrak tersebut.²³⁵ Dengan demikian, dalam membahas suatu permasalahan HPI tidaklah dapat dilepaskan dari pilihan hukum dan pilihan forum yang dipilih oleh masing-masing pihak di dalam menjalankan hubungan keperdataan, serta pertalian lainnya yang dapat menentukan yurisdiksi pengadilan.

Dalam melakukan upaya mempertahankan hak keperdataan HPI melalui prosedur beracara di pengadilan, saat ini ditentukan terlebih dahulu yurisdiksi yang kompeten dalam menangani perkara. Hal ini mengacu kepada prinsip hukum di Indonesia bahwa

²³⁵ Diolah dari Pendapat Mahkamah dalam Putusan MA 1935 K/Pdt/2012

hakim terikat dengan asas *Ius Curia Novit* atau hakim dianggap mengetahui hukum dan prinsip hakim tidak boleh menolak perkara²³⁶. Hal ini sejalan dengan prinsip pokok kekuasaan kehakiman yang mewajibkan hakim untuk menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.²³⁷ Dengan demikian, sejatinya hakim memiliki kebebasan dalam menilai dan memutus suatu perkara yang dimohonkan kepadanya. Kondisi ini pada dasarnya merupakan suatu prinsip kebebasan hakim untuk memutuskan perkara yang dimohonkan kepadanya berdasarkan peraturan perundang-undangan.

Fleksibilitas hakim dalam memeriksa dan memutus perkara yang terkait dengan perikatan selama ini juga menjadi perhatian, dimana terdapat beberapa perkara perikatan yang dilakukan pemeriksaan dengan mengabaikan substansi hukum yang diperjanjikan (*choice of law* dan *choice of forum*) setidaknya ada pada perkara yang dapat dijadikan referensi, antara lain:

1. Putusan Nomor 2681 K/Pdt/2010 dalam hal ini perselisihan antara JP Morgan melawan Kalbe Farma dimana keduanya sepakat memilih ketentuan hukum Inggris dan tunduk kepada yurisdiksi hukum Inggris. Walaupun substansi perikatan menggunakan hukum Inggris terhadap perbuatan *wanprestasi* sebagaimana disepakati dalam kontrak, pihak penggugat melayangkan gugatannya di Pengadilan Inggris, dan diperiksa oleh pengadilan Inggris. Kemudian didaftarkan kembali untuk diperiksa di pengadilan Indonesia (PN Jakarta Pusat) untuk diperiksa dengan mengacu terhadap ketentuan hukum Inggris terhadap perbuatan *wanprestasi* tersebut. Permohonan dinyatakan NO (*niet ontvankelijke verklaard*), kemudian

²³⁶ Pasal 16 UU No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman berbunyi : “Pengadilan tidak **boleh menolak** untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu **perkara** yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

²³⁷ Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 menegaskan juga: “**Hakim** dan **hakim** konstitusi wajib **menggali**, mengikuti, dan memahami nilai-nilai **hukum** dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

ditingkat banding (PT Jakarta) dalam putusannya membatalkan dan menyatakan PN Jakarta tidak berwenang mengadili; dalam putusan tingkat kasasi dinyatakan bahwa gugatan Penggugat dinyatakan NO.

2. Kasus antara PT Komodo Adi Perkasa dan PT. Garuda Indonesia dimana dalam perjanjian jual beli pesawat para pihak memilih hukum California Amerika Serikat sebagai pilihan hukum dan pilihan forum penyelesaian. Putusan Pengadilan dalam Putusan Nomor 102 Pdt.G/2003/PN.Jkt Pst dimana hakim pengadilan dalam putusannya mengabaikan fakta pertimbangan adanya pilihan hukum terhadap perjanjian ini menggunakan hukum California Amerika Serikat, dengan demikian menyatakan gugatan penggugat dinyatakan dapat diadili dan membatalkan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor 102 Pdt.G/2003/PN.Jkt Pst yang diajukan pemohon, dengan putusan Pengadilan Tinggi Nomor 590/Pdt/2003/PT.DKI membatalkan putusan *Judex Facti* tingkat pertama. Kemudian hakim pengadilan tingkat kasasi dalam Putusan Nomor 285 K/Pdt/2005 menyatakan pengadilan Indonesia tidak berwenang memeriksa dan mengadili perkara tersebut.

Hal berbeda dinyatakan dalam Putusan sebelumnya dalam Putusan MA Nomor 1084 K/Pdt/1985; Putusan MA Nomor 1537 K/Pdt/1985; Putusan MA Nomor 1935 K/Pdt/2012. Dengan demikian terhadap substansi yang dinyatakan sebelumnya dalam perjanjian terhadap pilihan hukum dan pilihan yurisdiksional, harus dijadikan acuan utama untuk memberikan kepastian hukum dan penghormatan terhadap perjanjian yang dibuat kedua belah pihak (*pacta sunt servanda*). Kondisi perbedaan putusan tersebut dapat dipahami mengingat hingga saat ini tidak ada peraturan perundang-undangan yang memberikan panduan tegas bagi hakim dalam memutus perkara terkait HPI, selain yang diatur dalam berdasarkan ketentuan AB, HIR, dan Rv, kecuali terhadap putusan Arbitrase yang

didasarkan kepada Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Selain itu ketentuan hukum yang ada di Indonesia terkait dengan kewenangan yurisdiksi juga dipengaruhi ketentuan hukum yang umumnya menerima prinsip bahwa pengadilan di tempat tinggal tergugat adalah pengadilan yang berwenang untuk mengadili perkara (*actor sequitur forum rei*) dalam hal terdapat perselisihan dengan gugatan. Prinsip ini, yang juga diterapkan dalam hubungan HPI, dianggap adil oleh karena tergugat karena tergugat tersebut belum tentu bersalah sehingga pada dasarnya tergugat tidak boleh ditarik ke yurisdiksi pengadilan lain daripada pengadilan di tempat tinggalnya. Dimana, pengadilan di tempat tinggal tergugat adalah pengadilan yang berwenang untuk mengadili perkara. Dalam hal terdapat lebih dari satu tergugat dan salah satu tergugat tersebut berdomisili di suatu tempat di Indonesia, pengadilan Indonesia pada umumnya akan menerima yurisdiksi jika si penggugat Indonesia menggugat tergugat asing bersama-sama dengan tergugat lain yang berdomisili di suatu tempat di Indonesia di pengadilan tempat tinggal tergugat Indonesia tersebut. Praktik pengadilan Indonesia yang demikian tampaknya tidak menimbulkan persoalan jika bukan merupakan perselisihan perjanjian transnasional. Namun, apabila merupakan perjanjian transnasional yang disepakati namun menyimpangi ketentuan hukum yang disepakati, hal ini menjadi persoalan.

Sejalan dengan kompleksitas HPI yang berkembang saat ini mengacu kepada hukum acara pada umumnya, selain perikatan yang sudah dinyatakan melalui pilihan hukum dan pilihan forum, terdapat substansi selain yang didasarkan kepada kesepakatan, penyelesaian permasalahan HPI juga mengacu kepada dua prinsip dasar dalam menentukan yurisdiksi pengadilan untuk mengadili para pihak yakni, *the basis of presence* dan *principle of effectiveness*. Suatu prinsip *The basis of presence* menekankan bahwa yurisdiksi yang diakui dari suatu negara adalah semua orang atau benda yang

berada dalam batas-batas wilayahnya.²³⁸ Adapun *principle of effectiveness*, hakim hanya akan menjatuhkan putusan yang dapat dieksekusi.²³⁹ Hal ini mengacu kepada kondisi tertentu yang menyimpulkan tidak adanya ketentuan pilihan hukum ataupun forum dalam perikatannya.

Dalam hukum Indonesia, *the basis of precedence* juga tercermin dalam HIR dan RV yang merupakan ketentuan dasar dalam penentuan yurisdiksi pengadilan untuk menyelesaikan perkara di Indonesia. Berdasarkan hukum acara Indonesia, kompetensi yurisdiksional didasarkan pada atas orang, khususnya seorang tergugat, yang diatur dalam Pasal 118 ayat (1) HIR. Ketentuan Pasal 118 HIR menganut *asas judex ne procedat ex officio*²⁴⁰ yang menyatakan bahwa tempat tuntutan sipil (gugatan) terletak pada tempat tergugat berdiam (*actor sequitor forum rei*²⁴¹). Pengadilan tempat tergugat berdiam itulah yang memiliki kewenangan untuk menerima gugatan dan menyelesaikan perselisihan tersebut. Namun, ketentuan Pasal 118 HIR bersifat fleksibel mengantisipasi kemungkinan adanya tergugat lebih dari satu, domisili tergugat tidak diketahui, ataupun adanya suatu tempat yang dipilih dalam sebuah akte,²⁴² maka gugatan dapat disampaikan dengan mengacu kepada kewenangan pengadilan berdasarkan ketentuan Pasal 118 HIR tersebut.

1. gugatan ahli waris korban Mandala Air terhadap Boeing dan United Corporation atas kelalaian produk pesawat terbang, di Pengadilan Amerika Serikat. Kemudian hakim pengadilan Amerika Serikat mengeluarkan keputusan *stipulation of dismissal* (penetapan penolakan) atas dasar *forum non*

²³⁸ Sudargo Gautama, Hukum Perdata Internasional Jilid III Bagian 2 Buku Ke-8, Cet.4 (Bandung; Alumni, 2004), hlm.213

²³⁹ Ibid

²⁴⁰ Asas hakim bersifat menunggu datangnya tuntutan hak yang diajukan kepadanya.

²⁴¹ gugatan disampaikan kepada pengadilan tempat tergugat tinggal.

²⁴² Pasal 118 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) HIR

conveniens bahwa pengadilan Republik Indonesia merupakan forum yang lebih tepat untuk memeriksa dan mengadili perkara.

Terhadap badan hukum yang tidak berkedudukan di Indonesia, ketentuan Pasal 118 HIR tidak menjangkau keberadaan mereka. Menurut Mr. R Tresna jikalau yang digugat tidak mempunyai tempat tinggal yang nyata di Indonesia, maka tuntutan terhadapnya dapat diajukan kepada Pengadilan Negeri ditempat tinggal yang menggugat.²⁴³ Mengacu kepada pengajuan tuntutan terhadap pihak yang tidak mempunyai tempat tinggal yang nyata tersebut Pasal 99 ayat (3) RV (*Reglement op de Rechtsvordering*) menyatakan jika tergugat tidak mempunyai tempat tinggal yang diakui, maka dilakukan dihadapan hakim tempat tinggal penggugat, dimana mendasarkan pada Pasal 100 RV dinyatakan bahwa jika subjek asing bukan penduduk dan tidak berdiam di Indonesia, gugatan dilakukan dihadapan hakim Indonesia untuk perikatan yang dilakukan di Indonesia (*loci contractus*) atau dimana saja dengan warga negara Indonesia dan ketentuan inilah yang dijadikan acuan dalam ketentuan Pasal 3 AB dimana hukum nasional berlaku sama dengan warga asing sepanjang tidak ditentukan.²⁴⁴ Pasal 100 RV menentukan pihak penggugat yang berdomisili di suatu tempat di Indonesia berhak untuk menggugat orang asing di pengadilan Indonesia. Ketentuan Pasal 100 RV tersebut menyatakan: “*Seorang asing bukan penduduk, bahkan tidak berdiam di Indonesia, dapat digugat di hadapan hakim Indonesia untuk perkara-perkara yang dilakukan di Indonesia atau di mana saja dengan warga negara Indonesia.*” Ketentuan Pasal 100 RV ini menjadi dasar terhadap rujukan hukum yang diberikan oleh pengadilan asing berdasarkan *forum non conveniens* seperti dalam kasus gugatan Mandala Air. Namun umumnya yang lazim digunakan dalam praktik, agar pengadilan Indonesia berwenang untuk mengadili perkara dengan tergugat asing, si penggugat menggunakan menjadikan pihak lain

²⁴³ Mr. R Tresna, Komentar HIR, Pradnya Paramita Jakarta, 2000, Hlm. 101

²⁴⁴ Pasal 100 RV

yang berdomisili di suatu tempat di Indonesia sebagai salah satu tergugat lainnya. Dalam praktik, pengadilan-pengadilan di Indonesia hampir selalu menerima yurisdiksi dalam keadaan tersebut.

Terhadap perkara yang berkaitan dengan unsur HPI dalam perkembangannya mengenal adanya *forum non conveniens*²⁴⁵ yaitu merupakan suatu prinsip yang membatasi yurisdiksi relatif suatu pengadilan yang bertujuan untuk menentukan forum pengadilan yang layak yang dipandang dapat memberikan keadilan serta kepastian hukum bagi para pihak dalam suatu sengketa yang bertitik tolak dari faktor-faktor koneksitas yang secara praktis lebih memiliki kaitan substansial dengan sengketa yang bersangkutan.²⁴⁶ Forum tersebut memberikan rujukan kepada pengadilan, dimana forum yang berwenang mengadili dapat ditentukan oleh pengadilan yang berwenang dengan melihat kepada kemudahan para pihak dan kemudahan dalam pelaksanaan putusan. Hal berkaitan *forum non conveniens* tersebut menurut M.Yahya Harahap sebagai faktor koneksitas yang menentukan, bahwa untuk menentukan pengadilan mana yang lebih layak bertitik tolak dari kenyataan koneksitas yang lebih substansial dengan sengketa (*the most real and substansial connection with disputes*). Lebih lanjut lagi menurut M.Yahya Harahap Substansial atau tidaknya koneksitas dengan Pengadilan tertentu bertitik tolak dari jenis, sifat, atau bentuk faktor-faktor koneksitas (*Connecting factor*) itu sendiri. Dalam teori dan praktek jenis atau bentuk faktor-faktor koneksitas yang dinilai sangat relevan, antara lain terdiri dari: a) Kemudahan dan biaya berperkara (*Convenience and expense*); b) Ketersediaan (*availability*) saksi dan dukumen; c) Tempat tinggal para pihak (*the place where carry on bussines*); d) Hukum yang mengatur (*governing laws*)²⁴⁷.

²⁴⁵ Sebagaimana dikutip dalam Black's Law Dictionary, Abridged Sixth Edition, sebagai berikut: *'Term refers to discretionary power of a court to decline jurisdiction when convenience of parties and ends of justice would be better served if action were brought and tried in another forum'*.

²⁴⁶ Pertimbangan hakim dalam Putusan Nomor 181/PDT.G/2007/PN.JKT.PST.

²⁴⁷ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata, cetakan ketiga, 2005, hlm.205*

Praktik putusan terhadap forum ini terjadi terhadap adanya peristiwa hukum yang bukan bersifat kontraktual, namun perselisihan yang melibatkan para pihak yang memiliki kepentingan pemenuhan hak atas hukum, sebagai contohnya beberapa kasus antara lain:

1. Putusan Nomor 181/PDT.G/2007/PN.JKT.PST terkait dengan gugatan perbuatan melawan hukum Pasal 1365 KUHPerdata terkait dengan informasi yang tidak benar dan merugikan pihak lain yang berada di Indonesia (Penggugat), dimana perbuatan melawan hukum dilakukan oleh tergugat yang bertempat kedudukan di New York USA dan Australia. Dimana awalnya penggugat menggunakan gugatan berdasarkan *Actor sequitur forum rei* pada PN Jakarta Pusat. Namun, dikarenakan kedudukan tergugat berada di USA, dan perbuatan hukum tersebut dilakukan di USA, maka dalam hal ini hakim berpandangan untuk menerapkan forum non conveniens dalam masalah ini dikarenakan PN Jakarta Pusat akan menjadi tempat penyelesaian yang kurang menguntungkan bagi kedua belah pihak. Maka, PN Jakarta Pusat menyatakan tidak berwenang memeriksa dan mengadili perkara.

Argumentasi hakim tersebut selain mengacu kepada penggunaan forum penyelesaian yang menguntungkan, juga mengacu kepada Pasal 18 AB yang menentukan keberlakuan prinsip *lex loci delicti commissi* artinya hukum yang diterapkan adalah hukum tempat dimana perbuatan hukum dilakukan.

2. Putusan Nomor 186/PDT.G.2009/PN.JKT.PST dan Putusan 280/PDT.G/2009/PN.JKT.PST terkait dengan kecelakaan Mandala Air yang melibatkan Boeing dan United Corporation yang dipandang telah melakukan perbuatan melawan hukum terhadap terdapatnya dugaan cacat produk yang menyebabkan malfungsi sistem pengoperasian mesin pesawat yang menyebabkan kecelakaan Mandala Air di Medan Sumatera Utara. Dimana dalam gugatannya, Penggugat mengajukan

gugatannya berdasarkan Pasal 100 RV dan Pasal 18 AB. Namun, dalam Putusan 280/PDT.G/2009/PN.JKT.PST Penggugat sebelumnya mengajukan gugatan di Pengadilan USA dan diterbitkan keputusan *stipulation of dismissal* mengacu kepada prinsip *forum non conveniens*.

Selain praktik penerapan hukum *forum non conveniens* yang memerlukan rujukan hukum salah satu faktor yang mempengaruhi praktik penerapan hukum HPI, persoalan penerapan hukum *lex loci delicti commissi* sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 18 AB²⁴⁸ seringkali tidak selalu diterapkan oleh hakim sebagai parameter untuk memutuskan suatu perkara.

3. Putusan Nomor 181/Pdt.G/2007/PN.Jkt.Pst dan Putusan Nomor 408 Pdt.G/2007/PN.Jkt.Pst atas satu perkara yang sama. Dimana, dalam Putusan Nomor 181 tersebut, hakim menggunakan *forum non conveniens* terhadap PMH yang dilakukan oleh tergugat. Namun, dalam kasus Richard Bruce Ness v Jane Parlez dan The New York Times Company, Evelyn Rusli, dan Muktita Suhartono (408/Pdt.G/2007/PN.Jkt.Pst), (perkara yang sama dengan tambahan 2 orang WNI sebagai tergugat), PN Jakarta Pusat menetapkan bahwa pengadilan berwenang untuk mengadili, dimana PN Jakpus kali ini menolak eksepsi atas dasar *forum non conveniens*. PN Jakpus berpandangan bahwa karena objek pemberitaan dan artikel (yang didalilkan sebagai PMH) memberitakan kejadian polusi di Teluk Buyat, Sulawesi Utara, Indonesia, PN Jakpus berwenang mengadili perkara ini. Namun, PN Jakpus tidak menjelaskan apakah keberadaan tergugat WNI kali ini mempengaruhi keputusannya untuk menetapkan adanya kewenangan atas kasus ini.

²⁴⁸ Bentuk tiap tindakan hukum akan diputus oleh pengadilan menurut perundang-undangan dari negeri atau tempat, di mana tindakan hukum itu dilakukan. (KUHPerd. 83, 945; KUHD 517c, 533c.).

Kedua perkara No. 181/PDT.G/2007/PN.JKT.PST dan No. 408/Pdt.G/2007/PN.Jkt.Pst, berawal dari gugatan Richard Bruce Ness terhadap NewYork Times dan juga jurnalisnya (Jane Parlez), karena Richard menganggap bahwa NY Times telah memberitakan berita yang tidak benar dan menyesatkan (mengenai polusi di lokasi pertambangan Newmont di Sulawesi Utara) sehingga dianggap mencemari nama baik Richard sebagai Presiden Direktur dari PT Newmont Minahasa Raya.

Permasalahan konsistensi berdasarkan contoh-contoh kasus tersebut memberikan gambaran wajah hukum HPI Indonesia yang dapat mempengaruhi terhadap kepercayaan masyarakat terhadap penyelesaian hukum perdata di Indonesia.

Selain kewenangan yurisdiksi pengadilan yang mendasarkan pada kedudukan tergugat, penentuan kewenangan pengadilan juga mengacu kepada prinsip hukum yang mengakui letak kebendaan berada (*lex rae sitae*). Ketentuan ini diadopsi dalam ketentuan Pasal 118 ayat (3) HIR dan sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 102 RV. Kedua aturan ini dalam prakteknya mengakui pengajuan tuntutan hak khususnya pada perkara benda (*zakelijke rechtsvordering*) dalam penentuan yuridiksi pengadilan dapat diajukan berdasarkan forum *rei sitae* (gugatan diajukan ditempat benda tetap yang menjadi obyek sengketa berada), ataupun pengenaan perkara/ tuntutan campuran sebagaimana dimaksud dalam Pasal 102 RV berlakulah ketentuan *forum rae sitae*. Adapun pada kebendaan bergerak, berdasarkan sistem hukum Indonesia saat ini berlaku ketentuan Pasal 99 ayat (1) RV yang mengatur penentuan yuridiksi tuntutan hak yang didasarkan kepada domisili tergugatnya. Oleh karena itu, sepanjang tergugat adalah subjek hukum yang berdomisili di Indonesia, maka berlakulah yurisdiksi pengadilan Indonesia. Berapa kasus dibawah ini dapat memberikan gambaran:

4. Putusan Nomor 131 PK/Pdt.Sus-HKI/2014 dimana Penggugat merupakan Perusahaan yang berkedudukan di Indonesia,

melawan Tergugat I yang merupakan perusahaan asing berkedudukan di Taiwan yang mendistribusikan produk merek dan Tergugat II merupakan Kementerian yang melakukan pencatatan merek Tergugat yang dianggap telah mengeksploitasi merek terkenal milik Penggugat yang telah terdaftar sebelumnya.

5. Putusan Nomor 31/Pdt.Sus/Merek/2016/PN.Niaga.Jkt.Pst yang telah mengabulkan gugatan Penggugat (pemegang merek yang sah) yang merupakan perusahaan berkedudukan di California USA, terhadap Tergugat yang merupakan perusahaan Indonesia yang mendaftarkan merek sejenis/persamaan pada pokoknya atas merek terdaftar milik Penggugat.
6. Putusan Nomor 892 K/Pdt.Sus-HKI/2019 yang mengabulkan gugatan pelanggaran merek milik Penggugat (perusahaan yang berkedudukan di Jerman), terhadap Tergugat I dan Tergugat II (Kementerian/ Direktorat Merek) atas kasus pelanggaran merek.

Permasalahan timbul ketika benda bergerak tersebut adalah benda terdaftar yang pendaftarannya tidak pada tempat yang sama dengan domisili tergugat. Jika mengikut Pasal 99 ayat (1) RV, penggugat akan mengajukan di domisili tergugat yang dengan demikian menjadikan pengadilan tempat domisili tergugat sebagai pengadilan yang berwenang. Putusan pengadilan atas gugatan ini untuk dapat dilaksanakan perlu dilakukan pendaftaran kembali ke pengadilan tempat benda bergerak terdaftar yang akan memakan waktu lebih lama, sehingga waktu eksekusi terhadap benda bergerak akan lama pula.²⁴⁹ Kondisi ini tentu menjadi bertolak belakang dengan prinsip umum yang dianut dalam penentuan kewenangan pengadilan yakni *prinsip of effectiveness*.

²⁴⁹ *ibid*, hlm. 240-241

Prinsip hukum Indonesia pada pokoknya menghormati prinsip-prinsip yang ada sejalan dengan norma HPI internasional. Dimana, penentuan pertautan juga mengacu kepada prinsip kehendak bebas para pihak untuk menentukan pilihan hukum dan pilihan forum sehubungan dengan transaksi bisnis yang dilakukan oleh masing-masing pihak yang bersepakat. Selain itu, pertautan dalam menentukan keberlakuan yurisdiksi hukum Indonesia juga sangat ditentukan oleh status pertautan primer maupun pertautan sekunder sebagaimana diakui dalam prinsip HPI.

b. Kondisi yang diharapkan

Sebagaimana yang disampaikan sebelumnya bahwa yurisdiksi hukum pada dasarnya menghormati prinsip-prinsip HPI dalam menentukan pertautan baik secara primer dan secara sekunder ataupun pertautan lanjutan, dengan memperhatikan kaidah-kaidah sebagaimana yang ada dalam asas-asas hukum acara keperdataan. Namun, mengingat perlunya suatu acuan pokok yang dapat digunakan oleh pengadilan dalam melakukan pemeriksaan perkara, perlu kiranya menetapkan ruang lingkup yurisdiksi internasional Pengadilan Indonesia atas perkara HPI yang dapat memberikan kepastian hukum serta rujukan utama bagi para hakim ataupun pihak yang berkepentingan untuk memperoleh kepastian hukum dalam upaya mempertahankan hak-hak keperdataannya, yang tetap mengacu kepada ketentuan Hukum Acara Perdata Indonesia sebagai prosedur untuk mempertahankan hak-haknya.

Upaya memperoleh akses keadilan bagi pihak-pihak yang berkepentingan perlu direspon dengan adanya pembentukan pengaturan hukum yang menjadi dasar menentukan kualifikasi hukum ataupun suatu parameter hukum yang dapat dipilih oleh setiap pihak berdasarkan prinsip kebebasan berkontrak dalam hal perikatan keperdataan tersebut lahir dikarenakan perjanjian, ataupun kualifikasi hukum yang mengacu kepada subjek hukum, objek benda, forum yang dipilih, dan tempat terjadinya pelanggaran

hukum dilakukan. Adapun kualifikasi tersebut berdasarkan kriteria sebagai berikut:

- a) Subjek hukum, baik yang meliputi:
 - 1) Warga Negara Indonesia dalam hal sebagai tergugat;
 - 2) Salah satu pihak tergugat berdomisili di Indonesia, atau berkediaman sehari-hari di Indonesia;
 - 3) Pihak tergugat memiliki tempat usaha (domisili usaha) atau melakukan kegiatan usaha di Indonesia;
- b) Objek kebendaan/perikatan/ pelaksanaan perjanjian, baik yang meliputi:
 - 1) Harta kebendaan yang menjadi objek perkara dikualifikasikan sebagai benda tetap atau benda bergerak yang didaftarkan dan/atau terletak di Indonesia;
 - 2) Tempat pelaksanaan perjanjian berada dalam yurisdiksi hukum Indonesia.
- c) Pilihan forum penyelesaian baik yang meliputi:
 - 1) Adanya kesepakatan untuk memilih forum pengadilan Indonesia sebagai penyelesaian sengketa, yang disepakati baik pada saat perjanjian ataupun pada saat timbulnya sengketa; dan/atau
- d) Berdasarkan tempat peristiwa perbuatan hukum dilakukan/ kerugian hukum berlangsung, baik yang meliputi:
 - 1) tempat terbitnya kerugian akibat perbuatan melawan hukum adalah di Indonesia, atau
 - 2) tempat pelaksanaan perbuatan melawan hukum adalah di Indonesia, atau
- e) Menerapkan prinsip *the most real and substansial connection with disputes*, dalam hal terjadi peristiwa hukum yang tidak berada dalam kualifikasi sebagaimana dimaksud diatas, para pihak dalam perkara atau persoalan hukum yang menjadi pokok perkara menunjukkan kaitan yang nyata dan substansial dengan Indonesia.

Penentuan status yurisdiksi dilakukan dengan didasarkan kepada pertautan utama yang menentukan, dengan mendasarkan kepada kriteria pilihan forum (*pacta sunt servanda*), objek perjanjian (harta kekayaan, dan pelaksanaan perjanjian), dan pilihan forum penyelesaian. Selain yurisdiksi *in personam* dan *in rem*, dalam hal masing-masing pihak telah menentukan pilihan hukum, maka berlaku ketentuan Pasal 118 ayat (4) HIR jo Pasal 102 ayat (17) RV, yakni pengadilan Indonesia memiliki kewenangan apabila dipilih oleh para pihak. Yuridiksi pengadilan Indonesia berlaku berdasarkan tempat dilaksanakannya perjanjian, dalam hal pelaksanaan perjanjian merupakan dalam yuridiksi pengadilan Indonesia.

Untuk dapat dihasilkan suatu putusan pengadilan yang seadil-adilnya, dan mengacu kepada prinsip kebebasan hakim untuk memutuskan berdasarkan prinsip kewajiban hakim untuk tidak menolak perkara yang dimohonkan kepadanya dan kewajiban bagi hakim untuk menggali nilai-nilai yang hidup dimasyarakat untuk menemukan hukumnya maka perlu juga adanya suatu parameter hukum yang dapat digunakan oleh hakim untuk menentukan kompetensi kewenangan mengadili yang diajukan kepadanya. Hal ini untuk memberikan keseimbangan antara keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum dalam setiap putusan.

Menurut pertimbangan pengadilan Indonesia suatu perkara yang dimohonkan kepada pengadilan untuk diadili menurut hukum Indonesia dapat dilakukan penolakan kewenangan mengadili atas perkara HPI. Oleh karena itu, selain berwenang untuk mengadili perselisihan perdata internasional dengan mendasarkan pada HIR dan RV, Pengadilan Indonesia dapat menolak kewenangan mengadili atas perkara HPI berdasarkan pertimbangan :

- 1) dalam hal proses peradilan atas pokok perkara dan pihak-pihak yang sama sedang berlangsung di suatu pengadilan lain (*lis alibi pendens*).

- 2) pokok perkara dan pihak-pihak yang sama telah diputus dalam suatu putusan yang telah berkekuatan hukum tetap oleh pengadilan asing. Hal ini untuk mencegah adanya *Ne bis in idem* terhadap pemeriksaan perkara yang telah berkekuatan hukum tetap.
- 3) para pihak dalam perkara, sebelum atau pada saat timbulnya perkara, telah secara sah memilih pengadilan asing untuk mengadili perkara. Hal ini selaras dengan prinsip *pacta sunt servanda* dimana hakim menghormati perikatan yang dilakukan kedua belah pihak terhadap pilihan hukum ini.
- 4) Para pihak dalam perkara telah secara sah mengikatkan diri pada perjanjian arbitrase atau cara penyelesaian sengketa lain di luar pengadilan. Hal ini selaras dengan prinsip *pacta sunt servanda* dimana hakim menghormati perikatan yang dilakukan kedua belah pihak terhadap pilihan hukum ini. Sistem hukum positif Indonesia mengakui ketentuan ini di dalam UU Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.
- 5) Terdapat pengadilan lain yang memiliki kaitan yang lebih nyata dan substansial dengan pokok perkara atau fakta-fakta dalam perkara (*forum non conveniens*).

Selain dapat melakukan penolakan terhadap kompetensi kewenangan mengadili dalam hal dikemukakan tersebut di atas, pengadilan dapat berwenang untuk memeriksa perkara berdasarkan kewenangan yang dimiliki untuk mendengarkan kedua belah pihak *audi et alteram partem* dalam hal kedua belah pihak sepakat untuk melanjutkan kepada pokok perkara tanpa menyatakan keberatan terhadap yurisdiksi pengadilan. Selain itu, pengadilan juga dapat menyatakan berwenang walaupun memenuhi kualifikasi untuk menyatakan penolakan kewenangan mengadili, dalam hal pilihan forum yang dipilih melalui arbitrase menjadi batal demi hukum atau tidak dapat dilaksanakan karena alasan-alasan yang sah berdasarkan peraturan perundang-undangan Indonesia.

Namun, dalam hal Indonesia dalam politik hukumnya menetapkan keikutsertaan dalam Perjanjian Internasional ataupun ikut serta konvensi, membentuk perjanjian secara multilateral/bilateral yang akan mengatur mengenai yuridiksi internasional yang akan menyimpangi ketentuan umum yang ada, maka ketentuan sebagaimana dalam hukum acara keperdataan Indonesia dapat disimpangi secara khusus berdasarkan prosedur dan tata cara pembentukan peraturan perundang-undangan pengesahannya. Hal ini juga mengacu kepada perkembangan yang ada dimana Indonesia akan meratifikasi beberapa perjanjian internasional terkait dengan prosedur tuntutan hak keperdataan dan berkeinginan untuk membuat kerjasama bantuan hukum timbal balik keperdataan dengan beberapa negara sahabat. Dengan demikian, untuk menjadikan ketentuan HPI sebagai sumber hukum, maka Perlu dimuat penegasan bahwa jika para pihak tidak menentukan pilihan hukum hakim dibenarkan mengadili perkara dengan mendasarkan pada konvensi internasional atau bilateral yang telah diratifikasi oleh Pemerintah.

c. Praktik penyelenggaraan di negara lain

Ruang lingkup daripada *Federal Act on Private International Law* (Kitab Undang-Undang Federal Swiss tentang Hukum Perdata Internasional) memiliki ruang lingkup ketentuan yang disebutkan dalam *Chapter 1, Section 1, Article 1*, yakni :

This Act governs, in international matters:

- a. *the jurisdiction of Swiss judicial or administrative authorities; (Yurisdiksi otoritas peradilan dan administratif Swiss)*
- b. *applicable law; (Hukum yang berlaku/penentuan hukum yang berlaku)*
- c. *the prerequisites for the recognition and enforcement of foreign decisions; (Syarat bagi pemberlakuan dan pengakuan keputusan asing)*
- d. *bankruptcy and composition; (Kepailitan dan perdamaian)*

e. *arbitration. (Arbitrase)*

This Act does not affect international treaties. (pengaturan ini tetap mengutamakan perjanjian internasional yang berlaku yang Swiss tergabung didalamnya).

Hukum Perdata Internasional di Swiss dicirikan dengan prinsip-prinsip seperti *habitual residence*, *party autonomy*, dan keputusan hakim (kemampuan penentuan dan pengklasifikasian fakta-fakta perkara) dalam menentukan sebuah perkara yang mengandung unsur asing.²⁵⁰ Sejak 1 Januari 1989, Hukum Perdata Internasional Swiss diatur oleh *Federal Law of Private International Law* yang mulai diundangkan pada 18 Desember 1987. Hukum Perdata Internasional Swiss mengatur, dalam sekitar 200 pasal mengenai aspek penerapan hukum privat internasional. Ini mengatur tidak hanya hukum yang berlaku (konflik hukum) tetapi juga yurisdiksi pengadilan dan otoritas Swiss dalam masalah internasional dan pengakuan keputusan dan pelaksanaan putusan asing. Kemudian diwujudkan di masing-masing dari sepuluh bab yang semuanya memperlakukan yurisdiksi berturut-turut, hukum yang berlaku dan penegakannya.²⁵¹ Bab-bab ini mengikuti struktur KUHPerdata dan Kode Kewajiban: Orang perseorangan (bab 2); hukum perkawinan (bab 3); anak-anak dan adopsi (bab 4); perwalian (bab 5); suksesi (bab 6); hukum properti (bab 7) hak kekayaan intelektual (bab 8); hukum kewajiban (bab 9) dan korporasi (bab 10). Undang-undang tentang hukum internasional swasta diakhiri dengan bab tentang kebangkrutan internasional (bab 11) dan arbitrase internasional (bab 12).

Dalam Article 1 diatas, ditambahkan penjelasan bahwa undang-undang tersebut berpedoman erat dengan perjanjian internasional terkait yang Swiss tergabung didalamnya, hal tersebut

²⁵⁰ Professor Francois Dessemontet, Universities of Lausanne and Fribourg (Switzerland) dan Professor Walter Stoffel, University of Fribourg, Private International Law, diakses pada laman

<https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Intro%20Sw%20Law.pdf>

²⁵¹ *Ibid*

menunjukkan bahwa adopsi dari berbagai perjanjian internasional yang diratifikasi oleh Swiss sangat penting dalam pembuatan Hukum Perdata Internasional disana. Konvensi Internasional yang diratifikasi oleh Swiss kemudian dilaksanakan tanpa ada transformasi, artinya mereka mengimplementasikan secara penuh isi dari suatu perjanjian internasional tersebut secara murni dan konsekuen. Dalam hal Hukum Perdata Internasional, bahkan dapat dilakukan pengesampingan hukum internal negara dan mengedepankan prinsip perjanjian internasional yang kemudian diadopsi sesuai dengan objek pengaturannya kedalam hukum internal Swiss. Beberapa perjanjian tersebut diantaranya adalah :

1. dalam hal hukum acara, Lugano Convention on jurisdiction and enforcement of judgements in civil and commercial matters of 1988, Hague Conventions on Civil Procedure of 1905/1954, Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents of 1961, European Convention on Information on Foreign Law of 1968, European Convention on State Immunity of 1972;
2. dalam hal hukum Perseorangan, U.N. Convention on the Legal Status of Refugees of 1951 and Protocol of 1967, U.N. Convention on the Legal Status 3 of Apatrides of 1954;
3. dalam hal Hukum Keluarga, Hague Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations of 1970, Hague Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations for Children of 1956, Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance for Children of 1958, Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations of 1973, U.N. Convention on the Recovery Abroad of Maintenance Claims of 1956;
4. dalam hal Hukum Anak, Hague Convention on Jurisdiction and the Law Applicable to the Protection of Minors of 1961, European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions on the

Right of Custody of 1980, Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 1980, European Conventions on the Adoption of Children of 1967, Hague Convention of Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions of 1965;

5. dalam hal Hukum Waris, Hague Convention on the Law Applicable to the Form of testamentary Dispositions of 1961;
6. dalam hal Hukum Kontrak dan Ganti Rugi, Hague Convention on the Law Applicable to Sales Contracts over Movables of 1955, Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents of 1971,

Disamping perjanjian multilateral yang disebutkan diatas, Swiss juga melakukan perjanjian bilateral terkait dengan hukum, yurisdiksi dan penegakan hukum yang kemudian berlaku secara ekstrateritorial dengan Austria, Belgia, Cekoslowakia, Republik Federal Jerman, Yunani, Iran, Italia, Liechtenstein, Spanyol, Swedia dan Amerika Serikat.²⁵²

Kemudian berkaitan dengan Hukum Yang Berlaku dalam Chapter 1, Section 3, Article 13, menyebutkan bahwa *“The reference to a foreign law in this Act includes all the provisions which under such law are applicable to the case. The application of a foreign law is not precluded by the mere fact that a provision is considered to have a public law character”*. Yang kemudian diartikan sebagai Acuan dalam Kitab Undang-Undang ini terhadap hukum asing mencakup semua ketentuan yang berlaku terhadap duduk perkara berdasarkan hukum tersebut. Penerapan ketentuan hukum asing tidak dihalangi semata-mata karena ketentuan tersebut berkaitan dengan karakter hukum publik. Secara umum, hukum yang berlaku adalah hukum yang menyajikan hubungan terdekat dengan suatu kasus

²⁵² Professor Francois Dessemontet, Universities of Lausanne and Fribourg (Switzerland) dan Professor Walter Stoffel, University of Fribourg, Private International Law, diakses pada laman <https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Intro%20Sw%20Law.pdf>

tersebut.²⁵³ Hubungan ini kemudian ditentukan oleh aturan konflik yang terperinci dan banyak dari suatu bagian khusus. Jika, karena alasan tertentu dan dalam kasus tertentu, aturan tersebut gagal untuk menunjuk hukum yang akan diberlakukan, biasanya dalam kasus yang perkaranya terbatas, hakim dapat menerapkan hukum lain yang memiliki koneksi lebih dekat, atas dasar klausul pengecualian yang terdapat pada Article 15 yang berbunyi :

1. *As an exception, any law referred to by this Act is not applicable if, considering all the circumstances, it is apparent that the case has only a very loose connection with such law and that the case has a much closer connection with another law.* Hukum yang ditentukan berdasarkan Kitab Undang-Undang ini tidak berlaku dalam situasi khusus di mana, dengan mempertimbangkan semua keadaan, jelas bahwa kasus tersebut hanya memiliki hubungan yang sangat terbatas dengan hukum tersebut dan memiliki hubungan yang jauh lebih erat dengan hukum yang lain.
2. *This provision does not apply where a choice of law has been made.* Pasal ini tidak berlaku dalam hal dibuatnya pilihan hukum oleh para pihak.

Penerapan Hukum yang berlaku mencakup ketentuan yang berlaku selama hal tersebut memang berdekatan atau erat kaitannya dengan kasus tersebut, lain halnya bila penerapan hukum yang akan berlaku kemudian dianggap bertentangan atau menghasilkan kebijakan yang tidak sesuai dengan kebijakan publik di Swiss, maka Article 17 diberlakukan yang menyebutkan bahwa *“The application of provisions of foreign law is excluded if such application leads to a result that is incompatible with Swiss public policy”*, Penerapan ketentuan hukum asing dihalangi apabila hal tersebut akan memberikan hasil yang tidak sesuai dengan kebijakan publik (*public order*) Swiss.

²⁵³ *Ibid*

Kemudian Pengaturan terkait Renvoi, dalam Article 14, pengaturan renvoi disebutkan bahwa :

1. *When the applicable law refers back to Swiss law or to another foreign law, such renvoi shall be taken into account only if this Act so provides.* Apabila hukum yang berlaku mengacu kembali kepada hukum Swiss atau kemudian kepada hukum asing lain, acuan tersebut akan dipatuhi hanya apabila Kitab Undang-Undang ini menentukan demikian.
2. *In matters of personal or family status, a renvoi from the foreign law to Swiss law is accepted.* Dalam hal status sipil, acuan kembali kepada hukum Swiss oleh suatu hukum asing harus dipatuhi.

Dapat dikatakan Hukum Perdata Internasional di Swiss menghindari terjadinya Renvoi.²⁵⁴ Renvoi (tingkat pertama dan kedua) diterima hanya dalam dua kasus spesifik, mengenai nama, dan beberapa aspek hukum waris, dan lebih umum dalam masalah status seperti yang disebutkan dalam Article 14. Politik hukum tersebut dianggap mirip dengan politik hukum pada pengaturan dalam Konvensi Roma tahun 1980 (*Convention on the law applicable to contractual obligations*), Hukum Perdata Internasional mengatur mengenai penerapan wajib hukum Swiss dan asing (*Lois d'application immédiate*)²⁵⁵, ketentuan wajib yang diatur selain dari hukum yang ditetapkan oleh aturan konflik, dapat diterapkan dalam keadaan terbatas. Ketentuan tersebut harus terkait erat dengan kasus dan harus sah secara hukum Swiss dan hukum negara yang bersangkutan, kepentingan yang jelas lebih besar dari suatu pihak harus memerlukan penerapannya dan hasilnya harus memadai

²⁵⁴ *Ibid*

²⁵⁵ Penerapan segera undang-undang yang baru. Prinsip efek langsung dari undang-undang yang baru memungkinkan, dengan prinsip non-retroaktif, untuk menyelesaikan konflik hukum dari waktu ke waktu. Maka perlu untuk menentukan apa yang diatur oleh hukum baru dan apa yang tersisa diatur oleh hukum lama. (definisi tersebut diakses pada laman [http://fr.jurispedia.org/index.php/Application_imm%C3%A9diate_de_la_loi_nouvelle_\(fr\)#:~:text=Le%20principe%20de%20l'effet,de%20loi%20dans%20le%20temps.&text=Il%20faut%20alors%20d%C3%A9terminer%20ce,r%C3%A9gi%20par%20la%20loi%20ancienne.](http://fr.jurispedia.org/index.php/Application_imm%C3%A9diate_de_la_loi_nouvelle_(fr)#:~:text=Le%20principe%20de%20l'effet,de%20loi%20dans%20le%20temps.&text=Il%20faut%20alors%20d%C3%A9terminer%20ce,r%C3%A9gi%20par%20la%20loi%20ancienne.) France Jurispedia)

berdasarkan konsep hukum Swiss, dijelaskan dalam Article 19 terkait hal tersebut bahwa :

1. *When interests that are legitimate and clearly preponderant according to the Swiss conception of law so require, a mandatory provision of another law than the one referred to by this Act may be taken into consideration, provided that the situation dealt with has a close connection with such other law.* Apabila, menurut konsep hukum Swiss, kepentingan yang sah dan jelas lebih besar dari suatu pihak mengharuskan, suatu ketentuan wajib dari hukum selain dari yang ditentukan oleh Kitab Undang-Undang ini dapat turut diperhitungkan apabila keadaan kasusnya lebih erat terhubung dengan hukum tersebut.
2. *In deciding whether such a provision is to be taken into consideration, one shall consider its aim and the consequences of its application, in order to reach a decision that is appropriate having regard to the Swiss conception of law.* Dalam memutuskan apakah ketentuan yang demikian harus turut diperhitungkan, harus dipertimbangkan juga tujuannya serta apakah penerapannya akan menghasilkan keputusan yang memadai berdasarkan konsep hukum Swiss.

Ketentuan wajib hukum Swiss yang bersifat "*lois d'application immédiate*" harus diterapkan terlepas dari hukum yang ditentukan oleh Article 17 (bilamana ketentuan asing tidak sesuai dengan kebijakan publik Swiss).²⁵⁶ Isi hukum luar negeri harus ditetapkan secara *ex officio* oleh hakim yang dapat meminta para pihak untuk memberikan bantuan. Aturan ini berlaku tanpa batasan dalam hukum keluarga. Untuk klaim yang bersifat keuangan, hakim dapat mengenakan beban pembuktian pada para pihak seperti yang disebutkan dalam Article 16, yakni :

1. *The contents of the foreign law shall be established by the authority on its own motion. For this purpose, the cooperation of*

²⁵⁶ *Ibid*

the parties may be requested. In matters involving an economic interest, the task of establishing foreign law may be assigned to the parties. Isi hukum asing yang berlaku harus ditetapkan *ex officio (by the authority on its own motion)*. Bantuan para pihak dapat diminta. Dalam hal tuntutan yang berkenaan dengan uang, beban pembuktian tentang isi hukum asing dapat dibebankan kepada para pihak.

2. *Swiss law applies if the contents of the foreign law cannot be established.* Hukum Swiss berlaku apabila isi hukum asing tersebut tidak dapat ditetapkan.

C.6 Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing

a. Kondisi saat ini

- 1). Praktik pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing

Pengakuan dan pelaksanaan (*Recognition & Enforcement/ RE*) putusan pengadilan asing merupakan salah satu bagian dalam HPI yang sangat penting selain penentuan hukum berlaku dan yurisdiksi pengadilan. Permasalahan yang terjadi sehubungan RE merupakan domain kedaulatan hukum nasional setiap negara untuk menentukan keberlakuan suatu keputusan pengadilan asing dan pelaksanaan putusan pengadilan asing yang akan dilaksanakan di wilayah hukum, dalam hal ini wilayah hukum Indonesia. Berdasarkan ketentuan hukum nasional yang didasarkan oleh konstitusi dimana Indonesia merupakan suatu negara hukum²⁵⁷ yang meliputi suatu wilayah hukum nasional, dan melindungi segenap seluruh tumpah darah Indonesia serta menyatakan bahwa segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintah wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.²⁵⁸ Dengan demikian, hukum Indonesia menempatkan hukum yang mengedepankan

²⁵⁷ Pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945

²⁵⁸ Pasal 27 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945

hukum dan kepentingan umum dengan melandaskan kepada nilai-nilai Pancasila.

Menghadapi perkembangan ekonomi, budaya dan Ilmu Pengetahuan dan Teknologi (IPTEK) yang sangat pesat, salah satu yang menjadi sorotan dalam kemudahan berusaha di Indonesia adalah terkait dengan bagaimana mewujudkan akses hukum penyelesaian permasalahan keperdataan secara sederhana, cepat, dan berbiaya ringan, dengan tanpa mengurangi nilai keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum dari suatu penyelesaian permasalahan hukum. Saat ini, penyelesaian hukum di Indonesia menghadapi kritik dan penilaian indeks yang sangat mengkhawatirkan pelaku bisnis asing ataupun pihak yang terkait dengan asing yang ingin menyelesaikan perselisihannya melalui pengadilan Indonesia. Kondisi tersebut merupakan tantangan bagi Indonesia dalam mendorong terwujudnya sistem hukum penyelesaian perkara perdata melalui pengadilan yang kompetitif dalam rangka mendorong kepastian hukum dan kemudahan berusaha di Indonesia. Sebagaimana berdasarkan laporan EODB tahun 2020, *enforcing contract* di Indonesia masih sangat tertinggal pada peringkat 139, suatu peringkat yang sangat tidak bagus untuk suatu negara sebesar Indonesia, dimana salah satu kelemahan yang disorot adalah *quality of judicial process index* yang menempati posisi di bawah rata-rata (8.9 dari 18) dan pelaksanaan putusan *enforcing contract score* (49.1 dari 100).

Grafik II. 7

Peringkat EODB 2020/ Skor Enforcing Contract



Kondisi tersebut tentu saja dapat memberikan gambaran bagi kalangan pelaku usaha terhadap kepercayaan penyelesaian perkara keperdataan di Pengadilan Indonesia. Mengingat setiap putusan asing tersebut apabila akan dilaksanakan di Indonesia akan terkendala pada kepercayaan terhadap kemampuan hakim yang memeriksa²⁵⁹ dan kepastian terhadap kualitas putusan, waktu penyelesaian, biaya yang dibutuhkan, dan mekanisme pelaksanaan putusan yang tidak dapat memberikan jaminan kepastian hukum. Oleh karena itu, perlu dilakukan pengaturan yang dapat memberikan kepastian hukum bagi setiap pihak untuk dapat mengakses keadilan melalui proses peradilan yang efektif bagi setiap orang untuk mempertahankan haknya pada Pengadilan di Indonesia.

Dalam praktik bisnis internasional, termasuk di daerah perbatasan, para pihak seringkali tidak memilih untuk tunduk kepada hukum Indonesia, tetapi diperjanjikan pilihan hukum ke

²⁵⁹<https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt505175d29a703/indonesia-butuh-kodifikasi-hukum-perdata-internasional?page=2>, diakses tanggal 21 Desember 2020

arah hukum asing dan jika terjadi sengketa disepakati adanya pilihan forum penyelesaiannya melalui forum arbitrase asing, atau umumnya dikenal sebagai klausula arbitrase.²⁶⁰ Gambaran wajah hukum penyelesaian kasus keperdataan di Indonesia sebagai contoh, dari hasil penelitian terkait aspek-aspek masalah transnasional di wilayah perbatasan, jelas bahwa *stakeholders* (anggota Asosiasi Pengusaha Indonesia, para pekerja di kawasan industri yang merupakan anggota dari Himpunan Kawasan Industri Provinsi Kepulauan Riau) menyatakan bahwa dalam transaksi bisnis transnasional yang terjadi di Batam, hampir semuanya melakukan pilihan hukum ke arah hukum Singapura dan melakukan pilihan forum ke arah *Singapore International Arbitration Centre*. Hal ini dapat menunjukkan adanya ketidakpercayaan pihak asing terhadap Pengadilan Indonesia dan sistem hukum Indonesia. Bahkan pada kenyataannya di lapangan Hukum Ketenagakerjaan yang bersifat lebih bercampur antara sifat privat dan publik dalam hubungan hukumnya, perjanjian kerja antara WNI dengan penanam modal asing ternyata banyak yang memiliki klausula pilihan hukum ke arah sistem hukum asing, sesuai dengan asal dari pihak yang menanamkan modal. Dalam situasi ini dapat kita simpulkan ada dua masalah yang terjadi: a.) Adanya ketidakpercayaan dari subyek hukum asing terhadap kelengkapan dari hukum Indonesia dalam mengatur masalah-masalah atau hubungan hukum yang menjadi obyek dari perbuatan hukum mereka; dan b.) adanya ketidakpercayaan subyek hukum asing terhadap daya eksekusi dari putusan pengadilan Indonesia.²⁶¹

Berdasarkan hukum Indonesia pada prinsipnya, suatu putusan pengadilan asing tidak dapat diakui dan dilaksanakan di Indonesia. Indonesia saat ini masih memberlakukan Regleman Acara Perdata

²⁶⁰ Albertus Husada, *Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Pengadilan di Indonesia*, disampaikan dalam FGD secara virtual, 19 Oktober 2020.

²⁶¹ (Susanti, 2020) Susanti, *Masukan Tentang Pengakuan Dan Pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing Di Dalam Hukum Perdata Internasional Indonesia*, masukan terhadap tim NA RUU HPI. 2020

(*Reglement op de Rechtsvordering, RV*), sebuah hukum acara untuk bidang keperdataan yang masih merupakan warisan kolonial Belanda. Pada pasal 436 ayat (1) RV menegaskan bahwa putusan pengadilan asing tidak dapat diakui dan dilaksanakan, kecuali untuk kondisi yang diatur dalam pasal 724 Kitab Undang-Undang Hukum Dagang, yang memungkinkan penghitungan dan pembagian *avarij* (penghitungan kerugian di laut) yang dilakukan di luar wilayah Indonesia. Bila kemudian *avarij* itu diputuskan berdasarkan putusan pengadilan asing, maka putusan tersebut akan diakui dan dilaksanakan oleh pengadilan Indonesia.²⁶² Namun, dalam praktik putusan asing, Pengadilan Indonesia juga mengakui adanya putusan pengadilan asing, sebagaimana dalam praktik putusan dalam Putusan Pengadilan Tinggi Semarang No. 473/PDT/2019/PT SMG.

Tabel II. 7

Putusan Pengadilan Tinggi Semarang

Putusan Pengadilan Tinggi Semarang No. 473/PDT/2019/PT SMG
<p>Memutuskan:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Menyatakan bahwa kesepakatan antara Penggugat dan Tergugat tentang Tanggung Jawab Pengasuhan Anak yang tertuang dalam Alokasi Tanggung Jawab Orang Tua - Pengambilan Keputusan Dan Rencana Induk yang merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Putusan Judisial State of Illinois Circuit County of Winnebago Nomor 2016 D 48 adalah sah dan berharga ; - Menyatakan bahwa Tergugat telah melakukan Perbuatan Melawan Hukum yang merugikan Penggugat ; - Menyatakan bahwa hak pengasuhan anak dilakukan secara bersama antara Penggugat dan Tergugat sebagaimana telah disepakati tentang pengasuhan anak yang tertuang dalam Alokasi Tanggung Jawab Orang Tua - Pengambilan Keputusan Dan Rencana Induk yang merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Putusan Judisial State of Illinois Circuit County of Winnebago Nomor 2016 D 48 ; - Menghukum Tergugat untuk mematuhi kesepakatan yang telah dibuatnya sebagaimana tertuang dalam

²⁶² Ida Susanti, Ibid.

Alokasi Tanggung Jawab Orang Tua - Pengambilan Keputusan Dan Rencana Induk yang merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Putusan Judisial State of Illinois Circuit County of Winnebago Nomor 2016 D 48;

Putusan pengadilan asing yang dapat diakui dan dilaksanakan di Indonesia haruslah memperhatikan kriteria universal bahwa perkara tersebut telah diputus dan putusannya telah berkekuatan hukum tetap, baik putusan itu berupa perintah, keputusan, penetapan, dan perintah eksekusi atau penetapan biaya perkara yang dijatuhkan oleh pengadilan yang memiliki yurisdiksi atas daerah hukumnya yang berwenang memeriksa dan mengadilinya.²⁶³ Oleh karena itu, prinsipnya suatu putusan pengadilan asing diakui dan dilaksanakan oleh pengadilan negara lain harus didasarkan kepada perjanjian/ kesepakatan bilateral atau multilateral negara-negara terkait, atau berdasarkan prinsip resiprositas.²⁶⁴

Di lapangan hukum keperdataan, saat ini Indonesia masih belum memiliki pengaturan tentang pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing. Sedangkan terkait dengan kerjasama bantuan hukum timbal balik dalam hukum keperdataan, hingga saat ini Indonesia hanya memiliki kerjasama bilateral antara Indonesia dengan Thailand yang ditandatangani pada tahun 1978, yang disahkan dengan Keputusan Presiden No. 6 tahun 1978 tentang Persetujuan Kerjasama tentang Peradilan antara Republik Indonesia dan Kerajaan Thailand (selanjutnya akan disebut sebagai MLA Indonesia Thailand). Walau demikian, bila kita melihat isi dari perjanjian bilateral tersebut, isinya lebih berfokus pada saling memberikan bantuan untuk menyampaikan dan memperoleh alat bukti dan dokumen-dokumen, mendapat kekeluasaan secara timbal balik untuk menghadap dan berperkara di pengadilan wilayah pihak lainnya; dan memberi hak kepada saksi yang diminta untuk menolak memberi kesaksian, apabila ia memiliki imunitas atau ada

²⁶³ Ida Susanti, *Ibid.*

²⁶⁴ Albertus Husada, *Ibid.*

kewajiban padanya untuk tidak memberikan kesaksian, berdasarkan hukum pemohon; atau berdasarkan hukum termohon dan kekebalan atau kewajibannya telah dirinci di dalam surat permohonannya. Jelas bahwa di dalam kerjasama antara Indonesia dan Thailand tersebut tidak mencakup masalah pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing.²⁶⁵

Secara ilmu hukum, putusan pengadilan dapat dikategorikan ke dalam tiga jenis. Pertama putusan yang bersifat menghukum (*condemnatoir*); kedua, putusan yang bersifat deklaratif (*declaratoir*), dan terakhir putusan yang bersifat konstitutif. Menurut pendapat para sarjana, putusan yang tidak dapat diakui dan dilaksanakan sebagaimana diatur oleh pasal 436 Rv adalah putusan jenis pertama berupa *condemnatoir*. Secara praktik, putusan *condemnatoir* membutuhkan bantuan dari pengadilan nasional untuk dapat dieksekusi/ dilaksanakan di Indonesia, sedangkan putusan yang sifatnya penetapan (*declaratoir dan konstitutif*) memerlukan bantuan pengadilan nasional untuk memperoleh pengakuan hukum.

Pada prinsipnya, berdasarkan pasal 100 RV²⁶⁶, warga negara Indonesia dapat menuntut warga negara asing, meskipun bukan penduduk, di pengadilan Indonesia atas perikatan-perikatan yang mereka buat baik di Indonesia maupun di luar Indonesia. Sebaliknya terkait dengan yuridiksional, bahwa hukum Indonesia yang tata cara penyelesaian perselisihannya menggunakan hukum acara yang ada berdasarkan ketentuan hukum acara yang berlaku di Indonesia, dimana berdasarkan Pasal 436 RV dinyatakan bahwa suatu putusan pengadilan asing tidak dapat dilaksanakan/dieksekusi di wilayah Republik Indonesia.

Selanjutnya, menurut M. Yahya Harahap putusan pengadilan asing dapat dieksekusi di Indonesia (melalui pengadilan Indonesia) hanya apabila diatur dalam undang-undang tersendiri, perjanjian

²⁶⁵ Ibid

²⁶⁶ Pasal 100 RV seorang asing yang bukan penduduk, bahkan tidak berdiam di Indonesia, dapat digugat dihadapan hakim Indonesia untuk perikatan-perikatan yang dilakukan di Indonesia atau dimana saja dengan warga negara Indonesia.

bilateral atau perjanjian multilateral yang mengecualikan berlakunya Pasal 436 RV. Prosedur untuk mengeksekusi putusan pengadilan asing oleh di Indonesia lebih lanjut dijelaskan oleh M. Yahya Harahap mengutip dari Pasal 436 ayat (2) RV bahwa satu-satunya cara untuk mengeksekusi putusan pengadilan asing di Indonesia adalah dengan menjadikan putusan tersebut sebagai dasar hukum untuk mengajukan gugatan baru di pengadilan Indonesia. Kemudian, putusan pengadilan asing tersebut oleh pengadilan Indonesia dapat dijadikan sebagai alat bukti tulisan dengan daya kekuatan mengikatnya secara kasuistik.²⁶⁷ Meskipun tidak dapat dilaksanakan, putusan pengadilan asing dapat digunakan sebagai dasar hukum untuk mengajukan gugatan baru di pengadilan Indonesia dan putusan asing tersebut digunakan sebagai alat bukti tulisan dengan daya kekuatan sebagai berikut (i) sebagai akta otentik; atau (ii) hanya sebagai fakta hukum.²⁶⁸

Kondisi peradilan Indonesia tersebut memperoleh tantangan dengan kehadiran Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja, dimana upaya mendorong investasi di Indonesia ataupun kerjasama pelaku usaha Indonesia dengan pihak asing, tidak dapat dilepaskan dengan adanya kepercayaan dan kenyamanan para pelaku usaha/ orang asing untuk mengakses dan memperoleh keadilan di Indonesia melalui pengadilan secara, sederhana, cepat dan berbiaya murah. Kondisi hasil penilaian EODB khususnya terhadap *enforcing contract* menunjukkan permasalahan sistem hukum tersebut. Berikut contoh kasus yang menjadi preseden terhadap wajah Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing di Indonesia:

Putusan Perselisihan antara Penggugat dan Tergugat
Pengadilan Negeri yang mengadakan perikatan lindung nilai

²⁶⁷Kusumasari, Diana, 2011, Hukum Online, Bagaimana Pengakuan Putusan Pengadilan Asing Terkait Sengketa Internasional?, didapat melalui laman <http://www.hukumonline.com/klinik/detail/c14279/bagaimana-pengakuan-putusan-pengadilan-asing-terkait-sengketa-internasional>, diakses 26 Juli 2020

²⁶⁸ SSEK, Pokok-Pokok Pembicaraan dalam Pembahasan Penyusunan Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Hukum Perdata Internasional (“RUU HPI”)

Jakarta Pusat No. 89/PDT.G/2009/PN.JKT.PST

(hedging) yang memilih hukum dan forum penyelesaian pada pengadilan negeri Inggris. Dengan demikian hukum Inggris adalah hukum substantif yang berlaku untuk perjanjian antara Penggugat dan Tergugat, dan Pengadilan Inggris adalah pengadilan yang memiliki yurisdiksi untuk mengadili sengketa yang terjadi berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian sesuai pilihan forum penyelesaian sengketa (choice of forum) yang dilakukan oleh kedua belah pihak. Mengingat para pihak sudah memilih Hukum Inggris sebagai 'the governing law of the contract', maka dalam gugatan yang sifatnya untuk melaksanakan Putusan Pengadilan Inggris ini, Penggugat memohon dengan hormat agar Pengadilan Negeri Jakarta Pusat juga menerapkan Hukum Inggris dalam mengadili perkara ini. Hal ini merupakan tindak lanjut dari adanya putusan verstek yang diputuskan oleh Pengadilan Inggris terhadap. Dalam hal ini Penggugat telah mengajukan mengajukan gugatan terhadap Tergugat di England's High Court of Justice, Queen's Bench Division before the Commercial Court. Gugatan itu diajukan pada tanggal 10 September 2008 dan November 2008, gugatan di Pengadilan Inggris diberitahukan dengan resmi kepada Tergugat di kantornya; Tergugat gagal untuk memberitahukan kepada Pengadilan Inggris bahwa dirinya telah menerima panggilan secara resmi, tidak pula mengajukan Jawaban ataupun pembelaan apapun dalam jangka waktu yang ditetapkan dalam Penetapan yang dikeluarkan oleh Yang Mulia Hakim Sir Peter Gross. Tergugat betul-betul tidak melakukan tindakan apapun; Penggugat mengajukan Verstek dan dikabulkan oleh PN Inggris. Pengadilan Negeri Jakarta Pusat telah mengambil putusan, yaitu putusan No. 89/PDT.G/2009/PN.JKT.PST tanggal 1 Juni 2009 yang amanya sebagai berikut. Menyatakan mengabulkan eksepsi Tergugat dan

menyatakan gugatan Penggugat tidak dapat diterima (*niet ontvankelijke verklaard*);

Putusan Banding Pada putusan tingkat banding atas permohonan
 putusan No. Penggugat/Pembanding putusan Pengadilan
 509/PDT/PT.DKI Negeri tersebut telah dibatalkan oleh Pengadilan
 tanggal 25 Tinggi Jakarta dengan putusan No.
 Pebruari 2010 509/PDT/PT.DKI tanggal 25 Pebruari 2010 yang
 amanya sebagai berikut : - Menerima
 permohonan banding dari Pembanding semula
 Penggugat : Membatalkan putusan Pengadilan
 Negeri Jakarta Pusat No. 89/PDT.G/2009/
 PN.JKT.PST tanggal 1 Juni 2009 yang
 dimohonkan banding tersebut; dan Menyatakan
 Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tidak
 berwenang memeriksa dan mengadili perkara
 ini.

Pertimbangan - Judex facti (JF) telah keliru dalam
 Pihak Pemohon pertimbangan pasal 436 Rv :
 Kasasi - Pasal 436 Rv sebagai bagian dari sub-sistem
 hukum acara perdata harus dilaksanakan
 dalam suatu kesatuan sistem hukum
 Indonesia yang komprehensif dan tidak boleh
 saling bertentangan dengan sub-sistem
 lainnya seperti hukum perjanjian Indonesia.
 Sub-sistem hukum perjanjian mengakui hak
 para pihak untuk memilih "choice of forum"
 (forum penyelesaian sengketa) dan "choice of
 law" (hukum yang berlaku) untuk perjanjian
 yang mereka lakukan. Oleh karena itu,
 sepanjang Pemohon Kasasi tidak meminta
 adanya pelaksanaan putusan pengadilan
 asing secara langsung (yaitu dengan
 meminta penetapan eksekusi belaka), cara
 Pemohon Kasasi menamakan gugatan re-
 litigasinya sebagai "pelaksanaan terhadap
 putusan pengadilan Inggris" sama sekali
 bukan merupakan pelanggaran terhadap
 Pasal 436 Rv, mengingat gugatan relitigasi
 itu pada dasarnya untuk mematuhi
 ketentuan Pasal 436 Rv dan sekaligus
 menghormati kebebasan para pihak dalam
 menentukan "choice of forum" dan "choice of
 law" dalam kontrak

Alasan alasan sebagai berikut:

- i. Indonesia sudah memberikan adanya beberapa pengecualian atas Pasal 436 Rv berdasarkan prinsip general equitable principles;
- i. Perkara-perkara semacam ini seyogyanya memang harus diperiksa dengan teliti mengenai fakta-fakta hukum dan bukti-buktinya, namun tanpa harus mengulang seluruh proses pemeriksaan perkaranya dari awal lagi;
- i. Pemeriksaan secara ringkas dan bukan pemeriksaan secara detail dalam relitigasi sudah diijinkan dalam kondisi-kondisi seperti pelaksanaan perjanjian perdamaian yang dihasilkan dari mediasi;
- r. Para pihak yang bersengketa dalam kontrak komersial yang kompleks dan melibatkan multi yurisdiksi tidak memerlukan tambahan waktu dan juga biaya-biaya dalam melakukan re-litigasi secara penuh karena mereka ingin melaksanakan putusan pengadilan asing di Indonesia yang memberikan rasa keadilan secara universal;
- r. Sumber daya di Pengadilan tidak akan terbuang percuma untuk hal-hal yang sebenarnya dapat diselesaikan secara ringkas saja;
- i. Indonesia memiliki proses hukum yang memuaskan dimana pihak-pihak yang terkena dampak putusan tetap dapat melakukan perlawanan atas pelaksanaan putusan pengadilan asing;
- i. Indonesia tidak akan dilihat oleh dunia hukum dan komunitas bisnis internasional sebagai "tempat yang aman" bagi pebisnis yang korup atau suka melanggar kontrak untuk berlindung dengan itikad buruknya;
- i. Tidak ada pertentangan antara penerapan pasal 436 Rv dan subsistem hukum lainnya (i.e. hukum perjanjian), dan kedaulatan Negara Indonesia juga tidak akan terpengaruh;

3. Komunitas bisnis internasional dapat memiliki kepercayaan bahwa berhubungan dengan badan hukum Indonesia akan tetap mengacu pada prinsip universal mengenai penegakan hukum, keadilan dan kesetaraan dihadapan hukum.
- Pertimbangan Mahkamah - bahwa alasan tersebut dapat dibenarkan, oleh karena Pengadilan Tinggi/ Judex Facti telah salah menerapkan hukum dengan pertimbangan sebagai berikut: > karena putusan asing/Pengadilan Inggris yang menyangkut pihak Tergugat ada di Indonesia, dimohon dieksekusi di Indonesia, hanya dapat dimungkinkan apabila ada perjanjian eksekusi antara Inggris dan Indonesia; > pada saat ini antara Inggris dan Indonesia tidak ada perjanjian eksekusi untuk putusan Pengadilan Asing sehingga tidak dapat dieksekusi di Indonesia; > gugatan Penggugat tidak beralasan;
- Putusan kasasi Nomor 2681 K/Pdt/2010 - Mengabulkan permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi; Membatalkan Pengadilan Tinggi Jakarta No. 509/Pdt/2009/PT.DKI tanggal 25 Pebruari 2010 yang membatalkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 89/Pdt.G/2009/PT.DKI tanggal 01 Juni 2009; MENGADILI SENDIRI : 1. Menyatakan Mengabulkan Eksepsi Tergugat; 2. Menyatakan Gugatan Penggugat Tidak Dapat Diterima (Niet Ontvankelijke Verklaard);

Kasus tersebut merupakan kondisi yang menggambarkan praktik pelaksanaan putusan asing di Indonesia yang sangat rumit dan panjang, dikarenakan berdasarkan Pasal 436 RV bahwa putusan yang diberikan badan peradilan luar negeri tidak dapat dieksekusi di Indonesia, dan untuk dapat melaksanakan putusan tersebut, perkara tersebut sedemikian dapat diajukan lagi dan diputuskan di dalam badan peradilan di Indonesia. Timbul permasalahan yang sangat krusial, dikarenakan proses peradilan yang telah diputuskan harus memeriksa sejak awal gugatan. Tentu saja hal ini akan

mempersulit penerapannya dengan sinkronisasi kepentingan keperdataan di era saat ini yang sangat fleksible, sederhana, dan cepat. Hal ini dikarenakan mobilisasi baik orang termasuk barang/jasa serta modal (hak/piutang) yang sangat dinamis disebabkan pesatnya teknologi informasi dan transportasi.

Menjadi permasalahan terhadap pemeriksaan kembali putusan adalah kaitannya dengan kewenangan untuk melindungi kepentingan umum. Pertimbangan ketertiban umum tersebut, kepentingan tersebut sejalan dengan praktik selama ini yang dilaksanakan oleh Pasal 22a AB²⁶⁹ dan Pasal 23 AB²⁷⁰ dimana oleh karena itu suatu putusan pengadilan asing baik bersifat penetapan ataupun pelaksanaan, harus diperiksa terlebih dahulu *vide* Pasal 436 RV. Hal tersebut tentu saja menjadi tantangan Pengadilan Indonesia, mengingat kepentingan umum tersebut tersebut pada saat tidak adanya kriteria yang pasti sebagai parameter, sehingga mengacu kepada ketentuan 436 RV harus melakukan pemeriksaan kembali. Hal ini tentu menimbulkan pertanyaan besar sebagaimana yang dikemukakan sebelumnya, apakah Pengadilan Indonesia memperoleh kepercayaan masyarakat internasional dalam hal ini, mengingat dunia bisnis dan mekanisme penyelesaian perselisihannya menuntut proses yang sangat cepat, mudah, dan berbiaya murah, tentu saja hal ini menjadi tantangan. Merespon kondisi tersebut, setidaknya data EODB yang menempatkan skor *enforcing contract* pada posisi 139 (seratus tiga puluh sembilan) dapat menunjukkan kondisi sesungguhnya yang terjadi.

Hukum Indonesia kiranya perlu memperhatikan kondisi yang ada saat ini dalam dinamika hubungan keperdataan internasional saat ini, khususnya dalam bidang perdagangan. Bahwa mengacu kepada Pasal 1138 dan 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata,

²⁶⁹ Pasal 22a AB *Kekuasaan hukum dari hakim, pelaksanaan dari keputusannya dan akteakte otentik, dibatasi dengan pengecualian-pengecualian yang diakui sebagai hukum kemasyarakatan*

²⁷⁰ Pasal 23 AB *Undang-undang yang ada sangkut-pautnya dengan ketertiban umum atau tata-susila yang baik, tidak dapat dihilangkan kekuatan hukumnya dengan tindakan atau persetujuan.*

umumnya para pihak memilih hukum yang berlaku dan forumnya berdasarkan asas kebebasan berkontrak dengan batasan-batasan tertentu. Kebebasan ini paling umum digunakan dalam transaksi yang melibatkan pihak asing karena memberikan kepastian hukum. Selain itu, dalam perjanjian komersial dengan pemerintah Indonesia, pihak swasta non asing cenderung tunduk pada pilihan Hukum Indonesia dan Pengadilan Negeri di Indonesia, kecuali antara Pemerintah dengan penanaman modal asing maka ditentukan melalui forum arbitrase internasional yang disepakati para pihak.²⁷¹ Sementara itu, di antara pihak swasta, pilihan hukum dan pilihan forum lazimnya menggunakan hukum asing yang dianggap lebih akomodatif terhadap keperluan para pihak dengan pilihan forum seperti arbitrase di SIAC karena dianggap lebih cepat dan independen. Namun, dalam praktik perjanjian, suatu pilihan hukum dan pilihan forum juga dipengaruhi oleh faktor : Pengetahuan para pihak terhadap hukum yang berlaku; Posisi tawar dari masing-masing pihak; dan Kebiasaan dalam praktek.²⁷² Dengan demikian, kiranya pengadilan Indonesia perlu menyesuaikan dengan perkembangan yang ada, dan lebih fleksibel, mengingat perjanjian berlaku sebagai undang-undang bagi pihak yang membuatnya.

2) Parameter ketertiban umum dalam pelaksanaan putusan asing di Indonesia

Salah satu upaya yang ditempuh masing-masing pihak dalam mengatasi kondisi saat ini adalah menggunakan penyelesaian secara arbitrase untuk menyelesaikan perselisihannya, sebagaimana disepakati oleh masing-masing pihak baik dalam kontrak ataupun kesepakatan yang disepakati oleh kedua belah pihak untuk menyelesaikannya dalam forum arbitrase. Pilihan arbitrase sebagai *amicable solution* atau penyelesaian damai juga terdapat dalam hukum positif Indonesia yang ada dalam Undang-Undang Nomor 25

²⁷¹ Pasal 32 UU 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

²⁷² SSEK, Pokok-Pokok Pembicaraan dalam Pembahasan Penyusunan Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Hukum Perdata Internasional ("RUU HPI")

Tahun 2007 tentang Penanaman Modal yang digunakan sebagai alternatif penyelesaian sengketa melalui pengadilan.

Berdasarkan hukum Indonesia dalam UU No 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (AAPS) bahwa suatu putusan arbitrase haruslah dijatuhkan oleh lembaga dimana Indonesia terikat dengan perjanjiannya, baik secara bilateral maupun multilateral dalam hal pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase, dan hanya terbatas dalam lingkup perdagangan, tidak bertentangan dengan ketertiban umum, memperoleh eksekutor terlebih dahulu, dan hanya dilaksanakan dengan putusan dalam bentuk perintah pelaksanaan.

Berbeda halnya dengan putusan pengadilan asing, putusan arbitrase asing hampir secara universal dapat diakui dan dilaksanakan di forum nasional. *United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award*, yang mengatur mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing, telah diratifikasi oleh 156 negara. Indonesia telah meratifikasi Konvensi New York melalui Keputusan Presiden No. 34 Tahun 1981. Dalam pelaksanaannya, keberlakuan Konvensi New York menghadapi sejumlah kendala. Ketiadaan peraturan pelaksanaan pernah membuat pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing pada praktiknya tidak bisa dilakukan. Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 1990 tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing kemudian menjadi peraturan untuk melaksanakan konvensi tersebut. Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa kemudian mengatur bahwa, sepanjang tidak melanggar ketertiban umum, putusan arbitrase internasional dapat diakui dan dilaksanakan di Indonesia.

Secara universal, ketertiban umum diakui sebagai batasan keberlakuan hukum dan putusan asing termasuk arbitrase. Bilamana Indonesia membuat perjanjian bilateral dengan negara lain terkait pengakuan dan pelaksanaan putusan asing, ketertiban umum tetap menjadi dasar untuk menolak eksekusi putusan asing.

Selaras dengan kondisi permasalahan yang dikemukakan sebelumnya, mengacu kepada perkembangan hukum yang ada berdasarkan Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 1904 K/SIP/1982 tanggal 1984 dinyatakan dalam isi putusannya bahwa *hakim memiliki kekuasaan untuk mencampuri isi suatu perjanjian*. Kondisi ini dapat dipahami sesuai dengan amanat Pasal 1339 KUHPerdara yang menyatakan bahwa Persetujuan tidak hanya mengikat apa yang dengan tegas ditentukan di dalamnya, melainkan juga segala sesuatu yang menurut sifat persetujuan dituntut berdasarkan keadilan, kebiasaan, atau undang-undang. Kondisi tersebut sangat penting untuk ditelusuri agar tidak ada pihak-pihak yang dirugikan, dalam hal ini kepentingan hukum dan kedaulatan hukum nasional mendapatkan prioritas, agar *Public Order* (Kepentingan Umum) menjadi prioritas utama.

Menjadi permasalahan terhadap kepentingan umum tersebut pada saat tidak adanya kriteria yang pasti sebagai parameter, dimana hingga saat ini alasan tidak bertentangan dengan ketertiban umum (*Public Order*) masih belum adanya parameter yang standar untuk digunakan hakim dalam memutus perkara (*vide* Pasal 66 UU Arbitrase)²⁷³. Hal ini menjadi permasalahan di Indonesia dimana klausul tersebut sering menjadi alasan hukum bahwa putusan arbitrase asing (internasional) tidak dapat dilaksanakan dan sering dimintakan pembatalan di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Berdasarkan data yang ada dalam Sistem Informasi Penelusuran Perkara Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, terdapat beberapa gugatan pembatalan putusan arbitrase asing pada PN Jakarta Pusat sepanjang tahun 2011 – Oktober 2020.

²⁷³ Putusan Arbitrase Internasional hanya diakui serta dapat dilaksanakan di wilayah hukum Republik Indonesia, apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut : Putusan Arbitrase Internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf a hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum.

Tabel II. 8

Jumlah jumlah gugatan pembatalan putusan arbitrase asing di PN Jakarta Pusat

Tahun	Jumlah Perkara
2011	2 Perkara
2012	9 Perkara
2013	1 Perkara
2014	nihil
2015	8 Perkara
2016	9 Perkara
2017	8 Perkara
2018	4 Perkara
2019	1 Perkara
2020	6 Perkara

Sumber: data SPIP PN Jakarta Pusat

Data tersebut diatas menunjukkan jumlah gugatan pembatalan putusan arbitrase asing menunjukkan jumlah yang cukup banyak jika dihitung secara menyeluruh, hal ini mengindikasikan adanya permasalahan mengenai ketentuan ketertiban umum yang belum memiliki parameter yang pasti dalam pelaksanaannya. Dalam praktik peradilan di Indonesia, ada beberapa putusan terhadap penolakan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing di Indonesia terkait dengan Ketertiban Umum sebagai alasannya, antara lain:

- a) Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1205 K/Pdt/1990 dalam perkara Yani Haryanto melawan E.DF & Man Sugar Ltd, dimana alasan pertimbangan hukum bahwa putusan arbitrase asing tidak dapat dilaksanakan di Indonesia jika bertentangan dengan ketertiban umum-termasuk tidak terbatas bertentangan dengan hukum positif Indonesia. *In casu* Keputusan Presiden (Keppres) No 43 Tahun 1971 dan Keppres No 39 Tahun 1978.
- b) Putusan PN Jakarta Pusat Nomor 86/Pdt.G/2002/Pn.Jkt.Pst dalam perkara Karaha Bodas Company melawan Pertamina dan PLN, dimana dalam pertimbangannya menyebutkan bahwa putusan arbitrase tidak dapat dilaksanakan karena

bertentangan dengan ketertiban umum, yaitu hukum positif Indonesia *in casu* Keppres No 39 Tahun 1979, Keppres No 47 Tahun 1997 dan Kepres No 5 Tahun 1998.

Dalam perkembangannya, terdapat beberapa putusan yang memberikan batasan ketertiban umum sebagai dasar alasan penolakan pelaksanaan putusan arbitrase domestik dan arbitrase asing menurut interpretasi hakim secara per kasus, antara lain:²⁷⁴

- a) Putusan PN Jakarta Pusat Nomor 97 B/Pdt.Sus-Arbt/2016 dalam perkara PT. Cipta Televisi Pendidikan Indonesia dkk melawan Siti Hardiyati Rukmana dkk. Dimana hakim dalam *ratio decidendi* menyatakan bahwa *frasa bertentangan dengan ketertiban umum adalah sebagai bertentangan dengan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap*. Hal ini dikarenakan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap harus dihormati dan dilaksanakan oleh para pihak untuk menjamin berlangsungnya ketertiban umum.
- b) Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor 86/Pdt.G/2002/PnJkt.Pst dalam perkara Karaha Bodas Company melawan Pertamina dan PLN, yang dalam pertimbangannya menyebutkan bahwa *frasa bertentangan dengan ketertiban umum adalah sebagai bertentangan dengan hukum positif Indonesia, sehingga mengandung sebab yang terlarang dan karenanya tidak mempunyai daya hukum mengikat*.

Mengacu kepada ketentuan hukum yang ada berdasarkan RV, maka hal ini merespon untuk mengantisipasi agar kiranya pengakuan putusan asing yang ada di Indonesia perlu adanya parameter hukum yang tetap berpedoman kepada kepentingan nasional, dan kepentingan hukum masyarakat. Namun, tentu saja ketiadaan parameter yang pasti berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan menimbulkan permasalahan kepastian hukum di

²⁷⁴ Albertus Usada, *Ibid.*

Indonesia akan menimbulkan permasalahan dikemudian hari dikarenakan ketiadaan kepastian hukum didalamnya.

Merespon perlunya penyeragaman di dalam praktik hukum yang ada dalam pengakuan dan pelaksanaan putusan hakim dan perlunya kesamaan pelaksanaannya dalam menudukung iklim usaha yang positif di negara kawasan, *Asian Business Law Institute* memberikan rekomendasi terhadap pelaksanaan dari pengakuan dan pelaksanaan putusan hakim yang ada di ASEAN termasuk di beberapa negara terkait kawasan, mengenai perlunya menerapkan 13 prinsip negara-negara Asia untuk pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing. Sebagai berikut:²⁷⁵

Tabel II. 9

Tabel 13 prinsip negara-negara Asia untuk pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing

Asian Principles for the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments
<p>Principle 1 <i>As a general proposition and subject to these Principles, a foreign judgment in a commercial matter is entitled to recognition and enforcement.</i></p>
<p>Principle 2 <i>A foreign judgment is eligible for recognition and enforcement if the court of origin has international jurisdiction to render that judgment. The typical grounds on which a court is considered to have international jurisdiction include: (a) where the judgment debtor was present, resident or domiciled in the country of the court of origin; (b) where the judgment debtor, being a corporation, had its principal place of business in the country of the court of origin; (c) where the judgment debtor submitted to the jurisdiction of the court of origin by invoking its jurisdiction or by arguing the merits of the case against it; and (d) where the judgment debtor submitted to the jurisdiction of the court of origin by way of a choice of court agreement for the court of origin.</i></p>
<p>Principle 3 <i>A foreign judgment is eligible for recognition and enforcement if it is final.</i></p>
<p>Principle 4</p>

²⁷⁵ Moving towards harmonisation in the recognition and enforcement of foreign judgment rules in Asia' (2020) 16 Journal of Private International Law 31-68 (<https://doi.org/10.1080/17441048.2020.1744256>)

The court addressed must not review the merits of a foreign judgment, except to the extent necessary for the application of these Principles. A foreign judgment may not normally be challenged on the ground that it contains an error of fact or law, or both.

Principle 5

A foreign judgment is eligible for recognition and enforcement if there is reciprocity between the country of the court addressed and the country of the court of origin. Principle 6 Monetary judgments that are not for a sum payable in respect of a foreign penal, revenue or other public law are enforceable.

Principle 7

Non-monetary judgments that are not preliminary or provisional in nature may be enforced.

Principle 8

Recognition and enforcement of a foreign judgment may be refused if the judgment was obtained by fraud.

Principle 9

Recognition and enforcement of a foreign judgment may be refused if to do so would be manifestly incompatible with the public policy of the country of the court addressed.

Principle 10

Recognition and enforcement of a foreign judgment may be refused if there was a lack of due process in the proceedings before the court of origin.

Principle 11

Recognition and enforcement of a foreign judgment may be refused if it is inconsistent with a judgment in a dispute between the same parties that is given by the court addressed. Recognition and enforcement of a foreign judgment may be refused if it is inconsistent with an earlier judgment given by a court of another country between the same parties and on the same subject matter, provided the earlier judgment fulfils the requirements for recognition. Recognition and enforcement of a foreign judgment may be refused on the ground that proceedings between the same parties and on the same subject matter are pending before the court addressed if the court addressed was seized of the matter before the court of origin.

Principle 12

A foreign judgment that has as its object a right in rem in immovable or movable property is eligible for recognition and enforcement.

Principle 13

A foreign judgment that is objectionable in part may be severed and the unobjectionable part recognized and enforced.

b. Kondisi diharapkan

Oleh karena itu untuk memberikan kepastian hukum bagi para pihak yang berperkara sehubungan dengan pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing, diupayakan dilakukan dengan standar penentuan kompetensi kewenangan yang didasarkan kepada ketentuan Hukum Acara Perdata Nasional Indonesia. Dimana, suatu putusan pengadilan asing di bidang keperdataan/ perniagaan dapat diakui di Indonesia apabila, Pengadilan asing yang memeriksa perkara memiliki kewenangan mengadili perkara, putusan pengadilan asing tersebut telah mempunyai kekuatan hukum tetap, serta tidak terdapat alasan yang sah bagi pengadilan yang berdasarkan ketertiban umum untuk menolak suatu pemberian pengakuan tersebut. Ketentuan ini kiranya juga berlaku terhadap penetapan yang dikeluarkan oleh institusi formal suatu badan kekuasaan publik.

Untuk meningkatkan kerjasama yang baik antar negara-negara, khususnya terkait dengan kerjasama hukum dan peradilan, untuk meningkatkan peran pengadilan Indonesia dalam memfasilitasi penyelesaian perselisihan keperdataan dan mewujudkan proses peradilan keperdataan yang cepat dan berbiaya murah selaras dengan prinsip dalam pemeriksaan Hukum Acara Perdata, kedepannya dimungkinkan adanya kerjasama peradilan baik secara multilateral atau bilateral untuk saling mengakui dan melaksanakan putusan-putusan pengadilan masing-masing dalam penyelesaian perkara HPI baik keperdataan/ perniagaan, termasuk dengan tata cara yang khusus yang selaras dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dan Hukum Acara Perdata Indonesia.

Sebagaimana dinyatakan dalam ketentuan Pasal 436 RV yang menjunjung tinggi yurisdiksi hukum nasional, turut diakui dalam ketentuan hukum dalam Pasal 22a AB dan Pasal 23 AB yang

dimaknai, menyatakan bahwa kekuasaan putusan hakim dimaksud dalam pengakuan putusan dibatasi pengakuannya dengan hukum yang diakui oleh masyarakat secara nasional/ terkait dengan ketertiban umum, kesusilaan, dan tidak dapat dikesampingkan baik oleh putusan hakim, tindakan ataupun persetujuan pihak-pihak. Dengan demikian, sifat yurisdiksional tersebut mempertimbangkan asas ketertiban umum²⁷⁶, sehingga kaidah hukum asing atau hak-hak yang terbit berdasarkan hukum asing yang diakui dalam hubungan yang ada, dapat dikesampingkan (*derogable*) apabila pemberlakuan kaidah hukum asing/ hak asing tersebut bertentangan dengan ketertiban umum, nilai kesusilaan yang bersifat dasariah, atau aturan hukum yang bersifat memaksa yang berlaku di Indonesia. Dengan demikian, Pengadilan dalam hal memberikan pengakuan terhadap putusan pengadilan asing tersebut hanya terbatas dalam hal tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan melanggar kesusilaan dan/atau ketertiban umum di Indonesia. Keadaan tersebut diadopsi dalam ketentuan UU Arbitrase yang membatasi bahwa putusan arbitrase/ arbitrase internasional hanya dapat (dapat dimaknai diakui) dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum (*public order*).²⁷⁷ Mengacu berdasarkan bentuk suatu putusan tersebut diatas, suatu putusan baik dalam bentuk penetapan ataupun dalam bentuk putusan yang *condemnatoir* haruslah tunduk berdasarkan ketentuan hukum yang ada untuk dapat dilaksanakan di Indonesia.

Sedangkan untuk dapat mewujudkan proses peradilan yang sederhana, cepat dan berbiaya ringan sebagaimana menjadi asas

²⁷⁶ Asas hukum yang digunakan Pengadilan Indonesia untuk mengesampingkan keberlakuan hukum asing atau menolak penegakan suatu status hukum yang terbit berdasarkan hukum asing apabila keberlakuan atau penegakan semacam itu dianggap bertentangan dengan atau melanggar kepentingan masyarakat umum serta nilai-nilai dasariah yang hidup dalam masyarakat Indonesia. (*APPIHPI: Usulan draf RUU HPI*)

²⁷⁷ Salah satu putusan yang membatalkan putusan arbitrase dalam kasus PT. Raga Perkasa Ekaguna vs Menck GmbH berdasarkan Putusan No.459/PDT.G/2009/PN.JKT.PST tanggal 4 Januari 2011 yang membatalkan putusan arbitrase berdasarkan Pasal 70 UU No.30 Tahun 1999.

dalam Acara Keperdataan Indonesia, kiranya dalam pemeriksaan perkara terkait HPI pada pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing kiranya dibatasi hanya pada pengakuan putusan terbatas pada amar putusan yang dikaitkan dengan peraturan perundang-undangan dan kesusilaan/ ketertiban umum, dan tidak menilai penerapan aturan hukum dan pertimbangan atau substansi putusan pengadilan asing tersebut.

Dengan demikian untuk menjamin terlindunginya hak-hak pihak yang berselisih, suatu putusan asing tersebut kiranya tetap dapat diakui melalui pengakuan terhadap pengadilan asing yang mengadili, penetapan/putusan telah berkekuatan hukum tetap, serta tidak terdapat alasan yang sah bagi pengadilan nasional Indonesia untuk menolak pemberian pengakuan sepanjang sesuai dengan kaidah hukum yang ada untuk diakuinya putusan tersebut dan untuk dilaksanakannya putusan tersebut. Namun, kiranya praktik pengakuan dan pelaksanaan putusan tersebut mempertimbangkan perbuatan timbal balik (*reciprocal*) pengakuan pengadilan asing yang sama terhadap pengadilan Indonesia di negara pemohon.

c. Perbandingan dengan negara lain²⁷⁸

1) Switzerland/Swiss

Sumber hukum utama HPI di Switzerland diatur di dalam *Switzerland's Federal Code on Private International Law* (selanjutnya disebut dengan CPIL). Di dalam peraturan tersebut telah dimuat secara khusus, bahkan di bagian awal dari CPIL tersebut, materi-materi yang terkait dengan Hukum Acara Perdata Internasional. Materi yang termuat di dalam peraturan tersebut dapat dikategorikan sebagai berikut:

- i. Yurisdiksi pengadilan Bagian ini mengatur tentang pengadilan yang secara umum memiliki yurisdiksi, yurisdiksi dalam situasi

²⁷⁸ Ida Susanti, Opcit.

darurat, yurisdiksi untuk melakukan validasi atas perintah pembayaran, pilihan pengadilan, yurisdiksi karena tempat kehadiran dari tergugat, perjanjian arbitrase, gugatan balasan, lis pendens, putusan sela, bantuan hukum dan daluarsa untuk melakukan upaya hukum.

- ii. Yurisdiksi di bidang-bidang tertentu diatur secara menyebar di dalam CPIL, artinya setiap masalah yang dimuat di dalam CIPL memiliki aspek yurisdiksi yang diatur secara khusus. Sebagai contoh, ada aturan khusus tentang yurisdiksi pengadilan Swiss dalam pernyataan keadaan tak hadir, yurisdiksi dalam pelaksanaan perkawinan, yurisdiksi atas efek dari perkawinan, yurisdiksi atas harta kekayaan perkawinan, yurisdiksi atas perceraian dan bubarnya perkawinan, yurisdiksi atas registered partnership, yurisdiksi atas hubungan orang tua dan anak, yurisdiksi untuk pengakuan anak, dst.
- iii. Pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan Bagian ini diatur di dalam Bab V, berjudul Putusan Asing. Pada bagian ini mengatur tentang pengakuan putusan pengadilan asing, yurisdiksi otoritas asing, dasar untuk menolak pengakuan, pelaksanaan putusan pengadilan asing, prosedur untuk menyampaikan permohonan pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing, status dari penyelesaian oleh pengadilan, yurisdiksi untuk memberikan nasihat hukum, dan putusan pengadilan asing terkait status personal (ditentukan berdasarkan saat dimasukkannya pendaftara kelahiran, kematian atau perkawinan).
- iv. Putusan asing yang berkaitan dengan bidang-bidang tertentu, Putusan asing di bidang-bidang tertentu diatur secara menyebar di dalam peraturan-peraturan tertentu yang ada di dalam CPIL tersebut. Sebagai contoh masalah aturan terkait putusan asing dapat ditemukan di dalam peraturan tentang efek terhadap hubungan antara orang tua dan anak, pewarisan, harta kekayaan, Hukum tentang Kewajiban *law of obligation*), hak

kekayaan intelektual. Apabila kita memperhatikan ruang lingkup dari aturan tersebut, dapat disimpulkan bahwa di dalam CPIL Hukum Acara Perdata Internasional termuat di dalam CPIL. Pola pengaturannya adalah dengan memuatnya di dalam bagian umum terkait Yurisdiksi, serta Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing. Selanjutnya, pada saat CPIL memasuki bidang-bidang tertentu yang bersifat sektoral, masing-masing bidang memiliki peraturan terkait yurisdiksi dan putusan asing. Tampak aturan ini memuat hukum acara dengan sangat lengkap dan komprehensif.

2) Republik Rakyat China (RRT)

Peraturan HPI dari Republik Rakyat China dapat ditemukan dalam *Order of the President of the People's Republic of China (No. 36) concerning The Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations of the People's Republic of China*. Dalam peraturan tersebut ternyata tidak dimuat materi tentang Hukum Acara Perdata Internasional. Pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing pada dasarnya dilakukan melalui 3 (tiga) cara:

- i. Dengan membuat perjanjian bilateral dengan 39 negara (misalnya dengan France, Italy, Spain, Russia, Vietnam, the UAE, Poland, Mongolia, Romania, Belarus, Ukraine, Cuba, Egypt, Bulgaria, Turkey, Kazakhstan, Cyprus, Greece, Hungary, Kyrgyzstan, Uzbekistan, Tajikistan, Morocco, Tunisia, Laos, Lithuania, North Korea, Kuwait, Brazil, Argentina, Peru, Algeria, Bosnia, and Herzegovina);
- ii. Pengakuan dan pelaksanaan putusan berdasarkan penerapan praktek pengakuan timbal balik (misalnya dengan Amerika Serikat, Germany, Singapore and South Korea);
- iii. Negara lain telah mengakui dan melaksanakan putusan pengadilan China di negara mereka, sehingga di masa depan China harus melakukan hal yang sama, bila ada putusan pengadilan dari negara tersebut akan dilaksanakan di China

(misalnya oleh Australia, Canada, Belanda dan British Virgin Island). Pengakuan putusan pengadilan asing dikelompokkan ke dalam putusan terkait uang, putusan di bidang hukum keperdataan, dan putusan di bidang hukum keluarga.³³ Pengakuan tersebut sering disepakati dalam bentuk pengakuan dan pelaksanaan putusan berdasarkan praktek pengakuan timbal balik, yang kemudian diformalkan ke dalam Memorandum yang disepakati antar Mahkamah Agung dari kedua belah pihak.

Di dalam hukum China terdapat pengecualian terhadap pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing berdasarkan asas resiprositas. Pengecualian tersebut diberlakukan terhadap: i. Putusan yang secara langsung atau tidak langsung berkaitan dengan pelaksanaan putusan pidana, pendapatan negara, dan hukum public; ii. Putusan yang berkaitan dengan perkara Hak Kekayaan Intelektual, persaingan tidak sehat dan anti monopoli; iii. Putusan yang berkaitan dengan perjanjian kerja dan perjanjian yang melibatkan konsumsi individual (urusan keluarga atau tujuan non-komersial); iv. Putusan pengadilan tentang perceraian yang berkaitan dengan harta kekayaan perkawinan dan perkiraan biaya hidup. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa pendekatan China untuk mengakui atau menolak Putusan Pengadilan asing tidak didasarkan pada sifat putusannya (apakah *condemnatoir*, *declaratoir* atau *constitutive*), tetapi berdasarkan jenis masalah yang akan dikecualikan dari pengakuan dan pelaksanaan oleh Pengadilan China. Selain peraturan-peraturan dalam hukum nasional, pemerintah China juga telah meratifikasi *The Hague Convention on Choice of Courts*, serta sedang melihat kemungkinan untuk meratifikasi *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*. Dengan demikian, terhadap negaranegara anggota kedua konvensi tersebut, untuk membuat mereka dapat saling mengakui dan melaksanakan putusan pengadilan masing-masing, Pemerintah China tidak perlu

lagi membuat perjanjian bilateral. Tujuan dari Pemerintah China mengadopsi kedua konvensi tersebut adalah untuk memfasilitasi perdagangan dan investasi multilateral yang dilandasi peraturan, menciptakan peraturan-peraturan kunci yang seragam, memudahkan sirkulasi global putusan pengadilan asing. Di dalam peraturan ini juga tidak diatur secara tegas apakah pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing akan dilakukan terhadap putusan yang bersifat konstitutif, deklaratif atau kondemnatif, karena pendekatan perlakuan terhadap putusan asingnya ditentukan berdasarkan bidangbidang hukumnya.

3) Jepang

Sumber hukum dari HPI di Jepang ada di dalam *Act on General Rules for Application of Laws (Act No. 78 of 2006* – selanjutnya disebut sebagai GRAL). Di dalam peraturan tersebut ternyata tidak dimuat peraturan tentang Hukum Acara Perdata Internasional. Oleh karena itu, sangatlah penting bagi kita untuk mengetahui bagaimana Pengadilan Jepang melakukan pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing. Disamping GRAL, terdapat *the Code of Civil Procedure (Act No. 109 year 1998* – selanjutnya disebut sebagai CCP) dan *the Civil Execution Act (Act No. 4 year 1974* – selanjutnya disebut sebagai CEA), yang dapat menjadi sumber hukum dari Hukum Acara Perdata Internasional Jepang. Syarat pertama agar sebuah putusan pengadilan dapat diakui dan dilaksanakan di Jepang adalah apabila putusan tersebut telah memiliki kekuatan hukum tetap. Selanjutnya diatur juga tentang syarat-syarat agar putusan yang berkekuatan hukum tetap tersebut dapat diakui dan dilaksanakan di Jepang. Dalam ketentuan tersebut Pengadilan Jepang memberlakukan *indirect jurisdiction*, dimana Pengadilan Jepang akan menguji terlebih dahulu apakah pengadilan asing yang memutuskan perkara memang memiliki yurisdiksi untuk memutuskan perkara. Penentuan ini akan diuji berdasarkan *the rule of reasons*, rasa keadilan dari para pihak, dan pencarian pengadilan yang layak dan cepat. Jepang juga memberlakukan *international*

jurisdiction yang dimiliki oleh pengadilan Jepang, terkait dengan yurisdiksi atas tindakan-tindakan terkait kewajiban kontraktual, yurisdiksi atas tindakan-tindakan terkait perjanjian konsumen dan perjanjian kerja, yurisdiksi eksklusif (terkait hukum perusahaan dan badan hukum) dan pengecualiannya, yurisdiksi atas gabungan gugatan, perjanjian pilihan yurisdiksi, yurisdiksi atas dasar kehadiran, dalam kondisi khusus menolak yurisdiksi tanpa menimbulkan kerugian, pengujian alat bukti atas inisiatif sepihak dari pengadilan yang dilakukan tanpa kesepakatan dari para pihak (*Court Sua Sponte*⁵²), waktu yang menentukan kapan Pengadilan Jepang memiliki yurisdiksi. Selanjutnya diatur masalah yurisdiksi secara utuh dan lengkap di dalam Section 2 CPP. Harus diingat bahwa CPP mengatur semua masalah Hukum Acara Perdata baik yang bersifat domestik ataupun transnasional. Syarat kedua untuk pengakuan putusan asing adalah bahwa pihak yang kalah telah mendapatkan pelayanan yang baik dalam proses berperkara. Syarat ini setara dengan prinsip *due process of law*. Beberapa hal yang perlu diperhatikan agar syarat tersebut terpenuhi adalah a. pihak tergugat menyadari tentang adanya gugatan terhadapnya; b. ia tidak dihalang-halangi untuk memanfaatkan haknya sebagai tergugat; c. ia mendapatkan pelayanan yang sesuai dengan syarat yang ditentukan di dalam treaty atau konvensi. Dengan demikian, salah satu ukuran untuk menilai apakah para pihak dalam perkara telah menikmati *due process of law*, salah satu ukuran yang harus diperhatikan adalah konvensi internasional atau treaty yang telah mengikat Indonesia. Sebagai catatan, saat ini Pemerintah Jepang belum menandatangani konvensi internasional apapun terkait pengakuan dan pelaksanaan putusan asing, termasuk *The Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*. Dengan demikian, ukuran yang akan dipergunakan dalam menilai dipenuhinya *due process of law* adalah dengan memperhatikan bilateral / *multilateral treaty* yang telah disepakati Jepang dengan mitra perjanjiannya. Syarat ketiga untuk

membuat putusan asing dapat diakui dan dilaksanakan di Jepang adalah bila putusannya tidak bertentangan dengan *public order*. Dalam hukum Jepang, makna public order ini adalah “moral baik”. Dengan demikian, bila isi dari putusan tersebut bertentangan dengan moral baik yang berlaku di Jepang, putusan asing tersebut tidak akan diakui dan dilaksanakan oleh Pengadilan Jepang. Syarat keempat menegaskan bahwa pengakuan putusan asing tersebut dijamin oleh prinsip timbal balik. Makna dari ketentuan ini adalah apabila putusan pengadilan asing tersebut diakui dan dilaksanakan di Jepang, bila ada putusan tentang perkara yang sejenis diputuskan oleh Pengadilan Jepang dan akan dilaksanakan di negara dimana putusan asing (yang saat ini sedang diuji) diputuskan, maka putusan pengadilan Jepang tersebut juga akan diakui dan dilaksanakan secara efektif. Apabila keempat syarat pengakuan putusan pengadilan asing ini secara kumulatif terpenuhi, maka pengadilan Jepang akan mengakui putusan pengadilan asing tersebut. Bila sebuah putusan pengadilan asing telah diakui, selanjutnya diperlukan adanya perintah untuk mengeksekusi dari pengadilan Jepang, untuk membuat putusan pengadilan asing tersebut dapat dilaksanakan. Di dalam peraturan yang berlaku, tidak ada kejelasan tentang jenis putusan apa yang dapat diakui dan dilaksanakan. Namun ditemukan sebuah literature yang menegaskan bahwa bila yang diajukan untuk mendapatkan pengakuan dan pelaksanaan adalah putusan yang bersifat deklaratif, maka (sepanjang telah memenuhi syarat dalam pasal 118 CCP) putusan tersebut dapat langsung dilaksanakan tanpa tambahan prosedur pelaksanaan.

Secara singkat, perbandingan pada ketiga negara tersebut diatas sebagai berikut:

Tabel II. 10

Tabel perbandingan hukum terhadap hukum acara perdata internasional antara Swiss, China dan Jepang

HASIL PERBANDINGAN HUKUM TERHADAP HUKUM ACARA PERDATA INTERNASIONAL
DALAM HUKUM SWITZERLAND, PRC DAN JEPANG

PARAMETER	HUKUM SWITZERLAND	HUKUM PRC	HUKUM JEPANG
Memiliki Hukum Acara Perdata Internasional	YA	YA	YA
Pengaturannya	Di dalam Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL)	Tidak dimuat di dalam <i>Order of the President of the People's Republic of China (No. 36) concerning The Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations of the People's Republic of China</i>	Tidak dimuat di dalam Act on General Rules for Application of Laws
Cara Pengaturannya	Diatur dalam peraturan umum dan peraturan per bidang, yang tersebar di dalam CPIL	Bilateral / multilateral agreement; praktek pengakuan secara de facto atas dasar prinsip resiprositas	Diatur dalam <i>Code on Civil Procedure</i> dan <i>Civil Execution Act</i>
Ruang lingkup yang diatur	Mengatur masalah yurisdiksi pengadilan; pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing.	Mengatur masalah yurisdiksi pengadilan; pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing.	Mengatur masalah yurisdiksi pengadilan; pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing.
Sumber Hukum Internasional (Catatan: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters baru dibuat tahun 2019 dan belum mulai berlaku)	Tidak ada	Tidak ada	<i>The Hague Convention on Choice of Courts,</i>
Jenis putusan asing yang diakui	Diatur berdasarkan bidang masalah hukum yang diatur (tersebar di berbagai bidang yang diatur dalam CPIL)	Ditentukan berdasarkan pengecualian pengakuan untuk bidang-bidang tertentu	Putusan deklaratoir yang memenuhi syarat dapat langsung diakui dan dilaksanakan tanpa prosedur tambahan.

Sebagai komparasi lebih luas pada beberapa negara, berikut beberapa negara yang memberikan pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing, sebagai berikut:²⁷⁹

²⁷⁹ Yuun Ompusunggu, pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing, bahan PPT yang disampaikan rapat tim NA RUU HPI via teleconference, 19 Oktober 2020

Tabel II. 11

Tabel negara yang memberikan pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing

No	Negara	Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing	Dasar Hukum	Perjanjian Internasional
1	Australia	Ya	1. Perjanjian resiprosal: Foreign Judgments Regulations 1992 2. Common law 3. Tanpa perjanjian: pendataran ke MA Negara Bagian (Foreign Judgments Act 1991)	International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1969)
2	Brunei Darussalam	Ya	Perjanjian resiprosal: Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments Act 1996	International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1969)
3	Filipina	Ya	1. Rules of Civil Procedure (1997): putusan asing menjadi dasar untuk right of action	-
4	India	Ya	1. Code of Civil Procedure 2. Putusan pengadilan asing sebagai bukti dalam persidangan di India.	International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1969)
5	Indonesia	Ya	1. [Ps. 436 Nv]; Pasal 223.1 UU Pelayaran 2. Perjanjian internasional	International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1969)
6	Jepang	Ya	1. Code of Civil Procedure; Civil Execution Act	-
7	Kamboja	Ya	1. Civil Procedure Code (2006); eksekutur 2. Perjanjian internasional	1. International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1969) 2. Agreement on Mutual Judicial Assistance in Civil Matters between the Kingdom of Cambodia and the Socialist Republic of Vietnam (2013)
8	Korea Selatan	Ya	1. Civil Procedure Act; resiprosal Civil Enforcement Act; eksekutur	-
9	Laos	Ya	1. Perjanjian internasional	1. Agreement on Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters (Vietnam) 2. Agreement on Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters (RRC)
10	Malaysia	Ya	1. Reciprocal Enforcement of Judgments Act (1958) 2. Common law; gugatan di Malaysia 3. Perjanjian internasional	International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1969)
11	Myanmar	Ya	1. Civil Procedure Code (1908); resiprosal	-
12	Republik Rakyat Cina	Ya	1. Civil Procedure Law (2013); penastiran hukum Mahkamah Agung, aturan khusus untuk Hong Kong, Macau (dan Taiwan) 2. Perjanjian internasional	International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1969) Perjanjian bilateral: Laos & Vietnam
13	Singapura	Ya	1. Reciprocal Enforcement of Commonwealth Judgments Act; Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments Act; Choice of Court Agreements Act 2016 2. Perjanjian internasional	1. International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1969)
14	Thailand	Tidak	1. Bagian 3 Act on Conflict of Laws; prinsip umum HPI	-
15	Vietnam	Ya	1. Civil Procedure Code 2015; perjanjian internasional; resiprosal	Perjanjian bilateral: Ceko, Slovakia (1982), Kuba (1984), Hungaria (1985), Bulgaria (1986), Polandia (1995), Rusia, Laos, RRC (1998), Perancis (1999), Ukraina, Mongolia, Belarus (2000), Aljazir (2010), Kazakhstan (2011), Kamboja (2013)

D. Implikasi Penerapan Sistem Baru yang Akan Diatur dalam Peraturan Daerah Terhadap Aspek Kehidupan Masyarakat dan Dampaknya Terhadap Aspek Beban Keuangan Negara

Posisi strategis Indonesia sebagai negara yang memiliki wilayah yang luas dan merupakan negara kepulauan di Asia Tenggara yang secara geografis menghubungkan antara benua Asia dan benua Australia, memberikan posisi strategis bagi Indonesia baik dari segi geopolitik, sosial, budaya dan perekonomian kawasan Asia Tenggara dan Australia. Sebagai simpul yang menghubungkan kawasan tersebut, tentu saja menjadikan Indonesia sebagai salah satu wilayah yang menjadi tempat aktivitas keperdataan/perniagaan. Diharapkan, peran strategis Indonesia tersebut dapat mendorong meningkatnya aktivitas keperdataan/perniagaan WNI-WNA di wilayah Indonesia, dan Pemerintah Indonesia dapat berinisiatif untuk memajukan aktivitas tersebut dengan mendorong akses terhadap kemudahan berusaha di Indonesia.

Keberadaan pengaturan HPI yang tertuang dalam undang-undang diharapkan akan memberikan dampak atau manfaat yang signifikan bagi bangsa dan negara Indonesia, tidak hanya dikaitkan dengan kepentingan ekonomi dan aktivitas keperdataan di dalam negeri, tetapi juga dalam kaitan dengan upaya peningkatan kepercayaan masyarakat internasional terhadap penyelesaian permasalahan hukum keperdataan/perniagaan di Indonesia. Oleh karena itu, pengaturan yang akan diatur dalam suatu Undang-Undang HPI diharapkan dapat menghadirkan adanya kepastian hukum bagi subyek-subyek hukum orang asing sehubungan dengan perbuatan dan hubungan hukum perdata dan perniagaan (*civil and commercial matters*), baik yang dilakukan WNI-WNA atau badan hukum Indonesia dengan badan hukum asing dalam wilayah Indonesia.

Dengan adanya pengaturan HPI yang dituangkan dalam suatu perundang-undangan, Indonesia akan memiliki aturan HPI yang tertuang secara khusus untuk memberikan arah politik hukum HPI yang terstruktur dan sistematis terhadap pengaturan-pengaturan HPI yang tersebar dalam peraturan perundang-undangan baik yang ada saat ini atau di masa mendatang. Selain itu, bagi masyarakat dan Hakim serta pelaksana hukum

lainnya, akan memperoleh suatu pegangan yang dapat diandalkan mengenai penerapan hukum terhadap persoalan-persoalan HPI yang dihadapinya itu, secara mudah. Dimana, pada waktu sekarang bagi para Hakim di Indonesia agak sukar untuk menemukan kaidah-kaidah hukum yang diperlukan dalam memecahkan berbagai persoalan HPI yang dibawa ke hadapannya, dimana para Hakim harus mengadakan penyelidikan dalam buku-buku dan tulisan serta karya-karya ilmiah lainnya daripada sarjana-sarjana hukum HPI yang menulis tentang persoalan-persoalan HPI untuk Indonesia.

Konsep tradisi *Civil Law* yang melatarbelakangi perkembangan hukum Indonesia lebih banyak mengandalkan peraturan perundang-undangan sebagai sumber utama norma perilaku, serta penerapan fakta-fakta dalam perkara ke dalam batas-batas yang telah ditetapkan di dalam peraturan perundang-undangan. Oleh karena itu, kehadiran sebuah pengaturan HPI Indonesia yang tertuang dalam Undang-Undang khusus diharapkan akan lebih menjamin tidak saja keadilan tetapi juga kepastian hukum. Kehadiran sebuah UU HPI nasional yang selengkapnyanya diharapkan dapat memberi kepastian tidak saja bagi pengadilan Indonesia tetapi juga para pemangku kepentingan lain (praktisi hukum, pihak-pihak). Kepastian hukum yang dapat diciptakan melalui sebuah UU HPI yang meliputi:

1. Kepastian tentang pengadilan mana yang berwenang untuk memutus perkara-perkara HPI, dan tentunya, kapan Pengadilan Indonesia dianggap memiliki kompetensi untuk mengadili perkara-perkara HPI;
2. Kepastian tentang hukum materiil mana yang dapat dan/atau harus diberlakukan dalam penyelesaian persoalan-persoalan di bidang hukum keperdataan dan/atau perniagaan yang mengandung elemen-elemen transnasional;
3. Kepastian tentang kapan dan sejauh mana hukum Indonesia dan pengadilan Indonesia dapat mengakui dan melaksanakan putusan-putusan hukum yang dibuat oleh pengadilan asing di dalam wilayah Indonesia;
4. Kepastian tentang situasi dan kondisi apa Pengadilan harus memperhatikan ketertiban umum, peraturan perUUan Indonesia yang bersifat memaksa, dan situasi-situasi lain yang berpengaruh terhadap kepentingan nasional Indonesia di bidang sosial, ekonomi, budaya dan pertahanan-keamanan.

Dari sisi politik pembaharuan hukum nasional, keberadaan pengaturan Undang-Undang HPI ini diharapkan akan menggantikan ketentuan HPI yang selama ini melekat dalam nuansa kolonialisme. Hal ini mengingat, bahwa sejak kemerdekaan, sistem HPI Indonesia belum berhasil dikembangkan untuk dapat menjawab dinamika pergaulan internasional di bidang keperdataan dan perniagaan. Pasal-pasal yang tertuang dalam *Algemene Bepalingen* (AB) dan *Rechtsvordering* (RV) tidak lagi dapat menjadi pegangan yang komprehensif dan inklusif bagi pengadilan dan praktisi hukum dalam menghadapi persoalan-persoalan HPI di masa modern ini. Untuk menghindari kekosongan hukum, asas-asas umum HPI (*General Principles of Private International Law*) yang digunakan di dalam konvensi-konvensi hukum internasional tentang HPI dan juga doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu HPI tersebut yang digunakan oleh Hakim dalam penyelesaian persoalan-persoalan HPI sepanjang hal itu tidak bertentangan dengan ketentuan-ketentuan Undang-Undang Dasar 1945 dan falsafah Pancasila. Namun demikian, dengan perkembangan pola berpikir hukum di Indonesia yang lebih banyak dipengaruhi oleh tradisi *Civil Law*, dimana sistem *Civil Law* tersebut lebih banyak mengandalkan peraturan perundang-undangan sebagai sumber utama norma perilaku serta penerapan fakta-fakta dalam perkara ke dalam batas-batas yang telah ditetapkan di dalam peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, kehadiran sebuah Undang-Undang HPI Indonesia diharapkan akan lebih menjamin tidak saja keadilan tetapi juga kepastian hukum bagi masyarakat Indonesia ataupun subjek hukum asing terhadap hubungan keperdataan transnasional terkait hukum Indonesia.

BAB III

EVALUASI DAN ANALISIS PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Secara konstitusional ketentuan mengenai HPI diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945). Beberapa ketentuan Pasal dalam UUD NRI Tahun 1945 memberikan landasan pengaturan mengenai HPI sebagai suatu bagian dari hak asasi manusia yang dijamin dalam konstitusi Indonesia. Beberapa Pasal antara lain, Pasal 26A UUD 1945 bahwa yang menjadi warga negara (dalam hal ini WNI) ialah orang-orang bangsa Indonesia asli dan orang-orang bangsa lain yang disahkan dengan undang-undang sebagai warga negara.²⁸⁰ Hal ini kemudian didukung oleh Pasal 28D ayat (4) dimana setiap orang berhak atas status kewarganegaraan. Syarat-syarat yang mengenai kewarganegaraan ditetapkan dengan undang-undang. Pengesahan dan syarat kewarganegaraan ini kemudian diatur lebih lanjut dalam UU No. 12/2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia. Bukti kewarganegaraan menjadi “pintu gerbang” bagi orang Indonesia terkait dengan hubungan hukum keperdataannya di Indonesia dan juga yang berdimensi internasional.

Bab XA UUD NRI Tahun 1945 sebagai bab yang mengatur mengenai hak asasi manusia, banyak memberikan dasar konstitusional hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya serta hak sipil bagi setiap manusia dengan berdasarkan konstitusi Republik Indonesia. Beberapa ketentuan dimaksud antara lain:

- a. Hak untuk mempertahankan hidup dan kehidupan (Pasal 28A);
- b. Hak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui pernikahan yang sah; hak anak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta perlindungan bagi anak sebagai upaya yang terbaik untuk anak juga dijamin dalam Pasal 28B;
- c. Hak mengembangkan diri, hak atas pemenuhan kebutuhan dasar, pendidikan dan manfaat IPTEK, seni dan budaya serta meningkatkan kualitas hidup dan kesejahteraan (Pasal 28C);

²⁸⁰ Pasal 26A ayat (1) UUD 1945.

- d. Hak atas jaminan, perlindungan hukum yang pasti dan adil (Pasal 28D);
- e. Hak untuk bekerja dan memperoleh imbalan dan perlakuan yang adil (Pasal 28D);
- f. Hak atas status kewarganegaraan (Pasal 28D)
- g. Hak memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal disuatu wilayah negara (Pasa 28E);
- h. Hak untuk berserikat dan berkumpul dan mengeluarkan pendapat (Pasal 28 E);
- i. Hak untuk berkomunikasi, memperoleh informasi, hak mengembangkan diri, hak mencari, memperoleh, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan saluran yang tersedia (Pasal 28F);
- j. Hak atas perlindungan pribadi, martabat, harta benda, serta kemerdekaan untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu (Pasal 28G);
- k. Hak memperoleh hidup sejahtera, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup lebih baik (Pasal 28H);
- l. Hak untuk memiliki hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang (Pasal 28H);

Beberapa hak tersebut diatas memberikan gambaran landasan konstitusional dalam UUD NRI Tahun 1945. Ketentuan mengenai hak-hak tersebut sesungguhnya relevan dengan substansi pengaturan HPI. Sehingga, ketentuan dalam konstitusi menurut UUD NRI Tahun 1945.

Secara perundang-undangan, *Algemeene Bepalingen van Wetgeving voor Nederlands Indie* (AB) yang dibuat pada zaman kolonial Belanda secara jelas menyatakan adanya dimensi internasional dalam hukum perdata. Dapat dikatakan bahwa pengaturan HPI Indonesia bermula dari ketentuan dalam AB. Pasal 16, Pasal, 17, Pasal 18, dan Pasal 22a memberikan landasan yang jelas.

Pasal 16 AB mengatur mengenai mengenai status dan wewenang seseorang dimana dalam pasal itu dinyatakan bahwa status dan wewenang seseorang tetap berlaku bagi kaula negara Belanda, apabila dia berada di luar

negeri. Akan tetapi apabila ia menetap di Negeri Belanda atau di salah satu daerah koloni Belanda, selama dia mempunyai tempat tinggal disitu, berlakulah mengenai bagian tersebut dan hukum perdata yang berlaku disana. Dalam hal ini, bagi orang Belanda pun pada masa itu yang tinggal di nusantara, dia mesti mematuhi hukum lokal yang berlaku pada masa itu. Setidaknya, asas *lex patriae* dan *lex domicile* diterapkan atas ketentuan tersebut.

Pasal 17 AB mengatur mengenai hukum atas benda tidak bergerak dimana hukum yang berlaku adalah hukum dimana benda tidak bergerak itu berada. Asas yang melekat disini tentu saja *lex rate sitae*. Pasal 17 ini masih relevan dengan situasi hukum sekarang. Asas ini tidak hanya diterapkan di Indonesia namun juga di sebagian besar negara-negara lain.

Pasal 18 AB menentukan mengenai hukum terkait persoalan yang hendak diputus oleh suatu pengadilan. Pasal ini menyatakan bahwa bentuk tiap tindakan hukum akan diputus oleh pengadilan menurut perundang-undangan dari negeri atau tempat, dimana tindakan hukum itu dilakukan. Setidaknya, prinsip atau asas yang dianut adalah *lex fori*, *lex loci contractus*, dan *lex loci celebrationis*.

A. Orang dan Keluarga

Dalam konteks hukum mengenai orang, peraturan perundang-undangan yang dilakukan evaluasi dan analisis secara spesifik meliputi sebagai berikut:

1. UU tentang administrasi kependudukan (UU No. 23/2006 sebagaimana diubah dengan UU No. 24/2013);
2. UU tentang kewarganegaraan (UU No. 12/2006);
3. UU tentang yayasan (UU No. 16/2001 sebagaimana diubah dengan UU No. 28/2004);
4. UU tentang organisasi kemasyarakatan (Ormas) (UU No. 17/2013);
5. UU tentang perkoperasian;
6. UU tentang perseroan terbatas atau UU PT (UU No. 40/2007);

7. UU tentang penanaman modal (UU No. 25/2007); dan
8. UU tentang minyak dan gas bumi (UU No. 22/2001).

Sejumlah undang-undang tersebut berkaitan dengan subjek hukum orang dalam konteks sebagai pribadi kodrati (*natuurlijke persoon*) dan pribadi hukum (*rechtspersoon*). Dari UU di atas, UU tentang kewarganegaraan dan UU tentang administrasi kependudukan menjadi undang-undang yang krusial dalam menentukan kedudukan hukum subjek hukum pribadi. Sementara itu, UU tentang organisasi kemasyarakatan, UU tentang perkoperasian, UU tentang perseroan terbatas (PT), UU tentang penanaman modal, dan UU tentang minyak dan gas bumi turut menentukan kedudukan hukum terkait subjek hukum badan hukum.

UU kewarganegaraan dan UU administrasi kependudukan menentukan apakah seseorang merupakan orang atau warga negara Indonesia atau bukan. Hal ini akan mempengaruhi dan menentukan bagaimana aspek hukum kedudukan orang tersebut terhadap kebendaan, warisan, perikatan, dan harta kekayaan orang tersebut. Hal yang sama juga berlaku dari UU Ormas, UU yayasan, UU perkoperasian, UU perseroan terbatas, dan UU minyak dan gas bumi. Seluruh UU ini mempunyai relevansi setidaknya dengan prinsip atau teori yang berkenaan yaitu *lex patriae* (nasionalitas), *lex rae sitae* (kebendaan), *pacta sunt servanda* (kebebasan perikatan), inkorporasi (dimana badan didirikan), manajemen efektif (operasional badan), statuter (kedudukan hukum lokasi badan sesuai anggaran dasar).

Sehubungan dengan hukum orang ini, terdapat topik atau pertanyaan yang sekiranya penting untuk disikapi dan dipertimbangkan agar terakomodasi dalam pengaturan RUU HPI. Hal ini agar dapat menjadi referensi pengaturan terhadap sengketa yang muncul berbasis HPI. Adapun untuk menentukan status subjek hukum tersebut perlu disinkronkan mengenai perbedaan kriteria WNI dan WNA, kriteria badan hukum di Indonesia, badan hukum asing yang menjalankan kegiatan usaha di Indonesia, perlu untuk ditelusuri agar dapat harmonis dan sinkron

pengaturannya. Selain itu, dilakukan penggabungan antara Orang dengan Keluarga tujuannya adalah memudahkan simplifikasi pembahasan.

A.1. Orang Pribadi (Pribadi Kodrati)

A.1.1. Anak dan Kewarganegaraan

Dalam konteks orang pribadi, perlu diketahui dan dipahami dulu bahwa orang pribadi sebagai penduduk adalah WNI dan orang asing yang bertempat tinggal di Indonesia.²⁸¹ Yang dimaksud dengan WNI menurut UU No. 12/2006 tentang Kewarganegaraan adalah orang-orang bangsa Indonesia asli dan orang-orang bangsa lain yang disahkan dengan undang-undang sebagai warga negara.²⁸² Orang asing adalah orang bukan WNI.²⁸³ Sementara itu, penduduk orang asing merupakan orang asing yang memiliki izin tinggal tetap di Indonesia.²⁸⁴ Lebih lanjut dan lebih spesifik lagi, yang dimaksud dengan WNI adalah sebagai berikut ini: ²⁸⁵

- a. setiap orang yang berdasarkan peraturan perundang-undangan dan/atau berdasarkan perjanjian Pemerintah Republik Indonesia dengan negara lain sebelum Undang-Undang ini berlaku sudah menjadi Warga Negara Indonesia;
- b. anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ayah dan ibu Warga Negara Indonesia;
- c. anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ayah Warga Negara Indonesia dan ibu warga negara asing;
- d. anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ayah warga negara asing dan ibu Warga Negara Indonesia;
- e. anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ibu Warga Negara Indonesia, tetapi ayahnya tidak mempunyai

²⁸¹ Pasal 1 angka 2 UU No. 24/2013 tentang Perubahan atas UU No. 23/2006 tentang Administrasi Kependudukan.

²⁸² Pasal 2 UU No. 12/2006 tentang Kewarganegaraan. Lihat juga Pasal 1 angka 3 UU No. 24/2013 tentang Perubahan atas UU No. 23/2006 tentang Administrasi Kependudukan.

²⁸³ Pasal 1 angka 4 UU No. 24/2013 tentang Perubahan atas UU No. 23/2006 tentang Administrasi Kependudukan jo. Pasal 1 angka 9 UU No. 6/2011 tentang Keimigrasian.

²⁸⁴ Pasal 10 ayat (2) huruf a Peraturan Presiden No. 96/2018 tentang Persyaratan dan Tata Cara Pendaftaran Penduduk dan Pencatatan Sipil.

²⁸⁵ Pasal 4 UU No. 12/2006 tentang Kewarganegaraan.

- kewarganegaraan atau hukum negara asal ayahnya tidak memberikan kewarganegaraan kepada anak tersebut;
- f. anak yang lahir dalam tenggang waktu 300 (tiga ratus) hari setelah ayahnya meninggal dunia dari perkawinan yang sah dan ayahnya Warga Negara Indonesia;
 - g. anak yang lahir di luar perkawinan yang sah dari seorang ibu Warga Negara Indonesia;
 - h. anak yang lahir di luar perkawinan yang sah dari seorang ibu warga negara asing yang diakui oleh seorang ayah Warga Negara Indonesia sebagai anaknya dan pengakuan itu dilakukan sebelum anak tersebut berusia 18 (delapan belas) tahun atau belum kawin;
 - i. anak yang lahir di wilayah negara Republik Indonesia yang pada waktu lahir tidak jelas status kewarganegaraan ayah dan ibunya;
 - j. anak yang baru lahir yang ditemukan di wilayah negara Republik Indonesia selama ayah dan ibunya tidak diketahui;
 - k. anak yang lahir di wilayah negara Republik Indonesia apabila ayah dan ibunya tidak mempunyai kewarganegaraan atau tidak diketahui keberadaannya;
 - l. anak yang dilahirkan di luar wilayah negara Republik Indonesia dari seorang ayah dan ibu Warga Negara Indonesia yang karena ketentuan dari negara tempat anak tersebut dilahirkan memberikan kewarganegaraan kepada anak yang bersangkutan;
 - m. anak dari seorang ayah atau ibu yang telah dikabulkan permohonan kewarganegaraannya, kemudian ayah atau ibunya meninggal dunia sebelum mengucapkan sumpah atau menyatakan janji setia.

Cakupan pengertian WNI yang luas yang tidak hanya mencakup anak dari perkawinan yang sah, namun juga melingkupi anak dari hasil luar perkawinan yang sah dan tidak jelas status kewarganegaraan ayah ibunya, memberikan jalan terbaik bagi si anak dalam rangka menyandang status kewarganegaraannya sebagai WNI. Bisa dikatakan bahwa UU kewarganegaraan mengadopsi prinsip *the*

best interest of the child (kepentingan terbaik bagi anak). Ditambah dengan administrasi kependudukan mulai dari akta kelahiran, kartu identitas anak (KIA), kartu keluarga, dan kartu tanda penduduk (KTP), seseorang khususnya anak sebetulnya bisa menunjukkan bahwa anak tersebut merupakan seorang WNI. Administrasi kependudukan dan kewarganegaraan merupakan “pintu gerbang” bagi seseorang untuk melakukan hubungan hukum perdata dalam kedudukannya sebagai orang Indonesia.

Meskipun demikian, dalam praktik seorang anak baik hasil perkawinan campur maupun hasil hubungan di luar perkawinan yang sah terkendala untuk diakui sebagai WNI. Hal ini diantaranya terdapat di Provinsi Bali dan Sulawesi Utara. Terdapat masalah dimana anak-anak hasil hubungan antara WNI dan orang asing tidak dapat bersekolah karena tidak ketidaktepatan status hukum anak apakah WNI atau orang asing secara dokumentasi.²⁸⁶ Kendala lain khususnya berkaitan dengan kurangnya informasi orangtua mengenai status kewarganegaraan anak hasil perkawinan campur yang sudah beranjak umur 18 (delapan belas) tahun. Kurangnya informasi yang diperoleh orangtua atas ketentuan pemilihan kewarganegaraan pada saat anak berumur 18 tahun hingga batas akhir umur 21 tahun dapat mengakibatkan sang anak dianggap orang asing dan dideportasi dari Indonesia.²⁸⁷ Dalam konteks keimigrasian dan kewarganegaraan, terdapat proses pewarganegaraan terlebih dahulu bagi sang anak sebelum pada akhirnya memperoleh paspor sebagai bukti bahwa yang bersangkutan merupakan WNI (meskipun sudah ber-KTP). Edukasi dan informasi berkesinambungan mengenai kependudukan dan kewarganegaraan adalah penting agar anak dapat segera memperoleh kejelasan status hukumnya terkait kewarganegaraan sehingga dia bisa melakukan hubungan hukum

²⁸⁶ Hasil Focus Group Discussion Kajian RUU HPI di Denpasar, Bali pada 10 September 2018.

²⁸⁷ Hasil Focus Group Discussion Kajian RUU HPI di Manado, Sulawesi Utara pada 12 Maret 2019.

perdata secara berkepastian dengan pihak lain baik dalam hal kebendaan, pewarisan, maupun perikatan.

A.1.2. Kedewasaan

Fase kedewasaan merupakan fase pasca anak-anak sebagai pribadi kodrati tumbuh dan berkembang. Dalam aspek hukum perdata, mereka sudah bisa melakukan hubungan hukum perdata tanpa didampingi lagi misalnya oleh wali atau kuasa. Sejumlah peraturan perundang-undangan mengatur mengenai kedewasaan ini terutamanya dari sisi batas usia minimal dan batas usia ini hampir berbeda-beda dalam setiap peraturan. Adapun ketentuan mengenai dewasa ini diatur sebagai dalam tabel di bawah ini.

Tabel III. 1

Aturan dan batas minimal usia dewasa

No.	Peraturan	Batas Usia Dewasa
1.	Pasal 330 KUH Perdata	21 tahun atau sudah menikah
2.	Pasal 47 ayat (1) UU tentang Perkawinan	18 tahun
3.	Pasal 63 ayat (1) UU tentang administrasi kependudukan	17 tahun atau sudah menikah.
4.	Pasal 1 angka 1 UU Perlindungan Anak	18 tahun
5.	Pasal 1 angka 2 UU tentang kesejahteraan anak ²⁸⁸	21 tahun
6.	Pasal 39 dan 40 UU tentang Jabatan Notaris	18 tahun
7.	Pasal 98 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam	21 tahun
8.	Pasal 1 angka 26 UU tentang Ketenagakerjaan	18 tahun

²⁸⁸ UU No. 4/1979 tentang Kesejahteraan Anak

No.	Peraturan	Batas Usia Dewasa
9.	UU tentang Sistem Peradilan Anak ²⁸⁹	18 tahun
10.	Pasal 1 angka 5 UU tentang Hak Asasi Manusia ²⁹⁰	18 tahun
11.	Pasal 1 angka 4 UU tentang Pornografi ²⁹¹	18 tahun
12.	Pasal 4 UU tentang Kewarganegaraan	18 tahun
13.	Pasal 1 angka 5 UU tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang	18 tahun

A.1.3. Perkawinan

Dalam konteks perkawinan, hubungan hukum perdata yang berdimensi internasional tentu saja adalah berupa adanya perkawinan campur antara WNI dan warga negara asing. Perkawinan, menurut UU No. 1/1974 tentang Perkawinan, adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.²⁹² Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu. Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.²⁹³

Perkawinan campuran adalah perkawinan antara dua orang yang di Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan, karena perbedaan kewarga-negaraan dan salah satu pihak

²⁸⁹ UU No. 11/2012 tentang Sistem Peradilan Anak. Penyebutan umur terdapat di banyak pasal.

²⁹⁰ UU No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia.

²⁹¹ UU 44/2008 tentang Pornografi.

²⁹² Pasal 1 UU No. 1/1974 tentang Perkawinan.

²⁹³ Pasal 2 UU No. 1/1974 tentang Perkawinan.

berkewarganegaraan Indonesia.²⁹⁴ Prinsip atau asas yang berlaku dalam hukum perkawinan berdasarkan UU No. 1/1974 tentang Perkawinan adalah *lex loci celebrationis* yaitu hukum dimana perkawinan berlangsung. Hal ini rupanya sudah diatur oleh UU Perkawinan dimana perkawinan campuran yang dilangsungkan di Indonesia dilakukan menurut undang-undang perkawinan ini.²⁹⁵ Sementara itu, jika perkawinan dilangsungkan di luar Indonesia, perkawinan antara dua orang warganegara Indonesia atau seorang warganegara Indonesia dengan warga negara asing adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum yang berlaku di negara dimana perkawinan itu dilangsungkan dan bagi warganegara Indonesia tidak melanggar ketentuan undang-undang perkawinan Indonesia, misalnya terkait batas usia kedewasaan.²⁹⁶

Dalam UU Perkawinan tidak disebutkan batas minimal menikah dengan WNA.²⁹⁷ Dalam waktu 1 (satu) tahun setelah suami istri itu kembali di wilayah Indonesia, surat bukti perkawinan mereka harus didaftarkan di Kantor Pencatat perkawinan tempat tinggal mereka.²⁹⁸ Terkait tempat tinggal, prinsip yang dapat berlaku terhadap mereka adalah *lex domicile* atau *habitual residence* sesuai dengan UU Administrasi Kependudukan.

Bagi orang-orang yang berlainan kewarganegaraan yang melakukan perkawinan campuran, dapat memperoleh kewarganegaraan dari suami/istrinya dan dapat pula kehilangan kewarganegaraannya berdasarkan peraturan perundang-undangan mengenai kewarganegaraan. Dalam hal anak hasil perkawinan campuran, kewarganegaraan mengikuti regulasi kewarganegaraan Indonesia dan negara salah satu orang tuanya.

²⁹⁴ Pasal 57 UU No. 1/1974 tentang Perkawinan.

²⁹⁵ Pasal 59 ayat (2) UU No. 1/1974 tentang Perkawinan.

²⁹⁶ Pasal 56 ayat (1) UU No. 1/1974 tentang Perkawinan.

²⁹⁷ Pasal 7 UU No. 1/1974 tentang Perkawinan.

²⁹⁸ Pasal 56 ayat (2) UU No. 1/1974 tentang Perkawinan. Menurut Pasal 7 UU No. 1 Tahun 1974 batas usia untuk perkawinan perempuan 16 tahun dan laki-laki 19 tahun.

A.1.4. Perceraian

Perkawinan terkadang tidak selamanya langgeng, namun juga berpotensi terjadi perceraian. Begitupun dengan putusnya perkawinan campuran antara WNI dan orang asing. Dampak yang akan terasa adalah berkaitan dengan soal hak asuh anak dan harta gono gini. Bilamana antar kedua pasangan terjadi perceraian, maka penentuan hukum bisa berdasarkan tiga pendapat yaitu:

- a) Apabila salah satu dari mempelai adalah warga negara asli, maka diakui perceraian yang diucapkan oleh Hakim dari negara dan tempat tinggal dari pihak mempelai yang bukan warga negara;
- b) Jika jika keduanya warga negara asli, maka keputusan cerai yang diperoleh diluar atas dasar yang tidak dikenal dalam hukum nasional warga negara tersebut sulit untuk diakui; atau
- c) Jika keduanya merupakan warga negara asli, tetapi salah satu diantara mereka bipatride, maka diakui perceraian dalam negara asing tersebut apabila kewarganegaraan itu merupakan yang efektif.

Terhadap hak asuh anak, Dalam hal terjadi perceraian dari perkawinan campuran, anak berhak untuk memilih atau berdasarkan putusan pengadilan, berada dalam pengasuhan salah satu dari kedua orang tuanya.²⁹⁹ Dalam hal terjadi perceraian, sedangkan anak belum mampu menentukan pilihan dan ibunya berkewarganegaraan Republik Indonesia, demi kepentingan terbaik anak atau atas permohonan ibunya (*the best interest of the child*), pemerintah berkewajiban mengurus status kewarganegaraan Republik Indonesia bagi anak tersebut.³⁰⁰

Terhadap harta gono gini, UU Perkawinan memberikan satu pengaturan berikut yaitu bahwa bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-

²⁹⁹ Pasal 29 ayat (2) UU No. 23/2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana diubah dengan UU No. 35/2014.

³⁰⁰ Pasal 29 ayat (3) UU No. 23/2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana diubah dengan UU No. 35/2014.

masing.³⁰¹ Yang dimaksud dengan “hukumnya” masing-masing adalah hukum agama, hukum adat, dan hukum lainnya. Hal ini bisa dimaknai juga bahwa ketika terjadi perceraian dan berdampak kepada harta pasangan secara bersama, maka hukum Indonesia dan hukum negara pasangan bisa berlaku. Jika ternyata ada dampak terhadap benda tidak bergerak di Indonesia misalnya dalam hal tanah dengan hak milik, maka berlakulah UUPA yang melarang kepemilikan orang asing dan kewajiban untuk menjual tanah hak milik kepada orang Indonesia. Namun demikian, pada prinsipnya jika terjadi perceraian dan tidak ada sebelumnya perjanjian perkawinan soal pemisahan harta, maka harus dibagi sama rata antara suami dan istri. Pembagian terhadap harta bersama tersebut meliputi segala keuntungan dan kerugian yang didapatkan dari usaha maupun upaya yang dilakukan oleh pasangan suami/istri tersebut selama mereka masih terikat dalam perkawinan.

Bagaimana dengan putusan pengadilan asing soal perceraian, apakah bisa diterapkan di Indonesia? Indonesia berpatokan sekali lagi dengan Pasal 436 Rv dimana putusan asing tidak bisa dieksekusi. Namun demikian, putusan ini bisa menjadi salah satu alat bukti dalam mengajukan suatu perkara. Putusan asing bisa saja dilaksanakan di Indonesia sepanjang hukum yang digunakan adalah hukum Indonesia.

A.2. Pribadi Hukum

Dalam konteks subjek hukum berbentuk badan khususnya badan hukum yang kemungkinan didirikan atau bekerja sama dengan pihak asing, jenis-jenis badan hukum yang diatur adalah sebagai berikut:

1. yayasan (mencakup juga Ormas);
2. perseroan terbatas (PT);
3. koperasi; dan
4. bentuk usaha tetap (BUT).

³⁰¹ Pasal 37 UU No. 1/1974 tentang Perkawinan.

Berbeda dengan subjek hukum pribadi kodrati atau orang pribadi, “kewarganegaraan” badan ini sudah bisa ditentukan sejak berdirinya badan tersebut berdasarkan undang-undang yang menaunginya dan anggaran dasar badan tersebut (inkorporasi). Ketika badan yang bersangkutan didirikan dan didaftarkan di Indonesia, maka badan tersebut adalah badan Indonesia, bukan badan asing. Hal ini tetap demikian meskipun pendirinya adalah WNI dan orang asing melalui kerja sama diantara mereka.

Baik UU yayasan maupun UU PT membolehkan orang asing mendirikan yayasan dan PT di Indonesia.³⁰² Orang yang dimaksud meliputi orang asing pribadi dan badan asing. Pendirian yayasan oleh orang asing bisa berdiri sendiri, sedangkan pendirian PT tidak bisa dilakukan sendiri namun harus bermitra atau bekerja sama dengan orang Indonesia. Bahkan, terdapat sejumlah persyaratan yang harus dipatuhi dalam rangka pendirian yayasan dan pendirian perusahaan dalam rangka penanaman modal asing (PMA).

Dalam hal pendirian yayasan, badan hukum yayasan yang didirikan oleh orang perseorangan asing harus memenuhi persyaratan dokumen sebagai berikut: a. identitas pendiri yang dibuktikan dengan paspor yang sah; b. pemisahan sebagian harta kekayaan pribadi pendiri yang dijadikan kekayaan awal Yayasan paling sedikit senilai Rp100.000.000,00 (seratus juta rupiah) yang dibuktikan dengan surat pernyataan pendiri mengenai keabsahan harta kekayaan tersebut; dan c. surat pernyataan pendiri bahwa kegiatan Yayasan yang didirikan tidak merugikan masyarakat, bangsa, dan negara Indonesia.³⁰³

Dalam hal yayasan didirikan oleh badan hukum asing, maka persyaratan yang harus dipenuhi adalah berikut: a. identitas badan hukum asing pendiri Yayasan yang dibuktikan dengan keabsahan badan hukum pendiri Yayasan tersebut; b. pemisahan sebagian harta kekayaan

³⁰² Pasal 9 ayat (5) UU No. 16/2001 tentang Yayasan sebagaimana diubah dengan UU No. 28/2004 dan Pasal 10 ayat (1) PP No. 63/2008 tentang Pelaksanaan UU Yayasan sebagaimana diubah dengan PP No. 2/2013. Lihat juga Penjelasan pasal 7 ayat (1) UU No. 40/2007 tentang Perseroan Terbatas yang

³⁰³ Pasal 11 ayat (1) PP No. 63/2008 tentang Pelaksanaan UU Yayasan sebagaimana diubah dengan PP No. 2/2013.

pendiri yang dijadikan kekayaan awal Yayasan paling sedikit senilai Rp100.000.000,00 (seratus juta rupiah) yang dibuktikan dengan surat pernyataan pengurus badan hukum pendiri mengenai keabsahan harta kekayaan tersebut; dan c. surat pernyataan dari pengurus badan hukum yang bersangkutan bahwa kegiatan Yayasan yang didirikan tidak merugikan masyarakat, bangsa, dan negara Indonesia.³⁰⁴

Sementara itu, dalam hal pendirian perseroan terbatas, orang asing dalam melakukan sebagai berikut: a. mengambil bagian saham pada saat pendirian perseroan terbatas; b. membeli saham; dan c. melakukan cara lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.³⁰⁵ Namun demikian, PMA harus patuh terhadap batasan kepemilikan asing pada sejumlah sektor dan bahkan tidak boleh masuk dalam sektor tertentu, misalnya a. produksi senjata, mesiu, alat peledak, dan peralatan perang; dan b. bidang usaha yang secara eksplisit dinyatakan tertutup berdasarkan undang-undang.³⁰⁶ Hal ini semata-mata dalam rangka perlindungan keamanan nasional. Secara umum, pemegang saham asing bisa mengendalikan perseroan terbatas sepanjang di atas 51% dan menurut sektor usahanya dibolehkan memiliki sampai pada tingkatan itu atau di atasnya. Contohnya adalah sebagai berikut:

1. Usaha industri perbenihan perkebunan dengan luas 25 ha atau lebih (PMA maksimal 95%), meski tidak semua industri perbenihan.³⁰⁷
2. Pengusahaan pariwisata yang berada di wilayah hutan (PMA maksimal 51%-70%).³⁰⁸

³⁰⁴ Pasal 11 ayat (2) PP No. 63/2008 tentang Pelaksanaan UU Yayasan sebagaimana diubah dengan PP No. 2/2013.

³⁰⁵ Pasal 5 ayat (3) UU No. 25/2007 tentang Penanaman Modal.

³⁰⁶ Pasal 12 ayat (2) UU No. 25/2007 tentang Penanaman Modal.

³⁰⁷ Lampiran Perpres No. 44/2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (Sektor Pertanian).

³⁰⁸ Lampiran Perpres No. 44/2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (Sektor Kehutanan).

3. Usaha sektor energi dan sumber daya mineral (PMA maksimal 67% - 95%);³⁰⁹
4. Usaha sektor pekerjaan umum (PMA maksimal 67-95%);³¹⁰
5. Sektor perdagangan (PMA maksimal 67%);³¹¹
6. Sektor pariwisata dan ekonomi kreatif (51-70%);³¹²
7. Sektor perhubungan (67-70%);³¹³
8. Sektor komunikasi dan informatika (67%);³¹⁴
9. Sektor keuangan (80-85%);³¹⁵
10. Sektor ketenagakerjaan (67%);³¹⁶
11. Sektor kesehatan (67-85%);³¹⁷

Penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing yang melakukan penanaman modal dalam bentuk PT, misalnya secara patungan (*joint venture*) dilarang membuat perjanjian dan/atau pernyataan yang menegaskan bahwa kepemilikan saham dalam PT tersebut untuk dan atas nama orang lain atau *nominee*.³¹⁸ Konsekuensi

³⁰⁹ Lampiran Perpres No. 44/2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (Sektor Energi dan Sumber Daya Mineral).

³¹⁰ Lampiran Perpres No. 44/2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (Sektor Pekerjaan Umum).

³¹¹ Lampiran Perpres No. 44/2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (Sektor Perdagangan).

³¹² Lampiran Perpres No. 44/2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (Sektor Pariwisata dan Ekonomi Kreatif).

³¹³ Lampiran Perpres No. 44/2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (Sektor perhubungan).

³¹⁴ Lampiran Perpres No. 44/2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (Sektor komunikasi dan informatika).

³¹⁵ Lampiran Perpres No. 44/2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (Sektor keuangan).

³¹⁶ Lampiran Perpres No. 44/2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (Sektor ketenagakerjaan).

³¹⁷ Lampiran Perpres No. 44/2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (Sektor Kesehatan).

³¹⁸ Pasal 33 ayat (1) UU No. 25/2007 tentang Penanaman Modal.

hukum dalam hal tersebut adalah bahwa perjanjian dan/atau pernyataan itu dinyatakan batal demi hukum.³¹⁹

Dalam konteks koperasi, orang asing dan badan asing tidak dapat mendirikan koperasi dan menjadi anggotanya secara penuh. Hal ini tersirat dari ketentuan yang menyatakan bahwa anggota Koperasi ialah setiap WNI yang mampu melakukan tindakan hukum atau Koperasi yang memenuhi persyaratan sebagaimana ditetapkan dalam Anggaran Dasar.³²⁰ Jadi, hanya WNI-lah yang dapat menjadi anggota koperasi dimana anggota koperasi untuk pertama kalinya menjadi pendiri dari koperasi tersebut.

Apakah dengan begitu orang asing tidak bisa berkontribusi terhadap koperasi. WNI dan orang asing maupun masyarakat yang ingin mendapat pelayanan dan mempunyai keinginan menjadi anggota Koperasi namun tidak sepenuhnya memenuhi persyaratan yang ditentukan dalam Anggaran Dasar dan Anggaran Rumah Tangga koperasi, dapat diterima sebagai anggota luar biasa atau anggota belum penuh.³²¹ Dengan demikia

Berbeda dengan yayasan, PT, dan koperasi yang sepenuhnya merupakan badan hukum Indonesia dan beroperasi di Indonesia meski bisa dimiliki dan dikendalikan asing (bagi yayasan dan PT), terdapat bentuk badan lain yang boleh beroperasi di Indonesia dimana badan ini merupakan badan asing. Istilah orang asing atau badan asing yang menjalankan operasi atau usaha di Indonesia ini dikenal dengan istilah bentuk usaha tetap (BUT). Setidaknya, terdapat dua pengertian BUT yang berasal dari regulasi yang berbeda. Pada regulasi terkait minyak dan gas bumi, Bentuk Usaha Tetap adalah badan usaha yang didirikan dan berbadan hukum di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia yang melakukan kegiatan di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia

³¹⁹ Pasal 33 ayat (2) UU No. 25/2007 tentang Penanaman Modal.

³²⁰ Pasal 18 ayat (1) UU No. 25/1992 tentang Perkoperasian.

³²¹ Pasal 50 ayat (1) Peraturan Menteri Koperasi dan UMKM No. 10/Per/M.UMKM/IX/2015 tentang Kelembagaan Koperasi.

dan wajib mematuhi peraturan perundang-undangan yang berlaku di Republik Indonesia.³²²

Pengertian serupa ditemukan juga dalam regulasi sektor perpajakan, dimana BUT merupakan bentuk usaha yang dipergunakan oleh orang pribadi asing atau badan asing untuk menjalankan usaha atau melakukan kegiatan di Indonesia, yang memenuhi kriteria sebagai berikut: a) adanya suatu tempat usaha (*place of business*) di Indonesia; b) tempat usaha bersifat permanen; dan c) tempat usaha digunakan oleh orang pribadi asing atau badan asing untuk menjalankan usaha atau melakukan kegiatan.³²³ Suatu bentuk usaha dikatakan sebagai BUT juga meskipun tidak memenuhi kriteria di atas. Bentuk usaha tersebut meliputi: a) proyek konstruksi, instalasi, atau proyek perakitan; b) pemberian jasa dalam bentuk apa pun oleh pegawai atau orang lain, sepanjang dilakukan lebih dari 60 (enam puluh) hari dalam jangka waktu 12 (dua belas) bulan; c) orang atau badan yang bertindak selaku agen yang kedudukannya tidak bebas; dan d) d. agen atau pegawai dari perusahaan asuransi yang tidak didirikan dan tidak bertempat kedudukan di Indonesia yang menenma premi asuransi atau menanggung risiko di Indonesia. Kriteria BUT ini tentu saja dikaitkan sebagian besar dengan konteks perpajakan di Indonesia.

B. Adopsi

Secara hukum Indonesia, istilah adopsi dikenal sebagai anak angkat. Peraturan perundang-undangan utama yang berlaku atas anak angkat atau adopsi adalah UU Perlindungan Anak. Yang dimaksud dengan anak angkat adalah anak yang haknya dialihkan dari lingkungan kekuasaan keluarga orang tua, wali yang sah, atau orang lain yang bertanggung jawab atas perawatan, pendidikan, dan membesarkan anak tersebut ke dalam lingkungan keluarga orang tua angkatnya berdasarkan putusan atau

³²² Pasal 1 angka 18 UU No. 22/2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.

³²³ Pasal 4 ayat (1) Peraturan Menteri Keuangan No. 35/PMK.03/2019 tentang Penentuan Bentuk Usaha Tetap.

penetapan pengadilan.³²⁴ Pengangkatan anak, sesuai dengan UU Perlindungan Anak, dilakukan berdasarkan norma hukum, adat istiadat yang berlaku, dan agama yang dianut sang anak.³²⁵ Meski seorang anak diangkat oleh orang lain, tidak serta merta hubungan antara anak dan orang tua kandungnya putus.³²⁶ Begitupun, identitas awal sang anak tidak boleh hilang dan wajib dicatatkan dalam akta kelahiran.³²⁷ Secara umum, prinsip atau asas yang diterapkan dalam perlindungan anak adalah *the best interest of the child*.

Bagaimana aturannya apabila seorang anak diangkat oleh orang asing? Hal ini dibolehkan dan tidak dilarang. Hanya saja, orang asing yang hendak mengangkat anak dari Indonesia haruslah tunduk dan patuh kepada UU Perlindungan Anak dari sisi persyaratan dan proses. Pengangkatan anak oleh orang asing hanya bisa dilakukan sebagai jalan atau upaya terakhir.³²⁸ Sayangnya, UU Perlindungan Anak tidak memberikan penjelasan alasan mengapa pengangkatan tersebut sebagai jalan terakhir.

C. Kebendaan

Benda terdiri dari benda bergerak dan tidak bergerak. Benda bergerak sendiri meliputi benda bergerak bertubuh, misalnya kendaraan, dan benda bergerak tidak bertubuh, misalnya hak kekayaan intelektual dan saham *scriptless*. Pada hakikatnya setiap orang yang menguasai benda dianggap mempunyai atau memiliki benda tersebut. Seiring dinamika kepemilikan, registrasi atas benda-benda tertentu diperlukan untuk memberikan kepastian hukum penguasaan dan kepemilikan baik terhadap benda bergerak maupun tidak bergerak. Pada umumnya, benda yang diwajibkan untuk diregistrasikan adalah benda yang mempunyai nilai ekonomis yang

³²⁴ Pasal 1 angka 9 UU No. 23/2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana diubah dengan UU No. 35/2014

³²⁵ Penjelasan Pasal 7 ayat (2) UU No. 23/2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana diubah dengan UU No. 35/2014

³²⁶ Pasal 39 ayat (2) UU No. 23/2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana diubah dengan UU No. 35/2014.

³²⁷ Pasal 39 ayat (2a) UU No. 23/2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana diubah dengan UU No. 35/2014.

³²⁸ Pasal 39 ayat (4) UU No. 23/2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana diubah dengan UU No. 35/2014.

cukup tinggi, misalnya kendaraan bermotor, emas, saham, tanah, dan bangunan.

Sehubungan dengan kebendaan, hukum kebendaan yang berlaku ketika beririsan dengan HPI adalah hukum dimana benda itu berada atau terdaftar. Hal ini sesuai dengan Pasal 17 AB yang menyebutkan bahwa “Terhadap barang-barang yang tidak bergerak berlakulah undang-undang dari negeri atau tempat di mana barang-barang itu berada.”³²⁹ Jadi, mengenai benda-benda bergerak maupun benda tidak bergerak harus dinilai menurut hukum dari negara atau tempat di mana benda itu terletak (*lex rei sitae*), terlepas dari pemiliknya apakah dia orang Indonesia atau orang asing.

Dalam konteks benda bergerak bertubuh, misalnya kendaraan bermotor, orang asing dapat membeli atau menjual serta memilikinya sesuai dengan Pasal 10 Peraturan Kapolri No. 5/2012 tentang Registrasi dan Identifikasi Kendaraan Bermotor. Peraturan Kapolri ini merupakan pelaksanaan dari UU No. 22/2009 tentang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan terkait dengan kepemilikan kendaraan bermotor.³³⁰ Pasal 10 di atas menyatakan sebagai berikut:

- (1) *Regident Ranmor secara rutin sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) meliputi:*
 - a. *Ranmor baru;*
 - b. *perubahan identitas Ranmor dan pemilik;*
 - c. *pemindahtanganan kepemilikan Ranmor;*
 - d. *penggantian bukti Regident Ranmor;*
 - e. *perpanjangan Ranmor; dan/ atau*
 - f. *pengesahan Ranmor.*
- (2) *Pelaksanaan Regident Ranmor secara rutin sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dilakukan terhadap Ranmor yang dimiliki oleh:*
 - a. *perseorangan Warga Negara Indonesia;*
 - b. **perseorangan Warga Negara Asing yang memiliki Keterangan Izin Tinggal Sementara (KITAS) atau Keterangan Izin Tinggal Tetap (KITAP) di Indonesia;**

³²⁹ Terjemahan dari teks asli yang berbunyi, “*Ten opzigte van onroerende goederen geldt de wet van het land of plaats, alwaar die goederen gelegen zijn*”.

³³⁰ Dasar menimbang Peraturan Kapolri No. 5/2012 tentang Registrasi dan Identifikasi Kendaraan Bermotor

- c. *instansi Pemerintah selain Tentara Nasional Indonesia atau Polri; dan badan hukum Indonesia atau badan hukum Asing yang berkantor tetap di Indonesia.*³³¹

Begitupun benda bergerak tidak bertubuh, orang asing mempunyai hak untuk menguasai dan memiliki benda tersebut, misalnya hak kekayaan intelektual. Dalam UU Paten, permohonan untuk memperoleh hak paten yang diajukan oleh pemohon yang tidak bertempat tinggal atau tidak berkedudukan tetap di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia harus diajukan melalui Kuasanya di Indonesia.³³² Hal yang sama juga berlaku bagi orang asing yang memperoleh hak cipta atau terkait di Indonesia, dimana dalam hal permohonan diajukan oleh pemohon yang berasal dari luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia, permohonan memperoleh hak cipta atau hak terkait wajib dilakukan melalui konsultan kekayaan intelektual yang terdaftar sebagai kuasanya.³³³

Dalam konteks benda tidak bergerak, khususnya tanah, selain Pasal 17 AB berlaku juga UUPA dan peraturan pelaksanaannya. Menurut UUPA, orang asing (pribadi kodrati atau pribadi hukum) yang sesudah berlakunya UUPA memperoleh hak milik karena pewarisan tanpa wasiat atau percampuran harta karena perkawinan, demikian pula warganegara Indonesia yang mempunyai hak milik dan setelah berlakunya UUPA ini kehilangan kewarganegaraannya wajib melepaskan hak itu di dalam jangka waktu satu tahun sejak diperolehnya hak tersebut atau hilangnya kewarganegaraan itu. Jika sesudah jangka waktu tersebut lampau hak milik itu tidak dilepaskan, maka hak tersebut hapus karena hukum dan tanahnya jatuh pada Negara, dengan ketentuan bahwa hak-hak pihak lain yang membebaninya tetap berlangsung.³³⁴ Tambahan pula, setiap jual beli, penukaran, penghibahan, pemberian dengan wasiat dan perbuatan-perbuatan lain yang dimaksudkan untuk langsung atau tidak langsung memindahkan hak milik kepada orang asing, kepada seorang

³³¹ Pasal 10 Peraturan Kapolri No. 5/2012 tentang Registrasi dan Identifikasi Kendaraan Bermotor.

³³² Pasal 28 UU No. 13/2016 tentang Paten.

³³³ Pasal 67 ayat (3) UU No. 28/2014 tentang Hak Cipta.

³³⁴ Pasal 21 ayat (3) UU No. 5/1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Agraria.

warganegara yang disamping kewarganegaraan Indonesianya mempunyai kewarganegaraan asing atau kepada suatu badan hukum adalah batal karena hukum dan tanahnya jatuh kepada negara, dengan ketentuan, bahwa hak-hak pihak lain yang membebaninya tetap berlangsung serta semua pembayaran yang telah diterima oleh pemilik tidak dapat dituntut kembali.³³⁵

Apakah dengan demikian orang asing mutlak tidak bisa memiliki tanah di Indonesia. Namun demikian, orang asing bisa menguasai tanah dengan memanfaatkan hak pakai dan hak sewa.³³⁶ Orang asing yang dapat menguasai tanah atau rumah tempat tinggal atau hunian adalah orang asing pemegang izin tinggal di Indonesia. Dalam hal orang asing meninggal dunia, rumah tempat tinggal atau hunian dapat diwariskan dan dalam hal ahli waris rumah tersebut merupakan orang asing, maka ahli waris harus mempunyai izin tinggal di Indonesia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.³³⁷

Rumah tempat tinggal atau hunian yang dapat dimiliki oleh orang asing merupakan:

- a. Rumah Tunggal di atas tanah:
 1. Hak Pakai; atau
 2. Hak Pakai di atas Hak Milik yang dikuasai berdasarkan perjanjian pemberian Hak Pakai di atas Hak Milik dengan akta Pejabat Pembuat Akta Tanah.
- b. Satuan rumah susun yang dibangun di atas bidang tanah Hak Pakai.³³⁸

Orang Asing diberikan Hak Pakai untuk Rumah Tunggal pembelian baru dan Hak Milik atas Sarusun di atas Hak Pakai untuk Sarusun pembelian unit baru.³³⁹

³³⁵ Pasal 26 ayat (2) UU No. 5/1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Agraria.

³³⁶ Pasal 42 UU No. 5/1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Agraria dan Pasal 45 UU No. 5/1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Agraria.

³³⁷ Pasal 2 PP No. 103/2015 tentang Pemilikan Rumah Tempat Tinggal atau Hunian oleh Orang Asing yang Berkdudukan di Indonesia.

³³⁸ Pasal 3 PP No. 103/2015 tentang Pemilikan Rumah Tempat Tinggal atau Hunian oleh Orang Asing yang Berkdudukan di Indonesia.

³³⁹ Pasal 5 PP No. 103/2015 tentang Pemilikan Rumah Tempat Tinggal atau Hunian oleh Orang Asing yang Berkdudukan di Indonesia.

D. Warisan

Terkait dengan warisan, hukum yang berlaku di Indonesia adalah hukum perdata barat yang bersumber dari KUH Perdata, hukum Islam yang bersumber dari Kompilasi Hukum Islam, dan hukum adat yang berdasarkan pada adat istiadat setempat. Para ahli waris biasanya menentukan sendiri hukum mana yang akan dipakai untuk kegiatan mawaris atas harta dan utang yang berasal dari pewaris yang meninggal dunia. Hal yang serupa terjadi juga dalam hal wasiat.

Pewarisan bisa menjadi lebih kompleks manakala pewaris yang meninggal merupakan pewaris yang melakukan perkawinan campuran atau orang asing. Ahli waris bisa saja mempunyai status WNI atau orang asing. Begitupun dengan objek waris itu sendiri dimana bisa terletak atau terdaftar di dalam negeri atau di luar negeri. Untuk objek waris yang terletak di luar negeri, sesuai prinsip atau asas *lex rae sitae* hukum yang berlaku adalah hukum dimana benda berada. Maknanya, hukum waris negara yang bersangkutan bisa berlaku. Begitupun apabila pewaris berstatus orang asing, maka hukum yang digunakan adalah hukum dimana pewaris berasal.

Terlepas dari status kewarganegaraan pewaris, dalam hal pewaris mempunyai benda bergerak yang terdaftar di Indonesia, maka hal ini bisa diwariskan kepada ahli warisnya meskipun berstatus orang asing. Tentu saja, hukum dan tata cara yang digunakan adalah berdasarkan hukum Indonesia.

Dalam hal benda bergerak bertubuh seperti kendaraan bermotor, Peraturan Kapolri No.5/2012 tentang Registrasi dan Identifikasi Kendaraan Bermotor, pemindahtanganan kepemilikan Ranmor dapat terjadi karena pewarisan.³⁴⁰ Mengingat bahwa orang asing bisa memiliki kendaraan bermotor, maka pewarisan terhadap orang asing lagi tentu saja dibolehkan. Pemindahtanganan kepemilikan harus mengikuti tata cara yang berlaku pada Peraturan Kapolri ini dan peraturan lain yang terkait.

³⁴⁰ Pasal 55 ayat (1) huruf c Peraturan Kapolri No.5/2012 tentang Registrasi dan Identifikasi Kendaraan Bermotor.

Dalam hal benda bergerak tidak bertubuh, misalnya hak cipta dan paten, hak cipta dan juga hak atas Paten dapat beralih atau dialihkan baik seluruhnya maupun sebagian karena pewarisan.³⁴¹ Sama halnya dengan kepemilikan kendaraan bermotor, hak cipta dan paten dapat diwariskan kepada ahli waris yang berstatus orang asing meskipun terdaftar di Indonesia. Tentu saja, tata cara pengalihan karena pewarisan harus mengikuti ketentuan dalam regulasi hak cipta dan paten.

Berbeda dengan benda bergerak, pewarisan benda tidak bergerak mempunyai sifat yang agak tertutup bagi orang asing khususnya terkait hak milik atas tanah. Orang asing yang memperoleh hak milik karena pewarisan tanpa wasiat atau percampuran harta karena perkawinan, demikian pula warganegara Indonesia yang mempunyai hak milik dan kehilangan kewarganegaraannya wajib melepaskan hak itu di dalam jangka waktu satu tahun sejak diperolehnya hak tersebut atau hilangnya kewarganegaraan itu. Jika sesudah jangka waktu tersebut lampau hak milik itu tidak dilepaskan, maka hak tersebut hapus karena hukum dan tanahnya jatuh pada negara, dengan ketentuan bahwa hak-hak pihak lain yang membebaninya tetap berlangsung.³⁴² Setiap pemberian dengan wasiat dan perbuatan-perbuatan lain yang dimaksudkan untuk langsung atau tidak langsung memindahkan hak milik kepada orang asing, kepada seorang warganegara yang disamping kewarganegaraan Indonesianya mempunyai kewarganegaraan asing atau kepada suatu badan hukum, kecuali yang ditetapkan oleh Pemerintah, adalah batal karena hukum dan tanahnya jatuh kepada negara, dengan ketentuan, bahwa hak-hak pihak lain yang membebaninya tetap berlangsung serta semua pembayaran yang telah diterima oleh pemilik tidak dapat dituntut kembali.³⁴³ Walaupun begitu, orang asing masih bisa menjadi ahli waris dan menguasai properti di Indonesia. Penguasaan tersebut bukanlah hak milik atas tanah, namun berupa hak pakai, hak sewa, dan hak milik satuan rumah susun.

³⁴¹ Pasal 16 ayat (2) huruf a UU No. 28/2014 tentang Hak Cipta dan Pasal 74 ayat (1) huruf a UU No. 13//2016 tentang Paten.

³⁴² Pasal 21 ayat (3) UU No. 5/1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Agraria.

³⁴³ Pasal 26 ayat (2) UU No. 5/1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Agraria.

Bagaimana apabila terdapat putusan asing yang memutuskan soal objek warisan Indonesia yang dimohonkan ahli waris orang asing yang salah satu orang tuanya adalah WNI? Sesuai dengan pasal 436 Rv, “kecuali dalam hal-hal yang ditentukan oleh Pasal 724 Kitab Undang-Undang Hukum Dagang dan undang-undang lainnya, tidak dapat dilaksanakan keputusan-keputusan yang diucapkan oleh hakim-hakim atau pengadilan-pengadilan asing di dalam wilayah Republik Indonesia.” Hal ini bermakna bahwa putusan asing mengenai apapun belum bisa diterapkan di Indonesia terkecuali jika Indonesia sudah menjalin *bilateral arrangement* dengan negara lain.

E. Perikatan, Yuridiksi Pengadilan, Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing

Dalam konteks perikatan yang lahir karena persetujuan/perjanjian, Pasal 1320 KUH Perdata dan Pasal 1338 KUH Perdata merupakan pasal pegangan yang utama. Pasal 1320 KUH Perdata mengatur mengenai syarat sahnya suatu perjanjian yang mencakup soal kesepakatan, kecakapan subjek hukum, perihal perjanjian, dan kausa yang halal. Sementara itu, Pasal 1338 KUH Perdata mengedepankan asas kebebasan berkontrak (*pacta sunt servanda*) dimana setiap pihak dapat membuat perjanjian yang akan berlaku bagaikan undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Hal ini dipertegas dalam Pasal 1339 KUH Perdata yang menyatakan bahwa suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang. Namun demikian, kebebasan berkontrak dibatasi dengan persyaratan dalam Pasal 1320 KUH Perdata di atas, dimana konsekuensi ketidakpatuhan mengenai ketentuan syarat kesepakatan dan subjek hukum adalah berupa pembatalan perjanjian, sedangkan konsekuensi ketidakpatuhan mengenai ketentuan syarat perihal perjanjian dan kausa yang halal adalah berupa perjanjian batal demi hukum.

Sehubungan dengan HPI, isu yang muncul adalah terkait dengan pilihan hukum dan forum dari perikatan yang lahir karena perjanjian. Isu ini

muncul manakala terdapat perjanjian yang dilakukan antara orang Indonesia atau badan hukum Indonesia dan orang asing atau badan hukum asing. Termasuk pula misalnya ketika pemerintah Indonesia mengadakan perjanjian dengan badan asing dalam hal penanaman modal asing di Indonesia. Para pihak bebas menentukan hukum dan forum mana yang hendak dipakai, misalnya tempat kontrak ditandatangani (*lex loci contractus*), tempat perbuatan hukum dilangsungkan (*lex loci celebrationis*), atau tempat dimana perjanjian dilaksanakan (*lex loci solutionis*), atau forumnya adalah pengadilan ataupun non pengadilan seperti arbitrase.

Dalam hal pilihan hukum, terdapat peraturan perundang-undangan Indonesia mengatur mengenai kebebasan para pihak menentukan pilihan hukum, misalnya UU ITE dan UU Penerbangan. Dalam UU ITE, para pihak yang melakukan transaksi elektronik memiliki kewenangan untuk memilih hukum yang berlaku bagi Transaksi Elektronik internasional yang dibuatnya.³⁴⁴ Sementara itu, UU No. 1/2009 tentang Penerbangan mengaturnya lebih gamblang. Perjanjian terkait objek pesawat udara yang terkait kepentingan internasional yang timbul akibat perjanjian pemberian hak jaminan kebendaan, perjanjian pengikatan hak bersyarat, dan/atau perjanjian sewa guna usaha dapat dibuat berdasarkan hukum yang dipilih oleh para pihak pada perjanjian tersebut.³⁴⁵ Lebih lanjut, yang dimaksud dengan “berdasarkan hukum yang dipilih” menurut UU Penerbangan adalah bahwa para pihak dapat memilih hukum yang akan mengatur hak dan kewajiban kontraktual mereka berdasarkan perjanjian tersebut dengan atau tanpa adanya titik taut antara hukum yang dipilih dengan salah satu pihak pada perjanjian atau pelaksanaan kewajiban-kewajiban berdasarkan perjanjian tersebut. Para pihak tersebut juga diberikan kebebasan untuk memilih yurisdiksi pada pengadilan dari negara peserta konvensi dan protokol terkait penerbangan dengan atau tanpa adanya titik taut antara

³⁴⁴ Pasal 18 ayat (2) UU No. 11/2008 tentang informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana diubah dengan UU No. 19/2016 tentang Perubahan UU No. 11/2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

³⁴⁵ Pasal 71 dan Pasal 72 UU No. 1/2009 tentang Penerbangan.

pengadilan yang dipilih dengan para pihak atau dengan transaksi yang timbul dari perjanjian tersebut.³⁴⁶

Kebebasan dalam memilih hukum bisa diterapkan sepanjang tidak diatur lain dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, misalnya hukum perkawinan campur adalah berdasarkan hukum dimana perkawinan dilangsungkan (*lex loci celebrationis*) atau hukum untuk pengadaan barang dan jasa oleh kantor perwakilan Indonesia di luar negeri tunduk dengan hukum Indonesia.³⁴⁷ Penentuan hukum pelaksanaan perjanjian ini bisa menjadi lebih kompleks manakala hukum pihak asing yang mengadakan perjanjian dengan pihak Indonesia mensyaratkan hal yang sama. Penentuan hukum yang berlaku melalui penerapan metode kualifikasi fakta, kualifikasi hukum, kualifikasi prosedural, atau persoalan pendahuluan kiranya bisa menjadi cara yang bisa ditempuh. Hal ini perlu diatur dalam UU HPI agar bisa memberikan kepastian hukum.

Terkait dengan forum penyelesaian, peraturan perundang-undangan kita secara umum juga memberikan kebebasan bagi para pihak untuk menyelesaikan sengketa melalui jalur pengadilan ataupun jalur non pengadilan. Khusus untuk jalur non pengadilan, jalur yang ditempuh umumnya adalah arbitrase. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase ini juga sudah diatur dalam UU tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, UU Penanaman Modal, dan UU Penyelesaian Sengketa Antara Pemerintah Indonesia dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal.

Dalam UU Arbitrase, penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase haruslah dituangkan dalam perjanjian tertulis. Perjanjian tertulis dimaksud dapat dibuat secara menyatu dengan perjanjian pokoknya ataupun terpisah/berdiri sendiri.³⁴⁸ Bahkan, perjanjian arbitrase ini dapat dibuat ketika mereka sudah mulai bersengketa. Ketentuan dalam UU Arbitrase sudah sejalan dengan ketentuan dalam Pasal II Konvensi New York 1958

³⁴⁶ Penjelasan Pasal 72 UU No. 1/2009 tentang Penerbangan.

³⁴⁷ Lihat Pasal 56 ayat (1) dan Pasal 59 ayat (2) UU No. 1/1974 tentang Perkawinan. Lihat juga Lampiran I Angka 2.30 dan Lampiran II Angka 3.5 Peraturan Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah No. 10/2018 tentang Pedoman Pelaksanaan Tender/Seleksi Internasional.

³⁴⁸ Pasal 1 angka 3 UU No. 30/1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

dimana konvensi telah diratifikasi oleh Indonesia sejak 1981 melalui Keputusan Presiden No. 34/1981.

Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dan penanam modal asing, para pihak ditentukan untuk menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak, namun harus didahului dengan musyawarah mufakat, dan melalui alternatif penyelesaian sengketa.³⁴⁹ Kedudukan pemerintah dan penanam modal asing dalam hal ini menjadi sejajar. Namun demikian, pemerintah mempunyai kewenangan dalam memberikan persetujuan bahwa sesuatu perselisihan tentang penanaman modal antara Republik Indonesia dan Warga negara Asing diputuskan menurut Konvensi termaksud dan untuk mewakili Republik Indonesia dalam perselisihan tersebut dengan hak substitusi.³⁵⁰

Dalam hal terdapat pelaksanaan putusan atas sengketa, putusan arbitrase internasional dapat dimintakan eksekusinya di Indonesia.³⁵¹ Terdapat persyaratan yang harus dipenuhi tentunya apabila putusan arbitrase ini bisa dijalankan yaitu sebagai berikut:³⁵²

- a. Putusan Arbitrase Internasional dijatuhkan oleh arbiter atau majelis arbitrase di suatu negara yang dengan negara Indonesia terikat pada perjanjian, baik secara bilateral maupun multilateral, mengenai pengakuan dan pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional;
- b. Putusan Arbitrase Internasional terbatas pada putusan yang menurut ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup hukum perdagangan;
- c. Putusan Arbitrase Internasional hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum;

³⁴⁹ Pasal 32 ayat (1), (2) dan 4) UU No. 25/2007 tentang Penanaman Modal.

³⁵⁰ Pasal 2 UU No. 5/1968 tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal.

³⁵¹ Pasal 65 dan Pasal 66 UU No. 30/1999 tentang Arbitras dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

³⁵² Pasal 66 UU No. 30/1999 tentang Arbitras dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

- d. Putusan Arbitrase Internasional dapat dilaksanakan di Indonesia setelah memperoleh eksekutor dari Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat; dan
- e. Putusan Arbitrase Internasional yang menyangkut Negara Republik Indonesia sebagai salah satu pihak dalam sengketa, hanya dapat dilaksanakan setelah memperoleh eksekutor dari Mahkamah Agung Republik Indonesia yang selanjutnya dilimpahkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Konsekuensi dari tidak terpenuhi persyaratan tersebut mengakibatkan bahwa putusan arbitrase tidak dapat dijalankan atau non eksekutor.

Bagaimana dengan pelaksanaan dari putusan pengadilan asing terhadap sengketa yang berdimensi HPI. Berbeda dengan putusan arbitrase internasional, putusan pengadilan asing mutlak tidak dapat dijalankan di Indonesia sebagaimana ditentukan dalam Pasal 426 Rv, kecuali terkait dengan Pasal 724 KUH Dagang yang berkenaan dengan pelayaran.³⁵³

³⁵³ Pasal 724 KUH Dagang berbunyi “Perhitungan dan pembagian *avarij* umum dilakukan atas permintaan nahkoda dan oleh para ahli. Para ahli diangkat oleh parapihak atau oleh Raad van Justitie yang di dalam daerah hukumnya perhitungan dan pembagian itu harus dilakukan. Para ahli harus disumpah sebelum mereka memuali pekerjaan mereka. Pembagiannya harus disahkan oleh Raad van Justitie. Di luar Indonesia *avarij* umum itu dibuat oleh pejabat yang berwenang untuk itu.”

BAB IV

LANDASAN FILOSOFIS, SOSIOLOGIS, DAN YURIDIS

A. Landasan Filosofis

Hukum perdata internasional Indonesia sangat berperan penting di dalam memberikan perlindungan hukum yang bermanfaat bagi perlindungan masyarakat di dalam menjalankan aktivitasnya melakukan hubungan hukum sebagai manusia. Pelindungan tersebut meliputi aktivitas ekonomi, sosial, maupun kebudayaannya. Aktivitas tersebut menyebabkan terjadinya percepatan pergerakan manusia dan badan hukum sebagai subyek hukum, termasuk perpindahan manusia secara sementara dari suatu negara ke negara yang lain dan melakukan interaksi dalam bidang keperdataan seperti perikatan, jual beli dan lain sebagainya.

Kondisi tersebut telah menjadikan manusia maupun badan hukum menjadi bagian dalam masyarakat global yang tidak lagi terbatas oleh teritori wilayah negara dengan aktivitas virtual dan digital yang bersifat *borderless*. Demikian juga terhadap aktivitas hukum WNI yang berinteraksi dengan WNA dalam bidang perdata serta lapangan hukum keluarga, seperti perkawinan atau perceraian antara WNI dengan WNA di Indonesia atau di luar negeri, adopsi anak-anak Indonesia oleh WNA, kepemilikan properti bersama WNI dan WNA secara tidak langsung karena harta bersama perkawinan, penjaminan kebendaan, dan warisan dari WNA kepada WNI. Oleh karena itu, negara harus memfasilitasi akses dan forum hukum yang adil dan memberikan kepastian hukum serta kemanfaatan bagi seluruh rakyat Indonesia.

Sampai saat ini ketentuan hukum perdata Indonesia khususnya terkait dengan perdata internasional merupakan peninggalan zaman kolonial yang secara filosofis tidak lagi relevan dengan perkembangan kondisi Indonesia saat ini. Oleh karena itu, untuk mewujudkan perlindungan, peningkatan ekonomi nasional, hingga mendatangkan kesejahteraan bagi seluruh bangsa Indonesia, dan menghadirkan sistem hukum perdata internasional yang merdeka dari nilai-nilai masa lalu (kolonial) serta sesuai dengan kondisi saat ini, sehingga Indonesia memerlukan pembangunan hukum yang menjadi dasar pijakan ketentuan -perdata Indonesia.

Dengan melakukan pembangunan hukum perdata internasional Indonesia maka Negara mendorong adanya politik hukum baru yang bertujuan untuk mewujudkan kesatuan sistem hukum nasional khususnya dalam bidang hukum perdata internasional yang berlandaskan nilai-nilai Pancasila dan bertujuan untuk melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan

kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa sesuai dengan pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia.

Pembaharuan hukum perdata internasional akan menjadi pelengkap dari Hukum Perdata nasional yang telah ada, khususnya di dalam meningkatkan perlindungan kepentingan hukum subjek hukum Warga Negara Indonesia dalam setiap hubungan perdata dengan warga negara lain atau yang berhubungan dengan subjek hukum asing, ataupun terkait dengan fakta-fakta pertautan dengan sistem hukum asing. Selain itu, agar warga negara Indonesia dapat memperoleh pengakuan yang layak secara konstitusional terkait dengan status hukum beserta hak-haknya yang melekat dan dilindungi sehingga akan memberikan kepastian atas status hukum dan bagaimana penyelesaian hukum (pilihan hukum dan forum) dalam hal terjadi perselisihan dengan subjek hukum asing lain.

Penyusunan Hukum Perdata Internasional yang dituangkan dalam suatu undang-undang tentunya akan menjadi landasan yang melindungi kepentingan hukum subjek hukum dalam setiap hubungan perdata dengan warga negara lain. Sehingga diharapkan pengaturan tersebut dapat menghadirkan kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan hukum yang pada akhirnya akan memberikan perlindungan kepada WNI.

B. Landasan Sosiologis

Dalam era globalisasi dan perdagangan bebas yang tidak lagi memperhatikan batas wilayah yang sedang bergulir saat ini, menjadikan perlunya suatu pegangan yang dapat diandalkan bagi kita mengenai apa yang merupakan hukum dalam persoalan-persoalan hukum perdata internasional yang dihadapi.

Persoalan-persoalan HPI di Indonesia terjadi sejak sebelum kemerdekaan. Pada saat itu masyarakat dibagi menjadi tiga golongan, yaitu golongan Hindia Belanda, Golongan Timur Asing dan Golongan Pribumi/Bumi Putera. Sejak Indonesia merdeka, penggolongan penduduk tersebut dihapuskan dan perbedaan yang ada saat ini hanya Warga Negara dan Orang Asing. Dengan kondisi masyarakat Indonesia yang secara sosial tidak hanya terdiri dari masyarakat homogen. Adanya orang-orang asing di Indonesia serta adanya orang-orang Indonesia di luar negeri yang melakukan hubungan hukum, mengakibatkan perlu adanya hukum yang mengatur atas persoalan Hukum Perdata Internasional/HPI akibat dari interaksi tersebut.

Beberapa hal penting yang terjadi selama ini terkait dengan hukum perdata internasional diantaranya dalam bidang hukum keluarga, maka status personal

seorang individu sangatlah penting karena untuk mengetahui apa kewarganegaraan seseorang atau dimana orang tersebut berdomisili. Dengan diketahuinya kewarganegaraan atau domisili seseorang, maka hakim akan dapat menentukan hukum mana yang harus diperlakukan apabila dalam dalam perkara yang ditanganinya terdapat pertautan beberapa stelsel hukum, dengan pertama-tama melihat adanya Titik Pertalian Primer/TPP. Setelah hakim mengetahui adanya perkara HPI melalui TPP, pertanyaan selanjutnya adalah mengenai hukum mana yang berlaku dalam perkara HPI tersebut. Jadi di bidang Hukum Keluarga yang bersifat Internasional, status personal individu sangatlah penting diketahui oleh Hakim Indonesia khususnya terkait dengan aspek perkawinan, perceraian, adopsi, harta benda perkawinan dan masalah warisan.

Demikian pula dalam bidang hukum kontrak terkait dengan hukum perdata Internasional, walaupun berlaku asas kebebasan berkontrak namun dalam praktiknya ada beberapa pembatasan atas asas tersebut. Dalam membahas kontrak yang dibuat oleh badan hukum, maka persoalan status personal badan hukum akan berpengaruh terhadap penentuan terhadap tempat kedudukan badan hukum tersebut. Selain itu, pilihan hukum dan pilihan forum juga menjadi hal yang penting dalam bidang hukum kontrak yang bersifat internasional. Dengan dihormatinya klausul pilihan hukum dan pilihan forum dalam hukum kontrak/perjanjian internasional, maka hakim Indonesia juga dapat menerapkan dengan tepat terkait permasalahan tersebut. Oleh karena itu persoalan yang terkait dengan HPI dapat timbul karena:

- 1) Penentuan kewenangan (yurisdiksi) pengadilan atau forum untuk menyelesaikan persoalan hukum perdata internasional,
- 2) Persoalan hukum yang seharusnya berlaku untuk mengatur dan menyelesaikan persoalan-persoalan hukum perdata internasional,
- 3) Sejauh mana pengadilan harus memberikan pengakuan serta melaksanakan putusan-putusan pengadilan asing.

dengan adanya pengaturan Hukum Perdata Internasional diharapkan dapat memberikan kepastian hukum baik bagi WNI yang melakukan hubungan hukum dengan WNA maupun bagi WNA yang melakukan hubungan hukum dengan WNI. Selain itu akan membantu hakim di pengadilan atas dalam menyelesaikan persoalan-persoalan HPI.

Peraturan HPI yang ada saat ini yang merupakan warisan kolonial Belanda sudah tidak memadai lagi. Dalam bidang HPI, Indonesia termasuk tertinggal dibandingkan negara-negara lain di sekitarnya. Faktor ketertinggalan ini akan

menimbulkan berbagai persoalan pula termasuk dalam upaya pelaksanaan upaya pelaksanaan hubungan perjanjian (*enforcing contract*) ataupun keperdataan lainnya yang menyangkut proses mengupayakan tuntutan hak keperdataan di pengadilan. Oleh karena itu, kebutuhan tersebut perlu didukung dengan pengaturan HPI yang responsif dengan perkembangan persoalan-persoalan HPI yang dinamis, sehingga diharapkan dapat menjadi instrument hukum yang dapat digunakan untuk menyelesaikan permasalahan hukum yang di hadapi masyarakat.

C. Landasan Yuridis

Perlindungan Negara terhadap aktivitas hukum WNI yang berhubungan dengan WNA selama ini masih menggunakan aturan peninggalan kolonial yaitu *Algemeene Bepalingen van Wetgeving voor Nederlands Indie* Pasal 16, 17, dan 18. Aturan tersebut masih tetap berlaku selama belum diadakan yang baru menurut UUD NRI Tahun 1945 (Pasal 1 Aturan Peralihan UUD NRI Tahun 1945). Selain itu, hukum perdata internasional Indonesia yang tersebar di dalam beberapa perundang-undangan nasional menyebabkan pengaturan tersebut Hukum Perdata Internasional dianggap tidak sistematis dan parsial. Untuk bidang Hukum Keluarga dan Status Personal, peraturan yang terkait terdapat dalam Pasal 57 dan Pasal 58 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang mengatur tentang Perkawinan Campuran dan Perkawinan WNI yang dilangsungkan di luar negeri. Selain itu, terdapat pengaturan dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria terkait dengan hak milik Perkawinan Campuran, terutama pada Pasal 21 ayat (1) yang mengatur tentang status hak milik yang hanya bisa diperoleh/dimiliki oleh WNI.

Untuk pengaturan mengenai status personal orang perorangan diatur dalam Undang-Undang No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan, dalam Pasal 4 huruf (c) dan huruf (d), dan Pasal 25 mengatur mengenai kewarganegaraan ganda terbatas kepada anak-anak yang dilahirkan dari Perkawinan campuran, sampai si anak berusia 18 tahun. Sedangkan yang berhubungan dengan perkawinan campuran antara lain diatur dalam Pasal 19 dan Pasal 26. Sedangkan pengaturan tentang Adopsi Internasional (*Inter Country Adoption*), sebelumnya telah diatur dalam Peraturan Pemerintah RI No. 54 Tahun 2007 tentang Pelaksanaan Pengangkatan Anak. Dimana, pengaturan teknisnya terdapat Peraturan Menteri Sosial RI No. 100/HUK/K/2009 tentang Persyaratan Pengangkatan Anak. Peraturan ini mengatur dengan cukup rinci mengenai persyaratan-persyaratan yang harus dipenuhi untuk melakukan adopsi anak, baik sesama WNI maupun antara WNI dan

WNA. Terhadap izin tinggal dari perkawinan campuran diatur dalam Undang-Undang No. 16 Tahun 2011 tentang Keimigrasian, Pasal 54 ayat 1 butir (b) memberikan kesempatan izin tinggal menetap kepada keluarga dari perkawinan campuran dengan tata cara dan prosedur yang harus dipenuhi menurut undang-undang ini.

Dalam bidang hukum ekonomi, ada Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, terdapat di dalam Pasal 7 ayat 1 dan 2 dan Pasal 32 ayat 4. Pasal 32 mengatur bahwa dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak. Terkait dengan Badan Hukum diatur dalam Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, Pasal 5 mengenai status personal badan hukum. Dalam Pasal 5 ayat (1) perseroan mempunyai nama dan tempat kedudukan dalam wilayah negara Republik Indonesia yang ditentukan dalam anggaran dasar. Sedangkan pada ayat (2) mengatur bahwa perseroan mempunyai alamat lengkap sesuai dengan tempat kedudukannya. Dan, ayat (3) mengatur bahwa dalam surat-surat, pengumuman yang diterbitkan oleh perseroan, barang cetakan, dan akta dalam hal perseroan menjadi pihak harus menyebutkan nama dan alamat lengkap perseroan.

Selain itu dalam penyelesaian sengketa Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Pasal 65 hingga Pasal 69 mengatur tentang Arbitrase Internasional. Dalam Pasal tersebut diatur tentang Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang memiliki kewenangan dalam hal pelaksanaan putusan arbitrase internasional berdasarkan syarat-syarat yang diatur di dalam Undang-undang tersebut. Dalam hal perselisihan di bidang investasi, terdapat Undang-Undang No. 5 Tahun 1968 tentang keikutsertaan Indonesia pada perjanjian internasional tentang arbitrase dalam bidang Investasi/Konvensi ICSID. Selain itu terdapat pengaturan di bawah undang-undang seperti Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2007 Pasal 4 ayat 1 tentang Waralaba, mengatur bahwa Waralaba diselenggarakan berdasarkan perjanjian tertulis antara Pemberi Waralaba dengan Penerima Waralaba dengan memperhatikan hukum Indonesia. Dalam Peraturan Menteri Perdagangan Nomor 31/M.DAG/PER/8/2008 tentang Penyelenggaraan Waralaba, diatur bahwa Waralaba terdiri dari pemberi waralaba dan penerima waralaba, yang mana pemberi dan penerima waralaba dapat berasal dari luar negeri.

BAB V
JANGKAUAN ARAH PENGATURAN DAN RUANG LINGKUP MATERI
MUATAN UNDANG-UNDANG TENTANG HUKUM PERDATA
INTERNASIONAL

A. Sasaran

Terwujudnya RUU HPI yang dapat menjadi pedoman bagi hakim dalam memeriksa dan memutus sengketa HPI dan memberikan kepastian hukum bagi subjek hukum sehubungan melakukan perbuatan hukum perdata yang mengandung unsur asing (transnasional). Selain bagi hakim sebagai pedoman, keberadaan RUU HPI akan mendorong terwujudnya parameter hukum yang pasti/ formal bagi subjek hukum asing baik WNA ataupun badan hukum asing berkaitan dengan perbuatan hubungan keperdataan/ perniagaan yang dilakukan dengan subjek hukum Indonesia atau diwujudkan hubungannya tersebut dalam wilayah Indonesia.

B. Arah dan Jangkauan Pengaturan

Arah pengaturan dalam RUU HPI untuk memberikan pedoman hukum bagi hakim di dalam menangani perkara keperdataan serta perniagaan yang bersifat transnasional, bagi subjek hukum dalam melakukan hubungan keperdataan, serta bagi pembentuk undang-undang dalam membuat peraturan perundang-undangan terkait dengan keperdataan yang mengandung unsur asing/ transnasional.

Jangkauan Pengaturan dalam RUU HPI meliputi setiap subjek hukum baik Warga Negara Indonesia atau Warga Negara Asing baik dalam yurisdiksi Indonesia dan/atau luar negeri terhadap perbuatan hukum perdata yang mengandung unsur asing terkait kompetensi hukum Indonesia. Baik subjek hukum yang berdomisili diluar negeri/ karena hubungan hukum di luar negeri; berdomisili di dalam negeri/ karena hubungan hukum dalam negeri; objek kebendaan terletak di Indonesia; serta lokasi perbuatan hukum di Indonesia.

C. Ruang Lingkup Materi Muatan

Ruang lingkup materi muatan dalam Naskah Akademik RUU HPI ini menguraikan mengenai materi muatan pengaturan yang meliputi:

1. Ketentuan Umum

Ketentuan umum dalam RUU ini terdiri atas definisi dan batasan pengertian; Asas Maksud dan Tujuan; Ruang Lingkup. Suatu ketentuan umum diharapkan dapat menjadi sebuah parameter hukum yang memberikan batasan pengertian serta definisi yang akan menjadi standar dan kriteria pengaturan HPI lebih lanjut. Dalam hal ini perlu dimasukkan beberapa hal untuk menjadi batasan pengertian ataupun definisi, sebagai berikut:

- a. Negara asing adalah negara berdaulat di luar wilayah Indonesia. Hal ini terkait dengan subjek hukum yang berdaulat secara hukum dan peraturan perundang-undangan Indonesia, yang baik yang memiliki ataupun tidak memiliki hubungan diplomatik dengan Indonesia. Hal tersebut untuk mengantisipasi adanya beberapa negara yang tidak memiliki hubungan diplomatik dengan Indonesia, seperti Israel dan Taiwan, namun aktivitas warga negara serta kegiatan keperdataan warga negara tidaklah dibatasi oleh hubungan tersebut.
- b. Hukum Indonesia dalam RUU HPI ini meliputi keseluruhan asas hukum dan aturan hukum yang berlaku dalam wilayah Indonesia, termasuk asas-asas hukum dan aturan-aturan hukum perdata internasional yang ada dalam hukum positif Indonesia sepanjang belum dicabut/ diatur baru sebelum berlakunya RUU HPI ini. Keberadaan hukum Indonesia akan meliputi seluruh yuridiksi negara Indonesia ataupun terhadap perbuatan
- c. Hukum Intern merupakan keseluruhan aturan-aturan hukum material atau hukum substantif, baik yang berlaku di wilayah Republik Indonesia atau di negara asing, namun tidak termasuk asas-asas dan aturan-aturan hukum perdata internasional.
- d. Hukum Asing adalah hukum nasional atau hukum positif suatu negara berdaulat di luar wilayah Indonesia;
- e. Hukum Perdata Internasional (*selanjutnya disingkat "HPI"*) adalah keseluruhan asas dan aturan hukum di dalam sistem hukum nasional Indonesia yang mengatur peristiwa-peristiwa dan hubungan-hubungan hukum keperdataan, termasuk didalamnya

hubungan hukum keperdataan yang berdasarkan prinsip syariah yang mengandung unsur atau unsur-unsur transnasional.

- f. Persoalan/Perkara/sengketa HPI merupakan persoalan-persoalan atau perkara-perkara di bidang hukum keperdataan yang mengandung unsur-unsur transnasional dan yang secara esensial dan signifikan berkaitan dengan Indonesia;
- g. Pengadilan Indonesia meliputi seluruh Pengadilan Negeri atau Pengadilan Agama di Indonesia. Mengenai pilihan pengadilan tidak lagi mengacu kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, hal ini mempertimbangkan baik perbuatan terkait HPI termasuk suatu pelaksanaan kontrak, kebendaan, dan keluarga di seluruh wilayah Indonesia. Kompetensi relatif Pengadilan Negeri dan Pengadilan Agama di seluruh wilayah Indonesia akan memudahkan para pencari keadilan dalam sengketa HPI untuk mendapatkan penyelesaian karena mereka tidak perlu mendaftarkan gugatan atau permohonan ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat atau Pengadilan Agama Jakarta Pusat. Selain itu, memberikan kesempatan juga bagi pengadilan negeri atau pengadilan agama selain Jakarta dalam menangani perkara HPI. Selain itu mengingat bahwa negara Indonesia adalah negara kesatuan, penunjukkan domisili pengadilan secara relatif juga harus dikombinasikan antara RUU HPI dan asas yurisdiksi hukum acara perdata dalam HIR/RBG/RUU Hukum Acara Perdata.
- h. Pengadilan Asing merupakan lembaga pengadilan umum ataupun pengadilan khusus menyelesaikan masalah tertentu, yang memeriksa dan memutus suatu perkara, termasuk lembaga-lembaga penyelesaian sengketa yang memiliki kompetensi yuridis untuk mengadili serta membuat putusan hukum atas perkara-perkara HPI berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku di suatu negara berdaulat di luar Indonesia. Namun, mengacu kepada ketentuan hukum dan peraturan perundang-undangan Indonesia, kiranya perlu menyeragamkan pengertian Pengadilan Asing dengan Pengadilan yang berdasarkan hukum Indonesia, bahwa Pengadilan Asing juga merupakan pengadilan negara pada lembaga peradilan

disuatu negara berdaulat di luar Indonesia, sehingga seragam pengaturannya.

- i. Yurisdiksi Internasional merupakan wewenang/ kompetensi yang dimiliki oleh Pengadilan Indonesia atau pengadilan asing untuk memeriksa dan mengadili persoalan atau perkara HPI.
- j. Putusan Pengadilan Indonesia merupakan putusan atau penetapan atas sebuah persoalan atau perkara HPI yang dibuat oleh Pengadilan Indonesia. Sedangkan suatu Putusan Pengadilan Asing adalah putusan atau penetapan atas sebuah persoalan atau perkara HPI yang dibuat oleh Pengadilan Asing.
- k. Unsur Transnasional adalah unsur dalam persoalan atau perkara di bidang hukum keperdataan yang secara esensial dan signifikan melampaui batas-batas teritorial Republik Indonesia dan menunjukkan keterkaitan dengan hukum asing. Namun, unsur transnasional harus berkaitan dengan wewenang/ kompetensi pengadilan Indonesia untuk memeriksa dan mengadili persoalan HPI dimaksud.
- l. Kewarganegaraan adalah status hukum yang diperoleh subyek hukum (orang atau badan hukum) secara politik dan hukum sebagai warga dari suatu negara berdaulat;
- m. Domisili adalah wilayah negara atau bagian dari wilayah negara berdaulat yang berdasarkan aturan hukum intern negara tersebut, merupakan tempat subyek hukum (orang atau badan hukum) berkediaman tetap;
- n. Tempat Kediaman Sehari-hari atau *habitual residence* adalah wilayah negara atau bagian dari wilayah negara yang merupakan tempat subyek hukum (orang atau badan hukum) atas kemauan bebas dan secara faktual menjalani kehidupan atau aktivitas sehari-hari;
- o. Status Personal adalah status hukum dari subjek hukum yang mencakup, kedudukan, kewenangan atau kemampuan hukum seseorang di dalam bidang-bidang hukum keperdataan dan perniagaan;

- p. Hukum Personal adalah hukum suatu negara berdaulat yang harus digunakan untuk menetapkan status personal orang atau badan hukum, yang dalam Undang-undang ini, dengan pengecualian-kecualian tertentu, ditentukan berdasarkan asas kewarganegaraan.
- q. Hak Personal merupakan baik hak ataupun kepentingan seseorang yang berdasarkan hukum melekat pada orang tertentu secara pribadi;
- r. Hak Kebendaan merupakan hak atas kebendaan baik hak milik ataupun hak-hak terkait yang melekat pada orang/subyek hukum atas suatu benda tetap atau benda bergerak dalam hubungan hukum dengan pihak ketiga;
- s. Aturan HPI adalah asas-asas dan aturan-aturan hukum di dalam RUU HPI, peraturan perundang-undangan atau di dalam hukum suatu Negara asing yang seharusnya berlaku untuk menyelesaikan perkara atau persoalan HPI;
- t. Ketertiban Umum adalah asas hukum umum yang digunakan oleh Pengadilan sebagai dasar hukum untuk mengesampingkan keberlakuan hukum asing atau menolak penegakan suatu status/hak hukum yang terbit berdasarkan hukum asing dalam hal keberlakuan atau penegakan semacam itu dianggap bertentangan dengan, atau mengakibatkan pelanggaran terhadap kepentingan masyarakat umum Indonesia di bidang sosial-budaya, ekonomi atau pertahanan dan keamanan, pelanggaran terhadap nilai-nilai dasar yang hidup di dalam masyarakat Indonesia;
- u. Aturan Hukum Memaksa adalah aturan-aturan hukum yang bersumber pada peraturan perundang-undangan nasional yang berlaku di Indonesia atau sumber hukum nasional yang berlaku termasuk hukum internasional sebagai sumber hukum yang sah di negara asing, dan yang karena isi, sifat dan tujuannya, tidak dapat dikesampingkan atau disimpangi melalui kesepakatan di antara pihak-pihak dalam suatu hubungan hukum keperdataan;

- v. Konvensi HPI adalah perjanjian-perjanjian hukum internasional publik di bidang HPI termasuk protokol-protokol yang menyertainya, baik yang bersifat bilateral atau multilateral, yang diratifikasi oleh Indonesia pada saat atau setelah Undang-undang ini diundangkan;

D. Asas, Maksud dan Tujuan

a. Undang-undang HPI ini didasarkan pada asas-asas:

- 1) Pancasila dan Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945;

Pancasila dan Pembukaan UUD 1945 memberikan landasan filosofis serta yuridis bagi RUU HPI Nasional. Nilai-nilai Pancasila yang dimuat sebagai tujuan negara di dalam Pembukaan UUD 1945 menentukan arah pengaturan undang-undang ini, khususnya dalam menempatkan peran Indonesia sebagai negara berdaulat yang juga bertujuan menciptakan ketertiban yang berkeadilan dalam pergaulan internasional.

- 2) Pengakuan dan penghormatan atas kesederajatan sistem-sistem hukum negara-negara berdaulat di dunia.

- 3) Keadilan dan kepastian hukum dalam hubungan-hubungan hukum keperdataan yang melibatkan subyek hukum Indonesia dan mengandung unsur-unsur transnasional.

Penyelesaian persoalan HPI berdasarkan RUU HPI, baik di dalam atau di luar badan peradilan, harus dapat menciptakan keadilan dan kepastian hukum bagi semua pihak yang terkait dalam persoalan HPI tersebut. Hakim pengadilan Indonesia, para pengemban profesi hukum, pihak-pihak dalam perkara, atau pemangku kepentingan lain harus dapat menggunakan RUU HPI sebagai pegangan utama dalam penyelesaian persoalan-persoalan HPI yang karena satu dan lain hal berkaitan dengan Indonesia.

- 4) Pemenuhan harapan pihak-pihak yang sah dalam hubungan-hubungan HPI;

Suatu persoalan di bidang hukum keperdataan dan perniagaan (*civil and commercial matters*) hampir pasti melibatkan pihak dalam kedudukan mereka sebagai subyek hukum perdata (baik orang atau

badan hukum). Karena itu, harapan yang sah dari subjek hukum perdata tersebut (*legitimate expectations of the parties*) dalam transaksi-transaksi transnasional mereka juga harus memperoleh perlindungan.

- 5) Kewajaran dan kepatantasan dalam mengedepankan kepentingan nasional dan perlindungan terhadap Warganegara Indonesia.

Sebagai asas utama yang berkembang di dalam bidang hukum keperdataan dan hukum perniagaan modern, prinsip terhadap kewajaran dan kepatantasan (*reasonableness and fairness*) berfungsi sebagai asas/prinsip dalam upaya menciptakan keadilan dan kepastian hukum. Namun, RUU HPI ini juga harus mengutamakan perlindungan terhadap hak dan tanggungjawab warganegara Indonesia dalam pergaulan transnasional mereka.

- 6) Pelindungan terhadap nilai-nilai dasariah yang hidup di dalam masyarakat, bangsa dan negara Indonesia.

RUU HPI harus memberikan ruang gerak yang cukup bagi pengadilan dan pihak-pihak lain yang terkait dalam penyelesaian persoalan HPI secara proporsional untuk menjaga kelestarian nilai-nilai sosial budaya yang hidup di dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara Indonesia, dalam hal dihadapkan pada keberlakuan hukum dan/atau hak-hak asing.

- 7) Harmonisasi internasional dalam pemutusan perkara-perkara di bidang hukum keperdataan yang mengandung unsur-unsur transnasional;

RUU HPI didasarkan kepada upaya terciptanya keselarasan pola pemutusan perkara (*decisional harmony*) dengan pola penyelesaian perkara yang berkembang secara internasional. Karena itu, asas-asas dan aturan-aturan umum HPI yang tumbuh dan berkembang secara internasional (melalui konvensi-konvensi dan kebiasaan-kebiasaan internasional) juga perlu diakui dan digunakan di dalam UU HPI Indonesia.

- b. Rancangan Undang-Undang Hukum Perdata Internasional dimaksudkan menjadi pedoman hukum serta parameter hukum yang digunakan baik oleh Pengadilan Indonesia dalam penetapan yurisdiksi internasional Pengadilan Indonesia, penunjukan dan penentuan hukum intern serta hukum materiil yang seharusnya diberlakukan pada hubungan-hubungan hukum keperdataan yang mengandung unsur-unsur transnasional, dan pengakuan serta pelaksanaan putusan-putusan pengadilan asing di dalam wilayah hukum Indonesia, maupun bagi masyarakat dalam melakukan kegiatan transaksional keperdataan yang terkait dengan keperdataan internasional.
- c. Rancangan Undang-Undang Hukum Perdata Internasional ini bertujuan untuk mewujudkan sistem penyelesaian sengketa HPI yang efektif dan efisien. Oleh karena itu, untuk menjadikan ketentuan HPI sebagai sumber hukum yang pasti dalam sistem hukum nasional Indonesia, ditegaskan bahwa, dalam hal para pihak tidak menentukan pilihan hukum, hakim dibenarkan untuk mengadili perkara dengan mendasarkan pada konvensi internasional atau bilateral yang telah diratifikasi oleh Pemerintah.

E. Ruang Lingkup

Rancangan Undang-Undang Hukum Perdata Internasional berlaku terhadap perkara keperdataan yang mengandung unsur transnasional, dan/atau perkara terkait dengan transnasional sebagai berikut:

- a. Yurisdiksi internasional Pengadilan Indonesia atau pengadilan asing dalam perkara-perkara HPI menunjukkan pertautan substansial dengan Indonesia termasuk pengakuan/penolakan kewenangan mengadili badan peradilan asing;
- b. Hukum internasional yang seharusnya diberlakukan sebagai hukum material/substansial dalam penyelesaian persoalan-persoalan hukum yang terbit dari hubungan-hubungan atau peristiwa-peristiwa transnasional;
- c. Parameter hukum terhadap pengakuan serta pelaksanaan putusan hukum asing di dalam wilayah hukum Indonesia; dan

- d. Pembatasan atau pengecualian terhadap pelaksanaan aturan dari HPI yang tetap mengedepankan perlindungan kepentingan umum serta kepatuhan hubungan dari keperdataan/perniagaan transnasional tersebut terhadap peraturan perundang-undangan Indonesia.

1. Perjanjian Internasional terhadap Ketentuan HPI

- a. Ketentuan Perjanjian Internasional yang dilakukan oleh Indonesia baik secara bilateral atau multilateral yang menentukan pengaturan khusus melalui perjanjian internasional terhadap ketentuan terkait dengan hukum perdata internasional yang diatur dalam RUU, menjadi aturan khusus berdasarkan RUU HPI sepanjang telah dilakukan pengesahan berdasarkan peraturan perundang-undangan nasional.
- b. Dalam hal ketentuan RUU HPI belum mengatur ketentuan keperdataan internasional, kaidah/asas hukum yang dipatuhi dalam kebiasaan internasional, ketentuan kaidah/asas yang diakui secara umum dalam hukum perdata internasional dapat digunakan sebagai pertimbangan oleh Pengadilan Indonesia dalam mengatasi persoalan hukum perdata internasional. Hal ini sesuai dengan prinsip hukum Indonesia bahwa hakim tidak boleh menolak perkara dikarenakan belum ada dasar hukumnya, melainkan harus menggali dan menemukan hukumnya.

2. Ketertiban Umum, Nilai-Nilai Kesusilaan dan Aturan Hukum Memaksa

- a. Pengadilan Indonesia dapat menolak untuk memberlakukan atau mengakui keberlakuan aturan hukum asing atau hak-hak yang terbit secara sah berdasarkan hukum asing dan seharusnya berlaku, atau diakui keberlakuannya untuk dilaksanakan berdasarkan ketentuan hukum acara perdata atau ketentuan peraturan perundang-undang nasional terkait pelaksanaan putusan pengadilan asing tersebut mengakibatkan pertentangan dengan;
 - 1) ketertiban umum Indonesia;

- 2) peraturan perundang-undangan nasional Indonesia;
 - 3) nilai-nilai kesusilaan yang sejalan dengan maksud dan tujuan hukum berdasarkan kepada Pancasila sebagai sumber hukum nasional; dan/atau
 - 4) Kepentingan negara dan bangsa di bidang ekonomi, sosial-budaya, atau pertahanan-keamanan.
- b. Ketertiban Umum dalam RUU ini menjadi dasar hukum umum yang digunakan oleh Pengadilan Indonesia untuk mengesampingkan keberlakuan hukum asing atau menolak penegakan suatu status hukum yang terbit berdasarkan hukum asing apabila keberlakuan atau penegakan semacam itu dianggap bertentangan dengan atau melanggar kepentingan masyarakat umum serta nilai-nilai kesusilaan yang hidup di dalam masyarakat Indonesia berdasarkan Pancasila.

3. Penetapan Hukum yang Berlaku

- a. Ketentuan hukum yang diatur dalam RUU HPI ataupun yang diatur dalam peraturan perundang-undangan khusus di luar RUU HPI menjadi dasar pertimbangan pengadilan untuk menyelesaikan perkara terkait HPI. Namun, dalam hal ketiadaan pengaturan norma sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan, pengadilan dapat menetapkan penerapan asas-asas relevan yang digunakan pada kebiasaan dalam praktik penyelesaian HPI. Pentingnya suatu pengaturan kualifikasi dalam muatan RUU HPI penting mengingat bahwa dalam suatu persoalan HPI terdapat lebih dari satu sistem hukum asing, atau hukum Indonesia dan suatu sistem hukum asing, dengan demikian secara potensial dapat mengakibatkan konflik kualifikasi. Situasi itu timbul apabila perbedaan kualifikasi antara *lex fori* (hukum berdasarkan pilihan forum) dengan kualifikasi suatu sistem hukum asing mengakibatkan perbedaan atau bahkan pertentangan dalam menyelesaikan persoalan HPI.
- b. Dalam rangka penetapan menetapkan hukum yang seharusnya berlaku untuk memeriksa suatu perkara HPI, Pengadilan Indonesia

terlebih dahulu mengkualifikasi fakta-fakta yang membentuk pada sebuah perkara HPI (*kualifikasi fakta*) serta menyatakan kualifikasi perkara tersebut sebagai peristiwa HPI tertentu (*kualifikasi hukum*) berdasarkan hukum Indonesia. Konsep yang ada dalam RUU HPI pada dasarnya menggunakan doktrin kualifikasi *lex fori*, namun demi fleksibilitas dan ruang gerak bagi pengadilan untuk mengupayakan keadilan dan kewajaran dalam penyelesaian perkara HPI, maka ketentuan RUU HPI membuka kemungkinan bagi hakim untuk dapat melaksanakan kualifikasi dengan menggunakan doktrin lain yang berkembang dalam teori HPI sepanjang relevan dan belum diatur dalam ketentuan RUU HPI atau peraturan perundang-undangan nasional lainnya. Penggunaan tersebut dapat dilakukan melalui perluasan kualifikasi *lex fori* dengan tidak mengabaikan pranata-pranata hukum yang relevan dan dikenal di dalam sistem hukum asing yang terkait dengan perkara HPI tersebut. Selanjutnya, kemungkinan lain juga disediakan bagi pengadilan untuk melakukan kualifikasi secara bertahap, seandainya hasil kualifikasi berdasarkan hukum asing ternyata berbeda dengan kualifikasi berdasarkan hukum Indonesia atas perkara yang sama.

- c. Dalam melakukan kualifikasi fakta maupun kualifikasi hukum perkara harus dikualifikasi terlebih dahulu, dan apabila ditentukan oleh hakim bahwa bukan sebagai persoalan substansial (*substantive law issue*) melainkan sebagai sebuah persoalan hukum acara perdata (*procedural law issue*), maka sejalan dengan asas yang berlaku secara universal, hukum yang harus diberlakukan untuk menyelesaikan persoalan tersebut adalah Hukum Acara Perdata Indonesia (*lex fori*).
- d. Pada saat melakukan penyelesaian persoalan HPI, hakim terlebih dahulu harus menetapkan tahapan sebagai berikut:
 - 1) Penetapan Persoalan Pendahuluan (*incidental/preliminary question*) dalam pemeriksaan persoalan HPI. Persoalan Pendahuluan merupakan suatu persoalan HPI yang khas. Ketika dalam hal proses penyelesaian sebuah persoalan HPI yang dihadapi sebagai pokok perkara (“persoalan pokok”), Pengadilan

Indonesia terlebih dahulu harus menetapkan status hukum dari suatu persoalan hukum lain yang juga merupakan persoalan HPI. Putusan pengadilan terhadap persoalan pokok akan terpengaruh oleh penetapan pengadilan terhadap persoalan pendahuluan.

- 2) Dilakukan Repartisi (*repartition*). Dimana dalam repartisi ini, persoalan pendahuluan dan persoalan pokok dipahami sebagai dua masalah hukum (HPI) yang terpisah, dikarenakan terdapat kemungkinan bahwa penetapan atas masing-masing masalah ditundukkan pada sistem hukum yang berbeda. Pola ini dipilih karena dianggap lebih sejalan dengan upaya mewujudkan keadilan konfliktual (*conflict justice*).
- 3) Absorpsi. Apabila karena alasan tertentu yang sah, hukum yang seharusnya diberlakukan terhadap persoalan pendahuluan dimaksud ternyata tidak dapat ditentukan, Pengadilan Indonesia dapat memberlakukan sistem hukum yang sama dengan sistem hukum yang diberlakukan atas persoalan pokok (*absorption*). Demikian pula, apabila karena alasan tertentu yang sah, hukum yang seharusnya diberlakukan terhadap persoalan pendahuluan dimaksud ternyata tidak dapat ditentukan, Pengadilan Indonesia memberlakukan hukum Indonesia untuk menetapkan status hukum persoalan pendahuluan.

4. Penunjukan Kembali (*Renvoi*)

Pengadilan Indonesia dapat membuat pertimbangan untuk melaksanakan atau tidak melaksanakan suatu penunjukan kembali tersebut dalam hal pemberlakuan hukum intern asing dapat mengakibatkan:

- a) Pengabaian terhadap nilai-nilai keadilan dalam penyelesaian perkara;
- b) Pengabaian terhadap kepentingan yang sah para pihak yang berperkara;
- c) Pelanggaran terhadap kepentingan nasional Indonesia; dan/atau

- d) Pelanggaran terhadap undang-undang dan nilai kesusilaan Masyarakat berdasarkan Pancasila.

Ketentuan tentang *renvoi* atau penunjukan kembali tidak dapat digunakan dalam hal:

- a) Terdapatnya pilihan hukum yang sah berdasarkan kesepakatan para pihak di dalam perjanjian;
- b) Hukum yang seharusnya berlaku ditetapkan berdasarkan RUU HPI atau berdasarkan undang-undang yang berlaku di Indonesia;
- c) Pemberlakuan tersebut menimbulkan pertentangan dengan undang-undang Republik Indonesia.

Suatu *Renvoi* pada dasarnya merupakan alat rekayasa (*escape device*) yang adakalanya dibutuhkan oleh pengadilan untuk mengesampingkan hukum materiil asing yang seharusnya berlaku menurut kaidah HPI. Prarat ini hanya dapat dilaksanakan apabila Pengadilan menyadari bahwa kaidah HPI asing yang relevan akan menunjuk kembali ke arah hukum internal *lex fori* atau ke arah hukum internal suatu sistem hukum asing ketiga. Bila penunjukan kembali atau penunjukan lebih lanjut itu dianggap baik untuk penyelesaian persoalan, maka pengadilan dapat menerima penunjukan kembali (“menerima *Renvoi*”).

Menyadari bahwa *renvoi* pada dasarnya timbul akibat bertemunya asas HPI dari dua negara yang berbeda (misalnya salah satu menggunakan asas kewarganegaraan dan menunjuk ke arah sistem hukum lain yang menggunakan asas domisili), dan perbedaan semacam itu umumnya muncul dalam bidang-bidang hukum keperdataan yang menyangkut status subyek hukum, hukum keluarga, hukum perkawinan, hukum adopsi internasional, atau hukum pewarisan internasional, maka RUU harus HPI juga membatasi penggunaan *renvoi* itu dalam bidang-bidang tersebut, dan mencegah penggunaannya dalam hukum perikatan, hukum benda dan bidang-bidang khusus yang terbit dari perjanjian atau perbuatan melawan hukum.

5. Penetapan Hukum Asing Sebagai Hukum

- a) Pengadilan Indonesia secara *ex-officio* harus menganggap aturan-aturan hukum internal asing yang diberlakukan dalam

penyelesaian suatu persolan HPI berdasarkan undang-undang ini sebagai hukum. Untuk memperoleh keyakinan mengenai isi, makna dan lingkup keberlakuan aturan-aturan hukum internal asing Pengadilan dapat memerintahkan untuk menghadirkan saksi-saksi ahli yang dianggap memiliki kompetensi untuk menguatkan keyakinan itu, menurut prosedur hukum acara yang berlaku. Untuk memudahkan pelaksanaan ini, kiranya diperlukan adanya kerja sama antar lembaga pengadilan ataupun dukungan pemangku kepentingan terkait.

- b) Dalam hal kedudukan hukum asing diajukan oleh salah satu atau para pihak yang berperkara berkenaan dengan tuntutan pembayaran sejumlah uang, mengacu proses hukum acara yang berlaku, pengadilan berwenang untuk memerintahkan pihak yang bersangkutan untuk dapat membuktikan terlebih dahulu mengenai aturan hukum internal asing yang berkaitan dengan tuntutan tersebut. Apabila, aturan hukum asing yang dimaksud tidak dapat ditentukan, hukum Indonesia harus digunakan untuk mengadili tuntutan tersebut.

Mengacu pada penentuan suatu hukum asing sebagai hukum, dalam perkara-perkara domestik, hakim secara *ex officio* menganggap hukum yang berlaku dalam suatu perkara sebagai hukum berdasarkan prinsip *iura novit curia* (“hakim dianggap mengetahui hukum”). Namun, dalam perkara HPI, hukum asing yang diberlakukan dalam perkara belum tentu dikenal oleh hakim *lex fori*, dan dalam situasi itu apakah hukum asing itu perlu dianggap sebagai salah satu fakta saja di antara fakta-fakta perkara lainnya mengacu kepada asas *iura novit curia*. Dikarenakan akan sulit menerapkan *iura novit curia* dalam hal hakim *lex fori* dianggap tahu akan hukum asing tersebut sebagai contoh hakim Indonesia dianggap mengetahui hukum negara bagian California, oleh karena itu suatu hukum asing merupakan sebagai salah satu fakta diantara perkara fakta lainnya. Oleh karena itu, *iura novit curia* atau hakim dianggap mengetahui hukum, dibatasi terhadap hukum yang berlaku secara nasional terhadap perkara yang dihadapkan kepada

hakim dan bukan hukum asing. Penentuan hukum asing oleh hakim secara *ex officio* terhadap *iura novit curia* hanya dipertimbangkan sebagai fakta dan bukan sebagai hukum, hal ini untuk mencegah adanya koreksi pada tingkat banding dan kasasi karena hakim dianggap salah menerapkan hukum.

Prinsip hakim dianggap tahu akan hukumnya (*iura novit curia*) hanya dapat diterapkan dalam perkara domestik saja, dan dalam melakukan pemeriksaan perkara yang merupakan persoalan memuat unsur hukum asing, untuk memperkuat keyakinan tersebut Pengadilan dapat meminta bantuan baik saksi, saksi ahli, atau meminta bantuan para pihak serta kerjasama antar lembaga pengadilan. Dengan demikian, menganggap keberadaan hukum asing adalah sebagai suatu fakta bersama dengan fakta lainnya dalam suatu pemeriksaan perkara HPI, hal ini untuk menghindari kemungkinan upaya hukum terhadap kesalahan penerapan hukum baik pada tingkat banding serta tingkat kasasi.

6. Hukum Antar Tata Hukum Intern

Dalam suatu penyelesaian persoalan HPI, hakim dapat menetapkan berlakunya yurisdiksi pengadilan atau hukum internal sebuah negara yang mengakui keberadaan kewenangan yurisdiksi pengadilan lokal yang berbeda atau keberlakuan sub-sub sistem hukum lokal, regional atau teritorial yang didukung oleh seperangkat asas dan aturan hukum antar tata hukum internal yang berbeda-beda. Kewenangan yurisdiksional pengadilan atau hukum material yang ditetapkan oleh aturan hukum antar tata hukum internal dapat diberlakukan dalam menetapkan pengadilan lokal yang berwenang atau dalam menetapkan hukum materail yang seharusnya berlaku. Ketentuan ini secara *mutatis-mutandis*, berlaku dalam hal kaidah HPI asing menunjuk ke arah Pengadillan sebagai forum yang memiliki yurisdiksi atau hukum Indonesia sebagai hukum material yang seharusnya berlaku.

Adanya pengaturan mengenai ketentuan Hukum Antar Tata Hukum Intern ini bertujuan untuk menetapkan aturan tentang keberlakuan kaidah Hukum Antar Tata Hukum Intern (HATAH Intern) baik yang berlaku baik keluar dan kedalam. Artinya, ketentuan tersebut diatas menggunakan dua perspektif, yaitu yang bersifat “*inward*” dan bersifat “*outward*” untuk mengantisipasi kemungkinan bahwa

- a. “*inward*” dalam hal hukum Indonesia yang seharusnya berlaku maka hal itu dimaknai, bahwa RUU HPI memberikan kewenangan untuk menetapkan bahwa kewenangan yurisdiksi itu dilaksanakan oleh badan peradilan khusus dan/atau hukum Indonesia. Internal dimaksud adalah aturan hukum di dalam salah satu sub-sistem hukum internal Indonesia, misalnya aturan-aturan Syariah Islam, atau aturan hukum adat tertentu.
- b. “*Outward*”, dalam arti bahwa seandainya berdasarkan RUU HPI menunjuk ke suatu forum asing yang seharusnya berwenang, atau sistem hukum asing sebagai hukum seharusnya berlaku, maka penunjukan itu dapat berarti penunjukan ke arah pengadilan suatu negara bagian dalam suatu sistem federal atau menunjuk ke arah hukum suatu negara bagian.

7. Subjek Hukum Keperdataan

7.1 Status personal

- a. Suatu status personal orang pribadi orang pada dasarnya tunduk pada hukum nasional orang tersebut yang ditetapkan dengan didasarkan kepada prinsip kewarganegaraan. Namun, apabila hukum nasional orang tersebut tidak dapat ditentukan, maka status personal orang tersebut ditetapkan berdasarkan hukum tempat kediaman tetap (*lex domicilii*) orang tersebut berada. Hal tersebut sesuai dengan ketentuan hukum yang berdasarkan acara perdata menurut HIR yang menganut asas *actor sequitor forum rei*. Dalam hal dinamika global yang dinamis selaras dengan perkembangan

- transportasi dan telekomunikasi apabila penentuan hukum nasional melalui kewarganegaraan ataupun domisili tidak dapat ditentukan maka status personal orang tersebut ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat kediaman sehari-hari (*habitual residence*) orang tersebut.
- b. Apabila hukum nasional tidak dapat ditentukan baik berdasarkan kewarganegaraan; domisili tetap; dan kediaman sehari-hari maka status personal orang tersebut ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat yang berdasarkan pertimbangan Pengadilan dianggap memiliki kaitan paling nyata dan substansial (*the most real and substantial connection*) dengan orang tersebut.
 - c. Sedangkan terhadap status personal seorang warganegara Indonesia yang berada di luar negeri tunduk pada hukum Indonesia.
 - d. Status personal seorang asing yang telah berkedomisili sehari-hari di wilayah Indonesia baik secara tetap dan terus menerus dalam jangka waktu tertentu akan tunduk pada hukum Indonesia. Dalam hal bertempat tinggal berturut-turut di wilayah Indonesia selama 5 (lima) tahun atau bertempat tinggal di wilayah Indonesia paling sedikit 10 (sepuluh) tahun berturut-turut, maka terhadap orang asing tersebut dapat dilekatkan hukum yang berlaku adalah hukum Indonesia. Penentuan waktu tersebut didasarkan kepada penentuan syarat pengajuan permohonan kewarganegaraan. Selain itu terhadap penentuan waktu 10 tahun tersebut juga mengacu berdasarkan ketentuan keimigrasian dimana acuan 10 tahun ini adalah setelah bila seseorang telah memiliki perkawinan campuran yang telah mencapai 10 tahun, maka yang bersangkutan tetap berhak mempertahankan ijin tinggal tetap walau perkawinan berakhir.
 - e. Dalam hal hukum kewarganegaraan seseorang harus dinyatakan berlaku tetapi orang tersebut terbukti memiliki dua atau lebih kewarganegaraan yang sah dari negara-negara yang berbeda, hukum kewarganegaraan yang berlaku terhadap orang tersebut

- berdasarkan RUU HPI adalah hukum negara tempat orang tersebut berkediaman tetap atau berkediaman sehari-hari.
- f. Dalam hal seseorang tidak memiliki kewarganegaraan atau kewarganegaraannya tidak dapat ditentukan, maka hukum yang berlaku atas orang tersebut adalah hukum tempat orang tersebut berkediaman sehari-hari atau hukum dari tempat yang memiliki kaitan yang paling nyata dengan orang tersebut.
 - g. Apabila salah satu dari kewarganegaraan tersebut adalah kewarganegaraan Indonesia atau tempat kediaman sehari-hari atau tempat yang memiliki kaitan yang paling nyata dengan orang tersebut adalah Indonesia, Pengadilan Indonesia berwenang untuk memeriksa perkara HPI tersebut berdasarkan hukum Indonesia, kewenangan Pengadilan Indonesia memeriksa perkara HPI dimaksud hanya berlaku sepanjang masalah atau perkara hukum yang dihadapi menyangkut status dan kewenangan orang tersebut hanya untuk melakukan perbuatan hukum atau terhadap peristiwa/tindakan hukum keperdataan di bidang hukum tentang orang, keluarga, dan waris. Untuk perbuatan hukum atau terhadap peristiwa/tindakan hukum keperdataan di bidang hukum keperdataan dan perniagaan lain, orang tersebut harus diperlakukan sebagai orang asing
 - h. Untuk melakukan perbuatan hukum keperdataan, kecakapan hukum seorang warganegara asing atau badan hukum asing untuk melakukan suatu perbuatan hukum tunduk pada hukum Indonesia.
 - i. Kecakapan melakukan perbuatan hukum bagi subjek hukum asing tersebut terhadap perbuatan hukum di bidang hukum keluarga dan hukum waris, tunduk pada hukum yang berlaku atas status personal orang tersebut. Sedangkan kecakapan hukum seorang warganegara Indonesia yang berada di luar negeri di bidang hukum keluarga dan hukum waris terhadapnya tunduk pada hukum Indonesia.
 - j. Dalam hal menyangkut perbuatan hukum yang menyangkut benda tidak bergerak, kemampuan hukum seseorang untuk melakukan

perbuatan hukum yang demikian diatur oleh hukum negara tempat benda tidak bergerak itu terletak. Sedangkan pada benda bergerak yang diberlakukan adalah sepanjang menyangkut benda tersebut didaftarkan.

- k. Pengadilan dapat menetapkan tindakan-hukum baik berupa sita ataupun penetapan sementara apabila dipandang perlu oleh untuk dikenakan terhadap orang asing yang telah meninggalkan wilayah Indonesia sebagai domisili atau tempat kediaman sehari-hari diatur berdasarkan Hukum Indonesia. Ketentuan tindakan hukum sementara dilakukan dengan permohonan.
- l. Dalam hal hilangnya orang asing serta akibat hukum yang terbit dari peristiwa hilangnya orang asing itu, tunduk pada hukum kewarganegaraan orang tersebut; dan dalam hal kewarganegaraan orang tersebut tidak diketahui atau tidak dapat ditentukan, ditentukan berdasarkan hukum yang seharusnya berlaku atas status personal berdasarkan RUU HPI, baik terhadap domisili atau kediaman sehari-hari orang tersebut.
- m. Akibat hukum dimaksud yang menyangkut benda-benda tak bergerak yang terletak di wilayah Negara Republik Indonesia tunduk pada Hukum Indonesia.

7.2 Tentang Status Badan Hukum

- a. Badan sebagaimana dimaksud dalam RUU HPI ini merupakan badan hukum yang berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan Indonesia baik dalam bentuk persekutuan orang dan/atau harta kekayaan, atau badan hukum asing, baik yang didirikan untuk melakukan kegiatan usaha agar memperoleh keuntungan atau badan hukum yang diperuntukan untuk tujuan tertentu dibidang sosial, keagamaan, dan kemanusiaan, yang berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan berbentuk badan hukum.
- b. Badan hukum sebagaimana dimaksud dalam hal ini memperoleh kemampuan dan kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum

- serta memikul hak, kewajiban, tanggungjawab hukum sebagai satu entitas badan hukum.
- c. Tempat kedudukan hukum sebuah korporasi meliputi tempat pendirian dan pendaftaran korporasi yang bersangkutan. Ketentuan ini mengacu kepada prinsip badan hukum tersebut dilahirkan/didaftarkan.
 - d. Dalam hal tempat kedudukan hukum badan hukum dimaksud tidak dapat ditentukan, atau fakta dan keadaan dalam perkara menunjukkan kaitan yang lebih nyata dan substansial dengan suatu tempat lain selain tempat yang dimaksud maka Pengadilan dapat menganggap tempat lain itu sebagai tempat kedudukan hukum korporasi dengan memperhatikan titik-titik pertautan yang ditetapkan. Pertimbangan-pertimbangan utama bagi Pengadilan dalam penetapan tempat kedudukan yang hukum sebuah badan hukum dalam Pasal ini adalah satu atau lebih titik-pertautan nyata dan signifikan yang meliputi:
 - 1) Tempat pendaftaran badan hukum;
 - 2) Tempat pemusatan kegiatan administrasi badan hukum;
 - 3) Tempat pemusatan kegiatan usaha badan hukum, dan/atau
 - 4) Tempat pusat pengendalian badan hukum.
 - e. Hukum yang berlaku atas suatu badan hukum adalah hukum dari tempat kedudukan badan hukum tersebut atau kedudukan badan hukum yang ditetapkan berdasarkan peraturan perundang-undangan.
 - f. Hukum yang diberlakukan atas badan hukum menetapkan kemampuan dan kewenangan badan hukum, termasuk pada hal-hal yang menyangkut status sebagai badan hukum atau non-badan hukum, pendirian dan pendaftaran, kemampuan untuk memiliki, menguasai atau mengalihkan kekayaan korporasi, kemampuan untuk menggugat atau digugat, pembubaran, penggabungan, dan likuidasi.

g. Hukum Indonesia dapat diberlakukan atas sebuah badan hukum yang didasarkan baik status dan tempat kedudukan badan hukum merupakan yang seharusnya tunduk pada hukum asing, namun secara faktual memusatkan kegiatan pengelolaan (*centre of administration*), memusatkan kegiatan usaha, atau memusatkan pengendalian badan hukum di Indonesia. Keberlakuan hukum Indonesia terhadap badan hukum dimaksud sejauh alasan pemberlakuan hukum Indonesia tersebut berkaitan langsung dengan pelaksanaan kegiatan pengelolaan, kegiatan usaha atau kegiatan pengendalian korporasi di Indonesia, termasuk pada transaksi-transaksi atau tindakan-tindakan hukum yang berdampak pada kepentingan umum Indonesia.

8. Keluarga

8.1 Perkawinan

- a. Suatu perkawinan transnasional menurut hukum Indonesia, meliputi:
- 1) Perkawinan dilangsungkan di Indonesia antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang memiliki kewarganegaraan yang berbeda dan salah satu pihak berkewarganegaraan Indonesia.;
 - 2) Antar warganegara Indonesia yang dilangsungkan di luar wilayah Indonesia; atau
 - 3) Antara pihak-pihak yang bukan berkewarganegaraan Indonesia namun dilangsungkan di wilayah Indonesia
- Kualifikasi hukum baik terhadap persyaratan atau keabsahan perkawinan yang dilakukan secara transnasional dimaksud ditetapkan berdasarkan hukum Indonesia, dengan tetap menghormati untuk diakuinya keberadaan hukum asing yang relevan sepanjang sesuai dengan nilai kesusilaan yang ada di Indonesia dan/atau peraturan perundang-undangan.
- b. Pemenuhan persyaratan material untuk sahnya sebuah perkawinan transnasional ditetapkan berdasarkan hukum kewarganegaraan masing-masing pihak pada saat perkawinan dilangsungkan. Apabila

- hukum nasional dari salah satu atau para pihak yang dimaksud tidak dapat ditentukan berdasarkan kewarganegaraan, maka pemenuhan persyaratan material perkawinan pihak tersebut ditetapkan berdasarkan hukum yang seharusnya berlaku atas status personal pihak tersebut.
- c. Ketentuan pemenuhan persyaratan dimaksud ini berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan kaidah memaksa dari hukum nasional tempat perkawinan dilangsungkan, dan dalam hal salah satu pihak berkewarganegaraan Indonesia, sepanjang tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan kaidah memaksa Indonesia. Sedangkan Pemenuhan syarat-syarat formal untuk sahnya sebuah perkawinan transnasional ditentukan berdasarkan hukum negara tempat perkawinan diresmikan.
 - d. Harta kekayaan perkawinan meliputi–harta kekayaan dari suami atau istri, yang diperoleh selama berlangsungnya sebuah perkawinan yang sah dan yang mencakup harta yang dimiliki oleh salah satu pihak atau para pihak sebelum perkawinan ataupun setelah perkawinan berlangsung. Sepanjang tidak disepakati secara berbeda oleh para pihak melalui pembentukan suatu perjanjian perkawinan harta kekayaan dari sebuah perkawinan yang dimaksud diatur berdasarkan hukum tempat para pihak tersebut berkewarganegaraan. Namun, apabila para pihak memiliki kewarganegaraan yang berbeda, maka akibat-akibat hukum atas harta kekayaan perkawinan para pihak, sepanjang tidak ditentukan lain di dalam suatu perjanjian perkawinan yang dimaksud diatur berdasarkan hukum dari tempat kediaman sehari-hari bersama para pihak selama perkawinan berlangsung.
 - e. Dalam hal, hukum tempat kediaman sehari-hari tidak dapat ditentukan, maka akibat-akibat hukum atas harta kekayaan perkawinan para pihak diatur berdasarkan hukum dari tempat kediaman sehari-hari salah satu pihak yang dianggap memiliki kaitan paling nyata dan substansial dengan harta perkawinan.

- f. Perjanjian tentang harta kekayaan perkawinan yang dimaksud *Perjanjian Perkawinan* merupakan perjanjian yang dibuat oleh sepasang suami-isteri dalam sebuah perkawinan transnasional yang memuat kesepakatan para pihak tentang harta kekayaan perkawinan, termasuk namun tidak terbatas pada perihal status-kepemilikan, penguasaan dan kepengurusan para pihak atas harta kekayaan selama berlangsungnya perkawinan. Untuk persyaratan material keabsahan sebuah perjanjian perkawinan yang dimaksud tunduk pada hukum tempat para pihak berkediaman tetap bersama pada saat perkawinan berlangsung, dengan tidak mengesampingkan peraturan perundang-undangan Indonesia yang bersifat memaksa mengenai hak-hak kebendaan atas benda tetap dan benda-benda lain yang terletak atau yang harus didaftarkan di Indonesia. Sedangkan pada persyaratan formal keabsahan sebuah perjanjian perkawinan tunduk pada hukum tempat perjanjian dibuat dengan tidak mengesampingkan peraturan perundang-undangan Indonesia yang bersifat memaksa mengenai hak-hak kebendaan atas benda tetap dan benda-benda lain yang terletak atau yang harus didaftarkan di Indonesia. Dalam hal para pihak yang membuat perjanjian perkawinan melakukan pilihan hukum perjanjian harta perkawinan, Pengadilan menghormati perjanjian sebagai perikatan yang mengikat para pihak.
- g. Mengacu kepada perjanjian perkawinan yang dilakukan, para pihak dalam sebuah perkawinan dapat bersepakat untuk memilih hukum nasional yang akan berlaku atas perjanjian perkawinan dan akibat hukum dari perjanjian terhadap harta kekayaan selama berlangsungnya perkawinan. Pilihan hukum yang dimaksud ini hanya dapat dilakukan ke arah hukum dari negara yang memiliki kaitan yang paling nyata dan substansial terhadap perkawinan, yang ditetapkan berdasarkan domisili bersama, tempat kediaman sehari-hari bersama atau, tempat letak harta kekayaan utama para pihak. Sedangkan untuk hukum yang dipilih oleh para pihak mengatur perihal pemenuhan persyaratan material dan persyaratan formal

- untuk keabsahan suatu perjanjian perkawinan, dengan tidak mengesampingkan peraturan perundang-undangan Indonesia yang bersifat memaksa mengenai hak-hak kebendaan atas benda tetap yang terletak di Indonesia dan benda-benda tidak tetap yang harus didaftarkan di Indonesia.
- n. Suatu hubungan perkawinan dapat diakhiri karena perceraian dengan didasarkan kepada ketentuan prosedur formal menurut hukum acara perdata Indonesia hal ini mendasarkan kepada hukum yang menyatakan keabsahan perkawinan tersebut, dalam hal ini Pengadilan Indonesia.
- o. Apabila hukum kewarganegaraan tidak dapat ditentukan, maka pemenuhan persyaratan material dan formal untuk melakukan perceraian ditentukan berdasarkan hukum tempat kediaman sehari-hari (*habitual residence*) masing-masing pihak pada saat gugatan perceraian diajukan. Dalam hal hukum yang dimaksud tidak dapat ditentukan, maka syarat material dan formal untuk melakukan perceraian ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat yang dianggap memiliki kaitan paling nyata dan substansial (*the most real and substantial relationship*) dengan perkawinan para pihak pada saat gugatan perceraian diajukan.
- p. Perceraian berdasarkan kesepakatan bersama hanya dapat dilakukan jika hal itu diperkenankan berdasarkan hukum kewarganegaraan masing-masing pihak, atau, dalam hal kewarganegaraan para pihak atau salah satu pihak tidak dapat ditentukan, berdasarkan hukum tempat kediaman bersama sehari-hari (*common habitual residence*) para pihak, atau dalam hal tempat kediaman bersama sehari-hari tidak dapat ditentukan, berdasarkan hukum Indonesia sebagai hukum tempat Pengadilan gugatan perceraian diajukan.
- q. Suatu pembatalan perkawinan dilakukan berdasarkan hukum dari tempat yang menetapkan dan memberlakukan persyaratan materiil perkawinan yang bersangkutan. Apabila alasan-alasan pembatalan perkawinan itu adalah kekeliruan, penipuan atau paksaan, maka

hukum yang berlaku untuk pembatalan perkawinan adalah hukum dari negara tempat perkawinan diresmikan.

8.2 Hubungan Orang Tua dan Anak

- a. Keabsahan kedudukan seorang anak sebagai anak sah dari suami ibu biologis anak tersebut ditentukan berdasarkan hukum tempat suami berkewarganegaraan pada saat anak tersebut dilahirkan. Apabila pada saat seorang anak dilahirkan, suami ibu biologis anak yang bersangkutan meninggal dunia, keabsahan kedudukan anak tersebut sebagai anak dari suami ibunya ditentukan berdasarkan hukum tempat suami tersebut berkewarganegaraan pada saat meninggal. Sedangkan untuk keabsahan dari kedudukan seorang anak sebagai anak dari seorang laki-laki yang mengakui anak tersebut melalui prosedur pengakuan-anak ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat laki-laki yang mengajukan permohonan pengakuan anak berkewarganegaraan. Apabila hukum kewarganegaraan yang dimaksud tidak dapat ditentukan atau tidak relevan, maka keabsahan kedudukan anak dan keabsahan pengakuan anak ditetapkan berdasarkan hukum tempat kediaman sehari-hari (*habitual residence*) suami ibu biologis atau laki-laki yang mengajukan permohonan pengakuan anak. Dalam hal hukum yang seharusnya berlaku tidak dapat ditentukan, maka keabsahan kedudukan anak dan keabsahan pengakuan anak ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat yang dianggap memiliki kaitan paling nyata dan substansial (*the most real and substantial relationship*) dengan suami ibu biologis anak atau laki-laki yang mengajukan permohonan pengakuan anak.
- b. Hubungan hukum serta hak dan kewajiban yang terbit antara seorang anak yang dilahirkan di luar perkawinan yang sah dengan ibu biologisnya ditetapkan berdasarkan hukum tempat ibu biologisnya berkewarganegaraan pada saat anak tersebut dilahirkan. Apabila hukum kewarganegaraan yang dimaksud tidak dapat ditentukan, maka hubungan hukum serta hak dan kewajiban yang

dimaksud ditetapkan berdasarkan hukum tempat kediaman sehari-hari (*habitual residence*) dari ibu biologisnya pada saat anak tersebut dilahirkan. Dalam hal hukum nasional yang dimaksud tidak dapat ditentukan, hubungan hukum serta hak dan kewajiban antara ibu biologis dan anak ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat yang dianggap memiliki kaitan paling nyata dan substansial (*the most real and substantial relationship*) dengan ibu biologisnya.

8.3 Perwalian Anak

- a. Syarat-syarat material untuk melaksanakan perwalian bagi anak di bawah umur, atau alasan untuk secara sah menempatkan seorang anak di bawah umur ditetapkan berdasarkan hukum tempat kewarganegaraan anak tersebut pada saat perwalian dilakukan. Apabila hukum yang dimaksud tidak dapat ditentukan, maka syarat material perwalian bagi anak di bawah umur, atau alasan-alasan untuk secara sah menempatkan seorang anak di bawah umur di bawah perwalian, atau kewenangan serta hak dan kewajiban seorang wali terhadap anak di bawah umur ditetapkan berdasarkan hukum tempat kediaman sehari-hari (*habitual residence*) anak tersebut pada saat perwalian dilakukan.
- b. Dalam hal, hukum nasional yang dimaksud ini tidak dapat ditentukan, maka syarat-material untuk melaksanakan perwalian bagi anak di bawah umur, atau alasan untuk secara sah menempatkan seorang anak di bawah umur di bawah perwalian, atau kewenangan serta hak dan kewajiban seorang wali terhadap anak di bawah umur ditetapkan berdasarkan hukum tempat yang dianggap memiliki kaitan paling nyata dan substansial (*the most real and substantial relationship*) dengan anak tersebut pada saat perwalian dilakukan. Pertimbangan utama yang harus diperhatikan oleh Pengadilan dalam menetapkan hukum dari tempat yang dimaksud adalah keamanan dan kesejahteraan lahir dan batin bagi anak.

- c. Dalam hal pelaksanaan kewenangan serta kewajiban seorang wali atas seorang anak di bawah umur berkenaan dengan obyek yang berupa benda tidak bergerak, hukum yang berlaku atas pelaksanaan kewenangan serta kewajiban wali atas objek benda tidak bergerak tersebut adalah hukum tempat benda tersebut terletak. Dalam hal tidak ada wali yang ditunjuk, berdasarkan hukum Indonesia Balai Harta Peninggalan dapat diangkat untuk menjadi wali untuk kepentingan si anak sampai dewasa atau sampai dengan adanya wali yang ditunjuk, untuk mengurus bagi kepentingan si anak baik terhadap benda tidak bergerak dan benda bergerak.

8.4 Adopsi Internasional

- a. Adopsi yang dimaksud di dalam Undang-undang ini merupakan proses hukum yang dijalankan oleh seorang/sepasang orang tua angkat untuk memperoleh dan mengalihkan secara tetap dan secara sah hak dan tanggung jawab atas seorang/beberapa anak yang terbit dari kekuasaan orang tua/sepasang orang tua biologis orang/ beberapa anak tersebut kepada seorang/sepasang orang tua angkat. Untuk adopsi yang dilakukan antarnegara dilaksanakan oleh seorang/sepasang orang tua angkat warganegara asing atas seorang/beberapa anak warganegara Indonesia, atau sebaliknya, dengan tujuan untuk memenuhi kepentingan terbaik serta kesejahteraan anak. Sedangkan “anak” sebagai subyek hukum dalam adopsi antarnegara termasuk anak-anak dalam hal adopsi dilakukan oleh seorang/sepasang orang tua angkat terhadap lebih dari satu orang anak
- b. Apabila dalam adopsi antarnegara orang tua/sepasang orang tua angkat dan anak yang diangkat memiliki kewarganegaraan yang berbeda, dan pihak anak berkediaman sehari-hari di Indonesia, maka kemampuan hukum dan syarat-syarat esensial lain untuk sahnya adopsi ditentukan berdasarkan hukum Indonesia. Persyaratan formal untuk keabsahan adopsi antarnegara terhadap

seorang anak atau anak-anak berkewarganegaraan Indonesia oleh orang tua angkat berkewarganegaraan asing atau sebaliknya, tunduk pada hukum Indonesia dalam hal pengesahan adopsi dilaksanakan di depan Pengadilan atau lembaga lain yang berwenang di Indonesia. Sebagai akibat dari adopsi antarnegara, status hak dan kewajiban yang *terbit berdasarkan* hukum untuk mengatur hubungan antara anak yang diangkat dan orang tua serta keluarga biologis anak tunduk pada hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan berkediaman sehari-hari.

- c. Dalam hal tempat kediaman sehari-hari tidak dapat ditentukan atau menurut pertimbangan Pengadilan dianggap tidak relevan, maka Pengadilan dapat memberlakukan ketentuan-ketentuan hukum dari tempat yang memiliki kaitan yang paling nyata dan substansial dengan mengutamakan perlindungan terbaik atas kepentingan serta kesejahteraan anak/anak-anak.

9. Tentang Benda Dan Hak Kebendaan

9.1 Hak Kebendaan

- a. Hukum dari tempat suatu benda terletak atau berada (*lex situs*) menetapkan:
 - 1) Status dan kualifikasi benda tersebut sebagai benda tidak bergerak (*immovables*) atau benda bergerak (*movables*);
 - 2) Status dan kualifikasi benda yang dimaksud sebagai benda berwujud (*tangible goods*) atau tidak berwujud (*intangible things*).
 - 3) Hak, kewajiban, serta dokumen-dokumen yang berkaitan dengan kepentingan atas suatu benda untuk ditetapkan sebagai kepentingan perorangan (*in personam*) atau kepentingan kebendaan (*in rem*). Termasuk juga dalam hal ini benda tersebut sebagai benda bergerak yang didaftarkan atau dikualifikasikan sebagai benda bergerak yang didaftarkan.

- 4) Tempat suatu benda tidak bergerak atau yang dipersamakan dengan benda tidak bergerak adalah tempat di mana benda tersebut terletak atau harus didaftarkan
- b. Kualifikasi terhadap kebendaan bergerak tidak berwujud/berwujud tidak terdaftar yang bergerak mengikuti penguasaan pemegang benda tersebut, baik hukum personal pemilik atau penguasa benda tersebut yang diberlakukan. Sedangkan terhadap kualifikasi kebendaan bergerak yang berwujud/ tidak berwujud terdaftar, sepanjang tidak diperjanjikan kebendaan yang berlaku, pendaftaran jaminan kebendaan tersebut untuk diregister menjadi hukum terhadap kebendaan dimaksud.
- c. Hukum terhadap tempat suatu benda bergerak dan berwujud (*tangible movables*) adalah tempat di mana hak-hak perorangan atas benda tersebut diperoleh atau didaftarkan, atau dalam hal tidak memenuhi kualifikasi baik diperoleh dan/atau didaftarkan dapat dikualifikasikan menurut tempat di mana benda berada pada suatu waktu tertentu. Sedangkan untuk tempat benda bergerak tak berwujud, (*intangible movables*) adalah tempat penerbitan hak-hak yang berkenaan dengan benda tersebut atau tempat lain yang dianggap memiliki kaitan yang paling nyata dan substansial dengan benda tersebut, termasuk tempat pendaftaran hak yang melekat pada benda tersebut atau dalam hal tidak didaftarkan kualifikasi hukum merujuk kepada tempat dapat dilakukannya pengajuan gugatan hak atas benda tersebut. Sehingga pada hak-hak atas benda dan penetapan hak-hak tersebut sebagai hak perorangan atau hak kebendaan ditetapkan berdasarkan hukum dari tempat benda terletak/ berada pada suatu waktu.

Sehingga pada pihak-pihak dalam hubungan hukum yang menyangkut benda-benda bergerak seperti dimaksud diatas pada dasarnya setiap pihak dapat membuat kesepakatan untuk melakukan pilihan hukum yang berlaku untuk penetapan hak-hak atas benda-benda tersebut. Dalam hal pilihan hukum semacam itu tidak ada, maka hukum yang berlaku adalah hukum dari tempat letak benda

pada saat terbitnya fakta-fakta hukum berkenaan dengan benda-benda bergerak tersebut, atau benda tersebut sebagai jaminan didaftarkan. Untuk hak-hak kebendaan atas benda-benda bergerak tunduk pada hukum yang dipilih oleh para pihak, dan dalam hal tidak ada pilihan hukum, berakulah hukum dari tempat di mana benda berada. Ketentuan hukum kebendaan dimaksud, mengakui juga terhadap hak-hak kebendaan yang diperoleh baik dikarenakan putusan pengadilan ataupun hak yang diperoleh secara sah berdasarkan peraturan perundang-undangan.

9.2 Kebendaan Pewarisan

- a. Dengan memperhatikan ketentuan pewarisan testamen, ketentuan perolehan hak kebendaan atas benda bergerak dan hak kebendaan bergerak lainnya yang diperoleh karena terjadinya kematian, diatur berdasarkan hukum kewarganegaraan pewaris pada saat orang tersebut meninggal dunia.
- b. Apabila hukum kewarganegaraan pewaris tidak dapat ditentukan, maka proses pewarisan dan peristiwa atau akibat hukum lain terkait dengan pengalihan hak milik yang terbit karena terjadinya kematian diatur berdasarkan hukum dari tempat orang yang meninggal dunia (pewaris) berkediaman sehari-hari (*habitual residence*) terakhir.
- c. Apabila hukum yang dimaksud pada kewarganegaraan dan kediaman sehari-hari pewaris tidak dapat ditentukan, maka proses pewarisan dan peristiwa atau akibat hukum lain terkait dengan pengalihan hak milik yang terbit karena terjadinya kematian diatur berdasarkan dari tempat yang memiliki kaitan paling nyata dan substansial (*the most real and substantial relationship*) dengan pihak yang meninggal dunia (pewaris).
- d. Bagian dari suatu proses pewarisan yang menyangkut benda-benda tidak bergerak, baik dalam pewarisan dengan testamen atau non-testamenter diatur berdasarkan hukum dari tempat benda bergerak berada/terletak dan hanya dapat dilaksanakan dalam hal

pewarisan benda-benda tersebut tidak bertentangan dengan hukum nasional yang berlaku di negara tempat benda tidak bergerak berada/terletak.

- e. Dengan memperhatikan keberadaan hukum asing yang selaras dengan RUU HPI ini, bentuk, persyaratan material, dan persyaratan formal pembuatan surat wasiat diatur berdasarkan hukum tempat pewaris berkewarganegaraan pada saat ia membuat testamen tersebut;
- f. Apabila hukum kewarganegaraan pewaris tidak dapat ditentukan atau tidak memiliki pertautan signifikan dengan pembuatan testamen, hukum yang berlaku untuk menentukan bentuk testamen dan persyaratan material pembuatan testamen adalah hukum dari tempat pewaris berkediaman tetap, dan apabila domisili semacam itu juga tidak dapat ditentukan, maka hukum yang berlaku adalah hukum tempat kediaman sehari-hari (*habitual residence*) pada saat pembuatan testamen.
- g. Apabila baik kewarganegaraan dan kediaman sehari-hari tidak dapat ditentukan, hukum yang berlaku untuk menentukan bentuk surat wasiat dan persyaratan material untuk keabsahan testamen adalah hukum dari tempat yang dianggap memiliki kaitan paling nyata dan substansial (*the most real and substantial relationship*) dengan pihak yang membuat testamen pada saat testamen dibuat.
- h. Pewarisan atas benda-benda bergerak tanpa adanya testamen diatur berdasarkan hukum kewarganegaraan pewaris pada saat pewaris meninggal dunia.
- i. Apabila hukum kewarganegaraan pewaris tidak dapat ditentukan atau tidak memiliki pertautan signifikan dengan pewaris, maka hukum yang berlaku atas proses pewarisan adalah hukum dari tempat pewaris berkediaman tetap pada saat pewaris meninggal dunia, dan apabila domisili semacam itu juga tidak dapat ditentukan, maka hukum yang berlaku adalah hukum tempat kediaman sehari-hari (*habitual residence*) pada saat pewaris meninggal dunia.

- j. Apabila hukum baik pada kearganegaraan dan kediaman sehari-hari tidak dapat ditentukan, hukum yang berlaku atas proses pewarisan adalah hukum dari tempat yang dianggap memiliki kaitan paling nyata dan substansial (*the most real and substantial relationship*) dengan pewaris pada saat pewaris meninggal dunia.

10. Perikatan

- a. Pemberian Kuasa yang di dalam HPI ini adalah hubungan pemberian kuasa atas dasar kepercayaan yang mengandung unsur-unsur esensial yang bersifat transnasional, antara dua pihak di mana salah satu pihak pihak (“penerima kuasa”/ *agent*) bertanggungjawab kepada pihak yang lain (“pemberi kuasa”/ *principal*) untuk melaksanakan perbuatan-perbuatan dengan persyaratan-persyaratan tertentu untuk dan atas nama pihak yang lain;
- b. Pengelolaan Urusan orang lain tanpa kuasa (*negotiorum gestio*) yang dalam hal ini adalah suatu perbuatan atau tindakan yang mengandung unsur-unsur transnasional, yang dilakukan oleh subyek hukum atas nama dan untuk kepentingan subyek hukum lain tanpa persetujuan subyek hukum lain tersebut.
- c. Perbuatan Melawan Hukum yang di dalam hubungan perikatan ini merupakan setiap perbuatan melanggar hukum yang mengandung unsur-unsur esensial yang bersifat transnasional, yang dilakukan oleh orang atau badan hukum dan menimbulkan kerugian kepada orang atau badan hukum lain sehingga terbit kewajiban untuk melakukan penggantian kerugian;
- d. Pembayaran Tak Terhutang (*unjust enrichment*) yang dalam hal ini adalah setiap peristiwa hukum yang mengandung unsur-unsur transnasional di mana pihak tertentu memperoleh sejumlah uang atau suatu bentuk keuntungan lain atas kerugian pihak lain, tanpa adanya alas-hak untuk mempertahankan uang atau keuntungan tersebut;
- e. Tanggungjawab pre-perjanjian dalam hubungan perikatan ini merupakan tanggungjawab hukum keperdataan yang dapat dibebankan kepada salah satu pihak dalam proses pembentukan

kesepakatan yang mengandung unsur-unsur transnasional dengan pihak lain, yang dengan itikad buruk melanjutkan suatu proses pembentukan kesepakatan, atau dengan itikad buruk mengakhiri suatu proses pembentukan kesepakatan kontraktual tanpa adanya kehendak untuk membentuk kesepakatan sehingga menimbulkan kerugian pada subyek hukum lain yang memiliki harapan sah atas terbentuknya kesepakatan kontraktual termaksud.

- f. Dengan memperhatikan pembatasan serta pengecualian yang ditetapkan menurut peraturan perundang-undangan yang mengatur secara khusus, suatu perjanjian tunduk pada hukum yang secara tegas dipilih dan disepakati para pihak, atau pada hukum yang dianggap telah dipilih dan disepakati oleh para pihak dapat ditentukan secara obyektif dari hal-hal esensial di dalam perjanjian, misalkan berdasarkan objek perjanjian, pelaksanaan perjanjian, dan/atau manfaat dari perjanjian dimaksud.
- g. Pilihan hukum para pihak yang dimaksud dapat dinyatakan secara tegas sebagai salah satu persyaratan di dalam perjanjian, atau dinyatakan melalui kesepakatan terpisah di luar perjanjian pada saat atau setelah terjadinya sengketa di antara para pihak, atau berdasarkan hal-hal yang secara obyektif dan esensial melingkupi perjanjian dapat dianggap hukum yang dipilih oleh para pihak. Dalam hal terdapat kesepakatan dan keabsahan pilihan hukum para pihak sebagaimana dimaksud dalam ketentuan ini harus dipandang sebagai hal-hal yang terpisah dari keabsahan perjanjian yang disepakati bersama.
- h. Pilihan hukum yang dimaksud hanya dapat dilakukan ke arah aturan-aturan hukum intern dari sistem hukum yang secara faktual menunjukkan kaitan yang nyata dan substansial dengan perjanjian dan tidak dilakukan ke arah aturan-aturan HPI sistem hukum yang bersangkutan.
- i. Kesepakatan para pihak untuk memilih hukum yang berlaku sesuai yang dimaksud dalam perjanjian, tidak dapat mengesampingkan keberlakuan aturan-aturan hukum yang bersifat memaksa, baik yang

bersumber pada sumber-sumber hukum Indonesia maupun hukum internasional yang seharusnya berlaku berdasarkan undang-undang ini atau berdasarkan peraturan perundang-undangan Indonesia.

- j. Dengan memperhatikan kaidah memaksa dalam RUU HPI ini para pihak dapat melakukan pilihan hukum untuk mengatur bagian atau bagian-bagian tertentu dari perjanjian berdasarkan sistem hukum tertentu yang berbeda dari sistem hukum yang mengatur atau seharusnya mengatur bagian atau bagian-bagian lain dari perjanjian. Pelaksanaan ini hanya dapat dilakukan secara tegas sebagai salah satu persyaratan di dalam perjanjian di antara para pihak yang dibuat secara tertulis.
- k. Dalam bidang-bidang hukum keperdataan atau perdagangan tertentu yang mengandung unsur-unsur transnasional dan sejauh dapat dibuktikan adanya keterkaitan nyata dan substansial dengan perjanjian para pihak, Pengadilan dapat memberikan pertimbangan untuk mengakui keabsahan pilihan hukum para pihak ke arah hukum kebiasaan yang berlaku atau digunakan secara luas pada tingkat internasional atau regional di dalam bidang keperdataan atau perdagangan.
- l. Kecuali para pihak menyepakati lain sejalan ketentuan mengenai *depacage* hukum yang dipilih secara sah oleh para pihak sesuai RUU ini berlaku atas setiap aspek perjanjian, termasuk meliputi:
 - 1) Persyaratan esensial keabsahan perjanjian dan akibat-akibat hukum tidak sahnya perjanjian
 - 2) Penafsiran terhadap persyaratan-persyaratan perjanjian;
 - 3) Hak dan kewajiban yang terbit bagi para pihak dari perjanjian;
 - 4) Pelaksanaan perjanjian;
 - 5) Akibat-akibat hukum dari tidak dilaksanakannya prestasi para pihak;
 - 6) Hapusnya perikatan yang terbit dari perjanjian;
 - 7) Tenggang-waktu upaya perolehan hak yang terbit berdasarkan perjanjian;

Kecuali ditentukan lain berdasarkan ketentuan perundang-undangan yang bersifat memaksa, atau disepakati lain secara tegas oleh para pihak, tindakan pilihan hukum tidak terikat pada persyaratan formal tertentu.

- m. Kecuali diatur secara khusus apabila hukum yang dipilih oleh para pihak tidak ada di dalam perjanjian, atau tidak sah menurut kaidah memaksa, atau tidak dapat ditentukan, maka pelaksanaan perjanjian dan akibat-akibat hukum yang terbit dari perjanjian diatur berdasarkan hukum dari tempat yang memiliki kaitan yang paling nyata dan substansial terhadap perjanjian.
- n. Dengan memperhatikan fakta-fakta di dalam transaksi dan perjanjian, tempat yang dianggap memiliki kaitan yang paling nyata dan substansial terhadap perjanjian yang dimaksud adalah:
 - 1) Negara tempat kewarganegaraan salah satu dalam perjanjian yang dianggap memiliki prestasi paling karakteristik dalam transaksi dan perjanjian yang bersangkutan. Dalam hal kewarganegaraan orang yang dimaksud tidak dapat ditentukan, maka digunakan tempat kediaman tetap, atau tempat kediaman sehari-hari pihak yang memiliki prestasi karakteristik tersebut, atau
 - 2) Negara tempat korporasi didirikan, atau didaftarkan, atau memusatkan kegiatan-kegiatan usahanya, atau
 - 3) Negara tempat suatu benda tidak bergerak terletak atau didaftarkan, atau tempat benda bergerak atau benda-benda lain terletak atau didaftarkan, pada saat pokok perkara menyangkut status benda-benda tersebut diajukan.
 - 4) Dalam hal baik kewarganegaraan, pendaftaran, atau domisili tidak dapat ditentukan negara yang dapat dikualifikasikan berdasarkan hukum Indonesia adalah tempat dilaksanakannya tindakan hukum terakhir untuk terbentuknya kesepakatan yang sah di antara para pihak.
- o. Dalam hal Pengadilan tidak dapat menentukan hukum yang memiliki kaitan yang paling nyata dan substansial dengan Perjanjian seperti yang dimaksud Pengadilan berwenang untuk menetapkan bahwa

kesepakatan di antara para pihak untuk mengajukan perkara di Pengadilan dianggap juga sebagai pilihan hukum ke arah hukum intern Indonesia.

- p. Terhadap hukum yang berlaku atas perjanjian yang dibentuk melalui transaksi elektronik atau yang berwujud perjanjian elektronik adalah hukum yang ditetapkan oleh salah satu pihak dan disepakati oleh pihak yang lain sebagai hukum yang berlaku atas perjanjian. Hukum yang dipilih oleh para pihak atau ditetapkan secara sepihak oleh salah satu pihak dalam perjanjian yang dibentuk melalui transaksi elektronik dapat diakui sah dan mengikat selama pemberlakuan hukum semacam itu tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang bersifat memaksa berdasarkan peraturan perundang-undangan di Indonesia. Dalam hal tidak ada pilihan hukum atau tidak ditentukan, hukum yang berlaku adalah hukum yang berdasarkan peraturan perundang-undangan Indonesia atau ditetapkan berdasarkan tempat dilaksanakannya tindakan hukum terakhir untuk sahnya pembentukan perjanjian secara elektronik.
- q. Perjanjian pengalihan hak dan kewajiban secara kontraktual yang dibuat antara pihak untuk mengalihkan hak dan kewajiban (*assignor*) dengan pihak ketiga penerima pengalihan hak dan kewajiban (*assignee*) tunduk pada hukum yang dipilih oleh para pihak tersebut, dan dalam hal pilihan hukum semacam itu tidak ada atau tidak dapat ditentukan maka pengalihan hak dan kewajiban itu tunduk pada hukum yang seharusnya berlaku atas perjanjian pokok antara pihak yang mengalihkan hak dengan pihak lain. Persyaratan formal perjanjian pengalihan hak dan kewajiban yang dimaksud tunduk pada hukum yang seharusnya berlaku atas perjanjian pokok antara pihak yang mengalihkan hak dengan pihak lain. Dalam hal perjanjian pengalihan hak dan kewajiban dibuat antara pihak-pihak dalam kedudukan sebagai kreditur-kreditur (*obligees*) dari satu atau beberapa perjanjian pokok terhadap satu orang debitur (*obligor*), maka tanpa persetujuan pihak debitur yang dinyatakan dengan tegas di dalam perjanjian pokok atau melalui perbuatan hukum lain, pilihan hukum

atas perjanjian pengalihan hak dan kewajiban yang dimaksud tidak berlaku dan hukum yang berlaku atas pengalihan hak dan kewajiban adalah hukum yang seharusnya berlaku atas perjanjian atau perjanjian-perjanjian pokok antara kreditur dengan pihak debitur. Dalam hal perjanjian pengalihan hak dan kewajiban dibuat antara pihak-pihak dalam kedudukan sebagai debitur-debitur (*obligors*) dari satu atau beberapa perjanjian pokok terhadap satu orang kreditur (*obligee*), maka tanpa persetujuan pihak kreditur yang dinyatakan dengan tegas di dalam perjanjian pokok atau melalui perbuatan hukum lain, pilihan hukum atas perjanjian pengalihan hak dan kewajiban yang dimaksud tidak berlaku dan hukum yang berlaku atas pengalihan hak dan kewajiban adalah hukum yang seharusnya berlaku atas perjanjian atau perjanjian-perjanjian pokok dengan pihak kreditur.

- r. Hukum yang berlaku atas hubungan hukum dalam Pemberian Kuasa, adalah hukum yang dipilih oleh para pihak untuk mengatur perjanjian Pemberian Kuasa. Dalam hal para pihak tidak memilih hukum yang berlaku, atau pilihan hukum para pihak tidak dapat ditentukan, maka hukum yang berlaku adalah sistem hukum yang seharusnya berlaku bagi pihak penerima kuasa. Pembentukan dan keabsahan hubungan hukum antara pihak pemberi-kuasa dengan pihak ketiga melalui perbuatan-perbuatan hukum oleh pihak penerima-kuasa dengan pihak ketiga, tunduk pada hukum yang seharusnya berlaku atas perjanjian yang dibuat antara penerima kuasa dengan pihak ketiga. Untuk hal-hal yang terbit dari, atau berkaitan dengan pengelolaan urusan orang lain tanpa kuasa tunduk pada hukum dari tempat pelaksanaan pengelolaan tersebut. Dalam hal pengelolaan urusan orang lain tanpa kuasa dilaksanakan atas dasar hubungan hukum lain di antara para pihak yang telah ada sebelumnya, hukum yang berlaku atas pengelolaan tersebut adalah hukum yang berlaku atas hubungan hukum lain tersebut. Dalam hal fakta-fakta berkenaan dengan suatu peristiwa pengelolaan urusan orang lain tanpa kuasa serta tuntutan-tuntutan hukum yang terbit darinya terkait secara lebih nyata dan

substansial dengan suatu tempat lain selain tempat yang dimaksud pelaksanaan pengelolaan tersebut maka hukum dari tempat lain tersebut harus diberlakukan. Setelah terjadinya peristiwa pengelolaan urusan orang lain tanpa kuasa, pihak-pihak yang terkait dapat bersepakat untuk melakukan pilihan hukum ke arah hukum dari suatu tempat lain selain hukum dari tempat yang dimaksud pengelolaan tersebut dilakukan. Kesepakatan semacam itu tidak dapat dianggap mengikat pihak ketiga dalam hal pihak ketiga dirugikan hak-haknya akibat kesepakatan semacam itu.

s. Dalam hal terdapat perikatan dalam proses negosiasi sebelum perjanjian, Tanggungjawab pre-perjanjian yang terbit dari proses negosiasi sebelum pembentukan kontrak, terlepas dari fakta bahwa kontrak terbentuk atau tidak terbentuk, harus diatur berdasarkan hukum dari tempat yang seharusnya diberlakukan seandainya kontrak terbentuk. Dalam hal hukum dari tempat pemberlakuan kontrak tidak dapat ditentukan, maka tanggungjawab pre-perjanjian seperti yang dimaksud diatur berdasarkan hukum dari tempat yang memiliki kaitan yang paling nyata dan substansial dengan perjanjian seandainya perjanjian terbentuk, dengan mempertimbangkan:

- 1) Hukum tempat timbulnya kerugian;
- 2) Hukum tempat kediaman sehari-hari para pihak seandainya para pihak berkedomongan sehari-hari di negara yang sama pada saat peristiwa yang menimbulkan kerugian terjadi; atau
- 3) Hukum dari negara selain negara yang dimaksud baik tempat timbulnya kerugian dan tempat kediaman sehari-hari apabila fakta-fakta di dalam proses pembentukan perjanjian sebelum perjanjian terbentuk menunjukkan kaitan yang lebih nyata dan substansial dengan negara lain tersebut.

11. Perbuatan Melawan Hukum

a. Dalam hal suatu perbuatan yang dianggap melawan hukum dilaksanakan di suatu negara di luar wilayah Indonesia, segala upaya

perolehan ganti rugi dan upaya-upaya hukum untuk penetapan hak dan kewajiban yang terbit dari perbuatan tersebut tidak dapat diajukan depan Pengadilan apabila perbuatan tersebut tidak memenuhi unsur-unsur sebagai suatu perbuatan melawan hukum berdasarkan hukum Indonesia.

- b. Pemenuhan unsur-unsur serta penetapan hak, kewajiban, serta akibat-akibat suatu perbuatan melawan hukum tunduk pada hukum dari negara tempat terbitnya kerugian langsung akibat perbuatan melawan hukum. Dalam hal tempat kerugian terbit akibat perbuatan melawan hukum tidak dapat ditentukan atau tidak relevan, maka, dengan memperhatikan pilihan hukum perkara PMH hukum yang berlaku atas perbuatan melawan hukum tersebut adalah hukum dari tempat yang memiliki kaitan paling nyata dan substansial dengan perbuatan hukum.
- c. Dalam menetapkan hukum dari tempat yang memiliki kaitan paling nyata dan substansial seperti pertimbangan harus dilakukan dengan memperhatikan relevansi antara fakta-fakta dan kondisi nyata di dalam perkara dengan:
 1. Tempat pelaksanaan perbuatan melawan hukum;
 2. Tempat kediaman sehari-hari pelaku dan korban;
 3. Tempat usaha pelaku dan korban;
 4. Tempat berpusatnya hubungan hukum yang telah ada di antara para pihak sebelum atau pada saat terjadinya perbuatan melawan hukum;
- d. Apabila pelaku dan korban perbuatan melawan hukum memiliki tempat kediaman sehari-hari di negara yang sama, maka dengan mempertimbangkan fakta-fakta yang menunjukkan kaitan yang paling nyata dan substansial, perbuatan melawan hukum termaksud tunduk pada hukum negara tempat tempat kediaman sehari-hari termaksud. Dalam hal tempat kediaman pelaku dan korban perbuatan melawan hukum tidak dapat ditentukan, maka perbuatan melawan hukum diatur berdasarkan hukum tempat perbuatan dilakukan.
- e. Setiap saat setelah terjadinya peristiwa yang dianggap menimbulkan kerugian, para pihak dalam gugatan perbuatan melawan hukum dapat

bersepakat untuk memberlakukan hukum dari tempat gugatan diajukan atau dengan memperhatikan penetapan hukum yang berlaku atas perbuatan melawan hukum bersepakat untuk melakukan pilihan hukum ke arah salah satu dari sistem-sistem hukum yang dimaksud tempat paling nyata.

12. Yurisdiksi Internasional Pengadilan Indonesia

- a. Pengadilan memiliki yurisdiksi internasional atas suatu perkara HPI dalam hal:
- 1) pihak tergugat dalam perkara adalah warganegara Indonesia, atau berdomisili, atau berkediaman sehari-hari di wilayah Indonesia;
 - 2) pihak tergugat memiliki tempat usaha atau melakukan kegiatan usaha di wilayah Indonesia;
 - 3) Objek perkara berdasarkan kualifikasi hukum Indonesia merupakan benda tetap, benda bergerak atau benda-benda lain terletak di wilayah Indonesia, atau berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan berkaitan dengan hukum Indonesia.
 - 4) Para pihak dalam perkara telah secara tegas bersepakat, sebelum atau pada saat timbulnya sengketa, untuk memilih Pengadilan sebagai forum penyelesaian perkara;
 - 5) tempat pelaksanaan suatu perjanjian ada di wilayah Indonesia;
 - 6) tempat terbitnya kerugian akibat perbuatan melawan hukum adalah di wilayah Indonesia; atau
 - 7) tempat pelaksanaan perbuatan melawan hukum adalah di Indonesia. Untuk menentukan suatu Perbuatan Melawan Hukum (PMH) ditentukan berdasarkan tempat peristiwa perbuatan hukum dilakukan/ kerugian hukum berlangsung, baik yang meliputi:
 - a) tempat terbitnya kerugian akibat perbuatan melawan hukum adalah di Indonesia;
 - b) tempat pelaksanaan perbuatan melawan hukum adalah di Indonesia; atau

- c) Menerapkan *prinsip the most real and substansial connection with disputes* dalam hal terjadi peristiwa hukum yang tidak berada dalam kualifikasi sebagaimana dimaksud diatas, para pihak dalam perkara atau persoalan hukum yang menjadi pokok perkara menunjukkan kaitan yang nyata dan substansial dengan Indonesia.

Selain sebagaimana dimaksud pada angka 1 sampai dengan angka 7, berdasarkan pertimbangan Pengadilan dan sejauh dimungkinkan di dalam peraturan perundang-undangan Indonesia, para pihak dalam perkara atau persoalan hukum yang menjadi pokok perkara menunjukkan kaitan yang nyata dan substansial (*prinsip the most real and substansial connection with disputes*) dengan Indonesia. Terhadap penentuan status yurisdiksi didasarkan kepada pertautan utama, didasarkan kepada kriteria pilihan forum (*pacta sunt servanda*), objek perjanjian (harta kekayaan, dan pelaksanaan perjanjian), dan pilihan forum penyelesaian perselisihan.

- b. Pengadilan Indonesia dapat menolak kewenangan mengadili atas perkara HPI berdasarkan pertimbangan :
 - 1) proses peradilan atas pokok perkara dan pihak-pihak yang sama sedang berlangsung di suatu pengadilan lain (*lis alibi pendens*);
 - 2) pokok perkara dan pihak-pihak yang sama telah diputus dalam suatu putusan yang telah berkekuatan hukum tetap (*res judicata*) oleh pengadilan asing;
 - 3) para pihak dalam perkara, sebelum atau pada saat timbulnya perkara, telah secara sah memilih pengadilan asing untuk mengadili perkara.
 - 4) Para pihak dalam perkara telah secara sah mengikatkan diri pada perjanjian arbitrase atau cara penyelesaian sengketa lain di luar pengadilan; atau
 - 5) Terdapat pengadilan lain yang memiliki kaitan yang lebih nyata dan substansial dengan pokok perkara atau fakta-fakta dalam perkara (*forum non conveniens*).

- c. Ketentuan pertimbangan mengikat diri pada perjanjian arbitrase atau cara penyelesaian sengketa lain di luar pengadilan dapat dikesampingkan dalam hal:
- 1) Pihak tergugat melanjutkan proses penyelesaian sengketa langsung pada pokok perkara tanpa menyatakan keberatan terhadap yurisdiksi Pengadilan, atau
 - 2) Pengadilan menetapkan perjanjian arbitrase batal demi hukum atau tidak dapat dilaksanakan karena alasan-alasan yang sah berdasarkan peraturan perundang-undangan Indonesia, atau
 - 3) Forum arbitrase tidak dapat dibentuk karena alasan-alasan yang dapat dipertanggungjawabkan pada pihak tergugat.
- d. Sejalan dengan perjanjian internasional dan kebiasaan internasional, ketentuan-ketentuan mengenai kewenangan yurisdiksional yang diatur di dalam RUU HPI ini dapat dikesampingkan dalam hal ketentuan-ketentuan semacam itu diatur secara berbeda di dalam perjanjian internasional berkenaan dengan yurisdiksi internasional pengadilan nasional yang mengikat Republik Indonesia, atau di dalam kerjasama antara Republik Indonesia dan suatu negara asing untuk bantuan timbal-balik di bidang hukum (*mutual legal assistance*) yang mengatur kewenangan yurisdiksional Pengadilan dalam perkara-perkara keperdataan dan perniagaan, dengan persyaratan perjanjian internasional dimaksud telah dilakukan pengesahannya berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan nasional.
- e. Kecuali dalam hal kewenangan yurisdiksional Pengadilan serta ketentuan tentang proses beracara diatur secara khusus di dalam perjanjian atau kerjasama internasional yang telah dilakukan pengesahannya berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan nasional, proses beracara dalam penyelesaian suatu perkara HPI pada umumnya di Pengadilan tunduk pada ketentuan-ketentuan hukum acara yang diatur secara khusus di dalam Undang-undang ini serta ketentuan-ketentuan umum Hukum Acara Perdata Indonesia.
- f. Kewenangan mengadili suatu pengadilan asing dapat diakui:
- 1) Dalam hal ditentukan dalam peraturan perundang-undangan

atau dalam hal belum diatur dalam peraturan perundang-undangan, pihak tergugat dalam perkara, berkewarganegaraan atau berdomisili atau berkediaman sehari-hari di negara tempat kedudukan pengadilan asing tersebut;

- 2) Dalam kaitan dengan gugatan sejumlah uang, apabila para pihak telah sepakat melalui perjanjian yang sah untuk menundukkan diri pada yurisdiksi pengadilan asing tersebut;
- 3) Dalam kaitan dengan gugatan atas sejumlah uang, apabila pihak tergugat telah menjalani proses penyelesaian perkara mengenai obyek sengketa di pengadilan asing tanpa menyatakan keberatan atas kewenangan yurisdiksional pengadilan asing tersebut; atau
- 4) Dalam perkara gugatan-balik, apabila pengadilan asing yang menjatuhkan putusan memiliki yurisdiksi atas gugatan pokok dan terdapat hubungan faktual antara gugatan pokok dengan gugatan balik.

13. Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing

- a) Putusan suatu pengadilan asing di bidang keperdataan dan perniagaan dapat diakui di Indonesia apabila:
 - 1) Pengadilan asing yang bersangkutan memiliki kewenangan mengadili perkara yang bersangkutan ;
 - 2) Putusan pengadilan asing telah memiliki kekuatan hukum tetap; dan
 - 3) Tidak terdapat alasan-alasan yang sah bagi Pengadilan berdasarkan ketertiban umum menurut RUU HPI ini untuk menolak pemberian pengakuan.
- b) Suatu putusan pengadilan asing dapat diakui di Indonesia dalam hal Indonesia terikat pada perjanjian internasional baik berdasarkan perjanjian bilateral atau multilateral dengan negara tempat kedudukan pengadilan asing tersebut, untuk saling mengakui dan melaksanakan putusan-putusan pengadilan masing-masing dalam perkara-perkara transnasional di bidang keperdataan dan/atau perniagaan, yang diatur secara khusus berdasarkan substansi perjanjian internasional

dimaksud. Adapun, perjanjian internasional yang dapat memperoleh pengakuan oleh Pengadilan adalah perjanjian internasional yang telah memperoleh pengesahan berdasarkan peraturan perundang-undangan. Dalam hal belum terdapat perjanjian internasional dimaksud, pengakuan putusan pengadilan asing dapat dilakukan berdasarkan prinsip hubungan baik dan timbal balik kedua negara (*reciprocal*).

- c) Suatu putusan suatu pengadilan asing tidak diakui di Indonesia apabila pengakuan semacam itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan melanggar kesusilaan/ketertiban umum Indonesia;
- d) Pengadilan dalam memberikan pengakuan putusan terbatas pada amar putusan dikaitkan dengan peraturan perundang-undangan dan kesusilaan dengan tidak menilai penerapan aturan hukum dan pertimbangan atau substansi putusan yang dimohonkan pengakuannya.
- e) Putusan suatu pengadilan asing tidak diakui di Indonesia, apabila salah satu pihak dalam perkara membuktikan bahwa gugatan hukum antara pihak-pihak yang sama dan mengenai pokok perkara yang sama telah diajukan dan diputuskan di Indonesia, atau proses peradilan gugatan hukum itu telah diputus oleh pengadilan di suatu negara ketiga. Selain itu, apabila putusan didasarkan oleh peraturan perundang-undangan putusan tersebut itu dapat diakui di Indonesia, maka suatu putusan pengadilan asing termasuk sebagai putusan yang tidak diakui di Indonesia.
- f) Permohonan pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing harus diajukan ke Pengadilan Negeri yang berkompeten berdasarkan peraturan perundang-undangan, dengan menyertakan bukti dalam permohonan, berupa dokumen: (1) salinan putusan dari pengadilan asing; (2) dokumen resmi yang mengkonfirmasi bahwa tidak ada permohonan banding yang dilakukan; (3) apabila putusan dibuat tanpa kehadiran salah satu pihak, dokumen resmi yang membuktikan bahwa

pihak tersebut telah dipanggil secara sah dan telah memperoleh kesempatan untuk menyampaikan pembelaan.

- g) Pihak yang berkeberatan atas pengakuan dan pelaksanaan putusan yang dimaksud pada Pasal ini berhak untuk didengar;
- h) Dalam hal putusan hukum asing diajukan di dalam sebuah proses penyelesaian perkara sebagai Persoalan Pendahuluan dalam pemeriksaan perkara, Pengadilan yang dimohonkan berwenang untuk menetapkan pengakuan atau penolakan atas putusan tersebut.

BAB VI

PENUTUP

A. Simpulan

1. Sistem hukum keperdataan hukum perdata internasional Indonesia selama ini tertuang dalam ketentuan Pasal 16, Pasal 17, dan Pasal 18 AB, disamping beberapa ketentuan hukum acara perdata yang masih menggunakan produk kolonial secara tersebar dalam ketentuan HIR, RBG, dan RV, serta beberapa peraturan perundang-undangan nasional lainnya. Tersebarinya pengaturan terkait dengan permasalahan HPI dalam sistem hukum nasional dan tidak adanya acuan pokok yang menjadi rujukan utama bagi hakim ataupun dalam menyelesaikan suatu perselisihan, menjadikan persoalan HPI memerlukan adanya pedoman formal yang menyesuaikan dengan perkembangan saat ini sebagai acuan dasar bagi HPI nasional. Perbedaan tersebut dikarenakan banyak berbagai faktor baik kemampuan hakim dalam menyelesaikan persoalan HPI, ataupun lebih jauh lagi tidak memadainya perangkat hukum nasional HPI yang ada di Indonesia, yang menyebabkan ketiadaan kepastian hukum dalam penyelesaian perselisihan. Hal ini tentu saja dapat merugikan posisi hukum Indonesia dalam pandangan masyarakat internasional termasuk subjek hukum asing yang berkepentingan terkait dengan hubungan transnasional dengan subjek hukum Indonesia. Kondisi tersebut dapat menyebabkan hilangnya kepercayaan dan wibawa hukum nasional Indonesia yang diakibatkan ketiadaan parameter yang jelas dalam HPI nasional untuk menyelesaikan perselisihan terkait dengan HPI. Oleh karena itu, untuk mengatasi kondisi tersebut perlu dilakukan penyempurnaan substansi pengaturan terkait dengan Hukum Perdata Internasional Indonesia.
2. Pembangunan hukum perdata internasional Indonesia merupakan strategi yang bertujuan untuk mewujudkan kesatuan sistem hukum nasional dalam bidang keperdataan internasional yang melandaskan nilai-nilai Pancasila untuk melindungi segenap bangsa dan seluruh

tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa. Hukum keperdataan internasional Indonesia sangat berperan penting di dalam memberikan landasan strategi hukum perdata yang dapat bermanfaat bagi masyarakat di dalam menjalankan aktivitasnya melakukan hubungan hukum sebagai manusia yang memiliki kehendak bebas berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia. Sebagai bangsa yang merdeka, sistem hukum keperdataan Indonesia masih merupakan peninggalan zaman penjajahan yang sudah tidak relevan dengan perkembangan kebangsaan Indonesia. Oleh karena itu, untuk mewujudkan ekonomi nasional yang mendatangkan kesejahteraan bagi seluruh bangsa Indonesia, dan menghadirkan sistem hukum keperdataan yang merdeka dari nilai-nilai penjajahan, Indonesia memerlukan suatu hukum yang menjadi dasar pijakan ketentuan keperdataan Indonesia. Adanya keperdataan internasional diperlukan oleh sistem hukum nasional untuk memberikan dasar pijakan hukum keperdataan nasional khususnya di dalam menjalankan hubungan dengan subjek hukum asing, ataupun terkait dengan fakta-fakta pertautan dengan sistem hukum asing. Selain itu, bangsa Indonesia agar dapat memperoleh pengakuan yang layak secara konstitusional terkait dengan status hukum beserta hak-haknya yang melekat dan dilindungi oleh konstitusi, perlu diberikan perlindungan hukum yang dapat memberikan kepastian status hukum dan penyelesaian hukum yang berkepastian dalam hal terjadi perselisihan dengan subjek hukum asing lain. Penyusunan Hukum Perdata Internasional yang dituangkan dalam suatu undang-undang tentunya akan menjadi landasan yang melindungi kepentingan hukum subjek hukum dalam setiap hubungan perdata dengan warga negara lain. Sehingga diharapkan Undang-Undang ini dapat menghadirkan kepastian hukum dan keadilan yang pada akhirnya akan memberikan perlindungan kepada warga negara, khususnya Warga Negara Indonesia.

3. Sasaran pengaturan RUU HPI ini adalah untuk mewujudkan suatu RUU HPI yang dapat menjadi pedoman bagi hakim dalam memeriksa dan memutus sengketa HPI dan memberikan kepastian hukum bagi subjek hukum sehubungan melakukan perbuatan hukum perdata yang mengandung unsur asing (transnasional). Selain bagi hakim sebagai pedoman, keberadaan RUU HPI akan mendorong terwujudnya parameter hukum yang pasti/ formal bagi subjek hukum asing baik WNA ataupun badan hukum asing berkaitan dengan perbuatan hubungan keperdataan/ perniagaan yang dilakukan dengan subjek hukum Indonesia atau diwujudkan hubungannya tersebut dalam wilayah Indonesia.

Arah pengaturan dalam RUU HPI untuk memberikan pedoman hukum bagi hakim di dalam menangani perkara keperdataan serta perniagaan yang bersifat transnasional, bagi subjek hukum dalam melakukan hubungan keperdataan, serta bagi pembentuk undang-undang dalam membuat peraturan perundang-undangan terkait dengan keperdataan yang mengandung unsur asing/ transnasional.

Jangkauan Pengaturan dalam RUU HPI meliputi setiap subjek hukum baik Warga Negara Indonesia atau Warga Negara Asing baik dalam yurisdiksi Indonesia dan/atau luar negeri terhadap perbuatan hukum perdata yang mengandung unsur asing terkait kompetensi hukum Indonesia. Baik subjek hukum yang berdomisili diluar negeri/ karena hubungan hukum di luar negeri; berdomisili di dalam negeri/ karena hubungan hukum dalam negeri; objek kebendaan terletak di Indonesia; serta lokasi perbuatan hukum di Indonesia.

B. Saran

Mengingat Naskah Akademik RUU HPI telah melalui proses penyusunan dan pembahasan bersama pemangku kepentingan, sesuai dengan kebutuhan masyarakat maka perlu ditindaklanjuti dengan menyusun RUU Hukum Perdata Internasional dan diharapkan dapat memenuhi persyaratan untuk dapat masuk Program Legislasi Nasional Prioritas.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Basuki, Z. D., & Hikmah, M. (2014). *Hukum Perdata Internasional (Buku Materi Pokok, Cetakan Pertama)*. Jakarta: Universitas Terbuka.
- Darmabrata, W. (2009). *Hukum Perkawinan Perdata, Syarat sahnya Perkawinan, Hak dan Kewajiban Suami Istri, dan Harta Benda Perkawinan, Jilid I*. Jakarta: Rizkita.
- Gautama, S. (1964). *Hukum Perdata Internasional Indonesia, Jilid Kedua*. Jakarta: Kinta.
- Gautama, S. (1977). *Hukum Antar Golongan : Suatu Pengantar, Cetakan keempat*. Jakarta: Ichtiar Baru-van Hoeve.
- Gautama, S. (1979). *Hukum Perdata Internasional Indonesia, Cetakan Ketiga, Buku Kedua*. Bandung: PT Eresco.
- Gautama, S. (1987). *Hukum Perdata Internaisional Indonesia, Cetakan Kelima*. Jakarta: Binacipta.
- Gautama, S. (1998). *Hukum Perdata Internasional Indonesia, Cetakan Kedua, Buku Kelima*. Bandung: Alumni.
- Gautama, S. (1998). *Hukum Perdata Internasional Indonesia, Edisi Kedua, Cetakan Pertama, Buku Keenam*. Bandung: Alumni.
- Hardjowahono, B. S. (2006). *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional, Buku Kesatu, Edisi Keempat*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Mertokusumo, S. (1988). *Mengenal Hukum : Suatu Pengantar*. Bandung: Liberty.
- Nugroho, S. A. (2015). *Penyelesaian Sengketa Arbitrase dan Penerapan Hukumnya*. Jakarta: Prenada Media Group.
- Purbacaraka, P. (1983). *Sendi-Sendi Hukum Perdata Internasional*. Jakarta: Rajawali.
- Rahardjo, S. (2006). *Ilmu Hukum, Cetakan Keenam*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Song, G. G. (1960). *The Bremen Tobacco Case*. Jakarta: Departemen Penerangan Republik Indonesia.
- Stark, B. (2005). *International Family Law*. Burlington: Ashgate Publishing Company.
- Subekti. (1996). *Pokok-Pokok Hukum Perdata*. Jakarta: Pembimbing Masa.
- Weisz, P. P., Morris, J. C., & North, P. M. (1984). *Cases and Materials on Private International Law*. London: Butterworths.

B. Peraturan Perundang-Undangan

Act Governing the Application of Laws in Civil Matters Involving Foreign Elements, Judicial Yuan.

Act on the General Rules of Application of Laws (2006). Article 9 Republic of South Korea Private International Act 2001.

Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesie (AB)

Decree of the President of the People's Republic of China No. 36, Law Of The People's Republic Of China On The Laws Applicable To Foreign-Related Civil Relations, Article 8, Adopted at the 17th session of the Standing Committee of the 11th National People's Congress, 28 October 2010, diakses melalui <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn173en.pdf>

Judicial Yuan, Chinese Laws Regulating Legal Choices in Civil Affairs Involving Foreign Elements, terjemahan oleh Lucia Ariwirasti, S.S. By Virtue of Decisions of The Governor of DKI Jakarta No. 1764/2006 6 No. 1691/2007.

Keputusan Presiden Nomor 48 tahun 2004 tentang Pengesahan Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation Between the Association of Southeast Asian Nations and the People's Republic of China, L.N. 2004. Nomor 50

Keputusan Presiden Nomor 69 tahun 2004 tentang Pengesahan Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation Between the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of India, L.N. 2004 Nomor 84

Peraturan Presiden Nomor 11 tahun 2007 tentang Pengesahan Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation among the Governments of the Member Countries of the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of Korea, L.N. 2007 Nomor 51

Peraturan Presiden Nomor 50 tahun 2009 tentang Pengesahan Agreement on Comprehensive Economic Partnership among Member States of the Association of Southeast Asian Nations and Japan (AJCEP), L.N. 2009 Nomor 174

Peraturan Presiden Nomor 21 Tahun 2016 tentang Bebas Visa Kunjungan, L.N. 2016 Nomor 44

Statute on the Application of Laws to Civil Relationships Involving Foreign Elements of the People's Republic of China: "Matters such as the civil legal capacity, the capacity to engage in civil juristic acts, organizations and institutions of a legal person and its branches, as well as

shareholders' rights and duties, shall be governed by the law of the place of registration.”

South Korea Private International Law Act (Gukjesabeop)

Statute on the Application of Laws to Civil Relationships Involving Foreign Elements of the People's Republic of China

The Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations of the People's Republic of China, 2011. Article 5 dari Buku 10 Burgerlijke Wetboek Beland, Article 35(1) German Civil Code, khusus untuk Perjanjian, Di Amerika Serikat, berdasarkan 2nd Restatement- Conflict of Laws

The Civil Code of the Philippines, Republic Act No. 386 an Act to Ordain and Institute the Civil Code of the Philippines

Undang-Undang Republik Indonesia No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, L.N. 2007 Nomor 106, T.L.N. Nomor 4756.

Undang-Undang Republik Indonesia No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, L.N. 1974 Nomor 1, T.L.N. Nomor 3019.

Undang-Undang Republik Indonesia No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia, L.N. 2006 Nomor 63, T.L.N. Nomor 4634.

Undang-Undang Republik Indonesia No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, L.N. 2007 Nomor 67, T.L.N. Nomor 4724.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, L.N. 1960 Nomor 104, T.L.N. Nomor 2043

Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2019 tentang APBN 2020, L.N. 2019 Nomor 198, T.L.N. Nomor 6410

Vietnamese Civil Code (2005)

C. Jurnal, Makalah, Laporan dan Karya Tulis Lainnya

Alagan, T. P. (2018). Intercountry Adoption in Indonesia. *Indonesian Journal of International Law Vol 15, No.2.*

Alagan, T. P. (2020). *Kesesuaian Pengaturan Anak Internasional dalam Rancangan Undang-Undang Hukum Perdata Internasional Indonesia dengan Peraturan Perundang-Undangan yang Ada di Indonesia.* Jakarta: Tim NA RUU HPI.

Bermann, G. A. (2012). The Gateway, Problem in International Commercial Arbitration. *The Yale Journal of International Law, Vol 37 : 1, 16.*

- Cavers, D. (1971-1972). *Habitual Residence : a Useful Concept*. Washington D.C.: The American University.
- Cook, S. (2014). *Kompetenz-Kompetenz : Varying Approaches and a Persona for a Limited Form of Negative Kompetenz-Kompetenz*, *Pepperdine Law Review*, Volume 2014. California: Papperdine Digital Commons.
- Droz, G., & Dyer, A. (1981). The Hague Conference and the Main Issues of Private International Law for the Eighties. *Northwestern Journal of International Law and Business*, 157.
- Huo, Z. (2011). Highlights of China's New Private International Law Act: Form the Perspective of Comparative Law. *SSL*, 669.
- Rogerson, P., & Collers. (2010). *Conflict of Laws. Cambridge University Press Journal 4th Edition*, 266.
- Sohn, P. K.-H. (2016). New Private International Law in Korea, *Studies in Conflict of Laws and International Litigation. Korea. Vol XXII No.2*, 267.
- Susanti, I. (2020). *Masukan Tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing di dalam Hukum Perdata Internasional Indonesia*. Jakarta: Tim NA RUU HPI.
- Weizuo, C., & Moore, K. M. (2010). Statute on the Applications of laws to Civil Relationships Involving Foreign Elements of the Peoples Republic of China. *Yearbook of Private International Law, Vol 12*, 671.

D. Website

- Agung, M. (2020, Desember 16). *Putusan Pengadilan*. Retrieved from Putusan Mahkamah Agung: <https://putusan3.mahkamahagung.go.id/direktori/putusan/c5f8365626b1e3d0439a9a4b0a99c398.html>
- Aldin, I. U. (2019, Juli 30). *BKPM : Investasi ke Unicorn Indonesia Masuk Lewat Singapura*. Retrieved from Katadata: <https://katadata.co.id/berita/2019/07/30/bkpm-investasi-ke-unicorn-indonesia-masuk-lewat-singapura>
- Belarminus, R. (2017, November 15). *Data Imigrasi : Sepanjang 2017 Warga China Paling Banyak Masuk ke Indonesia*. Retrieved from Tribunnews: <https://www.tribunnews.com/nasional/2017/07/05/data-imigrasi-sepanjang-2017-warga-china-paling-banyak-masuk-ke-indonesia>
- Genantan, S. M. (2020, Oktober 15). *Yasonna Sebut Jumlah WNA Masuk Indonesia Selama Wabah Corona Drop*. Retrieved from Liputan6: <https://www.liputan6.com/news/read/4216658/yasonna-sebut-jumlah-wna-masuk-indonesia-selama-wabah-corona-drop-ini-rinciannya>

- HRS. (2012, Desember 12). *Indonesia Butuh Kodifikasi Hukum Perdata Internasional*. Retrieved from HukumOnline: Indonesia Butuh Kodifikasi Hukum Perdata Internasional - hukumonline.com
- Indriyani, A. (2019, Oktober 16). *6 Perusahaan Asing Tersangka Karhutla*. Retrieved from Media Indonesia: <https://mediaindonesia/read/detail/263953-6-perusahaan-asing-tersangka-karhutla>
- Muamar, Y. (2019, November 17). *Netflix Dapat Ratusan Milyar dari RI Tapi kemplang Pajak*. Retrieved from CNBC Indonesia: <https://www.cnbcindonesia.com/market/20191117173916-17-115853/netflix-dapat-ratusan-miliar-dari-ri-tapi-kemplang-pajak>
- Negeri, K. L. (2018, Januari 2). *Treaty Room*. Retrieved from Treaty Kemlu: <http://treaty.kemlu.go.id/apisearch/pdf?filename=AUS-2018-0243.pdf>
- Penasthika, P. P. (2019, April 25). *Berlakukah Hukum Asing untuk Sengketa Kontrak Internasional di Indonesia*. Retrieved from Hukum Online: <https://www.bphn.go.id/data/documents/pk-2012-2.pdf>
- Supancana, P. (2012, februari 2). *Perkembangan Hukum Kontrak Dagang Internasional*. Retrieved from BPHN: <https://www.bphn.go.id/data/documents/pk-2012-2.pdf>
- Tobing, L. (2017, Oktober 6). *Permasalahan Perkawinan Campuran dan Harta Bersama*. Retrieved from Hukum Online: <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/llt4c529ced60c02/permasalahan-perkawinan-campuran-dan-harta-bersama/>