

PEMAKAIAN HUKUM ASING DALAM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL: KEWAJIBAN DAN PELAKSANAANNYA DI PENGADILAN INDONESIA

Afifah Kusumadara

Fakultas Hukum Universitas Brawijaya
Jalan MT Haryono 169, Malang 65145
Email: afifah.kusuma@ub.ac.id

Disubmit: 28 Agustus 2022 | Diterima: 15 Desember 2022

Abstract

*This article reviews the application of foreign law by Indonesian courts as governed by the Indonesian Private International Law (PIL). The review is based on Acts and regulations related to PIL, case-laws, and text-books on PIL. The result demonstrates that Indonesian judges often do not implement the principle of *iura novit curia* in the application of foreign law; ignore foreign elements in their cases; and keep applying Indonesian law even though the rules of Indonesian PIL lead to the foreign law. Therefore, the Bill of Indonesian PIL shall be passed and enacted soon so that there are no more excuses by Indonesian courts not to apply foreign law. Indonesian courts including the Supreme Court, should have a special unit within their system that can provide judges with information on and translation of foreign law. In addition, it is necessary to establish international cooperation regarding exchange of information on foreign law between Indonesia's Supreme Court and other countries' Supreme Courts.*

Keywords: private international law, foreign law, Indonesian courts

Abstrak

Artikel ini mengulas hukum atas pemakaian hukum asing oleh pengadilan di Indonesia, sebagaimana yang diatur dalam Hukum Perdata Internasional (HPI) Indonesia. Ulasan didasarkan pada berbagai peraturan perundangan terkait HPI, putusan pengadilan, dan buku-buku teks HPI. Hasil ulasan menunjukkan bahwa sering ditemukan hakim yang tidak melaksanakan prinsip *iura novit curia* dalam pemakaian hukum asing; mengabaikan unsur asing dalam perkaranya; dan tetap memakai hukum Indonesia walaupun ketentuan HPI menunjuk pada hukum asing. Oleh karena itu, RUU HPI Indonesia perlu segera diundangkan sehingga tidak ada alasan bagi pengadilan Indonesia untuk mengabaikan pemakaian hukum asing. Selain itu, perlu dibangun sistem yang membantu hakim dan pengadilan untuk memperoleh akses cepat dan akurat ke hukum asing. Perlu pula dipikirkan adanya kerjasama internasional antara Mahkamah Agung RI (MARI) dengan Mahkamah Agung atau pengadilan di negara-negara lain terkait pertukaran informasi hukum asing.

Kata kunci: hukum perdata internasional, hukum asing, pengadilan Indonesia

PENDAHULUAN

Seperti Hukum Perdata Internasional (HPI) di negara-negara lain, HPI Indonesia juga menerima pemakaian hukum asing untuk dipakai dalam mengatur peristiwa keperdataan yang mengandung unsur asing. Pemakaian hukum asing diatur dalam peraturan perundangan dan sumber hukum perdata internasional masing-masing negara. Ketentuan tentang hukum negara mana yang harus diberlakukan pada suatu peristiwa keperdataan yang mengandung unsur asing juga ditemukan dalam peraturan perundangan, yurisprudensi dan doktrin di Indonesia. Ketentuan-ketentuan tersebut dalam Bahasa Inggris diistilahkan sebagai *Choice of Law Rules* atau *Conflict of Laws Rules*,¹ yaitu aturan-aturan yang harus diikuti oleh pengadilan atau pejabat berwenang dalam memilih hukum yang harus diberlakukan pada suatu perkara perdata yang ada unsur asingnya. Contohnya, dalam perkawinan beda warga-negara, terdapat *choice of law rules* yang harus diikuti hakim dan pejabat berwenang untuk menentukan hukum negara mana yang harus dipakai waktu memutuskan keabsahan perkawinan tersebut.² Karena perkawinan tersebut mengandung unsur asing, pengadilan atau pejabat berwenang tidak boleh secara otomatis

menerapkan hukum nasionalnya sendiri untuk menentukan keabsahan perkawinan tersebut, namun wajib menentukan lebih dulu hukum negara mana yang harus dipakai dalam kasus tersebut dengan mengikuti ketentuan *choice of law rules* yang diatur dalam HPI si hakim atau pejabat tersebut.

Pemakaian hukum suatu negara yang sesuai dengan ketentuan *choice of law* pada peristiwa perdata internasional akan memberikan keadilan bagi para pihak. Hal ini disebabkan karena hukum negara yang diberlakukan tersebut memiliki hubungan erat (*close connection*) dengan para pihak atau dengan peristiwa hukumnya.

Ahli hukum Jerman terkenal yang bernama Friedrich Carl von Savigny berpendapat bahwa perkara perdata seharusnya diatur oleh hukum dari negara atau tempat yang memiliki titik taut terdekat dengan perkara tersebut, walaupun hukum tersebut adalah hukum negara asing. Menurut Savigny, pemakaian hukum suatu negara yang memiliki titik taut terdekat akan menimbulkan penghormatan timbal balik dan kesetaraan pada semua sistem hukum perdata di dunia, tanpa membedakan antara hukum nasional dan hukum asing, antara warga negara sendiri dan warga negara asing.³

1 Yuko Nishitani, "General Report" in *Treatment of Foreign Law - Dynamics towards Convergence?*, edited by Yuko Nishitani (Switzerland: Springer International Publishing AG, 2017), p. 6; Britannica, "Choice of law", <https://www.britannica.com/topic/conflict-of-laws/Choice-of-law>, diakses 8 Agustus 2022; Roxana Banu, "Conflicting Justice in Conflict of Laws", *Vanderbilt Law Review Vol. 53, No. 2*, (March 2021): 461, diakses 20 Agustus 2022, <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol53/iss2/2>

2 Derita Prapti Rahayu, "Hukum Perdata Internasional Indonesia Bidang Hukum Keluarga (Family Law) Dalam Menjawab Kebutuhan Global", *Jurnal Hukum Progresif Vol. 12, No. 1*, (Juni 2018): 1995, diakses 20 November 2022, <https://doi.org/10.33019/progresif.v12i1.958>

3 Friedrich Carl von Savigny, *Private International Law. A Treatise on The Conflicts of Laws, and the Limits of Their Operation in Respect to Place and Time. Translated, With Notes, by William Guthrie*, (Edinburgh: T. &

Disinilah pentingnya pemakaian hukum asing yang sesuai dengan *choice of law rules* dalam HPI, yaitu untuk memberikan keadilan bagi para pihak yang perkara perdatanya diatur dengan menggunakan hukum negara yang memiliki titik taut terdekat dengan mereka atau dengan obyek perkaranya. Terdapat beberapa metode yang digunakan di dalam *choice of law rules* HPI di berbagai negara untuk menentukan hukum mana yang memiliki hubungan atau titik taut terdekat dengan suatu peristiwa perdata internasional. Metode-metode tersebut diusulkan oleh Von Savigny dan juga sarjana-sarjana lainnya, bahkan yang hidup sebelum zaman Von Savigny seperti Bartolo, dari Sassoferrato, Italia, serta Paul Vote dan Ulrich Huber dari Belanda.⁴ Von Savigny menawarkan teori atau metode dimana hukum dari negara yang menjadi tempat (*sitz*) atau pusat (*schwerpunkt*) suatu peristiwa hukum memiliki titik taut yang paling dekat dengan peristiwa hukum tersebut, dan sebagai akibatnya, hukum tersebut harus digunakan untuk mengatur hubungan atau peristiwa hukum yang dimaksud. Contoh, perkara atau sengketa atas suatu benda harus diputuskan berdasar hukum di mana benda tersebut berada (*sitz*); perkara terkait status dan kecakapan orang ditentukan berdasar

hukum negara di mana orang tersebut berdomisili (*sitz*); dan perkara terkait kontrak harus diputuskan berdasarkan hukum dari negara di mana kontrak itu harus dilaksanakan (*schwerpunkt*).⁵ Bartolo dari Sassoferrato menawarkan metode *choice of law* atau penentuan titik taut yang sedikit berbeda yaitu berdasarkan teori berlakunya hukum nasional (*statuta*) terhadap benda (*real*) dan terhadap orang (*personal*). Menurut Bartolo, hukum nasional diberlakukan pada semua benda yang berada di wilayah hukum nasional tersebut, terlepas dari kewarganegaraan pemilik benda. Namun hukum nasional tidak dapat diberlakukan pada benda yang berada di luar wilayah hukum nasional tersebut. Sebaliknya, hukum nasional diberlakukan pada status personal dimanapun *person* atau orang tersebut berada, termasuk apabila orang tersebut di luar negeri.⁶

Berdasar berbagai metode atau teori di atas, maka negara-negara di dunia mengatur di dalam HPI-nya masing-masing ketentuan *choice of law* mereka untuk menentukan hukum negara mana yang memiliki titik taut terdekat dan harus diberlakukan pada suatu peristiwa keperdataan yang mengandung unsur asing (selanjutnya disebut 'peristiwa perdata internasional').

T. Clark, 1869), pp. 25 – 33; Sagi Peari, "Savigny's Theory of Choice-Of-Law as A Principle of 'Voluntary Submission'", *The University of Toronto Law Journal Vol. 64, No. 1*, (Winter 2014): 117, diakses 26 Agustus 2022, <https://www.jstor.org/stable/24311926>; Yuko Nishitani, *Op. Cit.*, p. 7.

4 Friedrich Carl von Savigny, *Private International law, and the Retrospective Operation of Statutes; a Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time, Translated, With Notes, by William Guthrie*, 2nd ed., revised, (Edinburgh: T. & T. Clark, 1880), pp. 432 – 516.

5 Bandingkan dengan Zulfa Djoko Basuki, dkk, *Materi Pokok Hukum Perdata Internasional. Modul 1*, (Jakarta: Universitas Terbuka, 2020), hlm. 34.

6 Hatzimihail and Nikitas Emmanuel, "Bartolus and the Conflict of Laws", *Revue Hellenique de Droit International, Vol. 60*, (2007), pp. 33 – 34, diakses 20 Agustus 2022, <https://ssrn.com/abstract=1600774>

Demikian pula HPI Indonesia yang sumbernya sebagian besar berasal dari hukum kolonial Belanda, juga memiliki ketentuan-ketentuan yang mengatur *choice of law* atau hukum negara mana yang harus diberlakukan pada suatu peristiwa perdata internasional.

Pasal 16, 17 dan 18 ayat (1) *Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Nederlandsch Indie* ('AB') mengandung prinsip-prinsip penting dalam penentuan hukum negara mana yang harus diberlakukan dalam suatu peristiwa perdata internasional, sebagai berikut:

“Ketentuan-ketentuan dalam undang-undang mengenai status dan kecakapan seseorang tetap berlaku bagi kaulanegara Belanda (sekarang Warga Negara Indonesia), apabila ia berada di luar negeri.” (pasal 16 AB)

“Terhadap barang-barang yang tidak bergerak berlakulah undang-undang dari negeri atau tempat di mana barang-barang itu berada.” (pasal 17 AB)

“Bentuk tiap tindakan hukum akan diputus oleh pengadilan menurut perundang-undangan dari negeri atau tempat, di mana tindakan hukum itu dilakukan.” (pasal 18 ayat (1) AB)

Berdasar ketentuan di atas berarti hukum nasional (Indonesia) mengatur status dan kecakapan WNI di negara manapun dia berada (pasal 16 AB); hukum negara dimana benda tetap berada mengatur segala aspek terkait benda tetap tersebut (pasal 17 AB);

hukum negara dimana suatu perbuatan hukum dilakukan mengatur syarat legalitas formal perbuatan hukum tersebut (pasal 18 ayat (1) AB).

Ketentuan *choice of law* di dalam AB tersebut juga dilengkapi oleh yurisprudensi dan doktrin, antara lain yurisprudensi tahun 1925 dari *Raad van Justitie* Medan yang memutuskan bahwa hukum nasional warga negara asing mengatur status dan kecakapan WNA dimanapun dia berada, termasuk di Indonesia.⁷ Dengan demikian untuk status personal, HPI Indonesia menerapkan prinsip nasionalitas yaitu selalu memakai hukum nasional orangnya untuk menentukan status personalnya, tanpa membedakan apakah itu hukum asing atau hukum Indonesia. Hal ini sesuai dengan yang diajarkan oleh Von Savigny dan Bartolo dari Sassoferrato di atas.

Berhubung sampai saat ini HPI Indonesia belum dikodifikasikan dalam suatu Undang-undang tersendiri, maka penentuan hukum yang berlaku atas suatu peristiwa perdata internasional diatur dalam berbagai sumber hukum yang tersebar, di samping AB di atas. Namun pada prinsipnya, sebagaimana ketentuan di dalam AB, ketentuan *choice of law* yang diatur dalam berbagai peraturan, yurisprudensi dan doktrin lainnya tidak membedakan antara hukum nasional dan hukum asing sebagai hukum yang dipakai untuk mengatur peristiwa perdata internasional.

⁷ Dalam putusannya di tahun 1925, *Raad van Justitie* di Medan memutuskan untuk menerapkan hukum nasional Jepang untuk menentukan apakah seorang wanita warga negara Jepang yang sudah kawin cakap untuk mengajukan permohonan kepailitan tanpa bantuan dari suami Jepangnya. Sampai sekarang yurisprudensi ini tetap berlaku untuk menentukan hukum yang berlaku bagi status personal WNA di Indonesia. Lihat: Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia Jilid Kedua (Bagian Pertama) Cetakan Ke-3*, (Bandung: Eresco Bandung 1986), hlm. 31.

Jika hukum asing tersebut memiliki hubungan atau titik taut terdekat dengan para pihak atau obyeknya, maka hukum asing tersebut dapat dipakai untuk mengatur peristiwa perdata internasional dengan memperhatikan ketertiban umum di Indonesia dan ketentuan perundangan yang bersifat memaksa (*mandatory*, seperti peraturan perundangan di bidang ketenagakerjaan, perlindungan konsumen, fiskal, dan persaingan usaha).⁸

Di bidang perbuatan melawan hukum, peraturan perundangan Indonesia tidak mengatur hukum negara mana yang harus dipakai dalam peristiwa PMH yang mengandung unsur asing. Namun, doktrin yang paling umum diterima adalah *lex loci delicti commissi* yaitu doktrin yang menggunakan hukum dari tempat atau negara dimana PMH tersebut dilakukan, bukan hukum dari negara dimana akibat PMH tersebut terjadi.⁹ Doktrin lainnya yang terkait dengan *choice of law* untuk PMH yang mengandung unsur asing adalah pemakaian hukum negara dimana kerugian akibat PMH terjadi dan pemakaian hukum negara yang memiliki hubungan territorial paling karakteristik dengan PMH tersebut.

Untuk bidang hukum kontrak terdapat beberapa peraturan perundangan yang mengatur hukum mana yang diberlakukan pada kontrak yang mengandung unsur asing. Berbagai peraturan perundangan tersebut—yang akan dituliskan di Sub-Bab A.1. di

bawah— menentukan bahwa hukum yang berlaku bagi kontrak yang mengandung unsur asing adalah hukum yang dipilih dengan tegas oleh para pihak, terlepas apakah itu hukum Indonesia atau hukum asing. Jika para pihak tidak melakukan pilihan hukum tertentu di dalam kontraknya, maka hukum yang berlaku bagi kontrak tersebut akan ditetapkan berdasar pada prinsip-prinsip HPI.

Dari berbagai teori dan ketentuan *choice of law* yang telah dijelaskan di atas, maka selanjutnya artikel ini akan menganalisa tiga permasalahan hukum.

Pertama: Jika ketentuan *choice of law* dalam HPI Indonesia menunjuk pada pemakaian hukum asing, akankah hukum asing itu menjadi wajib untuk dipakai dalam memutuskan perkara perdata internasional? Kedua: Apakah pengadilan di Indonesia telah memakai hukum asing sesuai ketentuan *choice of law* yang terdapat dalam peraturan perundangan, yurisprudensi, dan doktrin terkait HPI? Ketiga: Bagaimana jalan keluar dari tidak dilaksanakannya kewajiban pemakaian hukum asing oleh pengadilan Indonesia? Masing-masing permasalahan hukum ini akan dianalisa dalam Bab Pembahasan di bawah ini. Artikel ini menjadi penting karena belum ada tulisan yang mengulas realitas dan permasalahan pemakaian hukum asing di pengadilan-pengadilan Indonesia, padahal pemakaian hukum asing sudah diatur dalam

8 Afifah Kusumadara, et. al., *Indonesian Private International Law*, (Oxford: Hart Publishing, 2021), pp. 29 – 31. Imelda Onibala, “Ketertiban Umum Dalam Perspektif Hukum Perdata Internasional”, *Jurnal Hukum Unsrat Vol.1, No.2*, (April-Juni 2013): 125 – 126, diakses 20 November 2022, <http://repo.unsrat.ac.id/id/eprint/377>.

9 Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia Jilid III Bagian 2 Buku Ke Delapan*, (Bandung: Penerbit Alumnus, 1987), hlm. 191-197.

berbagai sumber HPI Indonesia. Walau artikel ini bukan hasil dari suatu penelitian, namun analisa di dalam artikel ini didasarkan pada berbagai peraturan perundangan terkait HPI, putusan pengadilan Indonesia dalam perkara-perkara perdata internasional, serta buku-buku teks HPI dari dalam dan luar negeri.

PEMBAHASAN

A. Kewajiban Pemakaian Hukum Asing Menurut Ketentuan *Choice of Law* HPI Indonesia

1. Ketentuan *Choice of Law* Yang Menunjuk Pada Pemakaian Hukum Asing

Sebagaimana yang telah diuraikan sebelumnya, pasal 16, 17 dan 18 ayat (1) AB beserta yurisprudensi terkait menunjuk pada pemakaian hukum asing untuk mengatur status dan kecakapan (status personal) orang asing di Indonesia, benda tetap di luar negeri walaupun pemiliknya WNI, dan legalitas formal perbuatan hukum yang dilakukan di luar negeri.

Selanjutnya, pasal 18 Undang-undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik Sebagaimana Diubah Oleh Undang-undang Nomor 19 Tahun 2016 ('UU ITE'); pasal 56 ayat (2) Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa ('UU Arbitrase'); dan pasal 72 Undang-undang Nomor 1 tahun 2009 tentang Penerbangan,

pada prinsipnya menentukan bahwa hukum yang berlaku bagi kontrak yang mengandung unsur asing adalah hukum yang dipilih oleh para pihak. Jika para pihak dengan tegas telah sepakat memilih suatu hukum asing, maka hukum asing tersebut yang harus dipakai untuk mengatur kontrak para pihak. Pasal 18 UU ITE dan Penjelasanannya menyebutkan bahwa apabila para pihak tidak melakukan pilihan hukum tertentu di dalam kontrak elektronik, maka hukum yang berlaku bagi kontrak tersebut akan ditetapkan berdasar pada prinsip atau asas HPI. Terdapat beberapa prinsip di dalam doktrin HPI terkait penentuan hukum yang berlaku bagi kontrak yang mengandung unsur asing. Pertama, doktrin *lex loci contractus* (hukum dimana kontrak dibuat). Kedua, doktrin *lex loci solutionis* (hukum dimana kontrak tersebut dilaksanakan). Ketiga, doktrin *the proper law of the contract* (hukum yang memiliki titik taut terbanyak dengan kontrak). Keempat, doktrin *the most characteristic performance* (hukum dari pihak yang memiliki kewajiban paling karakteristik sesuai tipe kontraknya). Profesor Sudargo Gautama, Guru Besar HPI Indonesia, merekomendasikan prinsip atau doktrin yang keempat untuk menentukan hukum yang berlaku bagi kontrak internasional.¹⁰ Dalam hal ini, jika prinsip-prinsip HPI tersebut menunjuk pada pemakaian hukum asing, maka hukum asing tersebut yang akan dipakai untuk mengatur kontrak bersangkutan.

Terkait perbuatan melawan hukum,

¹⁰ Sudargo Gautama, *Op. Cit.*, hlm. 33.

peraturan perundangan Indonesia tidak mengatur hukum negara mana yang harus dipakai untuk mengatur peristiwa PMH yang mengandung unsur asing. Namun, sebagaimana yang telah diuraikan di Bab Pendahuluan, terdapat beberapa doktrin yang dapat digunakan untuk menentukan hukum yang harus dipakai. Jika kemudian doktrin-doktrin tersebut menunjuk pada pemakaian hukum asing tertentu, maka seharusnya hukum asing tersebut yang dipakai untuk mengatur PMH yang mengandung unsur asing.

Untuk pewarisan, sesuai prinsip nasionalitas yang diatur dalam pasal 16 AB beserta yurisprudensinya, hukum yang berlaku adalah hukum nasional dari si pewaris. Jika si pewaris adalah WNA maka hukum nasional si WNA tersebut yang harus dipakai untuk menentukan siapa saja ahli waris sah dari WNA tersebut dan *legitime portie* dari masing-masing ahli warisnya.

Sedangkan untuk wasiat, hukum yang dipakai untuk menentukan legalitas formalnya adalah hukum dari negara di mana wasiat tersebut dibuat (prinsip *locus regit actum*). Ketentuan ini didasarkan pada pasal 945 ayat (1) Kitab Undang-undang Hukum Perdata ('BW') yang menyebutkan bahwa "[W]arga negara Indonesia yang berada di negeri asing tidak boleh membuat wasiat selain dengan akta otentik dan dengan mengindahkan formalitas-formalitas yang berlaku di negeri tempat akta itu dibuat.' Selanjutnya, pasal 1868 BW mengatur bahwa "[S]uatu akta otentik ialah suatu akta yang dibuat dalam bentuk

yang ditentukan undang-undang, oleh atau dihadapan pejabat umum yang berwenang untuk itu di tempat akta itu dibuat.' Dengan demikian berdasar pasal-pasal tersebut, jika suatu wasiat dibuat oleh WNI di luar negeri, maka hukum negara di luar negeri tersebut yang akan menentukan legalitas formal dari wasiat tersebut. Ketentuan lain terkait wasiat adalah wasiat tersebut harus dibuat di negara dimana aset yang diwasiatkan berada. Jika pembuat wasiat tersebut memiliki aset di luar negeri yang akan diwasiatkan, misalnya di Singapura, maka pembuat wasiat tersebut harus mengikuti seluruh syarat formal hukum Singapura terkait pembuatan wasiat. Dengan kata lain, hukum Singapura yang akan menentukan legalitas formal wasiat tersebut.

Bagi orang asing yang membuat wasiat di Indonesia, maka orang asing tersebut harus mengikuti syarat formal pembuatan wasiat di Indonesia. Namun, sesuai prinsip nasionalitas, hukum nasional si orang asing tersebut tetap mengatur syarat material dari isi wasiatnya sesuai hukum waris di negaranya.

Terkait perkawinan yang mengandung unsur asing, hukum yang menentukan legalitas formal suatu perkawinan adalah hukum negara dimana perkawinan tersebut dilakukan. Hal ini diatur dalam pasal 18 ayat (1) AB yang menerapkan prinsip *locus regit actum* dan diatur dalam pasal 56 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ('UU Perkawinan 1974'). Pasal 56 ayat (1) menyebutkan bahwa "[P]erkawinan yang dilangsungkan di luar Indonesia antara dua

orang warganegara Indonesia atau seorang warganegara Indonesia dengan warganegara Asing adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum yang berlaku di negara dimana perkawinan itu dilangsungkan dan bagi warganegara Indonesia tidak melanggar ketentuan Undang-undang ini.” Jadi, apabila terdapat pasangan baik sama-sama WNI atau campuran WNI dan WNA yang menikah di luar negeri, misalnya di Australia, maka syarat dan legalitas formal perkawinan mereka ditentukan menurut hukum Australia. Sedangkan bagi WNI yang melakukan pernikahan di Australia tersebut, legalitas material atas perkawinannya tetap diatur oleh UU Perkawinan 1974. Ketentuan *choice of law* untuk menentukan keabsahan perkawinan yang mengandung unsur asing tersebut telah diterima oleh para sarjana HPI Indonesia.¹¹

Untuk syarat substantif atau material perkawinan bagi orang asing yang menikah di Indonesia, maka ditentukan oleh hukum nasional orang asing tersebut. Hal ini sesuai dengan yurisprudensi Hindia Belanda dimana prinsip nasionalitas dalam pasal 16 AB juga diberlakukan bagi WNA di Indonesia.¹² Sebagai akibatnya, hukum nasional orang asing yang melakukan perkawinan di Indonesia akan dipakai untuk menentukan keabsahan material perkawinan dia di Indonesia. Contoh, walaupun hukum Indonesia membolehkan laki-laki Muslim melakukan poligami, laki-

laki Muslim WNA yang berdomisili di Indonesia tetap dilarang melakukan poligami jika hukum nasionalnya melarang poligami.

Dalam hal perceraian pasangan WNA yang berdomisili di Indonesia, maka hukum nasional mereka yang akan mengatur perceraian mereka, sepanjang mereka memiliki kewarganegaraan yang sama. Hal ini sesuai dengan yurisprudensi terkait penerapan prinsip nasionalitas untuk status personal yang telah diterima dalam HPI Indonesia. Pada tahun 1953, Pengadilan Negeri Jakarta Barat-Selatan memakai Kitab UU Hukum Perdata Jerman (BGB) dalam mengadili perceraian pasangan Jerman yang berdomisili di Jakarta.

Dengan demikian dari pembahasan di Sub-Bab A.1. ini dapat disimpulkan bahwa ketentuan *choice of law* dalam HPI Indonesia mengakui dan menerima pemakaian hukum asing. Selanjutnya, dalam Sub-Bab A.2 berikut akan dianalisa apakah ketentuan tentang pemakaian hukum asing tersebut bersifat wajib (*mandatory*) ataukah tidak wajib (*facultative*).

2. Ketentuan *Choice of Law* Tentang Pemakaian Hukum Asing: Wajib Atau Tidak Wajib

a. Di Bidang Orang

Terkait pasal 18 ayat (1) AB dan pasal 56 ayat (1) UU Perkawinan 1974 yang menunjuk pada pemakaian hukum asing untuk

11 Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia Buku Ketujuh Jilid Ke-Tiga (Bagian Pertama)*, (Bandung: Penerbit Alumni, 1981), hlm. 126.

12 *Ibid*, hlm. 9; Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia Jilid Dua Bagian Dua Buku Ketiga* (Bandung: Penerbit Alumni, 1973), hlm. 100; Laurensius Arliman S, “Perkawinan Antar Negara Di Indonesia Berdasarkan Hukum Perdata Internasional”, *Kertha Patrika Vol. 39, No. 3*, (Desember 2017): 190.

menentukan legalitas formal perkawinan WNI yang dilakukan di luar negeri, ketentuan *choice of law* dalam kedua pasal tersebut bersifat wajib (*mandatory*) karena tercantum dalam Undang-undang. Dengan demikian, pengadilan juga wajib memakai hukum asing untuk menentukan legalitas formal perkawinan WNI yang dilakukan di luar negeri sesuai yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut.

Demikian pula yurisprudensi dan prinsip nasionalitas yang menunjuk pada hukum nasional WNA untuk menikah di Indonesia juga bersifat wajib. Sebagaimana dijelaskan di atas, syarat sah material perkawinan WNA di Indonesia diatur oleh hukum nasional WNA yang bersangkutan. Ketentuan *choice of law* ini selanjutnya diatur dalam pasal 37 ayat (2)g Peraturan Presiden No 96 Tahun 2018 tentang Persyaratan dan Tata Cara Pendaftaran Penduduk dan Pencatatan Sipil. Pasal tersebut mensyaratkan WNA untuk memperoleh izin dari negara atau perwakilan negaranya untuk dapat menikah di Indonesia. Pengadilan Indonesia yang mendapati WNA menikah di Indonesia tanpa izin dari negaranya, dapat memutuskan bahwa WNA tersebut tidak memenuhi syarat material perkawinan yang diatur dalam hukum nasionalnya, dan pernikahannya menjadi tidak sah. Ketentuan *choice of law* yang menunjuk pada hukum nasional WNA untuk menentukan syarat sah material perkawinan menjadi bersifat wajib karena telah diatur dalam yurisprudensi

dan Peraturan Presiden, kecuali jika hukum nasional WNA tersebut bertentangan dengan ketertiban umum dan peraturan yang bersifat memaksa di Indonesia. Sebagai contoh, hukum asing yang membolehkan perkawinan sesama jenis tidak dapat dipakai untuk mengatur perkawinan WNA di Indonesia karena bertentangan dengan ketertiban umum.¹³ Demikian pula hukum asing yang membolehkan perkawinan dibawah umur tidak dapat dipakai karena melanggar pasal 7 ayat (1) UU Perkawinan 1974 sebagaimana diubah dengan Undang-undang Nomor 16 tahun 2019. Pasal tersebut mensyaratkan usia mimum 19 tahun untuk dapat melangsungkan perkawinan di Indonesia, dan aturan ini bersifat memaksa sehingga mengalahkan prinsip nasionalitas.

Selanjutnya, dalam hal perceraian WNA yang berdomisili di Indonesia, dan mereka memiliki kewarganegaraan yang sama, maka sesuai prinsip nasionalitas, perceraian mereka harus diatur oleh hukum nasional WNA tersebut. Hal ini sudah dijelaskan sebelumnya dalam Sub-Bab A.1. di atas. Walaupun pemakaian hukum asing ini bersifat wajib sesuai prinsip nasionalitas, namun hukum nasional WNA tersebut tidak boleh dipakai jika hukum asing tersebut membolehkan perceraian dengan alasan-alasan cerai yang tidak diakui dalam hukum Indonesia. Contohnya, hukum asing yang membolehkan perceraian dengan alasan kesepakatan para

13 Zulfa Djoko Basuki, et. al., *Materi Pokok Hukum Perdata Internasional. Modul 5*, (Jakarta: Universitas Terbuka, 2020), hlm. 12; Berdasar pasal 1 UU Perkawinan 1974, perkawinan hanya dapat dilakukan antara pria dan wanita saja.

pihak atau perceraian dengan alasan keuangan pasangan yang menurun tidak dapat dipakai di Indonesia karena hukum Indonesia tidak membolehkan perceraian dengan alasan-alasan tersebut.¹⁴

Disamping itu, doktrin *Renvoi* yang diterima dalam HPI Indonesia juga mengakibatkan hukum nasional pasangan WNA tidak dipakai untuk mengatur perceraian mereka di Indonesia. Yurisprudensi Hindia Belanda telah menerima doktrin *Renvoi* yang berupa ‘penunjukan kembali’ (*remission*).¹⁵ Berdasar yurisprudensi tersebut, hukum nasional asing yang ditunjuk berdasar prinsip nasionalitas adalah termasuk HPI-nya. Sehingga, jika HPI asing yang ditunjuk HPI Indonesia menunjuk kembali pada hukum Indonesia sebagai hukum domisili para pihak, maka pengadilan Indonesia akan memakai hukum Indonesia untuk mengadili perkara-perkara status personal WNA, termasuk perceraian.¹⁶ Doktrin penunjukan kembali dalam *Renvoi* telah diterapkan pada perkara perceraian pasangan WNA yang berdomisili di Indonesia dan keduanya berasal dari

negara yang HPI-nya menerapkan prinsip domisili dalam menentukan status personal, contohnya Inggris¹⁷, Amerika Serikat¹⁸, dan Afrika Selatan.¹⁹ Dalam putusan Nomor 2640 K/Pdt/2009, Mahkamah Agung yang menguatkan putusan Pengadilan Tinggi Jakarta²⁰ dan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan,²¹ menyatakan bahwa walaupun kewarganegaraan pasangan yang bercerai adalah Amerika Serikat, namun domisili pasangan tersebut di Indonesia, sehingga UU Perkawinan 1974 harus dipakai dalam memutuskan perceraian mereka.²²

Dalam salah satu artikelnya, Profesor Sudargo Gautama sebagai Guru Besar HPI Indonesia menulis sebagai berikut:

“Kami berpendapat bahwa penerimaan prinsip *renovi* adalah menguntungkan untuk Indonesia. Hal tersebut akan berakibat pada pemakaian hukum nasional Indonesia, dan sebagai akibatnya, bila hukum Indonesia yang dipakai, lebih menjamin penerapan hukum secara benar daripada bila hukum asing yang diterapkan. Walau kami berpegang pada kesejajaran antara hukum Indonesia dan hukum asing,

14 Afifah Kusumadara, et. al., *Op. Cit.*, p. 151.

15 Tiurma M. P. Allagan, “Indonesian Private International Law: The Development After More Than a Century”, *Indonesian Journal of International Law Vol. 14, No. 3*, (2017): 390 – 391, diakses 20 November 2022, doi: 10.17304/ijil.vol14.3.700.

16 Kusumadara, *Op. Cit.*, p. 13.

17 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor: 112/Pdt.G/1987.

18 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor: 47/Pdt.G/2008/PN.Jak.Sel; Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Nomor: 141/PDT/2009/PT.DKI sebagaimana dikutip dalam hlm. 9 dari Putusan Pengadilan Negeri Denpasar Nomor: 172/Pdt.G/2014/PN.Dps; Putusan Mahkamah Agung Nomor: 2640 K/Pdt/2009.

19 Putusan Pengadilan Negeri Denpasar Nomor: 172/Pdt.G/2014/PN.Dps.

20 Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Nomor: 141/PDT/2009/PT.DKI sebagaimana dikutip dalam hlm. 9 dari Putusan Pengadilan Negeri Denpasar Nomor: 172/Pdt.G/2014/PN.Dps.

21 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor: 47/Pdt.G/2008/PN.Jak.Sel sebagaimana dikutip dalam hlm. 9 dari Putusan Pengadilan Negeri Denpasar Nomor: 172/Pdt.G/2014/PN.Dps

22 Putusan Mahkamah Agung Nomor: 2640 K/Pdt/2009 sebagaimana dikutip dalam hlm. 9 dari Putusan Pengadilan Negeri Denpasar Nomor: 172/Pdt.G/2014/PN.Dps.

pengadilan Indonesia akan lebih nyaman jika mereka memakai hukum nasional mereka sendiri.”²³ (terjemahan dari Bahasa Inggris ke Indonesia)

Selain dalam perkara di atas, dalam segala perkara yang terkait dengan perkawinan campuran yang dilakukan di Indonesia, hukum nasional Indonesia tetap harus dipakai walaupun ketentuan *choice of law* HPI Indonesia (pasal 16 AB) menunjuk pada hukum asing. Ketentuan pemakaian hukum Indonesia terhadap segala peristiwa terkait perkawinan campuran—yang diselenggarakan di Indonesia—diatur oleh pasal 59 ayat (2) UU Perkawinan 1974. Definisi perkawinan campuran menurut pasal 57 UU Perkawinan 1974 adalah perkawinan antara WNI dan WNA.

Dalam peristiwa keperdataan terkait anak yang mengandung unsur asing, seperti pengakuan anak dan pengesahan anak, prinsip nasionalitas berlaku. Hal ini berarti hukum nasional orang tua asing yang melakukan pengakuan dan pengesahan anak harus dipakai untuk menentukan syarat sah dari pengakuan dan pengesahan tersebut. Prinsip ini diakui dalam yurisprudensi Hindia Belanda tahun 1935. Pada tahun 1930-an seorang wanita warga negara Jepang mengajukan permohonan pengakuan anak atas anak-anaknya yang lahir dari hubungan perzinahan dengan laki-laki Timur Asing yang sudah mempunyai istri. Menurut pasal 283 BW,

tidak dapat dilakukan pengakuan atas anak luar kawin yang dilahirkan karena perzinahan. Oleh karena itu, *Raad van Justitie* Surabaya pada tahun 1932 menolak permohonan pengakuan anak yang diajukan warga negara Jepang tersebut. Namun, *Hooggerichtshof* (MA Hindia Belanda) dalam putusannya di tahun 1935 berpendapat bahwa hukum Jepang harus dipakai untuk memutuskan perkara ini karena pengakuan anak termasuk bidang status personal yang diatur oleh hukum nasional orang yang melakukan pengakuan anak. Dengan demikian, menurut *Hooggerichtshof* pengakuan anak oleh wanita Jepang tersebut adalah sah karena hukum nasional Jepang tidak melarang pengakuan atas anak-anak yang dilahirkan karena perzinahan.²⁴

Namun, setelah Indonesia merdeka, pengadilan di Indonesia tidak lagi melaksanakan yurisprudensi di atas. Pengadilan hanya mengabulkan permohonan pengakuan atas anak Indonesia oleh orang tua asingnya setelah kedua orang tua dari anak tersebut melakukan perkawinan yang dilakukan menurut syarat agama. Pasal 49 Undang-undang Nomor 23 tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan sebagaimana yang diubah oleh Undang-undang Nomor 2013 (‘UU Administrasi Kependudukan’) menentukan bahwa “[P]engakuan anak hanya berlaku bagi anak yang orang tuanya telah melaksanakan perkawinan sah menurut hukum agama, tetapi belum sah menurut

23 Sudargo Gautama dan Hanifa Wiknjastro, “Some Aspects of Indonesian Private International Law”, *Malaya Law Review* Vol. 32, No. 2, (1990): 429, diakses 28 Juli 2022, <http://www.jstor.org/stable/24865645>.

24 Sudargo Gautama, *Op. Cit.*, hlm. 41 – 42.

hukum negara.” Dalam kasus pemohonan pengakuan anak Indonesia oleh seorang warganegara Australia berinisial Mr. S., anak yang akan diakuinya merupakan anak hasil hidup bersama tanpa kawin dengan seorang perempuan Bali. Lima tahun setelah kelahiran anak mereka dan dicatatkan sebagai anak kandung dari perempuan Bali tersebut, Mr. S. bermaksud untuk melakukan pengakuan anak sekaligus pengesahan anak. Ibu anak tersebut juga menyetujui. Pengadilan Negeri Singaraja di Bali mengabulkan permohonan pengakuan anak yang diajukan Mr. S. setelah pengadilan mempertimbangkan bahwa Mr. S. dan ibu dari anak tersebut telah melakukan perkawinan secara agama Hindu dan telah mendaftarkan perkawinan mereka pada Kantor Catatan Sipil Singaraja, sehingga memenuhi syarat yang ditentukan pasal 2 UU Perkawinan 1974.

Sebagaimana dalam pengakuan anak, prinsip nasionalitas dalam bidang pengesahan anak Indonesia oleh orang tua asingnya juga tidak dilaksanakan lagi oleh Pengadilan di Indonesia. Hal ini karena berdasarkan pasal 50 ayat (2) UU Administrasi Kependudukan, pengesahan anak di Indonesia hanya dapat dilakukan jika orang tua kandung anak tersebut telah melangsungkan pernikahan yang sah menurut hukum agama dan hukum negara Indonesia.

Prinsip nasionalitas yang menunjuk pada hukum asing juga tidak dipakai dalam mengatur perkara keperdataan terkait anak di bawah umur yang mengandung unsur

asing, seperti kuasa, tanggung jawab dan kewajiban orang tua, termasuk pemeliharaan anak di Indonesia. Apapun kewarganegaraan orang tua si anak, perkara-perkara tersebut selalu diatur oleh hukum nasional Indonesia, seperti UU Perkawinan 1974, Undang-undang Nomor 23 tahun 2002 sebagaimana diubah oleh Undang-undang Nomor 35 tahun 2014 tentang Perlindungan Anak, Undang-undang Nomor 23 tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga, dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Februari 2012.

Untuk pewarisan dan wasiat yang mengandung unsur asing, sebagaimana sudah dijelaskan di Sub-bab A.1. di atas, maka hukum asing wajib dipakai untuk mengaturnya. Hal ini karena yurisprudensi tahun 1925 dan ketentuan Undang-undang yaitu pasal 17 dan 18 ayat (1) AB mewajibkan pemakaian hukum asing apabila pewaris atau pewasiatnya adalah WNA, atau wasiatnya dibuat di luar negeri, atau aset yang diwariskan dan diwasiatkan berlokasi di luar negeri. Pemakaian hukum asing ini diterapkan dalam kasus *Leo Bonady, et al. melawan Lelly Iskandar, et al.* Dalam kasus ini pengadilan Indonesia memutuskan bahwa wasiat yang dibuat oleh pewasiat WNI di Singapura adalah memenuhi syarat formal hukum Singapura dan syarat material hukum Indonesia.²⁵

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa ketentuan *choice of law* di bidang perkawinan dan perceraian yang menunjuk

25 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Utara Timur Nomor: 158/69/1979G; Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Nomor: 241/1979; dikuatkan oleh Putusan Mahkamah Agung Nomor: 148/PK/Perd/1982. Baca putusan-

pada pemakaian hukum asing adalah bersifat wajib (*mandatory*), dengan beberapa perkecualian seperti karena berlakunya doktrin *Renvoi* dan karena hukum asing tersebut bertentangan dengan ketertiban umum di Indonesia. Demikian pula dengan pemakaian hukum asing dalam pewarisan dan wasiat adalah bersifat wajib sesuai dengan yurisprudensi 1925 dan pasal 17 dan 18 ayat (1) AB. Sedangkan ketentuan pemakaian hukum asing dalam peristiwa perdata internasional terkait anak tidak lagi dilaksanakan karena hal-hal terkait anak di Indonesia harus diatur oleh hukum Indonesia, bukan oleh hukum asing.

b. Di Bidang Perikatan

Sebagaimana telah diuraikan dalam Bab Pendahuluan dan Sub-Bab A.1., ketentuan pemakaian hukum asing dalam peristiwa perbuatan melawan hukum yang mengandung unsur asing tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. Hal tersebut hanya diatur oleh doktrin, seperti doktrin *lex loci delicti commissi* dan beberapa doktrin lainnya. Dalam prakteknya, pengadilan Indonesia tidak menerapkan doktrin-doktrin tersebut, karena mereka memilih menggunakan doktrin *lex fori* atau hukum dari forum tempat penyelesaian sengketa. Hal ini berakibat pada penggunaan hukum Indonesia untuk menyelesaikan perkara PMH yang mengandung unsur asing. Dengan demikian, ketentuan *choice of law* untuk PMH yang diatur dalam doktrin-doktrin

tersebut bersifat tidak wajib. Sebagai contoh, dalam kasus pencemaran nama baik antara *Richard Bruce Ness melawan Jane Perlez; et al.*, semua pihak kecuali satu tergugat adalah WNA. Penggugat Ness adalah WN Amerika walaupun tinggal di Jakarta dan menjabat sebagai Presiden Direktur dari sebuah perusahaan pertambangan Indonesia bernama PT. Newmont Minahasa Raya. Tergugat Perlez adalah seorang jurnalis berkewarganegaraan Australia yang pernah hidup di Jakarta waktu menulis berita tentang penggugat. New York Times Company, sebagai tergugat kedua adalah perusahaan Amerika Serikat yang didirikan dan memiliki kedudukan hukum di New York. Penggugat Ness mengajukan gugatan PMH terhadap Perlez di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat disebabkan Perez menulis tiga artikel yang melaporkan bahwa Ness bertanggung jawab atas polusi berat di Teluk Buyat, Sulawesi Utara karena membiarkan perusahaan yang dipimpinnya yaitu PT. Newmont Minahasa Raya mencemari Teluk Buyat. Penggugat juga menggugat New York Times Company karena mempublikasikan artikel-artikel Perez di koran New York Times yang diterbitkan di New York. Para tergugat dianggap telah mencemarkan nama baik tergugat. Dalam putusannya, majelis hakim menyebutkan bahwa dikarenakan semua pihak, kecuali penerjemah Jane Perlez, adalah WNA maka hakim harus memilih hukum yang paling adil bagi penggugat dan para tergugat.

putusan tersebut dalam Andreas Prasetyo Senoadji, "Penerapan Legitime Portie (Bagian Mutlak) Dalam Pembagian Waris Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Studi Kasus Putusan Mahkamah Agung Reg No. 148/Pk/Perd/1982", *Tesis Magister Kenotariatan* (Semarang: Universitas Diponegoro, 2007).

Akhirnya majelis hakim memilih hukum Indonesia yaitu Undang-undang Nomor 40 tahun 1999 tentang Pers ('UU Pers') dan Kode Etik Jurnalistik Pers, disamping BW, untuk memutuskan perkara para pihak. Majelis hakim sama sekali tidak mempertimbangkan pemakaian hukum asing, termasuk hukum New York yang menurut doktrin *lex loci delicti commissi* adalah hukum tempat PMH atau pencemaran nama baik dilakukan. Berdasar UU Pers dan Kode Etik Jurnalistik, Pengadilan memutuskan bahwa para tergugat tidak melanggar tugas-tugas jurnalistik yang diatur dalam UU Pers dan Kode Etik, sehingga para tergugat diputuskan tidak terbukti melanggar pasal-pasal BW terkait PMH dan pencemaran nama baik.²⁶

Demikian pula dalam perkara pencemaran nama baik antara *Time Inc Asia; et al. melawan H.M. Soeharto*,²⁷ Mahkamah Agung tidak memakai hukum asing, melainkan memakai BW, UU Pers, dan UU Nomor 21 Tahun 1982 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Pers. MA tidak memakai hukum New York walaupun pencemaran nama baik dilakukan di New York dimana perusahaan Time Inc mempublikasikan berita korupsi mantan Presiden Soeharto dan kroninya. MA juga tidak memakai hukum Hong Kong dimana anak perusahaan Time yaitu Time Inc Asia mendistribusikan majalah TIME versi Asia ke seluruh wilayah Asia. Kasus ini sekali lagi menunjukkan bahwa

hukum asing tidak dipakai oleh Pengadilan Indonesia dalam PMH pencemaran nama baik yang mengandung unsur asing.

Dalam kasus kecelakaan antara *Sigit Suciptoeyono melawan Singapore Airlines Limited*, pengadilan Indonesia juga tidak memakai hukum asing sebagaimana yang diatur dalam doktrin *lex loci delicti commissi*. Pengadilan tidak memakai hukum Taiwan, padahal kelalaian pilot Singapore Airlines yang menyebabkan kecelakaan dan penderitaan penggugat terjadi di Taiwan. Pengadilan juga tidak memakai hukum Singapore dimana Singapore Airlines melakukan PMH berupa penolakan untuk memberi ganti-rugi yang adil dan sepatutnya pada penggugat. Selanjutnya, pengadilan juga menolak menerapkan Konvensi Warsawa 1929 sebagaimana yang dimohonkan Singapore Airlines. Dalam kasus PMH yang mengandung unsur asing ini, Pengadilan Negeri sampai Mahkamah Agung menggunakan *lex fori* atau hukum yang berlaku di Indonesia dan menghukum tergugat untuk membayar ganti rugi sebesar lebih dari 1 milyar rupiah kepada penggugat.²⁸

Penyebab tidak dipakainya hukum asing dalam perkara PMH yang mengandung unsur asing di Indonesia salah satunya adalah karena putusan kondemnatoir yang dibuat oleh pengadilan Indonesia hanya dapat diakui dan dilaksanakan di Indonesia saja. Pasal 431 *Reglement op de Burgerlijke*

26 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor: 408/Pdt.G/2007/PN.Jkt.Pst

27 Putusan Peninjauan Kembali Mahkamah Agung Nomor: 273 PK/Pdt/2008.

28 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor: 908/Pdt.G/2007/PN.Jak.Sel; Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Nomor: 611/PDT/2008/PT.DKI; Putusan Mahkamah Agung Nomor: 1517 K/Pdt/2009.

Rechtsvordering ('Rv')²⁹ menentukan bahwa putusan pengadilan Indonesia hanya berlaku dan berdaya eksekusi di wilayah Indonesia dan tidak mempunyai daya eksekusi di luar Indonesia. Hal ini menyebabkan pengadilan Indonesia lebih memilih memakai hukum Indonesia (*lex fori*) karena mereka tidak mengharapkan putusan kondemnatoir mereka akan dilaksanakan di luar Indonesia.

Dalam bidang kontrak, sebagaimana telah dijelaskan dalam Bab Pendahuluan dan Sub-Bab A.1., ketentuan pemakaian hukum asing dalam kontrak yang mengandung unsur asing telah diatur dalam berbagai peraturan perundangan. Oleh karena itu, pemakaian hukum asing yang telah dipilih dan disepakati dengan tegas oleh para pihak adalah bersifat wajib dan harus dilaksanakan sebagaimana dalam dua contoh kasus berikut. Hal ini juga sesuai dengan prinsip kebebasan berkontrak dan *party autonomy* yang diakui dalam pasal 1338 ayat (1) BW.

Dalam perkara kontrak asuransi antara *PT. Pelayaran Manalagi melawan PT. Asuransi Harta Aman Pratama, Tbk*, kedua belah pihak yang sama-sama perusahaan Indonesia menggunakan kontrak baku atau *standard contract* yang diterbitkan oleh *Institute Time Clauses – Hulls/MAR 91*. Dalam kontrak baku tersebut tertulis "*This insurance is subject to English law and practice*" yang berarti

perjanjian asuransi tersebut diatur menurut hukum Inggris dan praktek yang berlaku di Inggris. Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang mengadili sengketa para pihak memakai hukum dan praktek Inggris untuk mengadili gugatan wanprestasi yang diajukan oleh PT. Pelayaran Manalagi. Majelis hakim memutuskan bahwa *PT. Asuransi Harta Aman Pratama, Tbk* ('PT AHAP') telah melanggar perjanjian asuransi berdasar hukum dan praktek di Inggris.³⁰ Pengadilan Tinggi Jakarta menguatkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.³¹ Namun, di tingkat kasasi, Mahkamah Agung memutuskan bahwa pengadilan *judex facti* tidak berwenang mengadili perkara tersebut karena di dalam kontrak baku asuransi para pihak terdapat klausula penundukan diri pada yurisdiksi Pengadilan Inggris (*exclusive jurisdiction of the English Courts*). Sehingga MA membatalkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan memerintahkan penggugat untuk mengajukan gugatannya di Pengadilan Inggris.³²

Di dalam perkara perjanjian kredit dan *trust* antara *PT. Indah Kiat Pulp & Paper Tbk. melawan Bank America National Trust Company; et al.* para pihak sepakat untuk memilih hukum Negara Bagian New York untuk mengatur kontrak-kontrak mereka. Walau demikian, Pengadilan Negeri Bengkalis tidak memakai hukum Negara Bagian New

29 Pasal 431 Rv menyebutkan bahwa putusan pengadilan Indonesia hanya berlaku dan berdaya eksekusi di wilayah Indonesia, serta tidak mempunyai daya eksekusi di luar negeri. Rv adalah salah satu UU yang mengatur hukum acara perdata walaupun pada zaman kolonial dikhususkan untuk mengatur acara di pengadilan bagi penduduk Belanda dan Asing di Hindia Belanda.

30 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor: 52/Pdt.G/2010/PN.Jkt.Pst.

31 Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Nomor: 297/PDT/2011/PT.DKI.

32 Putusan Mahkamah Agung Nomor: 1935 K/Pdt/2012.

York karena penggugat yaitu PT. Indah Kiat Pulp & Paper Tbk ('Indah Kiat'), mengajukan gugatan PMH dan bukan gugatan wanprestasi pelanggaran kontrak, terhadap para tergugat yang merupakan pemegang obligasi yang diterbitkan oleh Indah Kiat. Dalam gugatannya, Indah Kiat berdalih bahwa kontrak-kontrak yang ada dibuat dengan iktikad buruh dan menyesatkan Indah Kiat, sehingga menurut Indah Kiat para tergugat telah melakukan PMH. Para tergugat menjawab bahwa pokok perkara harusnya adalah wanprestasi karena Indah Kiat tidak membayar obligasinya pada para tergugat waktu jatuh tempo. Para tergugat juga menjawab bahwa hukum Negara Bagian New York yang telah dipilih para pihak yang harusnya dipakai untuk menyelesaikan sengketa. Namun, Pengadilan Negeri Bengkalis menerima gugatan PMH yang diajukan oleh Indah Kiat dan memutuskan bahwa semua kontrak para pihak adalah tidak sah dan batal demi hukum karena dibuat secara melawan hukum.³³ Pengadilan Tinggi Riau menguatkan putusan Pengadilan Negeri Bengkalis.³⁴ Demikian pula dengan Mahkamah Agung yang mengadili dalam tingkat kasasi.³⁵ Namun, sewaktu para tergugat mengajukan peninjauan kembali ke MA, MA membatalkan semua putusan pengadilan di tingkat sebelumnya dan memutuskan bahwa para tergugat tidak terbukti melakukan PMH. Dengan demikian kontrak-kontrak para pihak tetap sah dan mengikat

para pihak dan diatur oleh hukum Negara Bagian New York. Dalam putusannya, majelis di tingkat peninjauan kembali menyebutkan bahwa gugatan pembatalan kontrak-kontrak para pihak harus dilakukan di muka pengadilan di Negara Bagian New York sesuai klausula pilihan yurisdiksi yang tertulis di kontraknya.³⁶

Kedua perkara kontrak di atas menunjukkan bahwa ketentuan *choice of law* yang menunjuk pada pemakaian hukum asing bersifat wajib. Pengadilan harus memakai hukum asing yang telah dipilih para pihak. Hal ini sesuai dengan berbagai ketentuan perundangan yang mengatur bahwa hukum yang mengatur kontrak adalah hukum yang dipilih oleh para pihak. Namun dalam kasus terakhir yaitu *PT. Indah Kiat Pulp & Paper Tbk. melawan Bank America National Trust Company; et al.*, pengadilan tidak memakai hukum asing yang telah dipilih para pihak karena penggugat tidak mendasarkan gugatannya pada pelanggaran kontrak, melainkan pada perbuatan melawan hukum. Sehingga sebagaimana dalam kasus PMH yang mengandung unsur asing, pengadilan dalam kasus Indah Kiat menggunakan *lex fori* yaitu hukum Indonesia untuk menyelesaikan perkaranya. Manuver penggugat untuk mendasarkan gugatannya sebagai PMH guna menghindari pemakaian hukum asing yang telah dipilih para pihak telah menjadi perdebatan sengit dalam beberapa kasus. Salah

33 Putusan Pengadilan Negeri Bengkalis Nomor: 05/PDT.G./2003/PN-BKS.

34 Putusan Pengadilan Tinggi Riau Nomor: 40/PDT/2004/PTR.

35 Putusan Mahkamah Agung Nomor: 381 K/Pdt/2006.

36 Putusan Peninjauan Kembali Mahkamah Agung Nomor: 445 PK/Pdt/2007.

satunya juga terjadi dalam sengketa antara *Mitomo Shoji K.K. melawan Aim Holding; et al.*³⁷

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa ketentuan *choice of law* di bidang kontrak yang menunjuk pada pemakaian hukum asing adalah bersifat wajib (*mandatory*), kecuali hukum asing tersebut bertentangan dengan ketertiban umum di Indonesia.³⁸ Hal ini sesuai dengan ketentuan di berbagai peraturan perundangan, seperti di UU ITE, UU Arbitrase, dan pasal 1338 BW. Sedangkan untuk ketentuan *choice of law* di bidang PMH tidak bersifat wajib karena pengadilan Indonesia selalu menggunakan hukum Indonesia dalam penyelesaian perkara PMH yang mengandung unsur asing. Terdapat kemungkinan bahwa pengadilan Indonesia mengabaikan ketentuan *choice of law* di bidang PMH karena ketentuan tersebut hanya tertulis di doktrin dan bukan di peraturan perundangan, sehingga tidak mengikat bagi pengadilan.

B. Pemakaian Hukum Asing Oleh Pengadilan Indonesia

Setelah Bagian A membahas kewajiban untuk melaksanakan ketentuan *choice of law* yang menunjuk pada pemakaian hukum asing, maka Bagian B akan membahas bagaimana pengadilan atau hakim di Indonesia memakai hukum asing tersebut. Di bagian ini juga

diuraikan permasalahan yang muncul dalam pemakaian hukum asing oleh pengadilan Indonesia.

1. Pemakaian Hukum Asing Oleh Hakim Secara *Ex Officio*

Sesuai dengan penjelasan di Bagian A dimana pemakaian hukum asing sesuai ketentuan *choice of law* bersifat wajib jika diatur dalam peraturan perundangan, maka hakim secara *ex officio* wajib memakai hukum asing tersebut dalam penyelesaian perkaranya. Pertanyaan selanjutnya adalah bagaimana caranya para hakim dapat memakai hukum asing yang ditunjuk oleh ketentuan *choice of law* tersebut karena hukum asing tersebut bisa berbeda dari hukum Indonesia.

Untuk menjawab pertanyaan tersebut, maka perlu ditentukan lebih dulu kategori atau *nature* dari hukum asing tersebut, apakah sebagai ‘hukum’ ataukah ‘sebagai fakta’ menurut hukum acara perdata. Jika dikategorikan sebagai fakta, maka hukum asing tersebut —sebagaimana fakta-fakta lain dalam persidangan— harus diajukan, didalilkan dan dibuktikan isinya oleh para pihak. Jika tidak dapat dibuktikan, maka ‘fakta’ hukum asing tersebut tidak dapat dipakai dalam proses persidangan.³⁹ Namun, apabila hukum asing dikategorikan sebagai hukum, maka hakim harus memakai hukum asing tersebut secara *ex officio* untuk

37 Lihat Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor: 359/Pdt.G/2011/PN. Jkt.Pst yang dikuatkan dalam Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Nomor: 186/PDT/2014/PT.DKI.

38 Aminah, “Pilihan Hukum dalam Kontrak Perdata Internasional”, *Diponegoro Private Law Review Vol 4, No 2*, (2019): 7 – 8, diakses 20 November 2022, <https://ejournal2.undip.ac.id/index.php/dplr/article/view/6540>.

39 Thomas F. Bridgman, “*Proof of Foreign Law and Facts*”, *Journal of Air Law and Commerce Vol. 45 No. 4*, (1980): 846, diakses 26 Agustus 2022, <https://scholar.smu.edu/jalc/vol45/iss4/4>.

menyelesaikan perkaranya. Para pihak tidak perlu mendalilkan atau membuktikan hukum asing tersebut, karena hukum asing tersebut adalah hukum yang dipakai hakim yang memutus perkara mereka.⁴⁰

Pada tahun 1915, *Hoge Raad* (Mahkamah Agung Belanda) membuat sebuah putusan yang menjadi yurisprudensi untuk menentukan apakah hukum asing merupakan fakta atau hukum. Berdasar putusan tanggal 4 Juni 1915, *Hoge Raad* memutuskan bahwa hukum asing merupakan isu hukum, bukan fakta.⁴¹ Dengan demikian hakim dalam jabatannya (*ex officio*) harus memakai hukum asing sebagai hukum untuk menyelesaikan perkara yang ditanganinya. Yurisprudensi tentang sifat atau kategori hukum asing ini telah diterima oleh para sarjana HPI Indonesia.⁴²

Sebagai konsekuensi dari prinsip bahwa hukum asing adalah hukum yang harus dipakai oleh hakim *ex officio*, maka hukum asing tersebut harus dicari, digali dan ditafsirkan oleh hakim yang menangani perkara. Kesalahan hakim dalam menafsirkan dan menerapkan hukum asing akan dapat dibanding di pengadilan-pengadilan tingkat atasnya, seperti dalam kasus *PT. Pelayaran Manalagi melawan PT. Asuransi Harta Aman Pratama, Tbk.*

2. Pelaksanaan Prinsip *Ius Curia Novit* Dalam Pemakaian Hukum Asing

Sampai saat ini tidak ada peraturan perundangan yang mengatur cara pengadilan atau hakim dalam menemukan dan menafsirkan hukum asing yang akan dipakainya dalam menyelesaikan sengketa perdata internasional. Namun, terdapat pasal 50 ayat (1) Rv yang menyebutkan bahwa hakim karena jabatannya dalam pertimbangan keputusannya harus menambah dasar hukum yang mungkin tidak dikemukakan para pihak. Selain itu, terdapat pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman ('UU Kehakiman') yang menentukan bahwa "[P]engadilan dilarang 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." Ketentuan-ketentuan tersebut mewajibkan pengadilan untuk menemukan hukum yang akan diberlakukan —termasuk hukum asing— untuk menyelesaikan perkaranya. Hal ini sesuai dengan prinsip *ius curia novit* (pengadilan tahu hukum) yang merupakan prinsip penting dalam hukum acara di Indonesia.⁴³ Dengan demikian, menurut prinsip ini dan pasal-pasal

40 Stephen L. Sass, "Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey", *The American Journal of Comparative Law* Vol. 16, No. 3, (Summer 1968): 347 – 349, diakses 25 Agustus 2022, <https://www.jstor.org/stable/838662>.

41 HR 04-06-1915, NJ 1915/865.

42 Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia Jilid II Bagian 5 Buku Ke enam*, (Bandung: Penerbit Alumni, 1988), hlm. 187; Zulfa Djoko Basuki, dkk, *Materi Pokok Hukum Perdata Internasional. Modul 9, edisi 2*, (Jakarta: Universitas Terbuka, 2020), hlm. 16 - 17.

43 M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan, edisi 16*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2016), hlm. 821 – 822.

di atas, hakim wajib melakukan segala upaya untuk menemukan hukum asing yang ditunjuk oleh ketentuan *choice of law* yang berlaku. Mereka juga wajib melakukan investigasi atas hukum asing tersebut untuk menentukan isinya.

Prinsip *ius curia novit* ini diterapkan dalam kasus *Marubeni Corporation melawan P.T. Indokaya Nissan Motors* pada tahun 1983. Dalam kasus ini, *P.T. Indokaya Nissan Motors* ('INM') digugat oleh perusahaan Jepang Marubeni Corporation ('Marubeni') di muka Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, karena INM tidak membayar hutangnya pada Marubeni. Para pihak telah memilih hukum Jepang sebagai hukum yang mengatur perjanjian mereka. INM meminta pengadilan untuk mendatangkan ahli hukum dari Jepang untuk memberi penjelasan tentang hukum Jepang. Pengadilan memandang tidak perlu untuk mendatangkan ahli hukum dari Jepang dan meminta para pihak untuk menunjuk hukum Jepang mana yang seharusnya dipakai untuk menyelesaikan sengketa mereka. Namun para pihak tidak merespon permintaan pengadilan tersebut, sehingga akhirnya pengadilan sendiri yang berusaha menemukan hukum Jepang mana yang seharusnya dipakai. Pengadilan menemukan bahwa *Horei* (Ketentuan Umum tentang Penerapan Hukum) tahun 1898 adalah hukum Jepang yang tepat untuk kasus ini. *Horei* juga menjadi sumber HPI Jepang. Setelah mempelajari *Horei*, majelis hakim menerapkan

pasal 10 dan 11 *Horei* untuk memutus perkara ini. Menurut penafsiran mereka, perjanjian garansi dan perjanjian jaminan hipotek para pihak telah sesuai dengan pasal 10 dan 11 *Horei* sehingga pengadilan memenangkan gugatan Marubeni.⁴⁴ Pengadilan Tinggi Jakarta dan Mahkamah Agung juga menguatkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.⁴⁵

Dalam perjalanannya setelah kasus Marubeni, prinsip *ius curia novit* tidak lagi dilaksanakan sepenuhnya oleh pengadilan sewaktu memakai hukum asing. Hal ini berbeda dari pelaksanaan prinsip *ius curia novit* dalam hal pemakaian hukum domestik, dimana pengadilan tetap berupaya menemukan dan menggali sendiri ketentuan hukum nasional yang harus diberlakukan. Sebagai contoh, dalam sengketa kontrak asuransi antara *PT. Pelayaran Manalagi melawan PT. Asuransi Harta Aman Pratama, Tbk.*, penggugat membantu Pengadilan Negeri Jakarta Pusat untuk menentukan isi hukum Inggris dan praktek yang berlaku di Inggris terkait asuransi kapal laut. Penggugat menyediakan terjemahan dari hukum dan praktek di Inggris terkait asuransi kapal laut yang dibuat oleh penerjemah tersumpah. Penggugat juga melibatkan sebuah perusahaan *average adjuster* dari Singapura untuk menjelaskan secara tertulis bagaimana hukum Inggris mengatur kecelakaan dan kerugian yang diderita penggugat. Berdasarkan penjelasan penggugat, maka Pengadilan Negeri

44 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor: 560/1982 PDT.G.

45 Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Nomor: 186/PDT/2014/PT.DKI; Putusan Mahkamah Agung Nomor: 2826 K/PDT/1984.

Jakarta Pusat memenangkan penggugat dan memutuskan bahwa tergugat telah melanggar perjanjian asuransi para pihak yang diatur oleh hukum dan praktek di Inggris.⁴⁶ Pengadilan Tinggi Jakarta menguatkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.⁴⁷ Di tingkat kasasi, para pihak juga membantu Mahkamah Agung menentukan isi dari hukum dan praktek di Inggris. Hanya saja, PT. AHAP sebagai tergugat juga menambahkan informasi tentang formulir polis asuransi yang baru yaitu formulir MAR 91 yang dipakai para pihak. Informasi PT. AHAP tersebut berasal dari sebuah artikel yang ditulis oleh firma hukum Hill Dickinson di Inggris yang menjelaskan bahwa pilihan yurisdiksi eksklusif yang tertulis di formulir MAR 91 adalah Pengadilan Inggris. Sebagai akibatnya, Mahkamah Agung memutuskan bahwa Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tidak memiliki kewenangan untuk mengadili perkara dan membatalkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.⁴⁸

Selanjutnya, dalam perkara antara *Erlina and Ahmad Yuni Nasution, S.H. melawan Yulia Yusriani Muallim*, pihak tergugat sampai harus menyebutkan unsur asing yang ada dalam perkaranya, yaitu pembuatan wasiat di luar negeri (Singapura). Tergugat juga menjelaskan pada Pengadilan Negeri Medan tentang pasal 18 ayat (1) AB yang menunjuk pada pemakaian hukum Singapura. Tergugat

juga membantu pengadilan untuk menentukan isi hukum Singapura terkait syarat formal pembuatan wasiat. Namun Pengadilan Negeri Medan tetap memakai hukum Indonesia dalam perkara tersebut. Berdasarkan hukum Indonesia, pengadilan memutuskan bahwa wasiat yang dibuat di Singapura adalah tidak sah dan penerima wasiat tidak memiliki hak atas aset pewasiat yang ada di Singapura.⁴⁹ Pengadilan Tinggi Kalimantan Timur menguatkan putusan tersebut.⁵⁰ Di tingkat kasasi, sekali lagi tergugat menyebutkan adanya unsur asing dalam perkara mereka dan menjelaskan ke MA tentang ketentuan pasal 18 ayat (1) AB yang menunjuk pada hukum Singapura. Tergugat juga membawa saksi ahli ke muka MA yang mengkonfirmasi tentang ketentuan pilihan hukum tersebut. Namun MA tetap menolak permohonan kasasi tergugat dan menguatkan putusan pengadilan di bawahnya.

⁵¹

Kasus Erlina ini sangat disayangkan karena pengadilan Indonesia mengenyampingkan kewajiban pemakaian hukum asing yang sudah diatur dalam pasal 18 ayat (1) AB. Seharusnya dalam kasus ini hukum Singapura dipakai oleh hakim secara *ex officio*. Disamping itu, dalam kasus ini juga tidak ada alasan bahwa hakim telah gagal menentukan (*failure to establish*) isi hukum Singapura tentang syarat-syarat wasiat sehingga terpaksa memakai *lex fori*

46 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor: 52/Pdt.G/2010/PN.Jkt.Pst.

47 Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Nomor: 297/PDT/2011/PT.DKI.

48 Putusan Mahkamah Agung Nomor: 1935 K/Pdt/2012.

49 Putusan Pengadilan Negeri Medan Nomor: 348/Pdt.G/2009/PN.Mdn.

50 Putusan Pengadilan Tinggi Kalimantan Timur Nomor: 94/PDT/2010/ PT.KT.SMDA.

51 Putusan Mahkamah Agung Nomor: 2562 K/Pdt/2011.

(hukum Indonesia), karena dalam kasus ini pihak tergugat telah membantu majelis hakim untuk menentukan isi hukum Singapura terkait syarat formal pembuatan wasiat.

Dalam kedua kasus terakhir di atas terlihat bahwa pengadilan lebih mengandalkan bantuan para pihak yang berperkara untuk menemukan dan menentukan hukum asing beserta isinya. Para pihak juga mengajukan saksi ahlinya masing-masing untuk membuktikan isi hukum asing tersebut. Hal ini mengakibatkan sifat hukum asing di pengadilan Indonesia seolah-olah berubah menjadi 'fakta' karena para pihak harus membuktikannya. Meskipun praktek ini tidak bisa dilarang karena Indonesia belum memiliki Kitab Undang-undang HPI yang secara tegas mengatur pemakaian hukum asing, namun prinsip bahwa hukum asing adalah hukum dan bukan fakta, serta prinsip pengadilan tahu hukum (*ius curia novit*) dalam hukum acara perdata seharusnya tetap dijaga untuk memberikan kepastian hukum.

3. Kekeliruan dan Upaya Hukumnya

Terdapat kasus-kasus dimana pengadilan Indonesia keliru dalam menerapkan ketentuan *choice of law* yang diatur dalam peraturan perundangan. Kekeliruan menerapkan aturan *choice of law* (*erroneous application of choice of law rules*) dapat berakibat pengadilan memakai hukum suatu negara yang berbeda dari yang ditunjuk oleh ketentuan *choice of law* HPI-nya. Contoh, ketentuan *choice of law* di negara sang hakim menunjuk pada hukum negara X, tetapi pengadilan malah memakai hukum negara Z untuk menyelesaikan perkara

yang ditanganinya. Contoh lain adalah hakim malah memakai hukum nasionalnya dan bukan hukum negara asing, seperti dalam kasus Erlina di atas.

Berdasar hasil penelitian penulis terhadap berbagai putusan pengadilan, sejauh ini tidak ditemui putusan pengadilan di mana hakim keliru memakai hukum suatu negara asing padahal seharusnya yang dipakai adalah hukum negara asing lainnya. Kekeliruan penerapan ketentuan *choice of law* di Indonesia lebih sering disebabkan karena hakim mengabaikan unsur asing yang ada dalam perkara yang ditanganinya. Hal ini berakibat hakim dengan mudahnya menerapkan hukum Indonesia pada perkara yang seharusnya merupakan perkara perdata internasional. Misalnya dalam perkara *PT. Indah Kiat Pulp & Paper Tbk. v Bank America National Trust Company; et al.*, yang kasusnya telah diuraikan di Bagian Pembahasan Sub-Bab A.2.ii., Pengadilan Negeri sampai pengadilan kasasi memakai hukum Indonesia dalam memutus perkara tanpa mengindahkan unsur-unsur asing di dalam kasus tersebut, yaitu pilihan hukum para pihak yang menunjuk hukum Negara Bagian New York, serta tempat pembuatan dan pelaksanaan kontrak yang di luar Indonesia. Selanjutnya, dalam perkara *Erlina and Ahmad Yuni Nasution, S.H. melawan Yulia Yusriani Mualim*, yang kasusnya telah diuraikan di atas, Pengadilan Negeri sampai pengadilan kasasi mengabaikan unsur asing yang terdapat dalam kasus tersebut, dan menerapkan hukum Indonesia untuk memutus perkara.

Selain kekeliruan di atas, pengadilan Indonesia juga bisa keliru dalam menerapkan hukum asing yang dipakainya. Sebagai contoh, dalam perkara *PT. Pelayaran Manalagi v PT. Asuransi Harta Aman Pratama, Tbk*, yang kasusnya telah diuraikan di Bagian Pembahasan Sub A.2.ii, Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi di Jakarta keliru memahami hukum dan praktek di Inggris yang memberikan yurisdiksi eksklusif kepada pengadilan Inggris untuk sengketa asuransi yang kontraknya ditulis di atas formulir MAR 91.

Semua kekeliruan di atas dapat dibanding ke pengadilan yang lebih tinggi, dan dikoreksi oleh pengadilan yang lebih tinggi sampai tingkat Peninjauan Kembali. Hanya saja, jika kekeliruan tersebut diakibatkan oleh keengganan pengadilan untuk memakai hukum asing dengan mengabaikan unsur asing yang terdapat dalam kasusnya, maka hal tersebut tidak dapat dibenarkan karena itu bertentangan dengan prinsip *ius curia novit* dan yurisprudensi tentang hukum asing adalah hukum—bukan fakta—. Selain itu, pengabaian unsur asing yang terdapat dalam kasus perdata internasional berakibat hilangnya keadilan bagi para pihak yg memiliki titik-taut dengan hukum asing tersebut.

C. Jalan Keluar: Akses Ke Hukum Asing Bagi Pengadilan Indonesia

Sebagaimana yang telah dijelaskan di

atas, ketentuan *choice of law* yang menunjuk pada pemakaian hukum asing pada prinsipnya bersifat wajib dilaksanakan oleh hakim secara *ex officio*. Namun, dengan peningkatan jumlah perkara yang semakin banyak dan tuntutan untuk menyelesaikan perkara sesegera mungkin,⁵² kemampuan dan waktu para hakim untuk mencari, menggali dan menafsirkan hukum asing akan semakin terbatas. Sehingga kemungkinan munculnya keengganan para hakim untuk memakai hukum asing atau terjadinya kekeliruan dalam menerapkan hukum asing juga semakin meningkat. Oleh karena itu, perlu tersedia sistem yang memudahkan para hakim di Indonesia untuk mendapat informasi tentang hukum asing.

Salah satu caranya adalah dengan menyediakan unit tersendiri di pengadilan-pengadilan yang dilengkapi dengan petugas khusus untuk memperoleh informasi tentang hukum asing secara efisien, baik itu dari Internet, perpustakaan, Kedutaan Besar negara-negara asing, atau dari sumber-sumber lainnya. Unit tersebut juga harus mempekerjakan staf yang mampu menerjemahkan hukum asing ke dalam Bahasa Indonesia dan menjelaskan ke para hakim bagaimana penerapan hukum asing tersebut di negara asalnya. Untuk pengadilan-pengadilan yang terletak di wilayah terpencil dengan sumber daya terbatas, maka Mahkamah Agung, sebagai lembaga pengawas pengadilan di seluruh Indonesia,

52 Di akhir tahun 2021, Mahkamah Agung menerima total 19.254 perkara dan memutus sebanyak 19.087 perkara (atau 99,13% perkara). Namun, kualitas putusan MA tersebut dipertanyakan karena banyak putusan mengandung pertimbangan yang janggal, kabur dan bahkan hanya menggunakan *template*. Baca Dian Dewi Purnamasari, "Empat Hari Jelang Akhir 2021, Perkara di MA Tinggal 167 Kasus, Bagaimana Kualitasnya?", <https://www.kompas.id/baca/polhuk/2021/12/29/empat-hari-jelang-akhir-2021-perkara-di-ma-tinggal-167-kasus-bagaimana-kualitasnya>, diakses 8 Agustus 2022.

harus membantu pengadilan-pengadilan tersebut untuk mendapatkan informasi tentang hukum asing secara cepat.

Selain itu, merujuk pada pengalaman negara Singapura,⁵³ perlu dipikirkan pembuatan kerjasama antara Mahkamah Agung Indonesia dengan Mahkamah Agung atau Pengadilan di negara-negara lain terkait kerjasama dan bantuan informasi hukum di negara mereka. Dengan kerjasama tersebut, akan terjadi pertukaran informasi hukum asing secara cepat dari otoritas resmi masing-masing negara.

Di tingkat multilateral, hakim-hakim Indonesia dapat bergabung ke dalam *International Hague Network of Judges* yang memfasilitasi komunikasi langsung di antara hakim yang menyelesaikan sengketa di bidang keluarga yang para pihaknya dan hakimnya berasal dari dua negara yang berbeda. Namun, jaringan atau *network* hakim ini hanya terbuka bagi hakim yang berasal dari negara-negara yang sudah mengaksesi Konvensi-konvensi HCCH di bidang keluarga, seperti *HCCH Child Abduction Convention 1980* and *HCCH Child Protection Convention 1996*.

KESIMPULAN

Dari uraian dan analisa permasalahan di atas, maka dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut:

Pertama, pada prinsipnya ketentuan *choice of law* di dalam peraturan perundangan

yang menunjuk pada pemakaian hukum asing adalah bersifat wajib (*mandatory*). Karena pemakaian hukum asing bersifat wajib, maka hukum asing di dalam persidangan perdata dikategorikan sebagai hukum —bukan fakta— yang harus ditemukan, digali dan dipahami oleh hakim secara *ex officio*, sesuai prinsip *ius curia novit*.

Kedua, walau ketentuan *choice of law* HPI Indonesia mewajibkan pemakaian hukum asing, pengadilan Indonesia sering tidak melaksanakan kewajiban tersebut. Dalam kasus-kasus yang diuraikan di atas, ditemukan bahwa hakim Indonesia tidak melaksanakan ketentuan *choice of law* sesuai kaidah HPI Indonesia; mengabaikan unsur asing yang ada dalam perkara yang ditanganinya; dan dengan mudahnya menerapkan hukum Indonesia dalam perkara perdata internasional. Hal ini mengakibatkan ketidak-pastian hukum dan ketidak-adilan bagi para pihak yg pekaranya memiliki titik taut lebih dekat dengan hukum asing.

Ketiga, untuk melaksanakan kewajiban pemakaian hukum asing, perlu dibuat suatu sistem yang mempermudah hakim-hakim di Indonesia untuk memperoleh informasi tentang hukum asing. Masing-masing pengadilan sampai Mahkamah Agung seharusnya memiliki unit tersendiri yang menyediakan akses ke hukum asing bagi para hakim. Demikian pula, perlu dipikirkan adanya kerjasama internasional antara MARI

53 Singapore International Commercial Court, "References of Questions of Law", <https://www.sicc.gov.sg/guide-to-the-sicc/references-of-questions-of-law>, diakses 8 Agustus 2022; Marta Requejo Isidro, "Application of Foreign Law" in *A Guide to Global Private International Law*, edited by Paul Beaumont and Jayne Holliday, (Great Britain: Hart Publishing, 2022), p. 141.

dan Mahkamah Agung atau pengadilan di negara-negara lain terkait pertukaran informasi hukum asing.

Disimpulkan juga bahwa sudah saatnya Indonesia mengundang Kitab Undang-undang Hukum Perdata Internasional yang dengan tegas mengatur ketentuan *choice of law* di bidang hukum keperdataan dan perniagaan, sehingga tidak ada alasan bagi pengadilan Indonesia untuk tidak melaksanakan ketentuan *choice of law* termasuk yang menunjuk pada pemakaian hukum asing. Saat ini, karena sumber HPI Indonesia masih banyak yang didasarkan pada yurisprudensi dan doktrin yang dianggap tidak mengikat, terdapat kecenderungan pengadilan untuk mengabaikan ketentuan *choice of law* dan menerapkan hukum Indonesia (*lex fori*) pada berbagai perkara perdata internasional.

Selanjutnya, diperlukan hakim-hakim yang

mampu menjalankan prinsip *ius curia novit* dalam pemakaian hukum asing. Hakim-hakim terutama di Mahkamah Agung yang ditugaskan untuk menyelesaikan perkara perdata dengan unsur asing seharusnya dipilih dari hakim yang memiliki pengetahuan HPI yang memadai dan pengetahuan hukum yang sama dengan bidang perkara yang ditanganinya, tidak seperti yang terjadi dalam kasus *PT. Indah Kiat Pulp & Paper Tbk. melawan Bank America National Trust Company; et al.* Dalam kasus ini, pihak kreditor asing di tingkat Peninjauan Kembali menyampaikan argumennya bahwa hakim di tingkat kasasi telah keliru dalam menerapkan hukum disebabkan latar belakang mereka yang adalah hakim agama.⁵⁴ Ketidak-mampuan dan kekeliruan hakim Indonesia ini dapat merusak kredibilitas pengadilan Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

- Buku**
- Gautama, Sudargo. *Hukum Perdata Internasional Indonesia Buku Ketujuh Jilid Ke-Tiga (Bagian Pertama)*. Bandung: Penerbit Alumni, 1981.
- Gautama, Sudargo. *Hukum Perdata Internasional Indonesia Jilid Dua Bagian Dua Buku Ketiga*. Bandung: Penerbit Alumni, 1973.
- Gautama, Sudargo. *Hukum Perdata Internasional Indonesia Jilid II Bagian*
- 5 Buku Keenam*. Bandung: Penerbit Alumni, 1988.
- Gautama, Sudargo. *Hukum Perdata Internasional Indonesia Jilid III Bagian 2 Buku Ke Delapan*. Bandung: Penerbit Alumni, 1987.
- Gautama, Sudargo. *Hukum Perdata Internasional Indonesia Jilid Kedua (Bagian Pertama) Cetakan Ke-3*. Bandung: Eresco Bandung, 1986.
- Harahap, M. Yahya. *Hukum Acara Perdata*

⁵⁴ Putusan Peninjauan Kembali Mahkamah Agung Nomor: 445 PK/Pdt/2007, hlm. 265, 273.

Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan, edisi 16. Jakarta: Sinar Grafika, 2016.

Kusumadara, Afifah, et. al. *Indonesian Private International Law.* Oxford: Hart Publishing, 2021.

Savigny, Friedrich Carl von. *Private International law, and the Retrospective Operation of Statutes; a Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time, Translated, With Notes, by William Guthrie*, 2nd ed., revised, Edinburgh: T. & T. Clark, 1880.

Savigny, Friedrich Carl von. *Private International Law. A Treatise on The Conflicts of Laws, and the Limits of Their Operation in Respect to Place and Time. Translated, With Notes, by William Guthrie.* Edinburgh: T. & T. Clark, 1869.

Kumpulan Tulisan dalam Buku

Basuki, Zulfa Djoko, dkk. *Materi Pokok Hukum Perdata Internasional. Modul 1.* Jakarta: Universitas Terbuka, 2020.

Basuki, Zulfa Djoko, dkk. *Materi Pokok Hukum Perdata Internasional Modul 5.* Jakarta: Universitas Terbuka, 2020.

Basuki, Zulfa Djoko, dkk. *Materi Pokok Hukum Perdata Internasional. Modul 9, edisi 2.* Jakarta: Universitas Terbuka, 2020.

Isidro, Marta Requejo, “Application of Foreign Law” in *A Guide to Global*

Private International Law, edited by Paul Beaumont and Jayne Holliday. Great Britain: Hart Publishing, 2022. pp. 133 – 145.

Nishitani, Yuko. “General Report” in *Treatment of Foreign Law - Dynamics towards Convergence?*, edited by Yuko Nishitani. Switzerland: Springer International Publishing AG, 2017, pp. 3 – 60.

Jurnal

Allagan, Tiurma M. P., “Indonesian Private International Law: The Development After More Than a Century”, *Indonesian Journal of International Law Vol. 14, No. 3*, (2017), diakses 20 November 2022, doi: 10.17304/ijil.vol14.3.700

Aminah, “Pilihan Hukum dalam Kontrak Perdata Internasional”, *Diponegoro Private Law Review Vol 4, No 2* (2019), diakses 20 November 2022, <https://ejournal2.undip.ac.id/index.php/dplr/article/view/6540>.

Banu, Roxana, “Conflicting Justice in Conflict of Laws”, *Vanderbilt Law Review Vol. 53, No. 2*, (March 2021), diakses 20 Agustus 2022, <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol53/iss2/2>

Bridgman, Thomas F., “Proof of Foreign Law and Facts”, *Journal of Air Law and Commerce Vol. 45 No. 4* (1980), diakses 26 Agustus 2022, <https://scholar.smu.edu/jalc/vol45/iss4/4>

Gautama, Sudargo dan Wiknjastro, Hanifa, “Some Aspects of Indonesian Private

- International Law” *Malaya Law Review Vol. 32, No. 2*, (1990) diakses 28 Juli 2022, <http://www.jstor.org/stable/24865645>
- Onibala, Imelda, “Ketertiban Umum Dalam Perspektif Hukum Perdata Internasional”, *Jurnal Hukum Unsrat Vol.I, No.2* (April-Juni 2013), diakses 20 November 2022, <http://repo.unsrat.ac.id/id/eprint/377>
- Peari, Sagi, “Savigny’s Theory of Choice-Of-Law as A Principle of ‘Voluntary Submission’”, *The University of Toronto Law Journal* Vol. 64, No. 1 (Winter 2014), diakses 26 Agustus 2022, <https://www.jstor.org/stable/24311926>
- Rahayu, Derita P, “Hukum Perdata Internasional Indonesia Bidang Hukum Keluarga (Family Law) Dalam Menjawab Kebutuhan Global”, *Jurnal Hukum Progresif Vol. XII, No.1* (Juni 2018), diakses 20 November 2022, <https://doi.org/10.33019/progresif.v12i1.958>
- S, Laurensius A, “Perkawinan Antar Negara Di Indonesia Berdasarkan Hukum Perdata Internasional”, *Kertha Patrika* Vol 39, No. 3, (Desember 2017)
- Sass, Stephen L., “Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey”, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 16, No. 3 (Summer 1968), diakses 25 Agustus 2022, <https://www.jstor.org/stable/838662>
- Hatzimihail and Nikitas Emmanuel, “Bartolus and the Conflict of Laws”, *Revue Hellenique de Droit International, Vol. 60* (2007) diakses 20 Agustus 2022, <https://ssrn.com/abstract=1600774>

Tesis

- Senoadji, Andreas Prasetyo. “Penerapan Legitime Portie (Bagian Mutlak) Dalam Pembagian Waris Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Studi Kasus Putusan Mahkamah Agung Reg No. 148/Pk/Perd/1982”, *Tesis Magister Kenotariatan*, Semarang: Universitas Diponegoro, 2007.

Peraturan Perundang-Undangan dan Putusan Hakim

- Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Nederlandsch Indie
- Kitab Undang-undang Hukum Perdata
- Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan
- Undang-undang Nomor 1 tahun 2009 Tentang Penerbangan
- Undang-undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik
- Undang-undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik
- Undang-undang Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

Undang-undang Nomor 23 tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukan	Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor: 359/Pdt.G/2011/PN. Jkt.Pst
Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa	Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor: 408/Pdt.G/2007/PN.Jkt.Pst
Undang-undang Nomor 35 tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak	Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor: 52/Pdt.G/2010/PN.Jkt.Pst
Undang-undang Nomor 23 tahun 2004 Tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga	Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor: 560/1982 PDT.G.
Undang-undang Nomor 40 tahun 1999 Tentang Pers	Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor: 112/Pdt.G/1987
Undang-undang Nomor 48 tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman	Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor: 47/Pdt.G/2008/PN.Jak.Sel
Putusan Mahkamah Agung Nomor: 148/PK/ Perd/1982.	Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor: 908/Pdt.G/2007/PN.Jak.Sel
Putusan Mahkamah Agung Nomor: 1517 K/ Pdt/2009.	Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Utara Timur Nomor: 158/69/1979G
Putusan Mahkamah Agung Nomor: 1935 K/ Pdt/2012	Putusan Pengadilan Negeri Medan Nomor: 348/Pdt.G/2009/PN.Mdn
Putusan Mahkamah Agung Nomor: 2562 K/ Pdt/2011	Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Nomor: 141/PDT/2009/PT.DKI
Putusan Mahkamah Agung Nomor: 2640 K/ Pdt/2009.	Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Nomor: 186/PDT/2014/PT.DKI
Putusan Mahkamah Agung Nomor: 2826 K/ PDT/1984.	Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Nomor: 241/1979
Putusan Mahkamah Agung Nomor: 381 K/ Pdt/2006	Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Nomor: 297/PDT/2011/PT.DKI
Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/ PUU-VIII/2010 tanggal 17 Februari 2012	Putusan Pengadilan Tinggi Kalimantan Timur Nomor: 94/PDT/2010/ PT.KT.SMDA
Putusan Pengadilan Negeri Bengkalis Nomor: 05/PDT.G./2003/PN-BKS	Putusan Pengadilan Tinggi Riau Nomor: 40/ PDT/2004/PTR
Putusan Pengadilan Negeri Denpasar Nomor: 172/Pdt.G/2014/PN.Dps	Putusan Peninjauan Kembali Mahkamah Agung Nomor: 273 PK/Pdt/2008
	Putusan Peninjauan Kembali Mahkamah

Agung Nomor: 445 PK/Pdt/2007

Internet

Britannica. "Choice of law". <https://www.britannica.com/topic/conflict-of-laws/Choice-of-law>. Diakses 8 Agustus 2022.

Purnamasari, Dian Dewi. "Empat Hari Jelang Akhir 2021, Perkara di MA Tinggal 167 Kasus, Bagaimana Kualitasnya?". <https://www.kompas.id/baca/polhuk/2021/12/29/empat-hari-jelang-akhir-2021-perkara-di-ma-tinggal-167-kasus-bagaimana-kualitasnya>. Diakses 8 Agustus 2022.

Singapore International Commercial Court, "References of Questions of Law", <https://www.sicc.gov.sg/guide-to-the-sicc/references-of-questions-of-law>. Diakses 8 Agustus 2022.