KATA PENGANTAR

Puji dan syukur kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas karunia dan rahmat-Nya Tim Penyusunan Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Hukum Perdata Internasional (Lanjutan) dapat menyelesaikan tugas tepat waktu. Tim ini dibentuk berdasarkan Keputusan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia Nomor PHN.22.HN.01.03 Tahun 2015 tertanggal 3 Maret 2015.

Pembentukan tim kerja Penyusun Naskah Akademik Rancangan Undang-undang tentang Hukum Perdata Internasional ini sesuai dengan tugas dan fungsi Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia untuk mempersiapkan naskah akademik Rancangan Undang-Undang yang akan diajukan dalam penyusunan Program Legislasi Nasional, khususnya RUU yang berasal dari lingkungan Pemerintah.

Penyusunan NA RUU HPI pada tahun anggaran 2015 merupakan lanjutan dari penyusunan NA RUU HPI pada tahun 2014. Hal ini dilakukan karena terdapat beberapa materi HPI yang belum diatur, beberapa materi tambahan antara lain penculikan anak (*Child Abduction);* Legalisasi Dokumen Publik (*Apostile*); Hukum Acara HPI yang meliputi Pengambilan Bukti-Bukti di Luar Negeri dalam Perkara-Perkara Perdata dan Dagang (*Taking of Evidence Abroad of Judicial And Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters);* Kerjasama Perdata dan Perdagangan Lintas Negara dalam Bidang Dokumen Yudisial dan Ekstra Yudisial (*Service Abroad of Judicial And Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters);* Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing untuk Perkara-Perkara Perdata dan Dagang *(Recognition and Enforcement of Foreign Judenganement 1971).*

Diharapkan dengan adanya pengaturan hukum perdata internasional ini Indonesia memiliki landasan dan kepastian hukum dalam memasuki era Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA).

Naskah ini disusun oleh sebuah tim yang beranggotakan para pemangku kepentingan dari kementerian/lembaga terkait dan akademisi, yaitu:

Ketua : Prof. Dr. IBR. Supancana, S.H., M.H.
Sekretaris : Adharinalti, S.H.,M.H.
Anggota :

1. Prof. Dr. Zulfa Djoko Basuki, S.H.,M.H.
2. Afifah Kusumadara, S.H., LLM. SJD
3. Arvianto Soeriaatmadja, S.H., M.H.
4. Dr. Mutiara Hikmah, S.H.,M.H.
5. Dr. Yu Un Oppusunggu, S.H., LL.M.
6. Roki Panjaitan, S.H.
7. Sukesti Iriani, S.H. M.H
8. Isthining Wahyu S.U. S.H.
9. Maretta Besturen, S.H.
10. Anggriana Puspitasari, S.H.
11. Ahmad Haris Junaidi, S.H.

Guna menjaring berbagai masukan publik, tim penyusunan juga melaksanakan diskusi publik di Bandung dan Jakarta dengan mengundang narasumber Dr. Bayu Seto.

Tim menyadari bahwa Naskah Akademik ini, masih jauh dari sempurna, masih terdapat kekurangan dan kelemahan karena keterbatasan waktu dan sumber daya, untuk itu kami mengharapkan kritik dan saran bagi perbaikannya. Dengan berjalannya proses penyusunan naskah akademik ini kami

mengucapkan terima kasih kepada semua pihak yang telah membantu dalam penyusunan Naskah Akademik ini.

Jakarta, November 2015
Kepala Badan Pembinaan Hukum Nasional

Prof. Dr. Enny Nurbaningsih.,
S.H., M.Hum

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR i

DAFTAR ISI..... iv

BAB I
PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Dalam perjalanannya, hukum (selalu) mengalami perubahan mengikuti dinamika masyarakat. Perkembangan globalisasi yang semakin pesat di bidang ekonomi, sosial, budaya, ilmu pengetahuan dan teknologi pada dewasa ini, telah memberikan warna dalam perkembangan hukum. Individu dan kelompok masyarakat maupun negara dan entitas lainnya merupakan bagian dari sosok dunia yang semakin menyatu. Mereka saling berinteraksi tanpa kesulitan yang berarti untuk menembus batas-batas nasional. Interaksi mereka baik dalam bidang politik, ekonomi, maupun lainnya tidak lagi terkungkung oleh identitas nasional masing-masing. Dengan kata lain, para aktor yang meliputi negara, perusahaan, masyarakat madani (*civil society*), dan individu dari berbagai belahan dunia dengan masing-masing kekuatan politik, ekonomi, sosial dan kulturalnya berinteraksi secara lebih dekat.[1]

Kemajuan teknologi transportasi dan komunikasi telah membuka lebih banyak peluang untuk mendatangi hampir setiap titik di dunia dalam waktu yang relatif cepat. Dunia dan umat manusia seakan-akan menjadi desa dunia *(global village)*. Interaksi dalam bidang sosial budaya, dapat terlihat dari adanya aktivitas hukum warga negara Indonesia (WNI) yang bersentuhan dengan warga negara asing, seperti pernikahan atau perceraian antara WNI dengan warga negara

---

[1] "Pengaruh Globalisasi Hukum Bagi hukum Positif Indonesia", http://pengacaraonlinecom.blogspot.com/2011/12/b-pengaruh-globalisasi-hukum-bagi-hukum.html, Diunduh pada tanggal 11 Februari 2014.

asing (WNA) di Indonesia atau di luar negeri, adopsi anak-anak Indonesia oleh WNA, dan warisan dari WNA kepada WNI.[2] Dunia tanpa batas juga membuka akses perdagangan, sehingga laju perekonomian menjadi semakin menggeliat.

Indonesia, dalam melindungi aktivitas hukum WNI yang bersentuhan dengan WNA, selama ini masih menggunakan aturan peninggalan kolonial yaitu *Algemeene Bepalingen van Wetgeving* voor *Nederlands Indie* (AB).[3] Berdasarkan Pasal 1 Aturan Peralihan UUD NRI Tahun 1945, AB masih tetap berlaku selama belum diadakan yang baru. Dalam dunia hukum, sub-sistem dari hukum nasional yang berhubungan dengan persoalan-persoalan hukum yang mengandung unsur asing, dikenal dengan nama Hukum Perdata Internasional (HPI).

Persoalan yang terkait dengan HPI dapat timbul dari 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,[4] serta (iv) hukum nasional mana yang berlaku bilamana suatu hubungan hukum mempunyai aspek hukum antar tata hukum dalam sistem hukum nasional yang plural.

---

[2] "**Indonesia Butuh Kodifikasi Hukum Perdata Internasional",** *http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt505175d29a703/indonesia-butuh-kodifikasi-hukum-perdata-internasional,* diunduh pada tanggal 15 Januari 2014.

[3] S.1847 No 23.

[4] Bayu Seto Hardjowahono, "Kodifikasi Hukum Perdata Internasional di Bidang Hukum Kontrak Internasional: Tantangan yang Terabaikan Dalam Menghadapi AFTA 2015", Makalah disampaikan dalam *Simposium HPI2 – tentang Hukum Kontrak lnternasional*, Diselenggarakan atas kerjasama antara Badan Pembinaan Hukum Nasional. Fakultas Hukum UNPAR, dan Kantor Hukum Mochtar Karuwin Komar (MKK), di Kampus Univ. Parahyangan Bandung, pada tanggal 7 November 2013.

Terkait dengan pengaturan HPI, saat ini Indonesia masih bertumpu pada tiga pasal lama warisan Hindia Belanda, yaitu Pasal 16, 17 dan 18 AB. Pasal 16 AB berbunyi:

> "Ketentuan-ketentuan dalam undang-undang mengenai status dan wewenang seseorang tetap berlaku bagi kaulanegara 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."[5]

Pasal ini mengatur tentang status personal dan wewenang seseorang, yang mencakup peraturan mengenai hukum perorangan (personenrecht) dan hukum kekeluargaan.

Pasal 17 AB berbunyi, "Terhadap barang-barang yang tidak bergerak berlakulah undang-undang dari negeri atau tempat di mana barang-barang itu berada."6 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.

Pasal 18 A.B. berbunyi:

> "1. Bentuk tiap tindakan hukum akan diputus oleh pengadilan menurut perundang-undangan dari negeri atau tempat, di mana tindakan hukum itu dilakukan.
> 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."[7]

---

[5] Terjemahan dari teks asli yang berbunyi, "*De wettelijke bepalingen betreffende den staat en de voegdheid der personen blijven verbindend voor ingezetenen van Nederlandsch-Indie, wanneer zij zich buiten's lands bevinden.*"

[6] Terjemahan dari teks asli yang berbunyi, "*Ten opzigte van onroerende goederen geldt de wet van het land of plaats, alwaar die goederen gelegen zijn*".

[7] Terjemahan dari teks asli yang berbunyi, "1. *De vorm van elke handeling wordt beoordeelg naar de wetten van het land of the plaats, alwaar die handeling is verright.* 2. *Bij de toepassing van dit en van het voorgaan de artikel*

Ketiga pasal tersebut di atas sudah tidak lagi memadai mengingat, selain merupakan peninggalan kolonial, karena masih menggunakan pendekatan ala teori statuta (abad ke-16-17) dengan penekanan pada wilayah keberlakuan. HPI saat ini tidak lagi bertumpu pada asas-asas yang kaku dan "cepat saji" (*hard and fast rules*). HPI perlu dilihat sebagai suatu pendekatan (*approach*) dalam menghadapi perkara di bidang hukum keperdataan yang mengandung unsur asing.[9]

Selain pengaturan oleh AB sebagai produk hukum warisan zaman kolonial, permasalahan-permasalahan HPI diatur juga oleh produk hukum setelah kemerdekaan. Pengaturan tersebut, antara lain, adalah UU Perkawinan,[10] UU Kewarganegaraan,[11] dan UU Penanaman Modal.[12] Asas-asas HPI yang tertuang dalam hukum positif akan membantu penafsiran pengaturan-pengaturan ini secara lebih sistematis.

Adanya kebutuhan akan aturan tertulis terkait dengan HPI Indonesia telah lama dirasakan. Kebutuhan tersebut, yang sebenarnya mendesak untuk direalisasikan, lahir karena adanya perbedaan prinsipil dalam hal politik hukum negara kita terutama pasca Perubahan UUD 1945. Selain itu, aturan tertulis ini diperlukan juga sebagai pedoman bagi para hakim di pengadilan dalam menangani perkara perdata lintas

---

moet steeds worden acht gegeven op het verschil, hetwelk de wetgeving daarstelt tussen Europeanan en Inlanders." Menurut Prof Zulfa, Ketentuan dalam ayat 2 tidak relevan lagi untuk dipergunakan.

[9] Bayu Seto Hardjowahono, *loc.cit.*

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

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

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

negara yang selama ini masih menggunakan Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*).[13]

Usaha untuk menyusun Kodifikasi HPI Indonesia sudah dilakukan sejak tahun 1980-an oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional di bawah pimpinan Teuku Radhie, S.H. dengan Prof. Mr Dr Sudargo Gautama sebagai peneliti utama. Sebagai hasil dari usaha ini telah tersusun suatu Naskah Akademik lengkap dengan suatu Rancangan Undang-Undang HPI.[14] Rancangan Undang-Undang HPI tersebut kemudian direvisi, dan versi terakhir adalah versi tahun 1997/1998.[15] Namun sampai sekarang, proses legislasi RUU HPI belum juga tuntas.

Akibatnya saat ini Indonesia telah tertinggal dari tiga negara Asia lain yang sudah memiliki aturan di bidang HPI. Jepang telah memiliki aturan di bidang HPI sejak tahun 1898,[16] Cina (1918), dan Thailand (1939). Sementara Belanda telah mempunyai peraturan HPI yang baru sejak 19 Mei 2011.[17] Melihat perkembangan keempat negara ini, maka sudah waktunya bagi Indonesia untuk segera mempunyai UU HPI.

---

[13] S.1847 No 23.

[14] Lih. Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Lokakarya Hukum Perdata Internasional*, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, 1984.

[15] Lih. Departemen Kehakiman Republik Indonesia, *Rancangan Undang-Undang Hukum Perdata Internasional 1997/1998*, Jakarta: Departemen Kehakiman Republik Indonesia, 1997.

[16] *Act No. 10 of 1898 concerning Application of Laws in General [Horei]*. Undang-Undang ini diubah oleh *Act No. 27 of 1989. Act No. 78 of 2006 concerning General Rules of Application of Law* telah mencabut UU Tahun 1989 sekaligus melakukan perubahan total dalam pengaturan HPI Jepang. Lih. Masato Dogauchi, "New Private International Law of Japan: An Overview", *The Japanese Annual of International Law*, vol. 50, hal. 3 dst (2007).

[17]HRS, *Indonesia Butuh Kodifikasi Hukum Perdata Internasional*, *http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt505175d29a703/indonesia-butuh-kodifikasi-hukum-perdata-internasional* diuduh pada 13:40 15 Januari 2014.

Hal ini a.l juga disebabkan sudah semakin "hilangnya batas-batas negara", antara lain karena berlakunya Masyarakat Ekonomi ASEAN (*ASEAN Economic Community*) pada 31 Desember tahun 2015, keikutsertaan Indonesia di berbagai kesepakatan internasional, hingga terjadinya interaksi antarbangsa menyebabkan keberadaan pengaturan di bidang HPI mutlak adanya. Keadaan inilah yang mendorong pentingnya instrumen HPI menjadi hukum positif. Salah satu instrumen internasional yang digunakan di berbagai negara dalam bidang perdata adalah Konvensi-konvensi Den Haag tentang HPI (*Conventions of the Hague Conference on Private International Law*). Meskipun Indonesia belum melakukan aksesi, tetapi asas hukum umum dalam konvensi internasional dapat diresepsi dalam hukum nasional untuk memenuhi kebutuhan hukum masyarakat. Salah satu contoh instrumen tersebut adalah *Hague Conventions on Child Abduction*, di mana hukum nasional belum memiliki payung hukum yang mengatur penculikan (*abduction*) anak secara internasional.

Oleh karena itu, kodifikasi peraturan-peraturan tentang HPI merupakan suatu kebutuhan mutlak. Penggantian aturan HPI yang merupakan peninggalan kolonial ini dapat dilakukan antara lain dengan menuangkan dan mengkodifikasi asas dan aturan HPI ke dalam peraturan perundang-undangan baru. Alternatif lain adalah dengan menyusun kodifikasi HPI lengkap atau kodifikasi parsial untuk bidang hukum keperdataan tertentu berdasarkan urgensi serta kemanfaatan (*expediency*).[18]

[18] Bayu Seto Hardjowahono, *loc.cit.*

Penyusunan kodifikasi peraturan HPI harus benar-benar memperhatikan kepentingan bangsa dan tujuan negara sebagaimana terangkum dalam Pembukaan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yaitu melindungi segenap bangsa Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan tetap mengindahkan pelaksanaan ketertiban dunia. Oleh karena itu, suatu naskah akademik yang memberikan justifikasi pentingnya kodifikasi HPI merupakan suatu kebutuhan.

Naskah akademik dalam proses penyusunan RUU merupakan 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*).[19]

Untuk itu pada Tahun Anggaran 2014 Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia RI memandang perlu disusun naskah akademik sebagai acuan dalam upaya penyusunan Rancangan Undang-Undang (RUU) yang mengatur mengenai kodifikasi peraturan HPI.

---

[19] 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.

B. Identifikasi Masalah

Identifikasi masalah diuraikan dalam Naskah Akademik RUU Kodifikasi HPI, ialah sebagai berikut:

1. Permasalahan apa yang dihadapi dalam HPI yang terkait dengan kehidupan berbangsa, bernegara, dan bermasyarakat?
2. Mengapa perlu disusun RUU HPI?
3. Apa yang menjadi pertimbangan atau landasan filosofis, sosiologis, yuridis pembentukan RUU HPI?
4. Apa sasaran yang akan diwujudkan, ruang lingkup pengaturan, jangkauan, dan arah pengaturan RUU HPI?

C. Tujuan dan Kegunaan

Sesuai dengan ruang lingkup identifikasi masalah yang dikemukakan di atas, tujuan penyusunan Naskah Akademik adalah sebagai berikut:

1) Merumuskan permasalahan yang dihadapi dalam HPI yang terkait dengan kehidupan berbangsa, bernegara, dan bermasyarakat serta cara-cara mengatasi permasalahan tersebut;
2) Merumuskan permasalahan hukum yang dihadapi sebagai alasan pembentukan RUU HPI sebagai dasar hukum penyelesaian atau solusi permasalahan dalam kehidupan berbangsa, bernegara, dan bermasyarakat;
3) Merumuskan pertimbangan atau landasan filosofis, sosiologis, yuridis pembentukan RUU HPI; dan
4) Merumuskan sasaran yang akan diwujudkan, ruang lingkup pengaturan, jangkauan, dan arah pengaturan dalam RUU HPI.

Sementara itu, kegunaan penyusunan Naskah Akademik adalah sebagai acuan atau referensi penyusunan dan pembahasan RUU HPI.

D. Metode

Penyusunan naskah akademik pada dasarnya merupakan suatu kegiatan penelitian, sehingga digunakan metode penelitian hukum atau penelitian lain.

Dengan berbasis metode penelitian hukum, maka penyusunan naskah akademik RUU HPI ini menggunakan metode yuridis normatif. Adapun langkah-langkah yang dilakukan adalah melalui studi kepustakaan (*library ressearch*) yang menelaah (terutama) data sekunder berupa: bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer meliputi UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, *Burgerlijk Wetboek*, *Algemeene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesië*, dan berbagai peraturan perundang-undangan terkait lainnya. Bahan hukum sekunder diperoleh melalui pengkajian hasil-hasil penelitian, buku-buku, jurnal ilmiah, dan yurisprudensi, serta bahan pustaka lainnya yang membahas tentang HPI. Untuk mendapatkan pemahaman yang komprehensif, salah satunya dilakukan studi komparatif terhadap data sekunder yang berkaitan dengan pengaturan HPI di negara-negara lain.

Data sekunder tersebut di atas dilengkapi dengan data primer yang diperoleh melalui diskusi publik dengan menghadirkan narasumber. Narasumber dipilih karena kompetensinya dalam bidang HPI. Diskusi publik yang akan diselenggarakan dihadiri oleh berbagai unsur yang mewakili pemerintah (baik pusat maupun daerah), akademisi,

organisasi profesi, perwakilan notaris, pengusaha lokal maupun nasional. Hal ini ditempuh untuk mendapatkan masukan guna memenuhi persyaratan formal dan ideal penyusunan undang-undang sebagaimana disyaratkan UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, dan menampung kebutuhan riil masyarakat sebagaimana diharapkan.

Adapun untuk menganalisis data sekunder digunakan metode analisis kualitatif dan analisis materi muatan. Metode penulisannya menggunakan deskriptif analitis.

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:

1. Teori Titik-titik Pertalian. Titik-titik pertalian adalah: hal-hal atau keadaan-keadaan yang menyebabkan berlakunya suatu stelsel hukum.[20] 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.[21] 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.[22] Paling tidak ada enam macam TPP, yaitu: kewarganegaraan, bendera kapal, domisili, tempat kediaman, tempat kedudukan, dan pilihan hukum.[23]

   TPS adalah hal-hal atau keadaan-keadaan yang menentukan hukum mana yang berlaku dalam suatu hubungan HPI.[24] TPS ini karena sifatnya yang menentukan hukum yang harus diperlakukan, juga disebut sebagai Titik

---

[20] 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.

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

[22] *Ibid.*

[23] *Ibid.* hal. 27-31.

[24] *Ibid.* hal. 31.

Taut Penentu.[25] 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.[26]

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.[27]

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.[28] Kaidah-kaidah ini 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.[30] Untuk menentukan status personal suatu badan hukum, ada empat teori yang dikenal, yaitu inkorporasi, statutair, manajemen efektif dan kontrol.[31]

---

[25] *Ibid.* hal. 32.
[26] *Ibid.* hal. 32-65.
[27] *Ibid.* hal. 66-74.
[28] Sudargo Gautama (b), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Ketujuh, (Bandung: Alumni, 2010), hal. 3.
[30] *Ibid.*, hal. 12-13.
[31] *Ibid.,* hal. 212.

Teori inkorporasi adalah teori yang berprinsip bahwa badan hukum tunduk pada hukum di mana didirikan, yakni negara yang hukumnya telah digunakan pada waktu pendiriannya.[32] Teori ini dipakai, antara lain, oleh Cina,[33] Taiwan,[34] Korea Selatan,[35] Filipina,[36] dan Vietnam.[37] Sedangkan menurut teori statutair, hukum yang berlaku adalah hukum dari tempat di mana menurut statuta badan

---

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

[33] 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.

[34] 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.

[35] 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).

[36] 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 expressely authorized by law or incident to its existence.*"

[37] 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.*"

hukum tersebut mempunyai kedudukan.[38] Teori manajemen efektif merupakan penentuan status personal badan hukum berdasarkan tempat manajemen yang paling efektif dari badan hukum tersebut.[39] Sementara itu, menurut teori kontrol, status personal badan hukum adalah berdasarkan hukum negara yang melakukan kontrol terhadap badan hukum tersebut.[40]

Pada prakteknya, teori-teori ini lazim digunakan secara bersamaan.[41] Status personal perseroan terbatas, misalnya, mengombinasikan teori inkorporasi dengan kedudukan manajemen.[42]

3. Teori tentang Penunjukan Kembali (Renvoi). Renvoi timbul karena adanya perbedaan prinsip dari negara-negara dalam menentukan status personal warga negaranya.[43] Dalam prakteknya, ada tiga macam penunjukan, yakni "penunjukan kembali" (*renvoi*, *renvoi au premier degré*, *Rückverweisung*, *terugwijzing*, *terugverwijzing*, *partial or single renvoi*, *remission*, *remitting*, *reference back*, atau *remittal*),[44] "penunjukan lebih jauh" (*renvoi au second degré*, *Weiterverweisung*, *verderverwijzing*, dan *transmission*),[45] dan "*double renvoi*" (*total renvoi*, *foreign court doctrine*, atau *the English doctrine of renvoi*).[46]

---

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

[39] *Ibid.*, hal. 337.

[40] *Ibid.*, hal. 347-348.

[41] Bdk. *ibid.*, hal. 337.

[42] 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.

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

[44] *Ibid.* hal. 5 dan 72.

[45] *Ibid.* hal. 5-6.

[46] *Ibid.* hal. 5 dan 72. Lih. juga James Fawcett dan Janeen M. Carruthers, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, ed. ke-14 (Oxford: Oxford University Press, 2008), hal. 63.

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*).[47] 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.[48] Yurisprudensi Indonesia menunjukkan penerimaan renvoi seperti dalam kasus *kepailitan orang British India*,[49] dan *Armenia Nasrani*.[50]

Penunjukan lebih jauh merupakan skema *renvoi* yang melibatkan tiga atau lebih sistem hukum. Contoh yurisprudensi dari penunjukan lebih jauh adalah pada kasus Paman dan Kemenakan (*Oom en Nicht*) Swiss di Moskow.[51]

---

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

[48] *Ibid.,* hal. 19-21.

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

[50] 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.

[51] Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cetakan ketiga, Buku Ketiga (Bandung: Eresco, 1988), hal. 11-13.

Double renvoi dianut di negara-negara Anglo Saxon, terutama Inggris.[52] Dalam praktek pengadilan di Inggris, hakim duduk 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*.[53]

Dari ketiga macam renvoi di atas, Indonesia termasuk negara yang menerima teori *Renvoi* dengan skema yang pertama (*single renvoi*).[54]

4. Teori kualifikasi. Kualifikasi adalah melakukan klasifikasi suatu istilah sehari-hari ke dalam istilah hukum.[55] Kualifikasi ada tiga macam, yaitu *lex fori*, *lex cause*, dan Otonom.[56]

   Kualifikasi *lex fori* adalah kegiatan melakukan klasifikasi atau penerjemahan suatu istilah hukum berdasarkan hukum sang hakim.[57] Negara yang menganut kualifikasi ini antara lain Cina.[58] Kualifikasi *lex cause* adalah kegiatan melakukan klasifikasi atau penerjemahan istilah hukum

---

[52] 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.

[53] *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.

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

[55] *Ibid.*, hal. 166-168.

[56] *Ibid.*, hal. 182.

[57] *Ibid.*, hal. 183.

[58] 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."

berdasarkan hukum yang digunakan untuk menyelesaikan persoalan HPI yang bersangkutan.[59] Contoh yurisprudensi yang menggunakan kualifikasi ini adalah kasus *Anton v. Bartolo (The Maltese Case).*[60] Kualifikasi Otonom adalah kegiatan melakukan klasifikasi atau penerjemahan istilah hukum berdasarkan perbandingan hukum.[61]

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.[62] Umumnya yang menjadi alasan untuk mengesampingkan adalah pertentangan hukum asing tersebut dengan sendi-sendi asasi hukum nasional sang hakim (*manifestement incompatible*).[63]

   Ketertiban umum bersifat relatif. Sifat relatif itu ditentukan oleh tiga faktor, yaitu tempat, waktu, dan intensitas (*Inlandsbeziehungen*).[64] 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).[65]

---

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

[60] *Ibid.,* hal. 175-178.

[61] *Ibid.,* hal. 193-197.

[62] Bdk. Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid Kedua (Bagian Ketiga) (Djakarta: Kinta, 1964), hal. 5.

[63] Bdk. Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid Kedua (Bagian Ketiga) (Djakarta: Kinta, 1964), hal. 5.

[64] *Ibid.*, hal. 90 dan 101-106.

[65] 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.

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.[66] Bila Irlandia melegalkan perkawinan sesama jenis melalui referendum, Amerika Serikat melalui keputusan Mahkamah Agung.[67] Sementara itu itu, bagi Indonesia hampir dapat disimpulkan bahwa perkawinan sesama jenis bertentangan dengan ketertiban umum.[68]

Terdapat tiga macam konsep ketertiban umum, yaitu Italia-Perancis, Jerman, dan Anglo-Saxon.[69]

Menurut Konsep Italia-Perancis, ketertiban umum berlaku terhadap kaidah hukum asing yang bertentangan dengan hukum nasional.[70] Dalam hal ini ketertiban umum digunakan sebagai pedang *(merely as a sword)*. Sedangkan menurut konsep Jerman, ketertiban umum (*Vorbehaltklausel*) digunakan apabila hukum asing benar-benar bertentangan dengan hukum nasional.[71] Dalam hal ini, ketertiban umum digunakan seirit mungkin, yakni hanya sebagai rem darurat atau digunakan hanya sebagai prisai *(merely as a shield)*. Dalam konsep Anglo-Saxon,

---

[66] Lih. misalnya *http://www.nytimes.com/2015/05/24/world/europe/ireland-gay-marriage-referendum.html?smid=tw-nytimes&_r=0*

[67] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015).

[68] Lih. pasal 1 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, L.N. 1974 No. 1.

[69] Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid Kedua (Bagian Ketiga) (Djakarta: Kinta, 1964), hal. 48.

[70] *Ibid.*, hal. 49-51.

[71] *Ibid.*, hal. 51-55.

ketertiban umum digunakan dengan pertimbangan Politis dan dikenal dengan istilah *act of state doctrine.*[72] Contoh yurisprudensi Inggris yang menerapkan teori *act of state doctrine* adalah kasus *Princess Paley Olga,*[73] dan *Tanker Rose Mary* (*Anglo-Iranian Oil Co. v. Jaffrate*).[74]

Pengaturan tentang ketertiban umum hampir selalu dimuat dalam peraturan HPI berbagai negara. Thailand mengatur bahwa keberlakuan hukum asing dibatasi oleh ketertiban umum.[75] Pengaturan tentang ketertiban umum di Jepang,[76] Taiwan,[77] dan Korea[78] menekankan pada akibat dari penerapan hukum asing. Sementara Cina menekankan pengaturan ketertiban umum pada kepentingan publik.[79] Ketertiban umum ini harus dibedakan dari ketentuan-ketentuan hukum yang bersifat memaksa (*dwingen recht*, *mandatory rules*, *lois d'application immediate*, *lois de police*).

---

[72] *Ibid.*, hal. 55-57.

[73] *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.

[74] Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid Kedua (Bagian Ketiga) (Djakarta: Kinta, 1964), hal. 111-188.

[75] 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.*"

[76] 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.

[77] 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."*

[78] 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."*

[79] 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.*"

Ketentuan-ketentuan ini tidak dapat dikesampingkan oleh keberlakuan hukum asing.[80]

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.[81]

   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.[82] Yurisprudensi Perancis yang terkenal adalah kasus *Putri De Bauffremont*.

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 prakteknya, kebebasan tersebut ada batasnya. Ada empat hal yang merupakan batasan dari pilhan 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.

---

[80] Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid Kedua (Bagian Ketiga) (Djakarta: Kinta, 1964), hal. 43.

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

[82] *Ibid.,* hal. 167.

Dalam bahasan HPI, ada dua macam pilihan hukum, yaitu pilhan hukum secara tegas, dan pilihan hukum secara diam-diam.[83] Beberapa contoh yurisprudensi yang berkaitan dengan pembahasan pilihan hukum, antara lain:[84] Kasus *Trailler 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 menetukan 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.*

8. Teori Hak-hak Yang Telah Diperoleh. Hak-hak yang telah diperoleh 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.[85] 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

---

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

[84] *Ibid.*, hal. 105-149.

[85] *Ibid.*, hal. 261.

sebagai kebalikan dari ketertiban umum. Dalam hak-hak yang diperoleh, diutamakan hukum asing dan dikesampingkan hukum nasional. Dalam ketertiban umum, diutamakan hukum nasional dan dikesampingkan hukum asing. Beberapa contoh hak-hak yang diperoleh adalah:[86]

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.

9. Teori Persoalan Pendahuluan. 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).[87]

   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. Beberapa contoh yang berkaitan dengan pembahasan Persoalan Pendahuluan, antara lain:[88]

---

[86] *Ibid.,* hal. 325.

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

[88] *Ibid.,* hal. 7.

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.

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, terminologi hukum dari negaranya sendiri.[89]

    Beberapa contoh tentang penyesuaian antara lain:[90] 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.

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 Z.P.O.

---

[89] *Ibid.*, hal. 62.
[90] *Ibid.,* hal. 76.

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.[91]

12. Teori Pemakaian Hukum Asing.[92]

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 pembalasan[93]. Ada tiga dasar teori bagi pemakaian hukum asing oleh hakim, yaitu:[94]

a. Hukum asing sebagai "fakta" sebagai suatu hal yang seperti juga lain-lain fakta, bahwa fakta harus didalilkan dan dibuktikan dalam suatu perkara perdata;
b. Hukum asing dianggap sebagai "hukum", (*law/recht*) yang oleh hakim harus dipergunakan berdasarkan alasan jabatannya (*ex-officio* atau *ambsthalve*);
c. 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

---

[91] *Ibid.,* hal. 138.
[92] 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.
[93] Sudargo Gautama (g), ibid., hal 175.
[94] Ibid., hal. 177.

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:[95]

1. Hakim mempergunakan hukumnya (*lex fori*);
2. Hakim dapat mempergunakan suatu hukum yang dianggap berlaku atau sangkaan hukum (*rechsvermoeden*) 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.

13. Perbuatan Melawan Hukum/PMH[96]

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, PMH diatur di dalam Pasal 1365. Dalam teori khusus HPI, mengenai hukum yang 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 mempraktekkan 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. Praktek pengadilan di Inggris, mengkombinasikan antara teori klasik dan lex fori. Untuk itu, dalam

---

[95] Ibid., hal. 196.
[96] Sudargo Gautama (h), *Hukum Perdata Internasional,* cetakan ketiga, buku kedelapan, (Bandung: Penerbit Alumni, 1998), hal. 99.

mengajukan gugatan PMH di hadapan pengadilan Inggris, harus memenuhi dua syarat, *actionable* dan *justifiable.*[97] Dalam praktek pengadilan di Amerika, berkembang teori *the proper law of a tort* sebagaimana terlihat dalam *Babcock v. Jackson.*

B. Kajian terhadap Asas/Prinsip

Asas-asas yang menjadi landasan dalam pembentukan norma.

1. Prinsip nasionalitas adalah prinsip yang memberlakukan hukum nasional seseorang 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. 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.
4. *Asas choice of law*, adalah hukum yang berlaku adalah hukum yang dipilih oleh para pihak.
5. Asas *lex fori* adalah asas yang memberlakukan hukum sang hakim dalam suatu peristiwa HPI.
6. Asas *lex loci contractus* adalah asas yang menganut hukum tempat dibuatnya kontrak dalam perjanjian.
7. Asas Lex Loci *Celebrationis*, asas yang menganut hukum tempat berlangsungnya perayaan (perkawinan).

---

[97] *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 [?].

8. Asas *lex loci solutionis* adalah asas yang menganut hukum tempat dilaksanakannya perjanjian.
9. *Lex Loci delicti commisi tator,* adalah hukum dari tempat dimana perbuatan melanggar hukum dilakukan.
10. *The proper law of the contract* adalah hukum yang berlaku dalam suatu kontrak adalah hukum negara yang memiliki titik taut terbanyak.
11. *The most characteristic connection* adalah hukum yang berlaku dalam suatu kontrak adalah hukum pihak yang memiliki pribadi yang paling karakteristik.[98]

C. Kajian Terhadap Praktik Penyelenggaraan, Kondisi yang ada dan Masalah yang dihadapi Masyarakat

Di Indonesia, sejumlah materi HPI yang tersebar dalam berbagai undang-undang. Oleh karena itu, materi yang akan dimasukkan dalam RUU HPI adalah materi yang tidak masuk dalam undang-undang tersebut. Terhadap sejumlah materi yang tidak ada pengaturannya dalam undang-undang lain, maka terhadap hal tersebut ada materi yang tidak mungkin untuk dimasukkan dalam materi HPI, dan ada juga materi yang perlu diatur secara berbeda. Materi/substansi HPI yang akan dimasukkan dalam Naskah Akademik RUU HPI terdiri dari hal-hal umum (*common elements*) dan hal-hal khusus (*specific element*) yang ada di beberapa negara tertentu.

Hal-hal umum yang dimaksud adalah **keluarga** (yang meliputi perkawinan, harta benda perkawinan, perceraian, dan kewarganegaraan); **adopsi**; **benda**; **kontrak**; dan **hukum acara**

[98] 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.

perdata internasional. Untuk hal-hal khusus yang akan dimasukkan dalam HPI, antara lain ***taking evidence abroad***; ***child abduction*** (penculikan anak lintas batas); **PMH**; dan **legalisasi dokumen publik**. Sedangkan hal-hal khusus lainnya yang ada kemungkinan untuk dimasukkan dalam RUU HPI, namun perlu memperhatikan berbagai aspek terlebih dahulu antara lain: ***service abroad***; **badan hukum**; dan ***enforcement of judgement***. Berikut adalah beberapa kondisi yang terkait dengan HPI:

1. Perkawinan Campuran
   a. Kondisi yang ada

      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). Untuk saat ini hukum yang mengatur masalah-masalah di bidang HPI masih menggunakan produk khusus warisan jaman Hindia Belanda, yakni pasal-pasal 16,17, dan 18 AB. Produk hukum tersebut untuk saat ini sudah tidak memadai lagi mengingat semakin

banyak dan bermacam-macamnya masalah HPI yang dihadapi oleh hakim di Pengadilan.

Definisi perkawinan campuran dalam UU No. 1 Tahun 1974 hanya mencakup perkawinan antara WNI dan WNA, baik yang dilakukan di dalam negeri maupun di luar negeri. Definisi Perkawinan Campuran dijumpai dalam Pasal 57 UU No. 1 Tahun 1974: "Yang dimaksud dengan perkawinan campuran dalam Undang-Undang ini ialah perkawinan antara dua orang yang 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 campuran berdasarkan UU No.1 Tahun 1974 ini.

Perkawinan WNI yang dilakukan di luar negeri diatur dalam pasal 56 UU No. 1 Tahun 1974 yang menyatakan:

Ayat (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."

Ayat (2) berbunyi, "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 lagi kedua pasal tersebut. Kata-kata 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 kentuan tentang batas usia menikah, dianutnya perkawinan sipil atau perkawinan agama bagi suatu negara dll 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. (Sebagai catatan kalau kita membaca BW Belanda baru di dalam Buku ke-10 tentang HPI, ketentuan dalam pasal 16 dan 18 AB , dalam pasal 11 .1 dan Pasal 12 .1).

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*)[99] sehingga berbunyi:

"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 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 (titik taut pembeda) maupun sebagai TPS (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 dan 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 sahnya perkawinan, yang berarti kedua syarat ini harus terpenuhi secara penuh.

Dari kondisi tersebut diharapkan adanya perubahan dalam menentukan syarat sahnya perkawinan yaitu

[99] S. 1898-158.

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 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, sehingga dapat dikategorikan sebagai "menyelundupkan 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.[100] 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 loxi celebrationis)*. Hal

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

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 sehingga dapat memberikan solusi bagi permasalahan masyarakat selama ini dan tidak menimbulkan konflik hukum.

c. Hambatan yang dihadapi dalam mencapai kondisi yang diharapkan.

Dalam UU No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan Pasal 56 ayat (1) telah menenukan 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 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 ditiap-tiap negara berbeda, dan adanya konflik atas prinsip perkawinan sangat mungkin terjadi. Sebagai contohnya, dibeberapa negara[101] 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

[101] 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.

melakukannya di luar negeri sehingga diperlukan asas ketertiban umum dalam melakukan seleksi.

2. Status Kewarganegaraan

a. Kondisi yang ada *(Das Sein)*

Pada saat ini berlaku UU No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan yang menggantikan UU No. 62 Tahun 1958 tentang Kewarganegaraan.

Tentang status kewarganegaraan anak, pada asasnya tetap dianut asas *ius sanguinis*, akan tetapi berlainan dengan UU Kewarganegaraan lama (UU No. 62 Tahun 1958), yang menganut asas *ius sanguinis* ketat, hingga di mana pun anak dilahirkan ia akan tetap mengikuti kewarganegaraan sang ayah, walaupun ia lahir di negara yang menganut asas *ius soli*, dalam satu tahun setelah dia lahir orang tua harus memilih apakah anak tersebut akan jadi warga negara Indonesia atau warganegara asing. Di dalam UU No. 12 Tahun 2006 dalam perkawinan campuran berbeda kewarganegaraan ini di mana salah satu pihak (ibu atau ayah) berkewarganegaraan Indonesia, dimungkinkan bagi si anak untuk memperoleh kewarganegaraan ganda (terbatas), sampai ia berusia 18 tahun. Dalam waktu tiga tahun setelah itu, atau jika ia menikah sebelum berusia 18 tahun, ia harus memilih untuk menjadi WNI atau kewarganegaraan asing salah satu orang tuanya. Ketentuan tersebut berlaku pula terhadap anak yang sudah lahir pada saat UU No. 12 Tahun 2006 ini diundangkan, dengan ketentuan anak tersebut belum berumur 18 tahun atau belum kawin dan untuk itu ia

harus mendaftarkan diri kepada menteri melalui pejabat atau Perwakilan RI paling lambat 4 (empat) tahun setelah UU ini diundangkan.[102]

Tentang status kewarganegaraan suami isteri. Sebagaimana dalam UU No. 62 Tahun 1958, istri tetap dapat mempertahankan kewarganegaran Indonesia-nya walaupun ia menikah dengan laki-laki WNA. Akan tetapi bagi suami/istri yang berkewarganegaraan asing, ia dapat memperoleh kewarganegaraan Indonesia dengan syarat sudah tinggal di wilayah RI paling sedikit 5 (lima) tahun berturut-turut atau 10 (sepuluh) tahun tidak berturut-turut.[103] Apabila dengan memperoleh kewarganegaraan Indonesia tersebut yang bersangkutan menjadi kewarganegaraan ganda, maka yang bersangkutan diberikan Izin Tinggal Tetap di Indonesia. Ketentuan ini tidak dikenal dalam UU No 62 Tahun 1958. Tidak ada ketentuan untuk memperoleh kewarganegaran Indonesia berapa tahun setelah perkawinan berlangsung. Pasal 26 UU No. 12 Tahun 2006 mengatur tentang kehilangan kewarganegaraan suami/istri apabila negara suami/istri yang berkewarganegaraan asing menganut asas istri/suami mengikuti kewarganegaraan pasangannya. (Dianutnya prinsip kesatuan hukum dalam keluarga seperti pernah di Indonesia dianut dalam pasal 2 GHR.)

b. Kondisi yang diharapkan (*Das Sollen*)

Dipakainya prinsip nasionalitas untuk hubungan antara orang tua dan anak. Untuk pengesahan anak dipakai

[102] Pasal 41 UU No. 12 Tahun 2006.
[103] Pasal 19 UU No. 12 Tahun 2006.

hukum sang ayah, untuk perwalian[104] hukum sang anak, untuk alimentasi tempat tinggal yang nyata sehari-hari *(residence habituelle)* dari sang anak.

Untuk hubungan antara orang tua dan anak karena ini termasuk dalam masalah status personal, bisa dipakai prinsip nasionalitas dapat pula dipakai prinsip domisili, sejalan dengan dianutnya prinsip nasionalitas oleh negara-negara civil law dan prinsip domisili bagi negara-negara common law. Pada umumnya dipakai hukum sang ayah sebagai kepala keluarga untuk anak sah. Domisili sang ayah dipakai untuk negara-negara common law, seperti Inggris, dan kewarganegaraan sang ayah untuk negara-negara civil law, seperti Jerman dan Belanda. Seringkali pula hubungan antara orang tua dan anak ini berhubungan dengan masalah *renvoi*, yaitu apabila misalnya masalah pengesahan anak karena perkawinan tidak dikenal di suatu negara dengan prinsip domisili, sedangkan di negara di mana ia berdomisili yang memakai prinsip nasionalitas dikenal, maka dapat terjadi renvoi. Menurut hukum intern si anak, anak itu adalah anak tidak sah, tetapi karena negara kedua orang tuanya menganut prinsip domisili, dan negara domisili mengenal pengesahan anak karena perkawinan, anak itu adalah anak sah. Dengan diterimanya renvoi oleh negara domisili si anak, maka anak tersebut menjadi anak sah. Dalam hal terdapat perbedaan kewarganegaran antara suami istri umum yang berlaku sekarang adalah hukum domisili bersama para pihak, apakah pada saat perkawinan dilakukan atau pada saat perceraian

[104] Menurut Prof Zulfa: "Perwalian" diganti dengan hak asuh anak/pemeliharaan anak, karena istilah wali lebih luas

diajukan. Hal ini berlaku pula untuk menentukan hukum yang berlaku untuk harta benda dalam perkawinan. Untuk anak baik dalam hal hak asuh anak, (perwalian dalam arti Kitab Undang-Undang Hukum Perdata), nafkah anak (alimentasi), sejalan dengan berbagai Konvensi tentang anak antara lain Konvensi Den Haag tentang *Parental Responsibility*, Adopsi, *Child Abduction,* dan lain-lain, umumnya dipakai hukum tempat tinggal sehari-hari (*habitual residence*) si anak. Tidak lagi dipakai hukum sang anak, karena seringkali kepentingan sang anak lebih terakomodasi oleh hukum tempat tinggal sehari-harinya dibandingkan dengan hukum nasionalnya. Untuk hubungan hukum antara anak tidak sah dengan sang ayah umumnya dipakai hukum sang ayah, begitu pula mengenai pengesahan anak dipakai hukum sang ayah, untuk pengakuan anak, dipakai hukum orang yang mengakui.

c. Hambatan yang dihadapi dalam mencapai kondisi yang diharapkan.

   Seperti tersebut di atas, hambatan yang terjadi antara lain adalah karena tidak diakuinya dwi-kewarganegaraan, seseorang suami atau istri asing mengalami kesulitan untuk tinggal menetap dalam jangka waktu lama. Permasalahan ini berakibat pula pada status kewarganegaraan anak.

   Hambatan yang dihadapi dalam mencapai kondisi yang ada antara lain karena kita belum mempunyai ketentuan yang baku yang berkaitan dengan masalah yang dihadapi. Perlu dipikirkan untuk mengaksesi beberapa

konvensi internasional terkait dan menyegerakan terbentuknya UU HPI Indonesia.

3. Harta Benda Perkawinan

a. Kondisi yang ada

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 pihak tidak menentukan lain.

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

Berkaitan dengan hak atas tanah Dalam UU No. 5 tahun 1960 tentang UUPA 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.

Hal ini dikarenakan berdasarkan Pasal 26 ayat 1 dan 2 UU No. 12 tahun 2006 tentang Kewarganegaraan. Pasal 1 menyatakan,

> "Perempuan Warga Negara Indonesia (WNI) yang kawin dengan laki-laki Warga Negara Asing (WNA) kehilangan kewarganegaraan Indonesia jika menurut

> hukum negara asal suaminya, kewarganegaraan istri mengikuti kewarganegaraan suami akibat perkawinan tersebut."

Sedangkan pasal 2 menyatakan,

> "Laki-laki Warga Negara Indonesia (WNI) yang kawin dengan perempuan Warga Negara Asing (WNA) kehilangan kewarganegaraan Indonesia jika menurut hukum negara asal istrinya, kewarganegaraan suami mengikuti kewarganegaraan istri akibat perkawinan tersebut."

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 ganda sebagaimana diatur dalam pasal 26 ayat 3 dan 4 UU Kewarganegaraan.

Ketentuan ini mengakibatkan bagi WNI yang melakukan perkawinan dengan WNA (dimana di negara WNA ini mensyaratkan pasangan mengikuti warga negara) maka WNI harus melepaskan 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. Pelepasan hak tersebut dengan cara menjual atau menghibahkan hak-hak atas tanah tersebut dalam jangka waktu 1 (satu) tahun sejak diperolehnya hak-hak tersebut.

Ketentuan diatas sejalan dengan asas *lex rei sitae* yaitu untuk hak kebendaan berlaku hukum negara di mana benda tersebut terletak.

b. Kondisi yang diharapkan.

Mengenai harta benda perkawinan antara suami isteri yang berbeda kewarganegaraan diatur oleh hukum yang dipilih oleh para pihak dengan ketentuan:

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

Namun jika 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.

Dimana 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 yang mereka pilih. Jika tidak ada pilihan hukum, maka yang berlaku adalah hukum dari tempat kediaman sehari-hari pertama dari suami isteri.

c. Hambatan yang dihadapi dalam mencapai kondisi yang diharapkan.

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.

4. Adopsi

a. Kondisi yang ada

Sampai saat ini Indonesia belum memiliki Undang-Undang tentang Adopsi. Peraturan tentang Adopsi diatur dalam Peraturan Pemerintah No. 54 Tahun 2007 sebagai pelaksanaan dari Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak. Hukum yang berlaku adalah hukum Indonesia sesuai dengan PP 54/2007 yaitu sebagai *habitual residence* si anak.

b. Kondisi yang diharapkan

Mengenai Adopsi, agar dipakai hukum nasional apabila *adoptant* dan *adoptandus* mempunyai kewarganegaraan yang sama. Jika kewarganegaraan antara kedua pihak ini berlainan, maka kemampuan dan syarat-syarat untuk melakukan adopsi dan untuk diadopsi ditentukan oleh hukum yang berlaku di tempat kediaman sehari-hari dari sang anak.

Tentang akibat-akibat hukum dari adopsi antara kedua pihak ini diatur juga oleh hukum yang berlaku di tempat kediaman sehari-hari sang anak. Demikian pula hak-hak dan kewajiban antara pihak *adoptandus* dan keluarganya karena kelahiran. Juga dalam hal ini hukum dari tempat kediaman sehari-hari sang anak yang menentukan.

Dengan demikian titik berat diletakkan pada tempat kediaman sehari-hari dari sang anak yang diterima dalam konvensi-konvensi Adopsi Den Haag tahun 1975

c. Hambatan yang dihadapi dalam mencapai kondisi yang diharapkan.

Dalam PP 54/2007, tentang usia calon anak angkat sebagaimana diatur dalam Pasal 12 ayat (1) huruf a, terdapat ketentuan yang mengatur batas umur anak yang boleh diangkat, yaitu belum berusia 18 tahun. Dalam penjelasannya sepanjang anak memerlukan perlindungan khusus, dikhawatirkan dapat disalahgunakan oleh pihak *adoptant* yang tidak bertanggung jawab. Penjelasan dalam huruf c dengan memperinci anak yang memerlukan perlindungan khusus, antara lain adalah anak yang menyandang cacat, korban narkotika, anak yang berhadapan dengan hukum, anak tereksploitasi secara seksual dan sebagainya, memungkinkan adopsi disalahgunakan dengan menjadikan anak-anak yang telah remaja, berumur misal 16 atau 17 tahun, yang diangkat oleh orang asing, menjadi korban perdagangan manusia (*human trafficking*) seperti menjadi pelacur di luar negeri. Adanya kewajiban pelaporan perkembangan anak kepada Kementerian Luar Negari melalui Perwakilan Republik Indonesia setempat hanya satu kali dalam setahun sampai anak berumur 18 tahun.[105]

5. Warisan

Mengenai Hukum Warisan, digunakan hukum nasional dari si pewaris. Warisan dalam hal ini diatur sebagai suatu kesatuan, tanpa membedakan antara benda-benda bergerak dan benda-benda tetap.

[105] Pasal 40 PP No. 54 Tahun 2007.

Mengenai bentuk dari testamen akan diatur pula oleh Hukum Nasional dari orang yang membuat testamen atau· tempat di mana pembuat testamen berdomisili waktu membuatnya, atau saat kematiannya, atau tempat kediamannya sehari-hari, atau dari tempat di mana benda-benda bersangkutan terletak (sepanjang mengenai benda-benda tidak bergerak). Ini adalah sesuai dengan prinsip *favor testamenti* yang diterima dalam Konvensi HPI Den Haag tentang warisan dari tahun 1961 mengenai bentuk daripada testamen.

6. Benda

Dengan semakin meningkatnya lalu-lintas internasional dan bertambah majunya ekonomi dan keuangan, maka lebih besar peranan kaidah-kaidah hukum tentang benda. Hal ini disebabkan bahwa kaidah-kaidah tersebut berhubungan dengan lalu-lintas kebendaan, di mana transaksi dagang tidak lagi dibatasi oleh batas wilayah negara, baik ruang dan waktunya.

Jika mempelajari hukum kebendaan di Indonesia, ada pembagian benda berdasarkan sifatnya, yaitu benda bergerak dan benda tidak bergerak. Dalam mempelajari Hukum Antar Tata Hukum intern, pembedaan ini masih berlaku. Untuk benda-benda bergerak berlaku asas *mobilia sequntuur personam* (kewarganegaraan atau domisili pemilik benda bergerak), sedangkan untuk benda-benda tetap atau tidak bergerak berlaku asas *lex rei sitae*.

Dalam perkembangannya, hukum mengenai benda dalam HPI ini terdapat perubahan setelah adanya pandangan von Savigny. Benda tidak lagi dibedakan atas benda bergerak

dan benda tidak bergerak. Hukum dari tempat di mana benda itu terletak adalah titik taut penentu, yaitu faktor yang menentukan hukum manakah yang berlaku untuk benda bersangkutan. Kaidah ini telah lama diterima sejak teori statuta pada saat itu.

HPI Indonesia pun telah menerima asas yang terdapat di dalam Pasal 17 AB, yang berbunyi sebagai berikut: "Berkenaan dengan benda-benda berlaku undang-undang dari negara atau tempat di mana barang-barang itu terletak".

7. Kontrak

a. Kondisi yang ada

Asas HPI yang paling utama dalam hukum perjanjian antara warga-warga negara adalah bahwa hukum yang dipilih dan disepakati oleh para pihak dalam perjanjian/kontrak. Namun dalam praktek, 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.* Di bawah ini akan ditinjau beberapa asas yang berkembang dalam HPI bidang hukum kontrak.

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.

b. Kondisi yang diharapkan

Mengenai Kontrak, sebaiknya dipakai titik taut yang paling karakteristik sebagai hukum yang harus diperlukan. Maka kami usulkan supaya dirumuskan bahwa untuk kontrak internasional berlakulah hukum yang berlaku untuk kontrak-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*).

8. Badan Hukum

Ada empat teori yang dipakai untuk menentukan status personal badan hukum. *Teori inkorporasi* menyatakan bahwa suatu badan hukum tunduk kepada hukum di mana ia diciptakan, didirikan atau dibentuk. *Teori statutair* menyatakan bahwa status personal suatu badan hukum ditentukan oleh hukum tempat kedudukan badan hukum tersebut menurut anggaran dasarnya. Dalam praktek, kedua teori ini membaur, karena pada umumnya tempat pendirian sekaligus merupakan tempat kedudukan statutair dari badan hukum bersangkutan. *Teori pusat manajemen* menyatakan bahwa hukum dari tempat kedudukan manajemen yang efektif dari badan hukum sebagai hukum yang berlaku atas status personal badan hukum tersebut. *Teori kontrol asing* menyatakan bahwa status personal suatu badan hukum ditentukan oleh hukum dari tempat pengambilan kontrol atau kendali atas badan hukum tersebut diambil atau dilakukan.

Konvensi Den Haag tentang Pengakuan Status Badan Hukum Perusahaan, Perkumpulan dan Institusi Asing (*Convention concernant la Reconnaissance de la Personnalité juridique des sociétiés, associations et fondations éstragères* atau *Convention concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions*) menganut teori inkorporasi. Konvensi yang dirumuskan tanggal 1 Juni 1956 telah diratifikasi oleh Belanda (1959), Belgia (1962) dan Perancis (1963).

Berdasarkan perkembangan peraturan perundang-undangan yang ada, Indonesia kemudian mengadopsi secara kumulatif teori inkorporasi dan statutair. Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria mengatur tentang badan hukum yang dapat mempunyai hak atas tanah. Pasal 30:1 mengatur bahwa "badan hukum yang *didirikan* menurut hukum Indonesia dan *berkedudukan* di Indonesia" berhak mempunyai hak guna usaha. Pasal 36:1 mensyaratkan hal yang sama untuk hak guna bangunan. Demikian juga halnya dengan pasal 42 untuk hak pakai. Pasal ini juga memberikan hak pakai kepada badan hukum asing yang mempunyai perwakilan di Indonesia. Terkait dengan hak sewa, pasal 45 juga mengatur dengan persyaratan yang sama.

Pasal 5 ayat (2) Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal mewajibkan penanaman modal asing untuk membentuk perseroan terbatas *berdasarkan* hukum Indonesia dan *berkedudukan* di dalam wilayah Indonesia. Pasal 17 ayat (1) dan (2) Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas mengatur bahwa tempat kedudukan perseroan di dalam wilayah Republik

Indonesia sebagaimana ditentukan dalam anggaran dasar adalah kantor pusat perseroan. Dengan demikian, Indonesia menambahkan teori pusat manajemen untuk perseroan terbatas.

Undang-Undang No. 16 Tahun 2001 tentang Yayasan mengadopsi tempat kedudukan dalam wilayah Indonesia yang ditentukan dalam anggaran dasar sebagai titik taut. Secara administratif, Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia melimpahkan kewenangan pengesahan badan hukum kepada Kepala Kantor Wilayah yang wilayah kerjanya meliputi tempat kedudukan yayasan yang bersangkutan (pasal 11 ayat (2)). Secara hukum acara, tempat kedudukan yayasan juga menentukan kompetensi pengadilan negeri (pasal 56 ayat (1)).

Pengaturan status personal badan hukum harus selaras dengan perkembangan peraturan perundang-undangan nasional. Oleh karena itu, perumusan pengaturan terkait badan hukum adalah sebagai berikut:

a. Perseroan terbatas, perkumpulan, yayasan, dan badan-badan hukum lain tunduk kepada hukum dari negara di mana badan hukum tersebut didirikan dan berkedudukan.
b. Badan hukum yang didirikan di luar wilayah Republik Indonesia yang melaksanakan kegiatannya di dalam wilayah Republik Indonesia tunduk pada ketentuan hukum Indonesia.

9. Penculikan Anak Lintas Batas

a. Kondisi yang Ada.

Secara internasional, telah ada aturan terakit dengan penculikan anak lintas batas yaitu Konvensi 1980. Indonesia, sampai saat ini belum menjadi Negara Peserta dari Konvensi 1980. Namun demikian, kasus-kasus berkenaan dengan *child abduction* ini sudah pula dijumpai dan diputus oleh Hakim, walaupun masih sedikit.

Hakim di Indonesia dalam memutus perkara *child abduction* belum mempertimbangkan masalah dibawanya si anak oleh salah satu orang tua dari tempat kediamannya sehari-hari tanpa izin orang tua lainnya sebagai *melawan hukum*, melainkan memutus seolah-olah masalah yang dihadapi hanyalah merupakan masalah *permohonan pemeliharaan anak biasa.*

Sebagai ilustrasi akan dikemukakan dua putusan pengadilan, yaitu Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dan Pengadilan Negeri Tangerang.

KASUS I

Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan No. 210/Pdt/G/1992/PN.JKT.Sel.

Para Pihak

Penggugat: Djoko Soesanto, warga negara Indonesia

Tergugat: Bettina Renatser, warga negara Jerman

Kasus Posisi:

Penggugat dan tergugat telah menikah di Jakarta, di Kantor Catatan Sipil DKI Jakarta, pada tanggal 22 Februari 1983. Keduanya tetap mempertahankan kewarganegaraan masing-masing. Setelah menikah,

keduanya kemudian pergi ke Jerman, dan di sana lahir dua orang anak laki-laki: Gerry Soesanto pada tanggal 15 Agustus 1986, dan Robin Soesanto tanggal 29 Desember 1988. Kedua anak, dari jalannya perkara terbukti berkewarganegaraan Jerman.

Sewaktu hubungan antara keduanya mulai tidak harmonis, dengan alasan untuk membawa anak untuk berenang, si ayah, awal tahun 1992, membawa lari kedua anak itu ke Jakarta (Indonesia), tanpa sepengetahuan dan seizin si ibu, (izin hanya untuk berenang di tempat kediamannya di Jerman), dengan cara memalsukan tanda tangan si istri untuk memperoleh paspor bagi kedua anak.

Kemudian si ayah mengajukan pemohonan ke Pengadilan Negeri Jakarta Selatan agar perkawinannya diputus karena perceraian dan pemeliharaan kedua anak *(custody)* diserahkan sepenuhnya kepadanya. Selain itu dimohonkan pula agar kewarganegaraan Jerman kedua anak diganti menjadi kewarganegaraan Indonesia.

Dalam Jawabannya, si ibu mengajukan bantahan dengan mengatakan sudah ada putusan provisi dari pengadilan di Jerman yang menyerahkan pemeliharaan sementara atas kedua anak kepadanya sampai pokok perkara mengenai perceraian diputus, ia dan mohon supaya anak dikembalikan kepadanya. Untuk itu si ibu mohon agar pemeliharaan anak sesuai dengan putusan provisi diserahkan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Selatan kepadanya.

Tidak ada masalah mengenai putusan perceraian, karena kedua-duanya memang terbukti sudah tidak bisa

didamaikan lagi, hingga dianggap telah memenuhi pasal 19 huruf f PP No. 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksanaan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Persoalan utama ialah mengenai siapa yang berhak untuk memperoleh pemeliharaan atas kedua anak yang dilahirkan.

Dalam kasus ini, hakim menolak diberlakukannya putusan provisi Jerman yang memberikan pemeliharaan anak kepada si ibu. Berdasarkan Pasal 436 RV, hakim di Indonesia tidak terikat dengan putusan asing. Lagi pula putusan itu diucapkan setelah si ayah kembali ke Indonesia, dan si ayah tidak pernah merasa dapat panggilan dalam perkara itu. Hakim berpendapat untuk perkara ini yang harus diberlakukan adalah hukum Indonesia, yaitu Undang-Undang No.1 Tahun 1974, karena perkawinannya dilakukan di Indonesia sesuai dengan Pasal 57 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, mengenai perkawinan campuran.

Dalam mempertimbangkan siapa yang berhak untuk diserahkan pemeliharaan anak antara lain dipertimbangkan oleh Hakim, fakta-fakta sebagai berikut:

a. Pada waktu perkara berlangsung di PN Jakarta Selatan, kedua anak secara fisik berada di bawah kekuasaan si ayah, di Jakarta (Indonesia);
b. kedua anak adalah warga negara Jerman;
c. adanya putusan provisi Jerman yang menyatakan untuk sementara kedua anak diserahkan pemeliharaannya kepada si ibu;

d. si ayah mempunyai pekerjaan tetap di Indonesia sedangkan si ibu tidak bekerja, tetapi dapat bantuan atau jaminan sosial dari pemerintah Jerman.

Menurut hakim, dengan terjadinya perceraian maka kekuasaan orang tua yang tadinya berada pada kedua orang tua menjadi berakhir sehingga perlu ditetapkan kekuasaan wali terhadap kedua anak tersebut dengan menggunakan Pasal 50 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 dan Pasal 45 ayat (1) dan (2) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, yaitu berakhirnya kewajiban orang tua untuk memelihara dan mendidik anak-anaknya bila anak-anak sudah menikah atau sudah dapat berdiri sendiri. Lebih lanjut, hakim Indonesia menilai bahwa penggugat dan tergugat sama-sama mampu dan cakap serta memperlihatkan keseriusan dalam merawat, memelihara, dan mendidik anak-anak mereka. Karena itu, demi dan untuk kepentingan si anak, keduanya berhak mendapatkan hak pemeliharaan anak.

Hakim memutuskan:

1. Pemeliharaan anak (hakim masih memakai kata perwalian) yang tertua (Gerry Soesanto) berumur 6 tahun diserahkan kepada si ayah dan anak yang lebih kecil (Robin Soesanto) berumur 4 tahun, pemeliharaannya diserahkan kepada si ibu.
2. Menolak permohonan si ayah untuk mengubah kewarganegaran Jerman kedua anak menjadi warga negara Indonesia karena menurut Hakim hal itu bukan menjadi wewenangnya. Perkara yang diperiksa adalah perkara gugatan perceraian dan pemeliharaan anak.

Analisis Kasus

Dalam pertimbangan hukumnya, hakim Pengadilan Negeri Jakarta Selatan menilai bahwa dengan terjadinya perceraian antara kedua orang tua, maka kekuasaan orang tua yang tadinya berada pada kedua orang tua, berakhir. Oleh karena itu perlu ditetapkan kekuasaan *wali* terhadap kedua anak berdasarkan Pasal 50 dan Pasal 45 ayat (1) dan (2) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974. Pertimbangan Hakim yang menyatakan dengan putusnya perkawinan kedua orang tua maka *kekuasaan orang tua hapus dan diganti dengan kekuasaan wali*, dinilai tidak tepat lagi dalam suasana Undang-Undang No. 1 Tahun 1974. Hal ini memang tepat berdasarkan ketentuan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang sudah tidak berlaku lagi dengan adanya ketentuan baru dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974. Menurut Pasal 45 ayat (2) jo. Pasal 47 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, putusnya perkawinan kedua orang tua karena perceraian tidak mengakibatkan hapusnya kekuasaan orang tua. Kekuasaan orang tua akan hapus bila anak sudah mencapai umur 18 tahun, sudah menikah sebelum umur 18 tahun atau kekuasaannya itu dicabut. Begitu pula pertimbangan hakim yang mendasarkan dalilnya pada pasal 50 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 dinilai tidak tepat karena pengertian wali dalam dimaksud adalah orang lain selain orang tua yang ditunjuk oleh salah satu orang tua yang menjalankan kekuasaan orang tua sebelum ia meninggal baik dengan wasiat maupun secara lisan di hadapan 2

(dua) orang saksi sebagaimana diatur dalam Pasal 51 huruf a Undang-Undang No. 1 Tahun 1974.

Selanjutnya bila kasus ini dilihat dari segi Konvensi 1980, maka dapat dikatakan bahwa kasus ini sebenarnya adalah mengenai pemindahan anak secara melawan hukum *(wrongfully removal*) dari tempat di mana si anak mempunyai *habitual residence* yaitu Jerman. Tidak dapat disangkal bahwa pada saat terjadinya pemindahan, karena keduanya masih terikat dalam perkawinan, maka keduanya mempunyai kekuasaan orang tua terhadap kedua anak tersebut dan kedua-duanya sedang melaksanakan pemeliharaan anak secara bersama-sama. Tindakan si ayah dapat dikualifikasi sebagai melanggar pasal 3 huruf a dan 3b Konvensi 1980, sehingga si ibu berhak untuk menuntut pengembalian si anak ke *habitual residence*-nya di Jerman. Akan tetapi Indonesia belum menjadi negara peserta dalam Konvensi 1980 ini, sehingga tidak terikat dengan ketentuan-ketentuan tersebut sedangkan Jerman merupakan negara peserta Konvensi 1980. Karena itu, apa yang dilakukan oleh hakim adalah pemeriksaan terhadap permohonan pemeliharaan anak terhadap kedua anak tersebut. Dalam Jawabannya, si ibu seharusnya memohonkan agar anaknya dikembalikan ke negara di mana si anak mempunyai *habitual residence*, apalagi ia sudah memperoleh putusan provisi yang memberikan *sole custody* kepadanya terlepas dari diakui tidaknya keputusan provisi tersebut di Indonesia. Menurut Konvensi, yang berhak untuk menentukan siapa yang berhak untuk

mendapatkan hanyalah negara di mana si anak mempunyai *habitual residence* dan pengadilan di mana anak berada setelah dipindahkan hanya berhak menentukan apakah pemindahan telah dilakukan dengan melawan hukum. Begitu pula apakah penguasaan yang dilakukan oleh si ayah (dalam hal ini sebagai *abductor*), sah atau tidak. Bila penguasaannya sesuai dengan pengecualian yang terdapat dalam ketentuan yang tercantum dalam pasal 13 (yaitu pengembalian itu akan membahayakan si anak secara fisik dan secara psikologis dan menempatkan anak dalam situasi yang tidak toleran), pasal 12 (anak sudah "*settled*" di lingkungannya yang baru) serta pasal 20 (pengembaliannya bertentangan dengan ketertiban umum Indonesia), maka anak tetap tinggal di Indonesia. Tetapi apabila pengecualian dalam ketiga pasal tersebut tidak terbukti, si anak harus segera dikembalikan ke negara di mana si anak mempunyai *habitual residence*. Meskipun si ayah waktu membawa kedua anaknya tersebut mempunyai hasrat untuk meninggalkan Jerman selamanya (dari kata-katanya yaitu ingin kembali ke Indonesia untuk turut berbakti dalam pembangunan di negaranya sendiri), *habitual residence* si anak tetap di Jerman, karena pengertian terbentuknya *habitual residence* dengan mensyaratkan "hasrat" *(intention*) untuk menetap sebagai dasar timbulnya *habitual residence* baru hanya dianut di Inggris. Lagi pula belum ada putusan yang menyatakan si ayah telah mendapatkan *sole custody* untuk kedua anak pada saat pemindahan dilakukan. Bila si ayah telah mendapatkan

sole custody waktu itu, maka *habitual residence* si anak akan sama dengan *habitual residence* ayahnya *(domicile dependent)*. Begitu pula pada saat perkara berlangsung, jangka waktu satu tahun belum berlalu dan anak-anak tidak dapat dikatakan telah *settled* di tempat yang baru dalam hal ini di Indonesia, walaupun kedua anak telah dimasukkan ke sekolah yang baru. Tidak ada bukti bahwa anak sudah senang tinggal di Indonesia, terlihat dari anak-anak yang diperkirakan menderita PAS (*Parental Alienation Syndrome).* Fakta-fakta pendukungnya antara lain rambutnya dicabuti sendiri. Dengan demikian, seharusnya anak-anak segera dipulangkan ke Jerman, ke tempat di mana ia mempunyai *habitual residence*.

Dalam putusan ini, Hakim menyerahkan pemeliharaan anak, masing-masing satu orang kepada setiap orang tua, tanpa mempertimbangkan dan meneliti apakah antara keduanya ada kedekatan atau tidak, karena adakalanya pemisahan anak-anak dari saudara kandungnya dapat membahayakannya secara psikologis dan menempatkan mereka dalam suasana yang tidak toleran, sehingga anak-anak akan semakin trauma, sudah kehilangan salah satu orang tua ditambah lagi dengan kehilangan salah satu saudaranya. Sebenarnya pilihan pemecahan masalah tersebut sebenarnya tidak diinginkan oleh ketentuan mana pun, baik ketentuan dalam Konvensi 1980 maupun ketentuan dalam pemeliharaan anak pada umumnya. Dalam segala hal mengenai masalah yang menyangkut anak, "*the best*

interest of the child(ren)" adalah pertimbangan terpenting (*paramountly consideration*).

KASUS II

Putusan Pengadilan Negeri Tangerang No.125/Pdt/G/1999/PN.TNG, jo. Putusan Pengadilan Tinggi Bandung No.481/PDT/1999/PT. BDENGAN

Di Tingkat Pengadilan Negeri Tangerang

Para pihak

Penggugat: Castello Casals Richard Michel Jose, warganegara Perancis

Tergugat: Junita, warga negara Indonesia.

Kasus Posisi:

Penggugat dan Tergugat menikah di Jakarta tanggal 21 Agustus 1994, di hadapan pemuka agama di Gereja Protestan di Indonesia Bagian Barat Jemaat Immanuel Jakarta dan dicatat di Kantor Catatan Sipil Propinsi DKI Jakarta tanggal 21 Agustus 1994 No.69/A/1994. Setelah berlangsungnya perkawinan, kedua pihak tetap memegang kewarganegaraannya masing-masing.

Dari perkawinan tersebut dilahirkan seorang anak laki-laki, 10 September 1995 di Jakarta, dengan nama Mathieu Jean Arneld Castello. Anak tersebut sesuai dengan hukum yang berlaku di Indonesia, pada saat perkara terjadi hanya memperoleh kewarganegaraan ayahnya yaitu Perancis.

Para pihak semula tinggal di kediaman bersama dengan si anak di Tangerang yaitu di Pulau Putri Utara Blok A II, Moderland, Tangerang. Karena antara keduanya kemudian terjadi ketidakcocokan, berupa percekcokan

terus menerus yang tidak bisa didamaikan lagi, penggugat pindah ke rumah lain.

Pada bulan Mei 1999, anak tersebut telah dipindahkan oleh si ayah ke Perancis tanpa sepengetahuan dan seizin si ibu. Izin yang diberikan oleh si ibu hanya dengan tujuan untuk berlibur**.** Akan tetapi ternyata si anak tidak dikembalikan oleh si ayah ke Indonesia melainkan ditinggal di Perancis di rumah orang tua si ayah. Berbagai usaha dilakukan oleh si ibu untuk mendapatkan kembali si anak, antara lain datang sendiri ke Perancis dan meminta agar anak diserahkan secara baik-baik kepada si ibu, tetapi usaha itu dihalang-halangi oleh orang tua si ayah. Akhirnya melalui jalur hukum di Perancis, yaitu dari Pengadilan Tinggi Roen, si ibu diizinkan tinggal terpisah dari si ayah dan anak wajib diserahkan kepada si ibu dengan sanksi, jika si ayah tidak bersedia menyerahkan dapat meminta bantuan penertiban umum. Akan tetapi usaha si ibu tersebut sampai diajukannya gugatan perceraian dan pemeliharaan (perwalian) anak di Pengadilan Negeri Tangerang oleh si ayah, tidak berhasil. Si anak tetap berada di Perancis bersama orang tua si ayah. Si ayah dalam petitum gugatannya mengajukan permohonan agar perkawinan diputus karena perceraian dan mohon pula agar pemeliharaan anak diserahkan kepadanya. Si ibu juga mohon perceraian, karena memang antara keduanya telah terjadi percekcokan terus-menerus yang tidak bisa didamaikan lagi. Mengenai masalah anak, mendalilkan bahwa dengan diserahkannya si anak oleh si ayah kepada si nenek (ibu dari si ayah) di Perancis

menunjukkan ketidakmampuan si ayah untuk mengurus dan mendidik si anak. Oleh karena itu, pemeliharaan anak seharusnya diserahkan kepada si ibu bukan kepada si ayah apalagi anak tersebut masih sangat kecil, baru berumur 4 tahun, masih membutuhkan kasih sayang si ibu. Penggugat mendalilkan bahwa menurut Yurisprudensi Mahkamah Agung RI No. 392.K/Sip/1969 tanggal 30 Agustus 1969, pemeliharaan anak-anak yang belum dewasa diserahkan kepada si ibu. Karena itu si ibu pertama-tama mohon kepada Hakim untuk dijatuhkan putusan Provisi yang menetapkan anak yang bernama Mathieu Jean Arneld Castelo selama dalam proses pemeriksaan di pengadilan berada di bawah pengasuhan dan pemeliharaan ibunya. Dalam pokok perkara (konpensi dan rekonpensi), si ibu dalam dictum jawabannya selain mohon agar perkawinan keduanya diputus dengan perceraian, mohon pula agar si anak diserahkan asuhan dan pemeliharaannya kepadanya dan karena anak ada di Perancis segera diserahkan kepadanya.

Pertama-tama hakim mempertimbangkan hukum mana yang akan berlaku dalam mengadili masalah perceraian dan pemeliharaan anak ini. Menurut hakim akan dipakai hukum Indonesia karena perkawinan dilangsungkan di Indonesia dan termasuk ke dalam pengertian perkawinan campuran menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1974.

Mengenai masalah perceraian kedua orang tua, menurut pertimbangan hakim bukti-bukti sudah cukup dan karenanya perlu dikabulkan. Yang menjadi masalah

adalah kepada siapa pemeliharaan anak (dalam hal ini hakim memakai istilah penguasaan anak) harus diberikan, karena keduanya sama-sama menuntut hak pemeliharaan anak. Dalam pertimbangan hukumnya, hakim memakai bukti-bukti yang diajukan oleh si ayah berupa Surat Keterangan dari seorang psikiater dan seorang dokter di Perancis, di mana anak berada. Surat keterangan tersebut menyatakan bahwa si anak memerlukan perawatan dengan konsultasi (sekali dalam seminggu) dan si anak berada dalam keadaan *mustimus* atau tidak mau berbicara dan terlihat bingung. Hakim mengesampingkan bukti-bukti yang diajukan oleh si ibu sebelum si anak dibawa ke Perancis, yang membuktikan selama di Indonesia si anak sehat-sehat saja. Berdasarkan hal tersebut, hakim mempertimbangkan agar penguasaan anak diberikan kepada si ayah berdasarkan status personal si anak. Demi kepentingan dan perawatannya adalah lebih baik si anak berada di Perancis (bersama si nenek) dan biaya ditanggung si ayah. Tidak ada pertimbangan hukum dari hakim yang memberikan hak kunjung kepada si ibu.

Terkait dengan Provisi, hakim menolak permohonan Tergugat. Dalam hal Konpensi, hakim mengabulkan gugatan penggugat untuk seluruhnya dan menyatakan perkawinan antara tergugat dan tergugat putus karena perceraian. Seorang anak laki-laki dari perkawinan penggugat dan tergugat bernama Mathieu Jean Arneld Castello, diputuskan berada di bawah penguasaan penggugat.

Pada tingkat banding di Pengadilan Tinggi Bandung, putusan Pengadilan Negeri Tangerang dikuatkan dan si anak tetap berada dalam penguasaan si ayah. Dengan demikian si anak tetap tinggal dengan neneknya di Perancis.

Analisis Kasus

Analisis kasus di atas difokuskan pada masalah *child abduction* berdasarkan Konvensi 1980. Kasus ini termasuk dalam pengertian *child abduction* berdasarkan Konvensi 1980. Anak telah dipindahkan secara melawan hukum oleh si ayah ke tempat lain dari *habitual residence*-nya tanpa izin si ibu (izin hanya untuk berlibur)[106] dan tidak dikembalikan. Tidak dapat disangkal, *habitual residence* si anak sebelum dan sesudah dipindahkan adalah Indonesia sama dengan orang tuanya, karena kedua orang tuanya, tinggal di Indonesia dan si anak masih di bawah umur. Pada saat anak dipindahkan karena kedua orang tua masih terikat dalam perkawinan, maka kedua orang tua sama-sama mempunyai kekuasaan orang tua terhadap si anak dan keduanya melaksanakan pemeliharaan serta penguasaan atas si anak secara bersama. Dengan demikian pemindahan si anak ke Perancis oleh si ayah tanpa persetujuan si ibu telah melanggar hak pemeliharaan *(rights of custody)* si ibu berdasarkan pasal 3 huruf a dan penguasaan si anak oleh si nenek di Perancis telah

[106]Dalam kasus-kasus *child abduction* alasan-alasan seperti "mengajak anak berenang", "berlibur" adalah merupakan alasan klasik yang sering digunakan oleh orang tua, bukan pemegang "*custody*" misalnya yang hanya punya hak akses untuk "melarikan" si anak ke tempat lain selain "*habitual residence*" nya dan menolak pengembaliannya dengan berbagai alasan, seperti dapat dibaca pada kasus-kasus yang sudah dibahas.

melanggar hak pemeliharaan *(rights of custody*) si ibu berdasarkan pasal 3 huruf b Konvensi 1980. Bahwa pengajuan permohonan perceraian serta pemeliharaan anak ke Pengadilan Negeri Tangerang (Indonesia) sebagai habitual residence si anak dinilai sudah tepat. Dalam putusannya, Hakim memberikan penguasaan anak *(physical custody)* kepada si ayah dengan alasan demi kepentingan si anak karena anak memerlukan perawatan dari dokter antara lain harus berkonsultasi pada dokter satu kali dalam seminggu, dan anak tetap tinggal di Perancis dengan biaya ditanggung oleh si ayah. Tidak ada ketentuan kepada siapa "pemeliharaan si anak" diberikan pada hal dalam petitum gugatannya yang dituntut si ayah adalah perwalian (pemeliharaan) si anak. Kelihatannya Hakim menyamakan pengertian penguasaan anak dengan pemeliharaan (perwalian) anak.

Bila kita membaca Pasal 41 huruf (a) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 bahwa baik ibu dan bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak . . . , bila ada perselisihan mengenai *penguasaan anak*, pengadilan memberi keputusan. Ketentuan dalam pasal ini dinilai sebagai akibat berlanjutnya kekuasaan orang tua setelah terjadinya perceraian antara kedua orang tua. Tidak jelas, mengapa setelah diputus anak berada di bawah penguasaan si ayah, oleh hakim ditetapkan pula agar si anak tetap berada di Perancis (dalam penguasaan neneknya), suatu hal yang tidak diminta di dalam petitum gugatan, karena di dalam petitum gugatan yang diminta ialah agar pemeliharaan anak (perwalian)

diserahkan kepada penggugat (si ayah). Dengan demikian Hakim telah memutus lebih dari pada yang diminta suatu hal yang bertentangan dengan hukum yang berlaku.

Menurut fakta di persidangan si anak selama di Perancis bersama neneknya berada dalam keadaan ”mustimus”, tidak mau berbicara dan terlihat bingung, padahal sebelumnya, si ibu dapat membuktikan anak tersebut selama berada di Indonesia sehat-sehat saja. Untuk menetapkan agar si anak tetap di Perancis Hakim memakai bukti-bukti berupa surat keterangan dari dua dokter di Perancis tentang *keadaan si anak terakhir* dan mengesampingkan bukti tentang *keadaan si anak sebelum dipindahkan* yang ternyata sehat-sehat saja. Seharusnya hakim mempertimbangkan pula mungkin keadaan yang diderita oleh si anak sekarang ini adalah sebagai akibat pemindahan dan perpisahan dengan si ibu dan juga dengan si ayah yang tetap berada di Indonesia, yang tidak mendampinginya sehari-hari. Si anak hanya didampingi oleh si nenek di tempat yang asing baginya jauh dari orang-orang yang dicintainya, sehingga menempatkan si anak pada situasi yang membahayakannya baik secara fisik maupun psikologis dan berada pada tempat yang tidak toleran. Melihat keadaan si anak, seperti dicantumkan dalam surat keterangan dari kedua dokter di Perancis tersebut, mungkin si anak menderita apa yang dinamakan *Parental Alienation Syndrome*. Dengan demikian alasan demi kepentingan si anak, menjadi tidak relevan. Selain itu si anak di Perancis tinggal dengan neneknya yang

tidak mempunyai kekuasaan orang tua karena kedua orang tua masih hidup dan tidak pula ada keputusan hakim yang menunjuk si nenek sebagai "wali". Hak si nenek sebagai wali, baru timbul bila kedua orang tua tidak mampu menjalankan kekuasaan orang tua. Penguasaan terhadap si anak oleh hakim diberikan kepada si ayah, bukan kepada si nenek, karena itu penguasaan yang dilakukan oleh si nenek adalah tidak sah. Pengembalian si anak kepada si ibu, seharusnya yang diperintahkan oleh hakim, bukan membiarkan si anak berada di bawah penguasaan orang yang tidak mempunyai kekuasaan orang tua.

Selanjutnya, bila melihat putusan hakim, para pihak memohonkan pemeliharaan anak (perwalian, menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata), tetapi yang diberikan oleh pengadilan hanya *penguasaan* anak kepada si ayah yang dalam kenyatan dilakukan oleh si nenek. Sedangkan *pemeliharaan anak* menurut hukum *tetap dipegang kedua orang tua* sesuai dengan ketentuan yang tercantum dalam Pasal 41 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974.[107] Dengan demikian putusan hakim dalam perkara tersebut tidak tepat.

Dari hal-hal yang telah diuraikan tersebut, yang menjadi pertanyaan, apakah sudah waktunya Indonesia turut serta dalam Konvensi 1980 ini, mengingat kemungkinan besar kasus-kasus *child abduction* ini akan semakin

[107] Pasal 41 huruf a Undang No.1/1974 menyatakan bahwa sebagai akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak; bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak,pengadilan memberikan keputusannya.

banyak dijumpai baik yang dilakukan ke Indonesia atau dari Indonesia ke negara lain.

Berpedoman kepada pengalaman Finlandia bahwa walaupun negara tersebut turut aktif dalam *preparatory work* Konvensi 1980, dibutuhkan waktu 14 tahun bagi negara tersebut untuk akhirnya menjadi negara peserta dengan meratifikasinya pada tahun 1994. Finlandia, baru menjadi negara peserta setelah merevisi ketentuan perundang-undangannya yang berkaitan dengan anak seperti *Child Custody Act* (1983) dengan *Child Custody Act* (1993) tanggal 4 Maret 1994, yang mulai berlaku pada tanggal 1 Agustus 1994. Hal lain yang menyebabkan keterlambatan Finlandia dalam Konvensi ini adalah karena dalam kasus-kasus yang menyangkut *mixed marriage* perasaan nasionalitas dari warga negaranya sangat kuat. Dalam hampir semua kasus seperti telah diuraikan bahwa bila si ibu yang adalah warga negara Finlandia memindahkan *(abducted)* anaknya ke Finlandia, pengadilan akan memberikan *sole custody* kepada si ibu. Dalam kasus di mana si anak adalah warga negara Finlandia, pemulangan si anak tidak diizinkan karena dianggap bertentangan dengan prinsip-prinsip dasar dari Konstitusi Finlandia berkenaan dengan asas-asas dasar kebebasan dari negara Finlandia.

Di Indonesia, keadaannya malah lebih parah lagi. Jangankan dalam masalah *child abduction* (yang masih jarang dijumpai yang diputus oleh Hakim), dalam masalah penentuan pemeliharaan anak saja *(child custody disputes*) bila hal itu menyangkut perkawinan

dari dua orang yang berbeda kewarganegaraan, baru sebagian kecil yang mempertimbangkan keberadaan hukum asing yang perlu diperhitungkan dalam membuat putusan.[108] Pada umumnya dipakai hukum intern Indonesia, dalam hal ini Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 jo. Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 bagi Peradilan Umum dan untuk Pengadilan Agama ditambah dengan Kompilasi Hukum Islam serta Undang-Undang No. 7 Tahun 1989, tentang Peradilan Agama. Hal ini bukan semata-mata karena perasaan nasionalitas dari para Hakim yang memeriksa dan mengadili perkara tersebut melainkan karena minimnya pengetahuan dari sebagian besar hakim Indonesia di bidang HPI.

b. Kondisi yang diharapkan

Dalam Mukadimah Konvensi 1980 dengan tegas dinyatakan bahwa Konvensi ini untuk melindungi anak-anak secara internasional dari pengaruh yang membahayakan karena pemindahan dan penguasaan mereka secara melawan hukum dan menciptakan tata cara yang menjamin pengembalian mereka ke negara dimana mereka mempunyai kediaman sehari-hari dan menjamin dilndunginya hak kunjung. Dalam kasus *child abduction*, yang harus diingat adalah kebijakan (*policy*) dan pengertian umum dari Konvensi yang didasarkan pada asumsi bahwa system hukum dan putusan pengadilan mempunyai nilai yang sama di semua negara peserta. Demikian pula dengan putusan pemeliharaan

[108] Penelitian dilakukan terhadap 32 perkara perceraian internasional, dari tahun 1970 sampai dengan tahun 2001, yang diputus oleh Pengadilan Negeri dan Pengadilan Agama di Jakarta dan beberapa kota tertentu di Indonesia.

anak *(custody decision*). Apabila suatu putusan tentang pemeliharaan anak *(custody)* ini telah diputus di negara *habitual residence* si anak (yang juga merupakan negera peserta), maka pengadilan negara peserta di mana si anak dimohonkan pengembalian si anak, tidak perlu lagi meninjau apa yang telah diputus oleh negara peserta lainnya itu. Di beberapa negara peserta tertentu seperti Jerman, masih memperlakukan kasus-kasus *child abduction* ini seperti kasus-kasus pemeliharaan anak biasa, seperti halnya di Indonesia seperti disaksikan dalam kedua kasus di atas.

Diharapkan, dengan adanya norma *child abduction* dalam peraturan perundang-undagan kita, Indonesia tidak perlu lagi menggunakan kasus pemeliharaan anak biasa untuk menggantikan kasus *child abduction.* Hal ini tentunya menuntut profesionalitas dan integritas para hakim.

c. Masalah yang dihadapi untuk mencapai kondisi yang diharapkan

Seperti diuraikan sebelumnya, tidak ada ketentuan tentang hak kunjung di dalam perundang-undangan Indonesia sebagai akibat putusnya perceraian kedua orang tua baik dalm Kitab Undang-Undang Hukum Perdata maupun dalam UU No. 1 Tahun 1974.

Apabila kita berniat untuk mengaksesi Konvensi 1980 ini, terlebih dahulu harus dibentuk *Central Authority* yang akan melaksanakan ketentuan tersebut. Hal ini tentunya dinilai sangat sulit sekali untuk dilaksanakan karena sulit didapat kesepakatan instansi mana yang berwenang untuk memikul tugas tersebut seperti

pengalaman dalam pembahasan mengenai beberapa Konvensi Den Haag lainnya, yaitu tentang *Apostile*, *Serviced Abroad* dan *Taking Evidence*, yang selalu kandas bila telah menyangkut hal tersebut. Padahal pembentukan *Central Authority* tersebut merupakan suatu syarat mutlak karena dicantumkan dalam Konvensi.

Selain itu diperlukan hakim yang benar-benar ahli di bidang *child abduction* sebelum Indonesia ikut serta dalam Konvensi 1980 itu. Di Inggris misalnya, perkara-perkara yang berkaitan dengan Konvensi diperiksa oleh hakim-hakim khusus di *High Court* yang merupakan hakim-hakim yang berpengalaman mengenai Konvensi 1980 ini. Berdasarkan pengalaman di berbagai negara peserta tersebut dan dengan telah ditemuinya pula kasus-kasus *child abduction* di Indonesia, maka keikutsertaan Indonesia dalam Konvensi 1980 ini dapat dipertimbangkan. Akan tetapi dengan keadaan perundang-undangan menyangkut anak dan hukum perkawinan di Indonesia yang masih jauh dari sempurna dan masih sangat kurangnya hakim-hakim yang ahli baik dalam kasus-kasus yang berkaitan dengan HPI pada umumnya dan Konvensi 1980 khususnya, maka keikutsertaan Indonesia dalam Konvensi ini sebaiknya ditunda dulu. Sosialisasi dari HPI serta Konvensi 1980 (khususnya) perlu dilakukan terlebih dahulu terutama ditujukan kepada pihak-pihak penegak hukum seperti para hakim, para pengacara dan sebagainya.

10. Legalisasi Dokumen Publik (*Apostille)*

a. Kondisi yang ada

Indonesia seperti diketahui bukan merupakan peserta asli dari Konvensi Apostille. Namun Indonesia bisa ikut serta dengan melakukan aksesi. Hal itu dapat dibaca dalam pasal 12 Konvensi, yang menyatakan bahwa setiap negara yang tidak termasuk dalam pasal 10 dapat melakukan aksesi setelah konvensi ini berlaku. Indonesia sudah pasti tidak termasuk ke dalam negara yang disebut dalam pasal 10, sementara itu pada saat ini Konvensi ini sudah berlaku. Dengan demikian, tidak ada halangan bagi Indonesia untuk melakukan Aksesi terhadap konvensi ini bilamana dikehendaki.

Sebagai negara berkembang dengan pertumbuhan ekonomi yang pesat dewasa ini, dan dengan keikutsertaan negara kita dalam WTO, TRIPS dan pasar bebas yang sebentar lagi akan diberlakukan pula di Indonesia, lalu-lintas internasional akan semakin berkembang termasuk dalam perdagangan internasional. Tidak dapat dipungkiri, hal itu akan berakibat di bidang hukum misalnya akan timbul sengketa-sengketa hukum yang mungkin akan diadili di pengadilan-pengadilan Indonesia atau asing yang melibatkan baik warga negara asing maupun warga negara Indonesia. Bila menyangkut perkara-perkara perdata untuk berperkara di muka pengadilan Indonesia bagi klien asing yang tinggal di negaranya dibutuhkan surat kuasa atau dokumen-dokumen lain yang harus dibuat di luar negeri. Begitu pula panggilan-panggilan dari pengadilan baik melalui panitera-panitera atau dari jaksa-jaksa penuntut umum,

untuk dipakai di pengadilan Indonesia, yang pada saat ini memerlukan prosedur yang berbelit-belit seperti diuraikan di atas.

Beberapa negara tetangga seperti Australia, Brunei Darussalam, Hongkong, India, Jepang, Makau telah menjadi peserta konvensi. Konvensi ini seperti diuraikan di atas telah diratifikasi atau diaksesi oleh lebih dari 100 (seratus) negara di dunia. *ICC* (*International Chamber of Commerce*), ikut pula mendesak pemerintah negara-negara di dunia untuk ikut serta dalam Konvensi ini dengan antara lain menyatakan:

> *"Cross border trade of goods can require a considerable of paperwork whose origin often need authenticating by foreign officials and other third parties. Known also as the Apostille Convention the treaty replaces the costly and burdensome process of legalization that typically involves a chain of certificates. With a single formality an "Apostille", cuts red tape in a document's country of origin by certifying its authenticity vis-à-vis foreign administrations*".

Selanjutnya dikatakan, dengan telah diterimanya Konvensi ini oleh lebih dari 100 (seratus) negara di dunia, termasuk Australia, sejak ditandatanganinya pada tahun 1961, dengan demikian telah menjadikan sistem apostille sebagai standar global, diakui dan diharapkan oleh para pihak yang terlibat dalam transaksi lintas batas.

b. Kondisi yang diharapkan

Sesuai dengan aslinya (bersifat otentik) sebagai dokumen publik, sertifikat-sertifikat apostille diterbitkan oleh pihak yang berwenang yang ditunjuk oleh negara di mana dokumen itu berasal dan memfasilitasi

perdagangan lintas batas dan penanaman modal asing sebagaimana ditekankan oleh Bank Dunia dalam laporannya pada tahun 2010 berkenaan dengan penanaman modal lintas batas. Sesuai dengan rekomendasi-rekomendasi dari Konferensi Den Haag, tentang Hukum Perdata Internasional, *ICC* melalui *Commission on Commercial Law & Practice*-nya, mendorong negara-negara untuk menjadi peserta Konvensi di dalam segala situasi apabila legalisasi masih disyaratkan, dan mendesak negara-negara yang belum menjadi peserta Konvensi utuk segera bergabung. Walaupun dokumen-dokumen administratif berkenaan dengan perdagangan atau bea cukai, tidak termasuk dalam lingkup dokumen publik berdasarkan Konvensi, ICC mendukung praktek yang berlaku dewasa ini di beberapa negara yang menerbitkan sertifikat–sertifikat apostille untuk dokumen-dokumen impor ekspor, sertifikat kesehatan. ICC juga tidak keberatan atas usaha negara-negara tertentu untuk menerbitkan dan menerima apostille elektronik, secara *online* sebagai bagian dari *Electronic Apostilles Programme*.

Dari pemaparan tersebut di atas terlihat pemakaian apostile di dunia internasional sudah bukan merupakan barang baru lagi terutama dalam meningkatkan lalu lintas internasional di bidang hukum. Bahkan sebagai dinyatakan di atas pemakaian *electronic apostille* pun sudah dimulai dan didukung oleh ICC. Dengan demikian kemungkinan Indonesia turut serta dalam Konvensi ini sudah saatnya untuk direalisasikan.

Dengan mengadopsi Konvensi dalam hukum nasional, diharapkan semua prosedur berantai yang berbelit-belit yang mengakibatkan biaya yang mahal dan waktu yang terbuang menjadi terpangkas karena sekarang hanya diperlukan satu formalitas saja yaitu dokumen ”apostille”.

c. Hambatan yang dihadapi untuk mencapai keinginan yang diharapkan

Berkaitan dengan legalisasi dokumen publik asing, perlu dilakukan penyederhaan prosedur legalisasi karena berdasarkan *Apostille Convention* hanya akan diperlukan satu tahap saja untuk melegalisasi dokumen publik yang berasal dari luar negeri yang akan dilakukan oleh pejabat berewenang. Tentunya ini akan mengurangi penerimaan negara bukan pajak terkait dengan biaya dari pengesahan dokumen publik asing selama ini. Akan tetapi manfaat yang dapat diperoleh dengan penyederhaan ini antara lain adalah:

1. Terciptanya pemerintahan yang terbuka dan transparan;
2. Meningkatnya kualitas pelayanan publik dengan menghilangkan prosedur birokrasi yang kurang efisien; dan
3. Dapat meningkatkan investasi asing karena kemudahan yang didapat dalam prosedur legalisasi berbagai dokumen publik yang diperlukan dalam ranah investasi.

11. Perbuatan Melawan Hukum

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, PMH diatur di dalam Pasal 1365. Perbuatan Melawan Hukum dalam bidang HPI, berlaku teori klasik *lex loci delicti commissie*. Artinya hukum yang berlaku untuk suatu PMH adalah hukum di mana tempat terjadinya PMH.

Kaidah-kaidah HPI yang mengatur materi PMH tidak semata-mata dibataskan pada perbuatan-perbuatan PMH yang telah dilakukan secara sengaja, karena kesalahan pihak yang melakukan, baik secara sengaja atau hanya karena kelalaian.

Teori klasik dalam menentukan hukum yang berlaku dalam suatu PMH, masih dianut oleh pengadilan Belanda dan Indonesia. Namun ada beberapa negara yang tidak menganut pada teori klasik dalam menangani perkara PMH, mereka mempraktekkan 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. Praktek pengadilan di Inggris, mengkombinasikan antara Teori klasik dan *lex fori*. Untuk itu, dalam mengajukan gugatan PMH di hadapan pengadilan Inggris, harus memenuhi dua syarat yaitu *actionable* dan *justifiable*.[109] Dalam praktek pengadilan di Amerika, *the proper law of the tort* sebagaimana terlihat dalam *Babcock v. Jackson*.

[109] Actionable artinya PMH itu juga dikategorikan sebagai PMH di hadapan Pengadilan Inggris. Sedangkan Justifiable artinya PMH itu juga dikategorikan sebagai PMH di tempat dimana PMH itu terjadi. Lihat Sudargo Gautama (h), ibid buku kedelapan, hal.

12. Service Abroad

Setiap negara di dunia memiliki sistem hukumnya sendiri yang berbeda dengan sistem hukum negara lainnya. Perbedaan sistem hukum di antara negara-negara di dunia ini tidak jarang menimbulkan kesulitan-kesulitan dalam proses penyerahan dokumen hukum atau dokumen administratif berkenaan dengan panggilan untuk hadir dalam suatu persidangan di negara lain.

Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (*Service Abroad Convention*), tanggal 15 November 1965, mencoba mengatasi kesulitan ini. Konvensi ini mulai berlaku pada tanggal 10 Februari 1969.

Terdapat dua tujuan yang ingin dicapai oleh konvensi ini. Pertama, menjamin dokumen yudisial (terkait proses beracara) maupun ekstra-yudisial sehubungan dengan pemanggilan pihak yang berada di luar negeri untuk hadir dalam proses suatu perkara, diberitahukan kepada pihak penerima dalam waktu yang layak. Kedua, meningkatkan bantuan kerja sama antarpengadilan melalui penyederhanaan dan percepatan proses yang bersifat prosedural.

Lebih lanjut, *Service Abroad Convention* berlaku untuk dokumen-dokumen yang:

1. dikirimkan dari satu negara anggota ke negara anggota Konvensi lainnya;
2. alamat dari pihak yang dituju untuk pengiriman dokumen diketahui;

3. berupa dokumen yudisial ataupun dokumen ekstra-yudisial; dan
4. berkenaan dengan ranah perdata atau dagang.

Terkait proses penyampaian dokumen, *Service Abroad Convention* mengatur negara-negara anggotanya untuk membentuk suatu Otoritas Pusat (*Central Authority*). Antar-Otoritas Pusat akan bekerja sama untuk kelancaran penyampaian dokumen, sehingga proses beracara menjadi lebih efektif. Sampai saat ini, Indonesia belum mengaksesi *Service Abroad Convention.*

Terkait dengan penyampaian dokumen yudisial dalam hal perkara hukum perdata dan hukum dagang, sejak tahun 1978 Indonesia telah menandatangani Persetujuan Kerjasama di Bidang Peradilan dengan Thailand. Persetujuan tersebut menunjuk Direktorat Jenderal Pembinaan Badan Peradilan Umum, yang dahulu berada di lingkungan Departemen Kehakiman, dari Indonesia dan *Office of Judicial Affairs of the Ministry of Justice* dari Thailand sebagai instansi yang berkewajiban untuk mengirimkan dan menerima permohonan penyampaina dokumen pengadilan dan panggilan (pasal 3).

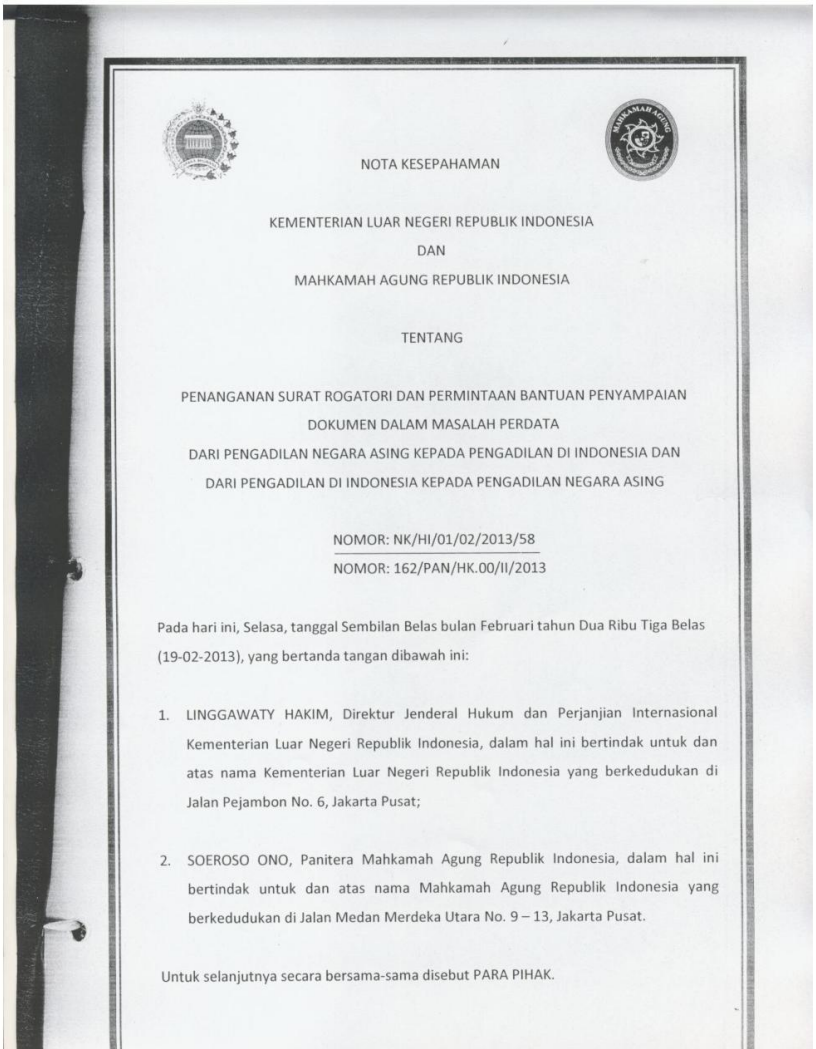
13. *Taking Evidence Abroad In Civil or Commercial Matters*

a. Kondisi yang ada

Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters bertujuan untuk membantu dalam menemukan dan pengambilan bukti terkait dengan kasus perdata atau komersial.

Selama ini, pengambilan alat bukti ini hanya didasarkan pada surat permintaan resmi dari pengadilan ke pengadilan asing atau sebaliknya untuk mendapatkan bantuan teknis hukum di bidang keperdataan mengenai namun tidak terbatas pada bantuan: mencari atau mengidentifikasi orang, mencari atau mengidentifikasi aset-aset atau properti, memperoleh keterangan saksi, memperoleh dokumen atau alat bukti lainnya, dan pelaksanaan proses keperdataan (surat rogatori). Pengajuan surat permohonan ini difasilitasi oleh Kementerian Luar Negeri RI. Fasilitasi ini dibentuk dengan adanya Nota Kesepahaman antara Kementerian Luar Negeri RI dan Mahkamah Agung RI.

Berikut adalah contoh Nota Kesepahaman antara Kementerian Luar Negeri RI dan Mahkamah Agung RI:



NOTA KESEPAHAMAN

KEMENTERIAN LUAR NEGERI REPUBLIK INDONESIA
DAN
MAHKAMAH AGUNG REPUBLIK INDONESIA

TENTANG

PENANGANAN SURAT ROGATORI DAN PERMINTAAN BANTUAN PENYAMPAIAN DOKUMEN DALAM MASALAH PERDATA
DARI PENGADILAN NEGARA ASING KEPADA PENGADILAN DI INDONESIA DAN
DARI PENGADILAN DI INDONESIA KEPADA PENGADILAN NEGARA ASING

NOMOR: NK/HI/01/02/2013/58
NOMOR: 162/PAN/HK.00/II/2013

Pada hari ini, Selasa, tanggal Sembilan Belas bulan Februari tahun Dua Ribu Tiga Belas (19-02-2013), yang bertanda tangan dibawah ini:

1. LINGGAWATY HAKIM, Direktur Jenderal Hukum dan Perjanjian Internasional Kementerian Luar Negeri Republik Indonesia, dalam hal ini bertindak untuk dan atas nama Kementerian Luar Negeri Republik Indonesia yang berkedudukan di Jalan Pejambon No. 6, Jakarta Pusat;

2. SOEROSO ONO, Panitera Mahkamah Agung Republik Indonesia, dalam hal ini bertindak untuk dan atas nama Mahkamah Agung Republik Indonesia yang berkedudukan di Jalan Medan Merdeka Utara No. 9 – 13, Jakarta Pusat.

Untuk selanjutnya secara bersama-sama disebut PARA PIHAK.

Menimbang;

a. Bahwa dalam penyelenggaraan hubungan luar negeri dengan negara lain, Indonesia telah menerima permintaan bantuan teknis hukum (*judicial assistance*) dalam masalah perdata. Permintaan bantuan tersebut berupa surat rogatori (*rogatory letter* atau *letter of request* atau *rogatory commission*) dan permintaan bantuan penyampaian dokumen kepada warga negara Indonesia dan/atau badan hukum Indonesia dari pengadilan atau instansi hukum negara lain yang disampaikan melalui perwakilan diplomatiknya di Indonesia kepada Kementerian Luar Negeri.

b. Bahwa hingga saat ini belum terdapat peraturan perundang-undangan mengenai kerja sama antarnegara tentang bantuan timbal balik dalam masalah perdata yang mengatur asas, prinsip, prosedur, persyaratan permintaan bantuan, dan proses hukum acaranya.

c. Bahwa Indonesia adalah negara hukum yang demokratis yang dalam penyelenggaraan hubungan luar negeri serta pelaksanaan politik luar negeri didasarkan pada peraturan perundang-undangan, hukum, dan kebiasaan internasional. Oleh karena itu, diperlukan pedoman koordinasi antara Kementerian Luar Negeri dan Mahkamah Agung. Pedoman koordinasi tersebut dimaksudkan untuk menangani surat rogatori dan permintaan bantuan penyampaian dokumen dalam masalah perdata dari pengadilan negara asing kepada warga negara Indonesia dan/atau badan hukum Indonesia dan sebaliknya untuk permintaan bantuan yang sama dari pengadilan di Indonesia kepada pengadilan negara asing.

Memperhatikan;

1. Undang-Undang 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*) dan Pengesahan Konvensi Wina Mengenai Hubungan Konsuler Beserta Protokol Opsionalnya Mengenai Hal Memperoleh Kewarganegaraan (*Vienna Convention on Consular Relations and Optional-Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations Concerning Acquisition of Nationality, 1963*) (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1982 Nomor 2, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3211);
2. Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 dan Perubahan Kedua dengan Undang-Undang Nomor 3 tahun 2009 Tentang Mahkamah Agung (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 3, Penjelasan dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4958);
3. Undang-Undang Nomor 37 Tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 156, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3882);
4. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 8, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4358);

Memperhatikan pula;

5. Keputusan Ketua Mahkamah Agung Nomor KMA/018/SK/III/2006 tentang Organisasi dan Tata Kerja Kepaniteraan Mahkamah Agung RI.
6. Peraturan Menteri Luar Negeri Nomor 07 Tahun 2011 tentang Organisasi dan Tata Kerja Kementerian Luar Negeri;

Dengan ini PARA PIHAK sepakat membuat Nota Kesepahaman tentang Penanganan Surat Rogatori dan Permintaan Bantuan Penyampaian Dokumen Dalam Masalah Perdata dari Pengadilan Negara Asing kepada Pengadilan di Indonesia dan dari Pengadilan di Indonesia kepada Pengadilan Negara Asing, selanjutnya disebut Nota Kesepahaman, sebagai berikut:

BAB I

KETENTUAN UMUM

Pasal 1

Dalam Nota Kesepahaman ini yang dimaksud dengan:

1. Penanganan adalah serangkaian tindakan yang dilakukan oleh Para Pihak dalam Nota Kesepahaman ini untuk menindaklanjuti permintaan surat rogatori dan permintaan bantuan penyampaian dokumen dalam masalah perdata dari pengadilan negara asing ke-pengadilan Indonesia dan sebaliknya.
2. Surat Rogatori Dalam Masalah Perdata (*rogatory letter* atau *letter of request* atau *rogatory commission*), selanjutnya disebut Surat Rogatori adalah surat yang berisi permintaan dari pengadilan atau instansi hukum negara asing kepada pengadilan di Indonesia dan/atau dari pengadilan di Indonesia kepada pengadilan negara asing, untuk mendapatkan bantuan teknis hukum (*judicial assistance*) di bidang keperdataan mengenai namun tidak terbatas pada bantuan: mencari atau mengidentifikasi orang, mencari atau mengidentifikasi aset-aset atau properti, memperoleh keterangan saksi, memperoleh dokumen atau alat bukti lainnya, dan pelaksanaan proses keperdataan.
3. Dokumen adalah catatan atau keterangan yang dibuat oleh dan berasal dari pengadilan dalam pelaksanaan kegiatannya, baik tunggal maupun berkelompok dalam bentuk dan corak apapun.
4. Bantuan Penyampaian Dokumen Dalam Masalah Perdata, selanjutnya disebut Bantuan Penyampaian Dokumen adalah bantuan untuk menyampaikan dokumen gugatan perdata, surat panggilan sidang perkara perdata, surat panggilan saksi, putusan atau penetapan pengadilan, surat-surat, akta-akta, dan dokumen keperdataan lainnya, dari pengadilan negara asing kepada warga negara Indonesia dan/atau badan hukum Indonesia yang berkedudukan di Indonesia atau dari pengadilan di Indonesia kepada warga negara asing atau badan hukum asing di luar negeri.
5. Pengadilan di Indonesia adalah pengadilan sebagaimana dimaksud dalam peraturan perundang-undangan nasional mengenai kekuasaan kehakiman.

BAB II

MAKSUD DAN TUJUAN

Pasal 2

(1) Nota Kesepahaman ini dimaksudkan sebagai pedoman koordinasi bersama untuk menangani surat rogatori dan permintaan bantuan penyampaian dokumen dalam masalah perdata dari pengadilan negara asing kepada warga negara Indonesia dan/atau badan hukum Indonesia, termasuk acuan bagi pengadilan di Indonesia untuk mengajukan permintaan bantuan yang sama kepada pengadilan negara asing.

(2) Nota Kesepahaman ini bertujuan untuk memastikan prosedur penanganan terhadap surat rogatori dan permintaan bantuan penyampaian dokumen dalam masalah perdata dari pengadilan negara asing kepada warga negara Indonesia dan/atau badan hukum Indonesia, dan prosedur pengajuan permintaan bantuan yang sama dari pengadilan di Indonesia kepada pengadilan negara asing.

BAB III

RUANG LINGKUP

Pasal 3

Ruang lingkup pengaturan dalam Nota Kesepahaman ini meliputi :

a. Penanganan surat rogatori dalam masalah perdata dari pengadilan negara asing;
b. Pengajuan surat rogatori dalam masalah perdata dari pengadilan di Indonesia kepada pengadilan negara asing;
c. Penanganan permintaan bantuan penyampaian dokumen dalam masalah perdata dari pengadilan negara asing kepada warga negara Indonesia dan/atau badan hukum Indonesia yang berkedudukan di Indonesia; dan
d. Pengajuan permintaan bantuan penyampaian dokumen mengenai masalah perdata dari pengadilan di Indonesia kepada warga negara asing dan/atau badan hukum asing di luar negeri.

BAB IV

MEKANISME PENANGANAN SURAT ROGATORI DAN
BANTUAN PENYAMPAIAN DOKUMEN DARI PENGADILAN NEGARA ASING

Bagian Kesatu

Penanganan Surat Rogatori dari
Pengadilan Negara Asing

Pasal 4

(1) Kementerian Luar Negeri melalui saluran diplomatik menerima surat rogatori dalam masalah perdata dari pengadilan negara asing yang disampaikan melalui perwakilan diplomatiknya di Indonesia.

(2) Surat rogatori sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diajukan dalam Bahasa Inggris atau bahasa negara peminta yang telah diterjemahkan secara resmi kedalam Bahasa Inggris dan disertai terjemahan dalam Bahasa Indonesia.

(3) Kementerian Luar Negeri melakukan pemeriksaan awal terhadap kelengkapan unsur-unsur permintaan dalam surat rogatori tersebut, sebagai berikut:

a. Identitas peminta;
b. Institusi yang berwenang untuk menerima segala hasil pelaksanaan permohonan;
c. Pejabat yang berwenang di Jakarta;
d. Nama dan alamat pihak-pihak berperkara dan wakilnya (penggugat dan tergugat);
e. Jenis dan alasan sengketa serta ringkasan singkat perkara;
f. Tindak penelitian/Pemeriksaan;
g. Nama dan alamat para saksi yang akan dihadirkan untuk diperiksa;
h. Pertanyaan yang perlu disampaikan kepada para saksi tersebut atau ihwal yang harus mereka jelaskan;
i. Dokumen atau barang yang perlu ditelaah;
j. Apakah para saksi akan bersaksi dibawah sumpah atau dengan pertanyaan biasa, dan bila diperlukan, apa lafal sumpah yang akan diucapkan;
k. Pemberitahuan kepada institusi yang tercantum nama, tanggal, dan tempat pelaksanaan permohonan, serta nama dan alamat institusi atau pejabat yang akan melaksanakannya;
l. Pajak dan biaya yang layak untuk dikembalikan;
m. Tanggal permohonan;
n. Tanda tangan dan cap institusi.

(4) Dalam hal surat rogatori tersebut belum memenuhi unsur-unsur permintaan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), maka Kementerian Luar Negeri mengembalikan kepada perwakilan diplomatik negara peminta disertai dengan penjelasan mengenai unsur-unsur permintaan yang harus dilengkapi.

Pasal 5

(1) Kementerian Luar Negeri dalam jangka waktu 7 (tujuh) hari kerja meneruskan surat rogatori yang telah memenuhi unsur-unsur permintaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (3) kepada Mahkamah Agung untuk ditindaklanjuti.

(2) Mahkamah Agung mengirimkan bukti tanda terima surat rogatori sebagaimana dimaksud pada ayat (1) kepada Kementerian Luar Negeri.

(3) Mahkamah Agung menindaklanjuti penanganan surat rogatori dengan meneruskannya kepada pengadilan di Indonesia yang berwenang.

(4) Mahkamah Agung menyampaikan hasil tindak lanjut penanganan surat rogatori dalam bentuk berita acara pelaksanaan (selanjutnya disebut BAP rogatori) kepada Kementerian Luar Negeri.

(5) Dalam jangka waktu 7 (tujuh) hari setelah menerima BAP sebagaimana dimaksud pada ayat (4), Kementerian Luar Negeri mengirimkannya kepada perwakilan diplomatik negara peminta.

(6) Sesuai dengan kewenangannya, Mahkamah Agung mengatur lebih lanjut mengenai prosedur, dan tata cara penanganan surat rogatori masalah perdata dari pengadilan negara asing dengan Peraturan Mahkamah Agung.

Bagian Kedua

Penanganan Permintaan Bantuan

Penyampaian Dokumen dari Pengadilan

Negara Asing

Pasal 6

(1) Kementerian Luar Negeri melalui saluran diplomatik menerima permintaan bantuan penyampaian dokumen dari pengadilan negara asing yang diperuntukkan bagi warga negara Indonesia dan/atau badan hukum Indonesia yang berkedudukan di Indonesia.

(2) Kementerian Luar Negeri menyampaikan permintaan bantuan penyampaian dokumen sebagaimana dimaksud pada ayat (1) kepada Mahkamah Agung untuk ditindaklanjuti.

(3) Mahkamah Agung mengirimkan bukti tanda terima penyampaian dokumen sebagaimana dimaksud pada ayat (2) kepada Kementerian Luar Negeri.

BAB V

MEKANISME PENANGANAN SURAT ROGATORI PERDATA DAN BANTUAN PENYAMPAIAN DOKUMEN DARI PENGADILAN DI INDONESIA KEPADA PENGADILAN NEGARA ASING

Bagian Kesatu

Penanganan Surat Rogatori Perdata Dari

Pengadilan di Indonesia

Pasal 7

(1) Pengadilan di Indonesia yang akan mengajukan surat rogatori mengenai masalah perdata kepada negara asing menggunakan saluran diplomatik melalui Kementerian Luar Negeri untuk disampaikan kepada perwakilan diplomatik negara yang diminta.

(2) Surat rogatori dari pengadilan di Indonesia sebagaimana dimaksud pada ayat (1) disertai dengan terjemahan dalam bahasa inggris dan memuat unsur-unsur permintaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (3) secara *mutatis mutandis*.

(3) Sesuai dengan kewenangannya, Mahkamah Agung mengatur lebih lanjut mengenai prosedur, dan tata cara pengajuan surat rogatori masalah perdata dari pengadilan di Indonesia kepada pengadilan negara asing dengan Peraturan Mahkamah Agung.

Bagian Kedua

Penanganan Permintaan Bantuan Penyampaian Dokumen

Mengenai Masalah Perdata

Dari Pengadilan di Indonesia

Pasal 8

(1) Pengadilan atau instansi hukum Indonesia yang akan mengajukan permintaan bantuan penyampaian dokumen mengenai pemanggilan sidang atau surat, akta-akta, dan dokumen keperdataan lainnya kepada negara asing yang diperuntukkan bagi warga negara asing atau badan hukum asing yang berkedudukan di negara setempat menggunakan saluran diplomatik melalui Kementerian Luar Negeri.

(2) Kementerian Luar Negeri menyampaikan dokumen sebagaimana dimaksud pada ayat (1) kepada perwakilan diplomatik negara yang diminta di Indonesia.

(3) Sesuai dengan kewenangannya, Mahkamah Agung mengatur lebih lanjut mengenai prosedur dan hukum acara mengenai pengajuan permintaan bantuan penyampaian dokumen sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dengan Peraturan Mahkamah Agung.

BAB VI

RAPAT KOORDINASI

Pasal 9

Sesuai kebutuhan, PARA PIHAK akan melakukan rapat koordinasi dalam rangka evaluasi dan penyelesaian masalah yang timbul dalam pelaksanaan Nota Kesepahaman ini.

BAB VII

JANGKA WAKTU

Pasal 10

(1) Nota Kesepahaman ini berlaku selama 5 (lima) tahun dan dapat diperpanjang berdasarkan kesepakatan PARA PIHAK.

(2) Hal-hal yang belum cukup atau tidak diatur dalam Nota Kesepahaman ini akan diatur sebagai perjanjian tambahan (addendum) atau perubahan (amandemen) yang merupakan satu kesatuan dan bagian yang tidak terpisahkan dari Nota Kesepahaman ini.

(3) Pengakhiran Nota Kesepahaman ini sebelum habis masa berlakunya sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diajukan oleh salah satu pihak paling lambat 3 (tiga) bulan sebelum berakhirnya jangka waktu Nota Kesepahaman ini.

BAB VIII

PEMBIAYAAN

Pasal 11

Pembiayaan yang timbul dalam pelaksanaan Nota Kesepahaman ini dibebankan pada anggaran PARA PIHAK masing-masing sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

BAB IX

KETENTUAN LAIN

Pasal 12

Penanganan permintaan penyampaian dokumen non-yudisial yang berasal dari pihak asing dilakukan oleh Kementerian Luar Negeri.

BAB X

KETENTUAN PENUTUP

Pasal 13

Nota Kesepahaman ini mulai berlaku sejak tanggal ditandatangani dan dibuat dalam rangkap 2 (dua) naskah asli serta bermaterai cukup yang masing-masing mempunyai kekuatan hukum yang sama.

Ditandatangani di : Jakarta

Tanggal: 19 Februari 2013

DIREKTUR JENDERAL HUKUM DAN PERJANJIAN INTERNASIONAL KEMENTERIAN LUAR NEGERI REPUBLIK INDONESIA	PANITERA MAHKAMAH AGUNG REPUBLIK INDONESIA
LINGGAWATY HAKIM	**SOEROSO ONO**

METERAI TEMPEL

EA573ABF267346605

6000

Dari nota kesepahaman tersebut tergambar bagaimana tata cara atau proses permohonan bantuan dalam *Taking of Evidence Abroad* di bidang perdata.

b. Kondisi yang diharapkan

The Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters adalah perjanjian multirateral yang dibawah the Hague Conference on Private International Law.

Dalam Oktober 2015, ada 58 negara yang menjadi peserta dari the Hague Evidence Convention. Melihat banyaknya negara-negara yang telah menjadi peserta, Indonesia dapat mempertimbangkan untuk melakukan aksesi. Hal ini perlu dilakukan agar ada sebuah kesamaan dan kepastian prosedur pengajuan permohonan surat rogatori.

Salah satu yang diatur dalam konvensi tersebut adalah adanya Central Authority (otoritas pusat) yang menjadi sentral dalam menerima permintaan dari negara lain. "*Article 2, "A Contracting State shall designate a Central Authority which will undertake to receive Letters of Request coming from a judicial authority of another Contracting State and to transmit them to the authority competent to execute them. Each State shall organise the Central Authority in accordance with its own law. Letters shall be sent to the Central Authority of the State of execution without being transmitted through any other authority of that State. Ketentuan Article 39 of the Hague Evidence Convention expressly permits states which are not members of the Hague Conference on Private International Law to accede to the Convention.*"

Hal ini berbeda dengan proses yang selama ini berjalan di Indonesia yang menggunakan jalur diplimasi melalui Kementerian Luar Negeri.

Otoritas pusat di Indonesia telah dibentuk dibawah kementerian Hukum dan HAM, yang meskipun dalam fungsinya belum mengatur secara jelas tentang fungsi otoritas pusat dalam *Taking of Evidence Abroad* di bidang perdata.

c. Hambatan yang dihadapi untuk mencapai keinginan yang diharapkan

Hambatan yang dihadapi dalam penerapan fungsi otoritas pusat sebagai sentral dalam *Taking of Evidence Abroad* di bidang perdata adalah bahwa Indonesia belum mengaksesi the Hague Evidence Convention, selain itu juga bahwa otoritas pusat di Indonesia belum difungsikan untuk menjadi sentral dalam *Taking of Evidence Abroad* di bidang perdata.

14. Pelaksanaan Putusan Hakim Asing

Pada prinsipnya, putusan pengadilan asing tidak dapat diakui dan dilaksanakan di Indonesia. Demikian pasal 436 Rv asing terkait dengan *averijgrosse* atau kerugian laut umum yang diatur oleh pasal 724 Kitab Undang-Undang Hukum Dagang dikecualikan dari pengaturan tersebut.

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. Secara praktik, putusan *condemnatoir* membutuhkan bantuan dari pengadilan nasional untuk dapat dieksekusi.

Berdasarkan pasal 100 Rv, warga negara Indonesia dapat menuntut warga negara asing, meski pun bukan penduduk, di pengadilan Indonesia atas perikatan-perikatan yang mereka buat baik di Indonesia maupun di luar Indonesia. Bilamana putusan pengadilan Indonesia terkait dengan gugatan ini membutuhkan eksekusi di negara lain, maka eksekusi putusan tersebut akan mengalami kendala karena tidak ada perjanjian bilateral maupun multilateral yang mengikat Indonesia.

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judenganments *in Civil and Commercial Matters* mengatur tentang pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing. Konvensi ini telah berlaku untuk Belanda (1979), Siprus (1979), Portugal (1983), Kuwait (2002), dan Albania (2010).

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 pelaksana 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. Bilamana Indonesia membuat perjanjian bilateral dengan negara lain terkait pengakuan dan pelaksanaan putusan asing, ketertiban umum tetap menjadi dasar untuk menolak eksekusi putusan asing.

Berdasarkan pengalaman terkait Konvensi New York, bilamana Indonesia hendak mengikatkan diri dengan negara lain untuk pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing, maka adanya peraturan pelaksana dan suatu otoritas pusat adalah kebutuhan mutlak.

15. Perbandingan dengan negara lain.

a. Bentuk Pengaturan Hukum Perdata Internasional

Di negara-negara Asia lainnya, kita juga saksikan sudah lama diterima sistem HPI yang tertulis dalam perundang-undangan tersendiri. Misalnya Jepang sejak 1898 dengan Undang-undang tanggal 15 Juni 1898 perihal ketentuan-ketentuan umum untuk hukum yang

diperlakukan. Sejak 5 Agustus 1918 di Cina mempunyai Undang-undang tentang berlakunya Hukum Asing. Demikian Thailand telah menerima suatu undang-undang tentang Hukum Perselisihan B.E 2481 yang diundangkan pada tanggal 10 Maret 1939.

Negara-negara tersebut tadi sejak lama telah mengambil oper ketentuan-ketentuan perundang-undangan HPI yang termaktub dalam HPI Jerman, yaitu *Einfuhrungsgesetz zum Burgerlichen Gesetzbuch* (EGBGB).

Melihat Negara-negara Asia ini telah mengambil oper ketentuan-ketentuan dari negara-negara di Eropa berkenaan dengan kaidah-kaidah HPI tertulis, dan melihat pula dalam praktek ketentuan-ketentuan yang diambil oper ini telah dapat berjalan dengan baik, kami berpendapat bahwa juga bagi Negara Republik Indonesia sebagai suatu Negara yang modern, sebaiknya diterima suatu kodifikasi daripada ketentuan-ketentuan HPI.

Juga di dalam negara-negara ini di mana tidak ada kodifikasi daripada system HPI, kita saksikan telah diusahakan pula suatu ketentuan tertulis yang dapat diterima sebagai pedoman tentang hukum yang berlaku itu oleh si pelaksana hukum. Kami teringat dalam hubungan ini kepada apa yang dikenal sebagai *"Restatement of the Law on the Conflict of Laws"* dari Amerika Serikat. Dalam karya tersebut para sarjana HPI Amerika Serikat telah secara deskriptif merumuskan apakah yang dapat dianggap sebagai HPI yang hidup dan harus dituruti oleh para hakim atau

pelaksana hukum lainnya dalam menghadapi persoalan-persoalan HPI.

Karya yang dapat diibaratkan sebagai "*Spiegel*" dalam system HPI di Amerika Serikat ini, kiranya membuktikan bahwa juga negara-negara tanpa kodifikasi daripada HPI, membutuhkan kaidah-kaidah HPI secara sistemastis dan lengkap itu.

Kepastian hukum yang menjadi tujuan utama dari tiap sistem hukum lebih terjamin adanya dan para *justitiabelen* akan dapat lebih banyak keyakinan bahwa mereka akan diadili sesuai dengan ketentuan-ketentuan yang berlaku seperti tertera dalam Undang-Undang HPI yang tertulis itu.

b. Materi muatan Hukum Perdata Internasional di beberapa negara

1) Swiss

Sejak 1 Januari 1989, Hukum Perdata Internasional Swis diatur oleh UU Federal Hukum Perdata Internasional 18 Desember 1987 (*Federal Law of Private International Law of December 18, 1987* (PIL). PIL terdiri dari 200 artikel (pasal) yang memuat seluruh aspek hukum yang berlaku terkait dengan hukum perdata internasional. 10 *chapter* (Bab) yang ada dalam undang-undang ini meliputi yurisdiksi, hukum yang brelaku, dan penegakan hukum, yaitu:

Natural Persons (Ch. 2); Marriage Law (Ch. 3); Children And Adoption (Ch. 4); Guardianship (Ch. 5); Succession (Ch. 6); Property Law (Ch. 7) Intellectual

Property Rights (Ch. 8); Law Of Obligations (Ch. 9) And Corporations (Ch. 10). The Law On Private International Law Concludes With A Chapter On International Bankruptcy (Ch. 11) And On International Arbitration (Ch. 12).

2) RRC[110]

Selama tahun 1949-1978, komunikasi antara China dan dunia luar dapat dikatakan relatif sedikit dan hukum perdata internasional tidak dapat dikembangkan dalam lingkungan terbatas. Sejak tahun 1978, telah terjadi peningkatan komunikasi dengan seluruh dunia. Kondisi ini telah meningkatkan perkembangan hukum perdata internasional China. Pada awalnya, China mengadopsi teori hukum perdata internasional yang diadopsi oleh UUSR. Mulai tahun 1978, china mulai mengadopsi teori barat. Sejak tahun 1997, hukum perdata internasional secara resmi menjadi bagian dari hukum China. Pada tahun 1979, hukum pertama yang mengatur investasi asing mulai berlaku. Hal ini tidak hanya pencerminan sikap berubah terhadap modal asing, tetapi juga menandai titik balik dalam hal reformasi dan membuka masuk investasi asing. Ketentuan Umum Hukum Perdata Internasional China menyangkut masalah-masalah seperti Prinsip-prinsip Umum, Ketentuan Penting, dan Msalah

[110] China menggunakan istilah Hukum Perdata Interansional bukan Konflik Hukum. Lihat *Prasit Pivavatnapanich,"* Some Theoretical Remarks on Thai Private International Law Compared to the Continental and the Common Law Traditions". *http://www.thailawforum.com/articles/continental-commonlaw-tradition.html*. Didownload pada tanggal 25 Agustus 2014.

Umum. Sistem Hukum Perdata Internasional China menjadi lebih lengkap dan efektif, terutama mengingat diberlakukannya Bab IX dari rancangan KUH Perdata. Hal ini dimungkinkan bahwa dalam 30 tahun ke depan hukum perdata internasional China akan menjadi salah satu sistem hukum yang paling menonjol di dunia, baik dari segi struktur dan isinya[111]

Hukum perdata internasional China terdiri dari:

a. *Foreign-related Contract and Tort*
b. *Property Rights with Foreign Elements*
c. *Marriage and Family*
d. *Foreign Inheritance*
e. *Other Areas,* yang meliputi:
    1. *Legal subjects*
    2. *Maritime law*
    3. *Negotiable instruments*
f. *Foreign-related Aspects in Civil Procedure*

    Aturan ini mengatur tentang yurisdiksi perdata asing, bantuan hukum, pengakuan pengadilan asing, dan isu-isu implementatif, yaitu:

    1. *Litigation*
    2. *Judicial assistance*
    3. *Recognition and enforcement of foreign judenganments*
    4. *Strengths and Weaknesses of Chapter IX of The Draft Civil Code.*

---

[111] Wang Hui , "A Review of China's Private International Law During the 30-year Period of Reform and Opening-Up , Working Paper Series No. 002 pada ASLI Visiting Fellow May 2009, *file:///C:/Users/Bid_NA/Downloads/a%20Review%20of%20China%20Internasional%20Private%20Law.pdf,* Diunduh pada tanggal 1 September 2014.

3) Jepang

Hukum Konflik jepang atau aturan tentang Perdata Internasional terkodifikasi dalam satu undang-undang yaitu *the Act on the General Rules of Application of Laws (Application of Laws Act), Law* No. 10 of 1898.

Awalnya aturan ini diberlakukan pada tahun 1898, secara komprehensif direvisi pada tahun 2006, dan efektif sejak 1 Januari 2007.

Act on the General Rules of Application of Laws [Hō no Tekiyō ni
Kansuru Tsūsokuhō], Law No. 10 of 1898 (as newly titled and
amended 21 June 2006)
Chapter 1 General Rules
Article 1 [Purpose]

This law shall provide the general rules for the application of laws.

Chapter 2 General Rules for Statutes
Article 2
[Effective Date of Statutes]

A statute shall come into force from the twentieth day after its promulgation. However, where a different effective date is provided by the statute, that date shall apply.

Article 3
[Customs with the Same Effect as Law]

Customs not contrary to public policy (ordre public) shall have the same effect as law, to the extent that

they are authorized by a tatute or a statutory instrument, or that they concern matters not therwise prescribed by a statute or a statutory instrument.

Chapter 3 General Rules on Applicable Law

Section 1 Person

Article 4

[A Person's Legal Capacity]

(1) The legal capacity of a person shall be governed by his or her national law.

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, where a person who has performed a juristic act is of full capacity under the law of the place where the act was done (lex loci actus), that person shall be regarded as having full capacity to the extent that at the time of the juristic act, all the parties were situated in a place under the same law.

(3) The preceding paragraph shall not apply either to a juristic act governed by family law or succession law, or to a juristic act regarding immovables situated in a place where the law differs from the lex loci actus.

Article 5

[Initiation of Guardianship or Similar Proceedings]

The court may initiate proceedings for guardianship, curatorship, or assistance (hereinafter referred to as "initiation of guardianship or similar proceedings") under Japanese law where the person to be subject to the guardianship, curatorship, or assistance has a omicile or residence in Japan or is a Japanese national.

Article 6

[Declaration of Disappearance]

(1) The court may declare a person to have disappeared under Japanese law where the person was domiciled in Japan or was a Japanese national at the time when he or she was last recognized as alive.

(2) Even where the preceding paragraph is not applicable, the court may declare a person to have disappeared under Japanese law with regards only to the property that the person had in Japan and only to the person's legal relations governed by Japanese law or otherwise connected to Japan in light of their nature, the domicile or nationality of the persons concerned, or other circumstances.

Article 8

[In the Absence of a Choice of Applicable Law by the Parties]

(1) Where there is no choice under the preceding Article, the formation and effect of a juristic act shall be governed by the law of the place with which the act is most closely Anderson & Okuda: Translation of Japan's Private International Law 143
connected at the time of the act.

(2) For the purpose of the preceding paragraph, where only one party is to effect the characteristic performance of the juristic act, it shall be presumed that the juristic act is most closely connected with the law of his or her habitual residence (i.e., the law of his or her place of business where that place of

business is related to the act, or the law of his or her principal place of business where he or she has two or more places of business related to the act and where those laws differ).

(2) For the purpose of the first paragraph of this Article, where the subject matter of the juristic act is immovables, otwithstanding the preceding paragraph, it shall be presumed that the act is most closely connected with the law of the place where the immovables are situated.

Article 9

[Variation of Applicable Law by the Parties]

The parties may vary the law otherwise applicable to the formation and effect of a juristic act. However, such variation shall not be asserted against third parties where it would be prejudicial to their rights.

Article 10

[Formalities of a Juristic Act]

(1) The formalities of a juristic act shall be governed by the law applicable to the formation of the act (where under the preceding Article the law was varied after the juristic act, the law applicable before the variation shall govern).

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, ormalities that satisfy the requirements of the law of the place where the act was done (lex loci actus) shall be effective.

(3) For the purpose of the preceding paragraph, where a eclaration of intent is addressed to a person situated in a place under a different law, the place from

where the notice was sent shall be deemed as the place of the act (locus actus).

(4) The second and third paragraphs of this Article shall not apply to the formalities of a contract concluded between parties situated in places having different laws. In this case, notwithstanding the first paragraph of this Article, contract formalities that satisfy the requirements of either the law of the place from where the notice of offer was sent or the law of the place from where the notice of acceptance was sent shall be effective.

(5) The second, third, and fourth paragraphs of this Article shall not apply to the formalities of a juristic act that establishes or disposes of a right in rem to movables or immovables, or of a right requiring registration.

Article 11

[Special Rules for Consumer Contracts]

(1) Regarding the formation and effect of a contract (excluding labor contracts; hereinafter referred to in this Article as "consumer contract") between a consumer (i.e., an individual, excluding those cases where the party acts as a business or for a business) and a business operator (i.e., a juridical person or other corporate association, or an individual in those cases where the party is acting as a business or for a business), even where by choice under Article 7 or variation under Article 9, the applicable law would be a law other than that of the consumer's habitual residence, when the

consumer indicates to the business operator his or her intention that a particular mandatory rule from within the law of the consumer's habitual residence should apply, this mandatory rule shall also apply to the matters covered by the rule concerning the consumer contract's formation and effect.

(2) Notwithstanding Article 8, where no choice under Article 7 has been made, the formation and effect of a consumer contract shall be governed by the law of the consumer's habitual residence.

(3) In regards to the formation of a consumer contract, even where a law other than the law of a consumer's habitual residence is chosen under Article 7, when the consumer indicates to the business operator his or her intention that a particular mandatory rule from within the law of the consumer's habitual residence should apply to the formalities of the consumer contract, only the mandatory rule shall apply to the matters covered by the rule concerning the consumer contract's formalities, irrespective of Article 10, paragraphs 1, 2, and 4.

(4) Where the law of a consumer's habitual residence is chosen under Article 7 with regards to the formation of a consumer contract, and when the consumer indicates to the business operator his or her intention that the law of the consumer's habitual residence should only apply to the formalities of a consumer contract, the formalities of the consumer contract shall be governed only by the law of the

consumer's habitual residence, irrespective of Article 10, paragraphs 2 and 4.

(5) Notwithstanding Article 10, paragraphs 1, 2, and 4,where there is no choice under Article 7 with regards to the formation of the contract, the formalities of a consumer contract shall be governed by the law of the consumer's habitual residence.

(6) The preceding paragraphs shall not apply in any of the following cases:

(i) Where the business operator's place of business that is associated with a consumer contract is in a place under a law that is different from the law of the consumer's habitual residence, and where the consumer comes to a place that has the same law as that place of business to conclude the contract. However, excluding cases where the consumer, who is in the place of his or her habitual residence, is invited by the business operator to conclude the consumer contract in the place that has the same law as the place of business;

(ii) Where the business operator's place of business that is associated with a consumer contract is in a place under a law that is different from the law of the consumer's habitual residence, and where the consumer has received or should receive the performance of all obligations under the consumer contract in a place that has the same law as that place of business. However, excluding cases where the consumer, who is in

the place of his or her habitual residence, is invited by the business operator to have all obligations performed under the consumer contract in a place that has the same law as that place of business;

(iii) Where at the time of contracting the business operator did not know the consumer's habitual residence and there were reasonable grounds for not knowing this; or

(iv) Where at the time of contracting the business operator mistook the other party of the contract for not being a consumer and there were reasonable grounds for this mistake.

Article 12

[Special Rules for Labor Contracts]

(1) Even where by choice under Article 7 or variation under Article 9, the applicable law to the formation and effect of a labor contract is a law other than the law with which the contract is most closely connected, when the employee indicates to the employer his or her intention that a particular mandatory rule from within the law of the place with which the employee is most closely connected should apply, this mandatory rule shall apply to the matters covered by the rule concerning the labor contract's formation and effect.

(2) For the purpose of the preceding paragraph, it shall be presumed that a labor contract is most closely connected with the law of the place where the work

should be carried out under the contract (i.e., the law of the place of business through which the employee was engaged, where the work is not to be carried out in a particular place. The same applies for the next paragraph).

(3) Notwithstanding Article 8, paragraph 2, where no choice under the provision of Article 7 has been made with regards to the formation and effect of a labor contract, it shall be presumed that regarding its formation and effect the contract is most closely connected with the law of the place where the work should be carried out under the contract.

Section 3 Rights in Rem and so forth

Article 13

[Rights in Rem and Rights Requiring Registration]

(1) Rights in rem to movables and immovables and any other rights requiring registration shall be governed by the law of the place where the property is situated (lex rei sitae).

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, the acquisition and loss of the rights mentioned in the preceding paragraph shall be governed by the place where the property is situated (lex rei sitae) at the time when the events causing the acquisition or loss were completed.

Section 4 Claims

Article 14

[Agency by Necessity and Unjust Enrichment]

The formation and effect of claims arising from agency by necessity (negotiorum gestio) or unjust enrichment shall be governed by the law of the place where the events causing the claims occurred.

Article 15

[Exception for Cases with a Clearly Closer Connection to Another Place]

Notwithstanding the preceding Article, the formation and effect of claims arising from agency by necessity (negotiorum gestio) or unjust enrichment shall be governed by the law of the place with which they are clearly more closely connected in light of circumstances such as where at the time of the occurrence of events causing the claims both of the parties had their habitual residence in a place with the same law, or where the agency by necessity (negotiorum gestio) or unjust enrichment arose relating to a contract between the parties.

Article 16

[Variation of Applicable Law by the Parties]

After the events causing the claims occur, the parties to an agency by necessity (negotiorum gestio) or unjust enrichment may vary the law that would otherwise be applicable to the formation and effect of the claims. However, such variation shall not be asserted against third parties where it would be prejudicial to their rights.

Article 17

[Tort]

The formation and effect of claims arising from tort shall be governed by the law of the place where the results of the acts causing the damage arose. However, where the occurrence of the results in such place would usually be unforeseeable, the law of the place where the acts causing the damage occurred shall govern.

Article 18

[Special Rules for Product Liability]

Notwithstanding the preceding Article, where a claim against a producer (i.e., a person who produces, processes, imports, exports, distributes, or sells a product in the course of trade) or a person who makes a representation that leads others to believe he or she is a producer of a product (hereinafter referred to jointly in this Article as "producer or similar person") arises from a tort injuring the life, body, or property of others caused by the defect of a delivered product (i.e.,a produced or processed thing), the formation and effect of those claims shall be governed by the law of the place where the injured person has been delivered the product. However, where the delivery of the product to that place could not usually be foreseen, the law of the principal place of business of the producer or similar person (or the law of his or her habitual residence where he or she has no place of business) shall govern.

Article 19

[Special Rules for Defamation]

Notwithstanding Article 17, the formation and effect of claims arising from the tort of defamation of another

shall be governed by the law of the injured person's habitual residence (i.e., the law of its principal place of business where the injured person is a juridical person or other corporate association).

Article 20

[Exception for Cases with a Clearly Closer Connection to Another Place]

Notwithstanding Articles 17, 18, and 19, the formation and effect of claims arising from tort shall be governed by the law of the place with which they are clearly more closely connected in light of the circumstances such as where at the time of the tort both of the parties had their habitual residence in a place under the same law, or where the tort occurred by breaching obligations in a contract between the parties.

Article 21

[Variation of Applicable Law by the Parties]

After a tort occurs, the parties to the tort may vary the law that would otherwise be applicable to the formation and effect of claims. However, such variation shall not be asserted against third parties where it would be prejudicial to their rights.

Article 22

[Public Policy Limits in Tort]

(1) Where events that should otherwise be governed by the foreign law applicable in tort do not constitute a tort under Japanese law, recovery of damages or any other remedy under the foreign law may not be demanded.

(2) Even where the events that should otherwise be governed by the foreign law applicable in tort constitute a tort both under the foreign law and under Japanese law, the injured person may not demand recovery of damages or any other remedy not recognized under Japanese law.

Article 23

[Assignment of Claims]

The effect on a debtor or other third parties of an assignment of a claim shall be governed by the law that is applicable to the claim.

Section 5 Family

Article 24

[Formation and Formalities of Marriage]

(1) For each party, the formation of a marriage shall be governed by his or her national law.

(2) The formalities of a marriage shall be governed by the law of the place of the ceremony (lex loci celebrationis).

(3) Notwithstanding the preceding paragraph, formalities that satisfy the requirements of either of the parties' national law shall be effective, unless the marriage is celebrated in Japan and one of the parties is a Japanese national.

Article 25

[Effect of Marriage]

The effect of a marriage shall be governed by the spouses' national law when it is the same, or where that is not the case, by the law of the spouses' habitual residence when that is the same, or where either of

these is the case, by the law of the place with which the spouses are most closely connected.

Article 26

[Matrimonial Property Regime]

(1) The preceding Article shall apply mutatis mutandis to the parties' matrimonial property regime.

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, the parties' matrimonial property regime shall be governed by the law that the spouses select from among the following laws where such selection is made in writing, signed, and dated by the spouses. In this case, the selection only has effect for future actions.

(i) The law of the country where either spouse has nationality;

(ii) The law of either spouse's habitual residence; or

(iii) Regarding a matrimonial property regime for immovables, the law of the place where the immovables are situated.

(3) A matrimonial property regime that according to the first and second paragraphs of this Article should be governed by a foreign law shall not be asserted against third parties acting in good faith (bona fides) insofar as it concerns juristic acts performed in Japan or property situated in Japan. In this case, regarding relations with such third parties the matrimonial property regime shall be governed by Japanese law.

(4) Notwithstanding the preceding paragraph, an ante- or pre-nuptial agreement concerning matrimonial

property made under a foreign law pursuant to the first or second paragraph of this Article may apply against a third party when the agreement is registered in Japan.

Article 27

[Divorce]

Article 25 shall apply mutatis mutandis to divorce. However, divorce shall be governed by Japanese law where one of the spouses is a Japanese national with habitual residence in Japan.

Article 28

[Establishing the Parent-Child Relationship Where the Child is Legitimate]

(1) A child shall be legitimate where at the time of the child's birth the child was legitimate under the national law of one of the spouses.

(2) Where the husband has died before the child's birth, the husband's national law at the time of his death shall be regarded as the law referred to in the preceding paragraph.

Article 29

[Establishing the Parent-Child Relationship Where the Child is Illegitimate]

(1) Where a child is illegitimate, establishment of the parent-child relationship with regards to the father (paternity) shall be governed by the father's national law at the time of the child's birth, and with regards to the mother (maternity) by the mother's national law at that time. In these cases, when establishing

the parent-child relationship by acknowledenganment, where the national law of the child at the time of acknowledenganment requires the agreement or consent of the child or a third party as a condition of acknowledenganment, this requirement must also be satisfied.

(2) Acknowledenganment of a child shall be governed by the national law of the child or of the acknowledenganing person at the time of the acknowledenganment, or the law designated in the first sentence of the preceding paragraph. In the case where the national law of the acknowledenganing person shall be applied, the second sentence of the preceding paragraph shall also apply mutatis mutandis.

(3) Where the father has died before the child's birth, the father's national law at the time of his death shall be regarded as the law designated by the first paragraph of this Article. Where the person provided for in the preceding paragraph has died before the acknowledenganment, the national law of that person at the time of his or her death shall be regarded as the national law designated by that paragraph.

Article 30

[Legitimation]

(1) A child shall receive the status of legitimate where he or she is legitimated by the national law of the

father, mother, or child at the time when the conditions required for legitimation are completed.

(2) Where a person mentioned in the preceding paragraph has died before the completion of the conditions required for legitimation, the national law of that person at the time of his or her death shall be regarded as the national law designated by that paragraph.

Article 31

[Adoption]

(1) Adoption shall be governed by the national law of the adoptive parents at the time of the adoption. Where the national law of the child to be adopted requires as a condition for establishing the adoption the agreement or consent of the child or a third party, or the approval or any other decision by a public authority, this requirement must also be satisfied.

(2) Repudiation and termination of the familial relationship between an adopted child and his or her actual blood relatives (relatives by consanguinity) shall be governed by the law designated in the first sentence of the preceding paragraph.

Article 32

[The Legal Relationship Between Parents and Child]

The legal relationship between parents and their child shall be governed by the child's national law where that is the same as the national law of either the mother or

father (or the national law of the other parent in the case where one parent has died or is unknown), or in all other cases by the law of the child's habitual residence.

Article 33

[Other Family Relationships]

Family relations or rights and duties arising therefrom that are not covered by Articles 24 to 32 shall be governed by the national law of the party concerned.

Article 34

[Formalities of Juristic Acts Concerning Family Relations]

(1) The formalities of juristic acts concerning family relations covered by Articles 24 to 33 shall be governed by the law applicable to the formation of such juristic acts.

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, formalities that conform with the law of the place where the act was done (lex loci actus) shall be effective.

Article 35

[Guardianship or Similar Proceedings]

(1) Guardianship, curatorship, or assistance (hereinafter "guardianship or similar proceedings") shall be governed by the national law of the ward.

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, in the following cases where the ward is a foreign national, judicial declarations concerning guardianship or similar proceedings such as judicial appointment of a guardian, curator, or assistance manager shall be governed by Japanese law:

(i) In the case where according to the foreign national's n national law there is cause for initiating guardianship or similar roceedings, but there is no one in Japan to undertake the administration of the guardianship or similar proceedings; or

(ii) Where there has been a judicial declaration to initiate guardianship or similar proceedings concerning a foreign national in Japan.

Section 6 Succession

Article 36

[Succession]

Succession shall be governed by the national law of the decedent

Article 37

[Wills]

(1) The formation and effect of a will shall be governed by the testator's national law at the time of the will's formation.

(2) The revocation of a will shall be governed by the testator's national law at the time of the revocation.

Section 7 Supplementary Rules

Article 38

[National Law]

(1) Where a person has two or more nationalities, his or her national law shall be the law of the country in which the person has habitual residence from among those states of which he or she has

nationality. Where there is no such country, the person's national law shall be the law of the state with which he or she is most closely connected. However, where one of those nationalities is Japanese, Japanese law shall be that person's national law.

(2) In the case where a person's national law shall govern but the person has no nationality, the law of that person's habitual residence shall govern. However, this shall not apply to cases where Article 25 (including its application mutatis mutandis under Article 26, paragraph 1 and Article 27) or Article 32 is applicable.

(3) Where a person has nationality in a state where the law differs by region, that person's national law shall be the law indicated according to the rules of that state (or the law of the region with which that person is most closely connected in the case where such rules do not exist). Anderson & Okuda: Translation of Japan's Private International Law 159

Article 39

[Law of Habitual Residence]

In the case where the law of a person's habitual residence shall govern but where that habitual residence is unknown, the law of that person's residence shall govern. However, this shall not apply to cases where Article 25 is applicable (including its application mutatis mutandis in Article 26, paragraph 1 and Article 27).

Article 40

[The Law of States or Places Where such Law Differs According to One's Personal Status]

(1) In the case of a person who is a national of a state where the law differs according to a person's status, that person's national law shall be the law indicated according to the rules of that state (or the law with which that party is most closely connected where such rules do not exist).

(2) The preceding paragraph shall apply mutatis mutandis to the law of that party's habitual residence where that law differs according to a person's status and where that law is applicable according to Article 25 (including its application mutatis mutandis under Article 26, paragraph 1 and Article 27), Article 26, paragraph 2, item ii, Article 32, or Article 38, paragraph 2, and to the law of the place with which both spouses are most closely connected where that law differs by a person's status.

Article 41

[Renvoi]

Where a case should be governed by a person's national law and pursuant to the rules of that law the case should be governed by Japanese law, the case shall be governed by Japanese law. However, this shall not apply where the person's national law should govern pursuant to Article 25 160 (including its application mutatis mutandis in Article 26, paragraph 1 and Article 27) or Article 32.

Article 42

[Public Policy (Ordre Public)]

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.

Article 43

[Exceptions to Application]

(1) The provisions of this Chapter shall not apply to maintenance obligations arising from spousal, parentage, or any other family relationships. However, this shall not apply to application of the provisions in the main clause of Article 39.

(2) The provisions of this Chapter shall not apply to the formalities of wills. However, this shall not apply to the application of the provisions in the main clause of Article 38, paragraph 2, the main clause of Article 39, and Article 40.

4) Belanda[112]

Aturan mengenai Hukum Perdata Internasional di Belanda diatur dalam Buku 10 Civil Code Establishment and Implementation Act tertanggal 19 Mei 2011. Buku 10 Code Civil, dalam hukum konflik Belanda, akan diberlakukan pada tanggal 1 Januari 2012. Dengan demikian, 16 aturan hukum perdata

[112]Dalam merujuk perundangan HPI dari Negara-negara Civil Law di Eropa seperti Jerman, Belanda, dan lain-lain perlu memperhatikan adanya amandemen perundangan HPI di negara-negara tersebut karena berlakunya beberapa EU Regulations, antara lain di bidang divorce/separation dan succession (waris & testamen). Jadi, isi perundangan HPI di negara-negara tersebut tidak lagi sama dengan yg ditemukan di berbagai sumber bacaan. Telah terjadi pergeseran dari prinsip nasionalitas ke prinsip *habitual residence* atau Pilihan Hukum utk menentukan Status Personal di Negara-negara Civil Law Eropa karena berlakunya EU Regulations tersebut.

terautama pd area yang spesifik yaitu nama, perkawinan, perceraian, adopsi, perusahaan, dan lain-lai akan disatukan dalam satu aturan. Undang-undang ini memasukkan 17 ketentuan umum. Undang-undang ini tidak ada perubahan siginifikan dari hukum perdata internasional Belanda yang ada saat ini. UU ini dipandang sebagai suatu konsolidasi dari aturan pilihan hukum yang eksis, dari pada suatu kodifikasi.

Book 10 Code Civil Belanda mengatur materi HPI terkait dengan:

a. *Name*
b. *Marriage*
c. *Registered Partnership*
d. *Parentage*
e. *Adoption*
f. *Other Issues of Family Law*
g. *Corporations*
h. *Property Law*
i. *Trustrecht*
j. *Succession*
k. *Contractual Obligations*
l. *Non-Contractual Obligation*
m. *Some provisions relating to Maritime Law, Inland navigation law, Aviation law*

5) Jerman

Hukum Perdata Internasional Jerman diatur di dalam *Introductory Act to the Civil Code*, Second Chapter. Namun sebagai anggota European Union, Jerman

harus tunduk pada beberapa *EU Council Regulation*, antara lain yang mengatur masalah perceraian dan perpisahan suami-istri, dan masalah *succession* (waris dan testamen). Oleh karena itu, sebagian dari isi HPI Jerman telah diamandemen karena berlakunya *EU Council Regulation*. Dengan berlakunya *EU Council Regulation* tersebut, HPI Jerman (dan juga HPI negara-negara EU lainnya) mulai mengadopsi penerapan prinsip *habitual residence* dan pilihan hukum para pihak untuk menentukan Status Personal, menggantikan prinsip nasionalitas.

Di bawah ini diuraikan beberapa materi HPI penting yang diatur dalam *Introductory Act to the Civil Code*, sebagaimana yang sudah diamandemen oleh EU Council Regulation.

Untuk memudahkan pemahaman pembaca, pemaparan akan diawali dengan tabel perbandingan antara HPI Jerman dan HPI Indonesia. Setelah itu, baru disampaikan uraian materi pokok dari HPI Jerman.

No	Materi	HPI Jerman	HPI Indonesia
1		Merupakan salah satu buku dari KUHPerdata Jerman	Terpisah dari KUHPerdata
2	KEANGGOTAAN INTERNASIONAL	Jerman adlh *Member* dari *Hague Conference on Private Int Law* Mengadopsi berbagai *Conventions of the Hague Conference on Private International Law*	Indonesia tidak menjadi anggota Tidak sama sekali

3	RENVOI	Doktrin Renvoi diterima, tetapi tidak diperbolehkan untuk: a. Pilihan Hukum b. Masalah Perceraian/ Perpisahan pasangan suami isteri Utk 2 hal tersebut, hukum yg ditunjuk adalah hukum intern saja, bukan HPI-nya.	Doktrin Renvoi diterima, tetapi tidak ada aturan eksplisit yg melarang penerapan Renvoi dalam Pilihan Hukum dan Perceraian/perpisahan.
4	STATUS PERSONAL	Bagi yg memiliki lebih dari satu kewarga-negaraan, maka status personalnya ditentukan oleh hukum dari *habitual residence*-nya Hukum *habitual residence* juga diterapkan bagi orang yg *stateless*.	Hanya mengakui prinsip nasionalitas, tidak *habitual residence*.
5	STATUS PERSONAL	Akan tetapi bagi yg memiliki keWN-an Jerman, maka hukum Jerman yg dipakai utk menentukan status personal-nya	--
6	SYARAT FORMAL PERBUATAN HUKUM	Locus Regit Actum	Locus Regit Actum
7	AKIBAT PERKAWINAN	Diatur oleh: 1. Prinsip nasionalitas, atau 2. *Habitual Residence*, atau 3. hukum yg memiliki titik taut terdekat	Diatur sesuai dengan Prinsip Nasionalitas.
8	HARTA BENDA PERKAWINAN	Pasangan suami isteri boleh melakukan <u>Pilihan Hukum</u>, yaitu: 1. Hukum dari negara dimana mereka jadi WN. 2. Hukum dari *habitual residence* mereka 3. Hukum negara di mana *real property* mereka berada	1. Tidak dikenal Pilihan Hukum. 2. Digunakan prinsip nasionalitas. 3. Untuk harta perkawinan yg benda tetap, digunakan prinsip *lex rei sitae*.

		Pilihan Hukum tersebut harus diotentikkan dengan akta notaris	
9	AKIBAT PERCERAIAN (sesuai amandemen oleh EU Regulation No. 1259/2010)	Pasangan suami isteri boleh melakukan Pilihan Hukum, utk mengatur akibat perceraian mereka: 1. Hukum dari *habitual residence* mereka 2. Hukum dari negara dimana mereka jadi WN. 3. Hukum dari *Forum*	1. Tidak dikenal Pilihan Hukum. 2. Tidak diatur eksplisit dalam HPI Indonesia 3. Pada prakteknya, digunakan hukum dari *Forum*.
10	KETURUNAN & HUBUNGAN ORTU- ANAK	Ditentukan oleh hukum dari *habitual residence* anak.	Tidak diatur eksplisit
11	ADOPSI & AKIBAT HUKUMNYA	1. Ditentukan oleh hukum dari negara (kewarga-negaraan) pengadopsi. 2. Jika pasangan pengadopsi memiliki warga-negara yg berbeda, dipakai hukum yg mengatur akibat perkawinan	Tidak diatur dlm HPI Indonesia, tetapi dlm berbagai regulasi dan SEMA yg tersebar.
12	PERSETUJUAN ADOPSI	1. Persetujuan dari anak, dan keluarga si anak, diatur oleh hukum dari negara (kewarga-negaraan) si anak. 2. Hk Jerman dapat diterapkan untuk melindungi *the best interest of the child*.	Tidak diatur dlm HPI Indonesia, tetapi dlm berbagai regulasi yg tersebar. Ditekankan prinsip perlindungan kepentingan terbaik bagi si anak.
13	WARIS (sesuai amandemen oleh EU Regulation No 650/2012)	1. Hukum dari *habitual residence* pewaris mengatur keseluruhan harta warisnya (benda bergerak & tidak bergerak) 2. Pengadilan dari *habitual residence* pewaris memiliki yurisdiksi untuk mengatur	Tidak dikenal Pilihan Hukum dalam Warisan Dalam yurisprudensi, Pengadilan menggunakan hukum domisili si pewaris (tidak menerapkan prinsip

		semua warisan si pewaris. 3. Pewaris dapat melakukan <u>pilihan hukum untuk mengatur warisannya</u> dengan menunjuk hukum Negara di mana dia menjadi warga-negaranya (harus secara eksplisit) 4. Pilihan hukum tersebut tidak boleh melanggar ketertiban umum dari forum.	nasionalitas)
14	PMH/ *TORT*	1. Pada dasarnya meng-gunakan prinsip *Lex Locus Delicti*. 2. Kecuali para pihak memiliki *habitual residence* yg sama, maka berlaku hukum dari *habitual residence* mereka. 3. Jika terdapat hukum negara lain yg substantial lebih dekat titik tautnya dengan para pihak, maka digunakan hukum tersebut. 4. Hukum dari negara lain tidak dapat diterima oleh Pengadilan Jerman jika: i. tidak dapat memberikan kompensasi yg layak pada pihak yg dirugikan ii. bertentangan dengan aturan *liability* di Jerman.	Tidak diatur dalam HPI Indonesia. Hakim di Indonesia pada umumnya menggunakan hukum dari forum (*lex fori*)
15	HAK KEBENDAAN	1. Mengikuti hukum Negara di mana benda tersebut berada (*Lex Rei Sitae*) 2. Jika terdapat hukum negara lain yg substantial lebih dekat titik tautnya, maka digunakan hukum tersebut.	Untuk benda tetap, digunakan *Lex Rei Sitae* Untuk benda bergerak, terdapat 2 teori: 1. Menggunakan teori Statuta Realia 2. Menggunakan teori Statuta Personalia

Berikut elemen-elemen Penting HPI Dalam *Introductory Act To The Civil Code Jerman*

I. Renvoi (Art. 4)

1) Jika terdapat penunjukan terhadap hukum suatu Negara lain, maka HPI dari Negara tersebut yang berlaku. Jika HPI dari Negara tersebut menunjuk kembali ke hukum Jerman, maka hukum substantive/intern Jerman yang harus diberlakukan.
2) Renvoi tidak berlaku dalam hal para pihak melakukan Pilihan Hukum

   Bilamana para pihak melakukan pilihan hukum, maka pilihan hukum itu hanya menunjuk pada hukum substantive/intern dari hukum Negara tersebut.

II. Hukum yg berlaku jika ada penunjukan pada hukum Negara yg memiliki sistem HATAH (Art. 4 (3))

- Jika penunjukan mengarah pada hukum suatu Negara yg memiliki sistem Hukum Antar Tata Hukum Intern, tanpa ada indikasi sistem hukum intern mana yg harus diberlakukan, maka hukum dari Negara tersebut yg akan menentukan sistem hukum intern mana yg akan diberlakukan.
- Jika Negara tersebut tidak memiliki hukum/aturan untuk itu, maka sistem hukum intern yang memiliki titik taut

terdekat dengan kasus perkara yg harus diberlakukan.

III. Status Personal (Art. 5)

1) Jika penunjukan mengarah pada hukum dari suatu Negara di mana orang tersebut merupakan warga-negaranya dan orang tersebut memiliki lebih dari satu kewarganegaraan, maka hukum yg menentukan untuk status personalnya adalah hukum Negara di mana orang tersebut memiliki titik taut yg terdekat, yaitu tempat tinggal sehari-harinya (*habitual residence*).
   Jika orang tersebut juga berkewarga-negaraan Jerman, maka hukum Jerman yg berlaku.
2) Jika seseorang berstatus *stateless* atau kewarganegaraannya tidak dapat diketahui, maka hukum yg menentukan status personalnya adalah hukum Negara dimana orang tersebut bertempat tinggal sehari-harinya (*habitual residence*), atau jika tidak, hukum di mana dia tinggal/berada.

IV. Kemampuan dan kewenangan untuk membuat kontrak (Art. 7)

1) Kewenangan dan kemampuan untuk membuat kontrak tunduk pada hukum Negara dimana orang tersebut menjadi warga-negaranya.
2) Terkait dengan hak-hak yg telah diperoleh (*Vested Rights*)

Kewenangan ataupun kemampuan membuat kontrak yg telah diperoleh seseorang tidak akan hilang atau dibatasi apabila dia kehilangan ataupun memperoleh kewarga-negaraan Jerman.

V. Deklarasi Kematian (Art. 9)

Deklarasi kematian, penentuan kematian atau waktu kematian termasuk asumsi hidup dan mati, ditentukan oleh hukum dari negara di mana orang yg hilang tersebut menjadi warga-negaranya pada akhir hidupnya sesuai dengan informasi yg tersedia.

Apabila orang yg hilang tersebut adalah warga negara asing, penentuan kematiannya bisa ditentukan oleh hukum Jerman jika memang ada kepentingan yg dapat dibenarkan untuk itu.

VI. Formalitas suatu perbuatan hukum dan formalitas kontrak (Art. 11)

1) Suatu perbuatan hukum adalah sah secara formal jika telah memenuhi syarat-syarat formal dari hukum yg berlaku bagi perbuatan hukum tersebut, atau syarat-syarat formal dari hukum Negara di mana perbuatan hukum tersebut dilakukan.
2) Apabila suatu kontrak dibuat oleh para pihak yg berada di negara-negara yg berbeda, maka kontrak itu sah secara formal jika telah memenuhi syarat-syarat formal dari hukum

yg berlaku bagi kontrak tersebut, atau syarat-syarat formal dari hukum Negara salah satu pihak.

3) Apabila sebuah kontrak dibuat oleh agen, maka kontrak itu sah secara formal jika telah memenuhi syarat-syarat formal dari hukum Negara di mana agen tersebut bertindak.
4) Kontrak,mengenai hak atas benda tidak bergerak atau hak untuk menggunakannya, harus memenuhi syarat-syarat formal dari Negara di mana benda tidak bergerak itu berada.
5) Perbuatan hukum yang mengalihkan atau menciptakan hak atas benda adalah sah secara formal jika memenuhi syarat formal dari hukum yg berlaku bagi perbuatan hukum tersebut.

VII. Akibat Perkawinan (Art. 14)

1) Akibat perkawinan diatur oleh:
   i. Hukum dari Negara pasangan suami istri di mana mereka menjadi warga negaranya, atau di mana salah satu dari mereka masih menjadi warga negara-nya, atau
   ii. Hukum dari Negara di mana pasangan suami isteri tersebut memiliki tempat tinggal sehari-hari (*habitutual residence*), atau di mana salah satu dari mereka masih memiliki *habitual residence*, atau

iii. Hukum dari Negara yang memiliki titik taut terdekat dengan pasangan suami isteri tersebut.

VIII. Harta Benda Perkawinan (Art. 15)

1) Harta benda perkawinan diatur oleh hukum yang mengatur akibat perkawinan.
2) Untuk harta perkawinan mereka, pasangan suami isteri boleh memilih:
   i. hukum dari Negara di mana salah satu dari mereka berkewarganegaraan
   ii. hukum dari Negara di mana salah satu dari mereka memiliki *habitual residence*
   iii. untuk *real property*, hukum di mana property tersebut berada.
3) Pilihan hukum tersebut harus diotentikkan dengan akta notaris.

IX. Akibat Perceraian (Art. 17) →Merujuk pada EU Regulation No. 1259/2010

1) <u>Art. 5 EU Regulation No. 1259/2010 (Pilihan Hukum)</u>

1. Pasangan suami istri boleh membuat kesepakatan untuk menunjuk hukum yg berlaku bagi perceraian dan perpisahan mereka, sepanjang hukum tersebut adalah:
   a) hukum dari Negara di mana pasangan suami isteri tersebut memiliki *habitual residence*, atau

b) hukum dari Negara di mana salah satu dari pasangan suami isteri memiliki *habitual residence*, atau

c) hukum dari Negara di mana salah satu dari pasangan suami isteri tersebut memiliki kewarganegaraannya, atau

d) hukum dari forum.

2. Kesepakatan tersebut bisa dibuat dan dirubah kapanpun, sebelum pengadilan berjalan.

3. Jika diperbolehkan oleh hukum dari forum, maka pasangan suami isteri juga boleh menentukan pilihan hukum mereka di muka persidangan, dengan dicatat oleh pengadilan.

2) Art. 8 EU Regulation No. 1259/2010

Dalam hal pasangan suami isteri tidak menentukan pilihan hukum sesuai Art. 5 di atas, maka perceraian dan perpisahan mereka harus diatur menurut hukum dari Negara:

a) di mana pasangan suami isteri tersebut memiliki *habitual residence*, atau jika tidak,

b) di mana salah satu dari pasangan suami isteri masih tinggal di negara tersebut dalam 1 tahun sebelum pengadilan dimulai, atau jika tidak,

c) di mana pasangan suami isteri tersebut memiliki kewarga-negaraan, atau jika tidak,

d) di mana Pengadilan dijalankan.

3). Art. 11 & 12 EU Regulation No. 1259/2010

Renvoi tidak berlaku dalam masalah perceraian dan perpisahan pasangan suami isteri. Hukum

yg ditunjuk atau yg digunakan dalam hal ini hanya merujuk pada hukum intern dan bukan HPI dari Negara tersebut. Ketertiban Umum dari Forum tidak boleh dilanggar oleh hukum yg ditunjuk pasangan suami isteri.

X. Keturunan (Art. 19)

1) Ditentukan oleh hukum dari tempat di mana anak memiliki *habitual residence* nya.
2) Jika orang tua anak tidak menikah, maka kewajiban ayah terhadap ibu yg hamil karena dia, ditentukan oleh hukum dari negara di mana ibu tersebut memiliki *habitual residence*.

XI. Hubungan orang-tua dan anak (Art. 21)

Hubungan hukum antara seorang anak dan orang-tuanya ditentukan oleh hukum dari negara di mana anak tersebut memiliki *habitual residence* nya.

XII. Adopsi (Art. 22)

1) Adopsi seorang anak diatur menurut hukum dari negara di mana pengadopsi memiliki kewarga-negaraan. Dalam hal pasangan pengadopsi memiliki kewarga-negaraan yg berbeda, maka hukum yg berlaku adalah hukum yg mengatur akibat perkawinan sebagaimana dalam Art. 14 ayat (1).
2) Segala akibat yg muncul dari hubungan hukum antara anak dengan yg mengadopsi

dan orang-orang yg memiliki hubungan hukum kekeluargaan dengan anak tersebut, diatur oleh hukum sebagaimana disebut dalam ayat (1) di atas.

XIII. Persetujuan Adopsi (Art. 23)

Persetujuan dari anak, dan dari orang yg memiliki hubungan keluarga dengan si anak, terhadap adopsi harus tunduk pada hukum dari negara di mana anak tersebut berkewarga-negaraan. Dalam hal untuk keperluan melindungi kepentingan terbaik si anak, maka hukum Jerman dapat diterapkan.

XIV. Waris (Art. 25 & 26)→ Diganti dengan EU Regulation No 650/2012

1). Art. 21(1) EU Regulation No 650/2012 (*Habitual Residence* si Pewaris)

Apabila tidak ditentukan lain dalam Regulation ini, hukum yg berlaku bagi pewarisan secara keseluruhan (benda bergerak dan benda tidak bergerak) adalah hukum dari Negara di mana si pewaris memiliki *habitual residence* pada saat wafatnya.

2). Art. 4 EU Regulation No 650/2012

Pengadilan di negara di mana si pewaris memiliki *habitual residence* nya memiliki yurisdiksi untuk mengatur keseluruhan warisan si pewaris (benda bergerak dan benda tidak bergerak).

Habitual Residence menurut Paragraf 23 dari Preambule EU Regulation No 650/2012:

Untuk menentukan *habitual residence*, pihak berwenang harus memperhatikan seluruh fakta-fakta dalam kehidupan si pewaris, khususnya jangka waktu dan keteraturan si pewaris tinggal di Negara yg bersangkutan beserta kondisi dan alasan keberadaannya di sana. *Habitual residence* dianggap eksis jika terdapat koneksi yg dekat dan stabil antara pewaris dengan Negara bersangkutan.

3). Art. 22 EU Regulation No 650/2012 (Pilihan Hukum dalam Pewarisan)

Pewaris dapat melakukan pilihan hukum untuk mengatur warisannya dengan menunjuk hukum Negara di mana dia menjadi warga-negaranya. Pilihan hukum tersebut harus dibuat secara eksplisit.

4). Art. 34 EU Regulation No 650/2012 (Renvoi dalam Hukum Waris)

Hukum Negara yg berlaku bagi suatu pewarisan adalah termasuk HPI dari negara tersebut, yg menunjuk kembali (Renvoi) hukum dari Negara anggota EU.

Renvoi tidak berlaku bagi hukum yg dipilih si pewaris menurut Art. 22 di atas.

5). Art. 35 EU Regulation No 650/2012 (Ketertiban Umum)

Hukum Negara yg berlaku atau dipilih bagi suatu pewarisan dapat diabaikan jika bertentangan dengan ketertiban umum dari forum.

XV. Perbuatan Melanggar Hukum/*Tort* (Art. 40)

1) Gugatan PMH diatur oleh hukum Negara di mana PMH itu dilakukan.
2) Apabila pada saat terjadinya PMH, pelaku PMH dan pihak yg dirugikan sama-sama memiliki *habitual residence* yg sama di suatu Negara, maka hukum Negara tersebut yg berlaku.
3) Gugatan PMH dengan menggunakan hukum dari negara lain (di luar Jerman) tidak dapat diterima, jika:
   i. hukum tersebut tidak dapat memberikan kompensasi yg layak kepada pihak yg dirugikan
   ii. …
   iii. bertentangan dengan aturan *liability* di Federal Republic of Germany.

Hukum yg memiliki titik taut lebih dekat dengan PMH (Art. 41)

1) Jika terdapat hukum dari negara lain yg secara substantial lebih dekat titik tautnya dibandingkan dengan hukum yg diatur dalam Art. 40, maka hukum negara lain tersebut yg berlaku.

XVI. Hak Kebendaan (Art. 43)

1) Hak kebendaan diatur oleh hukum Negara di mana benda tersebut berada.
2) Jika benda ybs beralih ke negara lain, maka hak kebendaan atas benda tersebut harus tunduk pada aturan hukum di negara tersebut.

Hukum yg memiliki titik taut lebih dekat dengan Hak Kebendaan (Art. 46), jika terdapat hukum dari negara lain yg secara substantial lebih dekat titik tautnya dibandingkan dengan hukum yg diatur dalam Art. 43, maka hukum negara lain tersebut yg berlaku.

6) Europian Private International Law (EU PIL)

Sumber hukum dari aturan Hukum Perdata Internasional Masyarakat Eropa, berbeda-beda, yaitu terdiri dari 3 level:

1. level internasional,

2. level Eropa,

3. level nasional yang terdiri dari undang-undangnya dan/atau kasus hukumnya)

Hukum Perdata Internasional diadopsi dan diundangkan pada tingkat yang berbeda untuk diterapkan sesuai dengan hirarki yang berlaku umum.

Beberapa materi yang diatur dalam EU PIL antara lain,

a. Familiy Law and Succession

   Di dalam bidang Hukum Keluarga, EU PIL mengatur tentang:

   1. Personal status

      Berikut sumber hukum pengaturannya:

      a) Convention on the Establishment of Maternal Descents of Natural Children, Brussels 12 September 1962, Articles 5 (ICCS Maternal Descent Convention)

      b) Convention on Legitimation by Marriage, Rome 10 September 1970

      c) Convention on the The Recognation of Decisions Recording a Sex Reassignment, Vienna 12 September 2000 (ICCS Sex Reassignment Convention)

   2. Name

      Berikut sumber hukum pengaturannya:

Convention on The Law Applicable to Surnames and Given Names, Munich, 5 September 1980 (ICCS Name Convention).

3. Marriage

   Berikut sumber hukum pengaturannya:

   Convention on Celebration and Recognition of The Validity of Marriages, The Hague 14 March 1980 (Hague Marriage Convention)

4. Matrimonial Property Regime

   Berikut sumber hukum pengaturannya:

   a) Convention Relating to Conflits of Laws Regard to the Effecs of Marriage on The Rights and Duties of The Spouses in Their Personal Relationship and with Regard to Their Estates, The Hague 17 July 1950 (Hague Effects of Marriage Convention).

   b) Convention on The Law App;icable to Matrimonial Property Regimes, The Hague 14 March 1978 (Hague Matrimonial Property Regimes Convention).

5. Marriage Dissolution (Bubarnya Perkawinan)

   Berikut sumber hukum pengaturannya:

   a) Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and The Recognition and Enforcement of Judgements in Matrimonial Matters and The Matters of Parental Responsibility,

Repealing Regulation (EC) No. 1347/2000 (Brussles Ilbis).

b) Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhance Cooperation in The Area of The Law Applicable to Divorce and Legal Separation (Rome III).

c) Convention on The Recognition of Decisions Relating to The Divorce Matrimonial Bond, Luxembourg 8 September 1967 (ICCS Recognition Of Marriage Dissolution Convention).

d) Convention of The Recognition of Divorces and Legal Separations, The Hague 1 June 1970 (Hague Divorce Convention).

Merujuk pada COUNCIL REGULATION (EU) No 1259/2010:

Art. 5 (Pilihan Hukum)

1. Pasutri boleh membuat kesepakatan untuk menunjuk hukum yg berlaku bagi perceraian dan perpisahan mereka, sepanjang hukum tsb adalah:

   a) hukum dari Negara di mana pasutri tsb memiliki habitual residence, atau

   b) hukum dari Negara di mana salah satu dari pasutri memiliki habitual residence, atau

   c) hukum dari Negara di mana salah satu dari pasutri tsb memiliki kewarganegaraannya, atau

   d) hukum dari forum.

2. Kesepakatan tsb bisa dibuat dan dirubah kapanpun, sebelum pengadilan berjalan.

3. Jika diperbolehkan oleh hukum dari forum, maka pasutri juga boleh menentukan pilihan hukum mereka di muka persidangan, dg dicatat oleh pengadilan.

Art. 8

Dalam hal pasutri tidak menentukan pilihan hukum sesuai Art. 5 di atas, maka perceraian dan perpisahan mereka harus diatur menurut hukum dari Negara:

a) di mana pasutri tersebut memiliki habitual residence, atau jika tidak,

b) di mana salah satu dari pasutri masih tinggal di negara tsb dalam 1 tahun sebelum pengadilan dimulai, atau jika tidak,

c) di mana pasutri tsb memiliki kewarga-negaraan, atau jika tidak,

d) di mana Pengadilan dijalankan.

Art. 11 & 12

Renvoi tidak berlaku dalam masalah perceraian dan perpisahan pasutri

Hukum yg ditunjuk atau yg digunakan dalam hal ini hanya merujuk pada hukum intern dan bukan HPI dari Negara tsb.

Ketertiban Umum dari Forum tidak boleh dilanggar oleh hukum yg ditunjuk pasutri.

6. Protection of Children and Adults

Berikut sumber hukum pengaturannya:

a) Regulation (EU) No.606/2013 of the European Parliament and of The Council of 12 June 2013 on Mutual Recognition of Protection Measures in Civil Matters(Protection Regulation)

b) Council Regulation (EC) No.2210/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and The Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and The Matters of Parental Responsibility, Repcaling Regulation (EC) No.1347/2000 (Brussles Ilbis).

c) Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for Tthe Protection of Children, The Hague 19 October 1996 (Hague Protection of Children Convention).

d) Convention on The Civil Aspects of Internatioanal Child Abduction, The Hague 25 October 1980 (Hague Child Abduction Convention).

e) European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, Luxembourg 20 May 1980 (CE Custody of Children Convention).

f) Convention on the International Protection of Adults, The Hague 13 January 2000 (Hague Protection of Adults Convention).

7. Adoption

Berikut sumber hukum pengaturannya:

a) Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption, The Hague 29 May 1993 (Hague Adoption Convention).

b) European Convention of The Adoption of Children (Revised), Strasboug 27 November 2008 (CE Adoption Convention).

8. Maintenance Obligation

Sumber hukum pengaturannya berasal dari:

a) Council Regulation (EC) No.4/2009 of 18 December 2008 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligation (Maintenance Obligations Regulation).

b) Convention on The International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance, The Hauge 23 November 2007 (Hague Recovery of Family Maintenance Convention).

c) Protocol on The Law Applicable to Maintenance Obligations, The Hauge 23 November 2007 (Hague Maintenance Obligations Protocol).

d) Convention on The Recorgnition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations, The Hague 2

October 1973 (Hague Maintenance Obligations Enforcement Convention).

9. Succession

Sumber hukum pengaturannya berasal dari:

a) Regulation (EU) No.650/2012 of The European Parliament and of The Council of 4 July 2012 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in Matters of Succesions and on The Creation of A European Certificate of Succesions (Succesion Regulation).

b) Commissions Implementing Regulation (EU) No.1329/2014 Of 9 December 2014 Establishing The Froms Referred To In Regulation (EU) No.650/2012 Of The European Parliament And Of The Council On Of Jurisdiction, Applicable Law, Recognition And Enforcement Of Decisions And Acceptance And Enforcement Of Authentic Instruments In Matters Of Succession And On The Creation Of A European Certificate Of Succession (Implementing Regulation Succession Regulation).

c) Convention On The Conflicts Of Laws Relating To The From Of Testamentary Dispostions, The Hague 5 October 1961 (Hague From Of Testament Convention).

d) Convention On The Establishment Of A Scheme Of Registration Of Wills, Balse 16 May 1972 (CE Registration Of Wills Convention).

Merujuk pada REGULATION (EU) No 650/2012 Pasal 21 ayat (1) (Habitual Residence si Pewaris), apabila tidak ditentukan lain dalam Regulation ini, hukum yg berlaku bagi pewarisan secara keseluruhan (benda bergerak dan benda tidak bergerak) adalah hukum dari Negara di mana si pewaris memiliki habitual residence pada saat wafatnya. Dalam Pasal 4 EU Regulation No 650/2012, Pengadilan di negara di mana si pewaris memiliki habitual residence nya memiliki yurisdiksi untuk mengatur keseluruhan warisan si pewaris (benda bergerak dan benda tidak bergerak).

Konsepsi Habitual Residence dapat terlihat dalam Paragraf 23 dari Preambule EU Regulation No 650/2012 bahwa untuk menentukan habitual residence, pihak berwenang harus memperhatikan seluruh fakta-fakta dalam kehidupan si pewaris, khususnya jangka waktu dan keteraturan si pewaris tinggal di negara yang bersangkutan beserta kondisi dan alasan keberadaannya di sana. Habitual residence dianggap eksis jika terdapat koneksi yg dekat dan stabil antara pewaris dengan negara bersangkutan.

Selanjutnya, EU Regulation No 650/2012 mengatur tentang Pilihan Hukum dalam Pewarisan, tepatnya dalam Pasal Art. 22, bahwa Pewaris dapat melakukan pilihan hukum untuk mengatur warisannya dg menunjuk hukum Negara di mana dia menjadi warga-negaranya. Pilihan hukum trsebut harus dibuat secara eksplisit.

EU juga mengakui adanya Renvoi dalam hukum waris sebagaimana tertuang dalam Art. 34 EU Regulation No 650/2012. Hukum

negara yang berlaku bagi suatu pewarisan adalah termasuk HPI dari negara tersebut, yang menunjuk kembali (Renvoi) hukum dari Negara anggota EU. Renvoi tidak berlaku bagi hukum yg dipilih si pewaris menurut Art. 22 di atas.

Ketertiban umum dalam bidang hukum waris EU PIL juga diakui dan diterapkan melalui Art. 35 EU Regulation No 650/2012 (Ketertiban Umum). Hukum negara yang berlaku atau dipilih bagi suatu pewarisan dapat diabaikan jika bertentangan dengan ketertiban umum dari forum.

b. Law of Obligations

Di dalam bidang Law of Obligations, EU PIL mengatur tentang:

1. Contracts

a) European Private International Law (EU PIL), yaitu: Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on The Law Applicable to Contractual Obligations (Regulation Rome I)

1. Dalam Regulation Rome I, digunakan istilah Contractual Obligation on Civil and Commercial Matters

2. Dalam Regulation Rome I, Article 20, ditegaskan bahwa RENVOI dikeluarkan dari bidang Kontrak.

3. Regulation Rome I, Article 3 juga mengakui pilihan hukum para pihak baik yg tersirat maupun tersurat.

4. Regulation Rome I, Article 3 menyebutkan bahwa pilihan hukum para pihak boleh

untuk mengatur sebagian maupun keseluruhan kontrak. Selain itu Article 3 membolehkan perubahan pilihan hukum oleh para pihak sepanjang tidak merugikan pihak ke-3 lainnya

5. Regulation Rome I Article 4 mengatur hukum yang berlaku jika para pihak tidak melakukan pilihan hukum.

a) Kontrak jual beli barang diatur oleh hukum dari negara dimana penjual memiliki habitual residence nya.(tempat tinggal sehari-hari) .

b) Kontrak penyediaan jasa diatur oleh hukum dari negara dimana penyedia jasa memiliki habitual residence nya.

c) Kontrak yang berhubungan dengan right in rem pada benda tidak bergerak atau yang berhubungan dengan persewaan benda tidak bergerak diatur oleh hukum dari negara dimana benda tersebut terletak.

d) …… masih terkait dengan kontrak sewa atas benda tidak bergerak….

e) Kontrak franchise diatur oleh hukum dari negara dimana penerima franchise memiliki habitual residence nya.

f) Kontrak distribusi diatur oleh hukum negara di mana distributor memiliki haibutal residence nya.

g) Kontrak penjualan barang melalui lelang diatur oleh hukum negara di mana lelang itu dilakukan

h) . . .

Selanjutnya,

Where the contract is not covered by paragraph 1 or where the elements of the contract would be covered by more than one of points (a) to (h) of paragraph 1, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence

6. Article 19 dari Regulation Rome I mengatur definisi dari tempat tinggal (habitual residence) untuk menentukan hukum yg berlaku bagi kontrak, yaitu :

   a. For the purposes of this Regulation, the habitual residence of companies and other bodies, corporate or unincorporated, shall be the place of central administration.

      The habitual residence of a natural person acting in the course of his business activity shall be his principal place of business.

   b. Where the contract is concluded in the course of the operations of a branch, agency or any other establishment, or if, under the contract, performance is the responsibility of such a branch, agency or establishment, the place where the branch, agency or any other establishment is located shall be treated as the place of habitual residence.

   c. For the purposes of determining the habitual residence, the relevant point in

time shall be the time of the conclusion of the contract.

Regulation Rome I mengakui adanya kontrak pengatur barang dan pengangkutan orang, kontrak dengan konsumen, kontrak asuransi, kontrak tenaga kerja. Akan tetapi beberapa jenis kontrak tersebut diatur dalam pasal-pasal terpisah dan sendiri-sendiri, tidak digabung dalam satu Article. kontrak Pengangkutan barang dan penumpang diatur dalam Article 5 Regulation Rome I. Kontrak dengan konsumen diatur dalam Article 6 Regulation Rome I. Kontrak asuransi diatur oleh Article 7 Regulation Rome I. Kontrak tenaga kerja (Individual employment contracts) diatur oleh Article 8 Regulation Rome I.

Article 5 Regulation Rome I mengatur tentang kontrak Pengangkutan barang dan penumpang

1. To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of goods has not been chosen in accordance with Article 3, the law applicable shall be the law of the country of habitual residence of the carrier, provided that the place of receipt or the place of delivery or the habitual residence of the consignor is also situated in that country. If those requirements are not met, the law of the country where the place of delivery as agreed by the parties is situated shall apply.

2. To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of passengers has not been chosen by the parties in

accordance with the second subparagraph, the law applicable shall be the law of the country where the passenger has his habitual residence, provided that either the place of departure or the place of destination is situated in that country. If these requirements are not met, the law of the country where the carrier has his habitual residence shall apply.

The parties may choose as the law applicable to a contract for the carriage of passengers . . . only the law of the country where:

(a) the passenger has his habitual residence; or

(b) the carrier has his habitual residence; or

(c) the carrier has his place of central administration; or

(d) the place of departure is situated; or

(e) the place of destination is situated

Article 6 Regulation Rome I mengatur tentang kontrak dengan konsumen:

1. Kontrak tsb tunduk pada hukum dari negara di mana konsumen memiliki habitual residence nya.

Article 7 Regulation Rome I mengatur tentang kontrak asuransi:

1. To the extent that the applicable law has not been chosen by the parties, the insurance contract shall be governed by the

law of the country where the insurer has his habitual residence. Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with another country, the law of that other country shall apply.

2. Para pihak dapat memilih hukum untuk mengatur kontrak asuransi mereka. Hukum yg dapat mereka pilih hanyalah:

a. the law of any Member State where the risk is situated at the time of conclusion of the contract;

b. the law of the country where the policy holder has his habitual residence;

c. in the case of life assurance, the law of the Member State of which the policy holder is a national;

d. for insurance contracts covering risks limited to events occurring in one Member State other than the Member State where the risk is situated, the law of that Member State;

e. where the policy holder of a contract falling under this paragraph pursues a commercial or industrial activity or a liberal profession and the insurance contract covers two or more risks which relate to those activities and are situated in different Member States, the law of any of the Member States concerned or the law of the country of habitual residence of the policy holder.

Article 8 Regulation Rome I mengatur tentang kontrak tenaga kerja (Individual employment contracts)

1. An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2, 3 and 4 of this Article.

2. To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country.

3. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.

4. Where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 2 or 3, the law of that other country shall apply.

2. Transport

Untuk bidang Transport, EU PIL mengambil sumber hukumnya dari:

a. Convetion on the Contracts for the International Cerriage of Goods by Road, Geneva 19 May 1956, Articles 1, 2, 31, 39, 41 (CMR)

b. Convetion of the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, Montreal 28 May 1999, Articles Articles 1, 29, 33, 45-46, 49 (Montral Convetion)

3. Delict/Tort

Untuk bidang Delict/Tort (Perbuatan Melawan Hukum), EU PIL mengambil sumber hukumnya dari:

a. Regulations (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law applicable to Non-Contractual Obiligations (Rome II)

b. Convetion on the Law Applicable to Traffic Accidens, The Hague 4 May 1971 (Hague Traffic Accidents Convetion)

c. Convetion of the Law Applicable to Products Liability, The Hague 2 Oct 1973 (Hague Products Liability Convention)

Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of The Council of 11 July 2007 on The Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Regulation Rome II), mengatur:

1. Torts/PMH, yang didalamnya termasuk:

    a. Product liability

    b. Persaingan tidak sehat

c. Kerusakan lingkungan

d. Pelanggaran Hak Kekayaan Intelektual

2. Unjust Enrichment,

3. Negotiorum Gestio

4. Culpa In Contrahendo

Untuk hukum yg mengatur Tort/PMH, Article 4 dari Regulation Rome II mengatur:

1. Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur.

2. However, where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same country at the time when the damage occurs, the law of that country shall apply.

3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a preexisting relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question.

Para pihak juga dapat memilih hukum sendiri yg mengatur PMH. Article 14 Regulation Rome II mengatur:

1. The parties may agree to submit non-contractual obligations to the law of their choice:

   (a) by an agreement entered into after the event giving rise to the damage occurred; or

   (b) where all the parties are pursuing a commercial activity, also by an agreement freely negotiated before the event giving rise to the damage occurred.

   The choice shall be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case and shall not prejudice the rights of third parties.

   Article 23 dari Regulation Rome II mengatur definisi dari tempat tinggal (habitual residence) untuk menentukan hukum yg berlaku bagi non-contractual obligations:

   1. For the purposes of this Regulation, the habitual residence of companies and other bodies, corporate or unincorporated, shall be the place of central administration.

   Where the event giving rise to the damage occurs, or the damage arises, in the course of operation of a branch, agency or any other establishment, the place where the branch, agency or any other

establishment is located shall be treated as the place of habitual residence.

2. For the purposes of this Regulation, the habitual residence of a natural person acting in the course of his or her business activity shall be his or her principal place of business.

4. Legal Persons

Untuk bidang Legal Person, EU PIL mengambil sumber hukumnya dari European Convetion on The Recognition of The Legal Personality of Internation Non-Governmental Organitations, Strasbourg 24 April 1986 (CE Recognition of NGOs Convention Transport)

5. Trust/Property

Untuk bidang Trust/Property, EU PIL mengambil sumber hukumnya dari:

a. Convention on the Law Applicable to Trush on Their Recoguition, The Hague 1 July 1985 (Hague Trush Convention)

b. Convetion on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Internediary, The Hague 5 July 2006 (Hague Securities Convetion)

c. Procedural Law

Di dalam bidang Procedural Law, EU PIL mengatur tentang:

1. Immunity

Untuk bidang Immunity, EU PIL mengambil sumber hukumnya dari European Convetion on State Immunity, Basle 16 May 1972, ARTICLES 1-23, 27, 29-33, 35, 39 and Annex (CE Immunity Convention)

2. Jurisdiction, Recognation and Enforcement

3. Untuk bidang Jurisdiction, Recognation and Enforcement, EU PIL mengambil sumber hukumnya dari:

   a. Regulation (EU) No 1215/2012 of The European Parliament and of The Councial of 12 Des 2012 on Jurisdiction and The Recognition and Conforcments of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels I Recast)

   b. Convetion on Jurisdiction and The Recogation an Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters, Lugano 30 Oct 2007 (Lugano Covention)

   c. Convetion on Choice of Court Agreements, The Hague 30 June 2015 (Hague Choice of Court Convetion)

   d. Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 Des 2006 creating a European Order for Payment Procedure (Order for Payment Procedure Regulation)

   e. Regulatiion (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of The Council of 11 July 2007 Establishing a European Small Claims Procedure (Small claims procedure regulation)

f. Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of The Council of 21 Apr 2004 Creating a European Ebforcement Order for Uncontested Claims (Enforcement Order for Uncontested Claims Regulation)

Dalam REGULATION (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, diatur:

Article 36

1. A judgment given in a Member State shall be recognised in the other Member States without any special procedure being required.

Article 39

A judgment given in a Member State which is enforceable in that Member State shall be enforceable in the other Member States without any declaration of enforceability being required

Article 45 and Article 46

1. On the application of any interested party, the recognition and enforcement of a judgment shall be refused:

(a) if such recognition is manifestly contrary to public policy (ordre public) in the Member State addressed;

4. Access to Justice

   Untuk bidang Access to Justice, EU PIL mengambil sumber hukumnya dari:

   a. Regulstion (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of The Council of 13 Nov 2007 on The Service in The Member States of Judicial Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (Service of documents), and Repealing Council Regulation (EC) No. 1348/2000 (Service of Documents Regulation)

   b. Convetion on The Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters, The Hague 15 Nov 1965 (Hague service of Documents Convetion)

   c. Council Regulation (EC) No. 1206/2001 of 28 May 2001 on Cooperation Between The Courts of The Member States in The Taking of Evidence in Civil or Commercial Matters (Evidence Regulation)

   d. Convetion on The Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, The Hague 18 March 1970 (Hague evidence convention)

   e. Covetions on International Accesst to Justice, The Hague 25 Oct 1980 (Hague Access to Justice Convention)

   f. Convetion Relating to Civil Procedure, The Hague 1 March 1954 (Hague civil Procedure Convetion)

   g. European Convetion on Informayion on Foreign Law, London 7 June 1968, Articles

1-16 (CE Information Foreign Law Convertion)

5. Legalisation

   Untuk bidang Legalisation, EU PIL mengambil sumber hukumnya dari Convetion anolishing the requirement og legalisation for foreign public document, The Hague 5 Oct 1961 (Hague Legalisation Convertation)

6. Arrest

   Untuk bidang Arrest, EU PIL mengambil sumber hukumnya dari

   a. Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the council of 15 May 2014 establishing a European account preservation order procedure to facilitate crodd-border debt recovery in civil and commercial matters (European account preservation order regulation)

   b. International convetional relating to the arrest of Seagoing shios, Brussels 10 May 1952 (Arrest of ships convetion)

7. Insolvency

   Untuk bidang Insolvency, EU PIL mengambil sumber hukumnya dari

   Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings

8. Arbitration

   Untuk bidang Arbitration, EU PIL mengambil sumber hukumnya dari

a. Convetion on The Recognition an European of Foreign Arbitral Awards, New York 10 June 1958 (UN Arbitration Convetional)

b. European convetional on International Commercial Arbitration, Geneva 21 April 1961 (European Arbitration Conventional)

C. Convention on The Settlement of Inverestment Disputes Between States and Nationals of Other States, Washington 18 March 1965 (Investment Disputes Convertion)

D. Kajian Terhadap Implikasi Penerapan Sistem Baru yang akan diatur Terhadap Aspek Kehidupan dan Beban Keuangan Negara

Indonesia memerlukan suatu perundang-undangan yang khusus secara sistematis dan lengkap mengatur Hukum Perdata Internasional. Suatu kodiftkasi daripada sistem HPI bagi negara kita mempunyai keuntungan-keuntungan dan kerugian-kerugiannya. Apabila diadakan suatu evaluasi daripada keuntungan-keuntungan dan kerugian-kerugian, maka keuntungannya adalah lebih banyak.

Dengan adanya sistem HPI yang dibukukan di dalam suatu kodifikasi, perundang-undangan yang tersusun secara sistematis dan lengkap, akan tercapailah Kepastian Hukum utamanya sistem Hukum Perdata Internasional bagi negara kita. Dengan demikian para hakim dan pelaksana hukum lainnya, akan memperoleh suatu pegangan yang dapat diandalkan mengenai apakah yang merupakan hukum dalam persoalan-persoalan HPI yang dihadapinya itu. 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. Ia harus mengadakan penyelidikan dalam buku-buku dan tulisan serta karyakarya ilmiah lainnya daripada sarjana-sarjana hukum HPI yang menulis tentang persoalan-persoalan HPI untuk Indonesia.

Di sisi lain, suatu aturan yang bersifat tertulis mengakibatkan system aturan tersebut menjadi kaku. Demikian halnya terhadap sistem HPI yang akan menjadi kaku karena adanya peraturan-peraturan tertulis ini yang kurang dapat mengikuti irama daripada perkembangan dan perubahan-perubahan.

Berbeda dengan peraturan-peraturan tidak tertulis yang lebih luwes adanya, maka peraturan-peraturan tertulis ini akan membawa pengekangan dan pembekuan daripada Hukum bersangkutan. Dikuatirkan bahwa dengan demikian akan kurang adanya penyesuaian dengan perkembangan dan irama hidup sehari-hari berkenaan dengan persoalan HPI ini.

Tidak dapat disangkal bahwa hal ini memang adalah suatu keberatan yang riil terhadap dikodifikasikannya sesuatu system hukum. Akan tetapi apabila dilihat kepada keuntungan-keuntungan daripada adanya kodifikasi HPI ini, maka kiranya kerugian tersebut akan kurang berarti.

Bagi kami sendiri adalah sebaiknya apabila untuk Republik Indonesia dibuat suatu kodifikasi secara tertulis daripada system HPI yang berlaku di negara kita ini.

BAB III
EVALUASI DAN ANALISIS PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN TERKAIT

1. Instrumen Hukum Nasional

a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

- Pasal 26
  1) Yang menjadi warga Negara ialah orang-orang bangsa Indonesia asli dan orang-orang bangsa lain yang disahkan dengan undang-undang sebagai warga Negara.
  2) Syarat-syarat yang mengenai kewarganegaraan ditetapkan dengan undang-undang.
- Pasal 28 A

  Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya
- Pasal 28 B
  1) Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.
  2) Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi
- Pasal 28 D
  4) Setiap orang berhak atas status kewarganegaraan

b. AB

- Pasal 16 .

  Ketentuan dalam Undang-undang mengenai status dan wewenang seseorang tetap berlaku bagi kaula 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 disitu, berlakulah mengenai bagian tersebut dan hukum perdata yang berlaku disana.

- Pasal 17

  Terhadap barang-barang yang tidak bergerak berlakulah Undang-undang dari negeri atau tempat dimana barang-barang itu berada.

- Pasal 18

  Bentuk tiap tindakan hukum akan diputus oleh Pengadilan menurut perundang-undangan dari negeri atau tempat, dimana tindakan hukum itu dilakukan. Untuk menerapkan pasal ini dan pasal di muka, harus diperhatikan perbedaan yang diadakan oleh perundang-undangan antara orang-orang Eropa dan orang-orang Indonesia.

c. BW (Kitab Undang-undang Hukum Perdata)

Buku 1 BW tentang Orang

BAGIAN 5

Perkawinan-perkawinan yang Dilaksanakan di Luar Negeri (Tidak Berlaku Bagi Golongan Timur Asing Bukan Tionghoa, tetapi Berlaku Bagi Golongan Tionghoa)

- Pasal 83

  Perkawinan yang dilangsungkan di luar negeri, baik antara sesama warga negara Indonesia, maupun antara warga negara Indonesia dengan warga negara lain, adalah sah apabila perkawinan itu dilangsungkan menurut cara yang biasa di negara tempat

berlangsungnya perkawinan itu, dan suami istri yang warga negara Indonesia tidak melanggar ketentuanketentuan tersebut dalam bagian 1 Bab ini.

- Pasal 84

  Dalam waktu satu tahun setelah kembalinya suami istri ke wilayah Indonesia, akta tentang perkawinan mereka di luar negeri harus didaftarkan dalam daftar umum perkawinan di tempat tinggal mereka

- Pasal 945

  (s.d.u dengan S. 1915-299, 642.) Warga 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. Namun dia berwenang untuk membuat penetapan dengan surat di bawah tangan atas dasar dan dengan cara seperti yang diuraikan dalam pasal 935. (AB. 16, 18; KUHPerd. 936, 938, 953; S. 1960-296.)

d. Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Bagian Kedua Perkawinan di Luar Indonesia

- Pasal 56

  1) Perkawinan di Indonesia 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 ini.

2) 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.

Bagian Ketiga Perkawinan Campuran

- Pasal 57

  Yang dimaksud dengan perkawinan campuran dalam Undang-undang ini ialah perkawinan antara dua orang yang di Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan, karena perbedaan kewarga-negaraan dan salah satu pihak berkewarganegaraan Indonesia.

- Pasal 58

  Bagi orang-orang yang berlainan kewarganegaraan yang melakukan perkawinan campuran, dapat memperoleh kewarganegaraan dari suami/istrinya dan dapat pula kehilangan kewarganegaraannya, menurut cara-cara yang telah ditentukan dalam Undang-undang Kewarganegaraan Republik Indonesia yang berlaku.

- Pasal 59

  1) Kewarganegaraan yang diperoleh sebagai akibat perkawinan atau putusnya perkawinan menentukan hukum yang berlaku, baik mengenai hukum publik maupun hukum perdata.
  2) Perkawinan campuran yang dilangsungkan di Indonesia dilakukan menurut Undang-undang perkawinan ini.

- Pasal 60

  1) Perkawinan campuran tidak dapat dilaksanakan sebelum terbukti bahwa syarat-syarat perkawinan

yang ditentukan oleh pihak masing-masing telah dipenuhi.

2) Untuk membuktikan bahwa syarat-syarat tersebut dalam ayat (1) telah dipenuhi dan karena itu tidak ada rintangan untuk melangsungkan perkawinan campuran maka oleh mereka yang menurut hukum yang berlaku bagi pihak masing-masing berwenang mencatat perkawinan, diberikan surat keterangan bahwa syarat-syarat telah dipenuhi.
3) Jika pejabat yang bersangkutan menolak untuk memberikan surat keterangan itu, maka atas permintaan yang berkepentingan, Pengadilan memberikan keputusan dengan tidak beracara serta tidak boleh dimintakan banding lagi tentang soal apakah penolakan pemberian surat keterangan itu beralasan atau tidak.
4) Jika Pengadilan memutuskan bahwa penolakan tidak beralasan, maka keputusan itu menjadi pengganti keterangan tersebut ayat (3).
5) Surat keterangan atau keputusan pengganti keterangan tidak mempunyai kekuatan lagi jika perkawinan itu tidak dilangsungkan dalam masa 6 (enam) bulan sesudah keterangan itu diberikan.

- Pasal 61
  1) Perkawinan campuran dicatat oleh pegawai pencatat yang berwenang.
  2) Barang siapa yang melangsungkan perkawinan campuran tampa memperlihatkan lebih dahulu kepada pegawai pencatat yang berwenang surat keterangan atau keputusan pengganti keterangan

yang disebut pasal 60 ayat (4) Undang-undang ini dihukum dengan hukuman kurungan selama-lamanya 1 (satu) bulan.

3) Pegawai pencatat perkawinan yang mencatat perkawinan sedangkan ia mengetahui bahwa keterangan atau keputusan pengganti keterangan tidak ada, dihukum dengan hukuman kurungan selama-lamanya 3 (tiga) bulan dan dihukum jabatan.

- Pasal 62

  Dalam perkawinan campuran kedudukan anak diatur sesuai dengan Pasal 59 ayat (1) Undang-undang ini.

e. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia

- Pasal 2

  Yang menjadi Warga Negara Indonesia adalah orang-orang bangsa Indonesia asli dan orang-orang bangsa lain yang disahkan dengan undang-undang sebagai warga negara.

- Pasal 3

  Kewarganegaraan Republik Indonesia hanya dapat diperoleh berdasarkan persyaratan yang ditentukan dalam Undang-Undang ini.

- Pasal 4

  Warga Negara Indonesia adalah:

  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 kewarganegaraan atau hukum negara asal ayahnya tidak memberikan kewarganegaraan kepada anak tersebut;

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

- Pasal 5
  (1) Anak Warga Negara Indonesia yang lahir di luar perkawinan yang sah, belum berusia 18 (delapan belas) tahun dan belum kawin diakui secara sah oleh ayahnya yang berkewarganegaraan asing tetap diakui sebagai Warga Negara Indonesia.
  (2) Anak Warga Negara Indonesia yang belum berusia 5 (lima) tahun diangkat secara sah sebagai anak oleh warga negara asing berdasarkan penetapan pengadilan tetap diakui sebagai Warga Negara Indonesia.
- Pasal 6
  (1) Dalam hal status Kewarganegaraan Republik Indonesia terhadap anak sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 huruf c, huruf d, huruf h, huruf l, dan Pasal 5 berakibat anak berkewarganegaraan ganda, setelah berusia 18 (delapan belas) tahun atau sudah kawin anak tersebut harus menyatakan memilih salah satu kewarganegaraannya
  (2) Pernyataan untuk memilih kewarganegaraan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dibuat secara tertulis dan disampaikan kepada Pejabat dengan melampirkan dokumen sebagaimana ditentukan di dalam peraturan perundang-undangan.
  (3) Pernyataan untuk memilih kewarganegaraan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) disampaikan

dalam waktu paling lambat 3 (tiga) tahun setelah anak berusia 18 (delapan belas) tahun atau sudah kawin.

f. Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria

   Dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA), pengaturan yang berkenaan dengan HPI terletak pada hak kebendaan dalam hak milik atas tanah.

   Pasal 21 ayat (1) UUPA menjelaskan bahwa hanya warganegara Indonesia dapat mempunyai hak milik. Oleh karena hanya WNI yang dapat memiliki hak atas tanah, hal ini berdampak dalm beberapa perbuatan hukum dalam HPI antara lain, jual beli tanah antara WNI kepada WNA, hibah tanah yang diberikan kepada WNA, atau pun harta perkawinan campuran.

   Berkenaan dengan perkawinan campuran, terdapat 2 peraturan perundang-undangan yang mengatur, yaitu UU Perkawinan dan UU Kewarganegaraan.

   Dalam UU perkawinan ketentuan yang akan berkaitan dengan harta benda diatur dalam Bab VII Harta Benda Dalam Perkawinan. Pasal 35 ayat (1) menjelaskan bahwa Harta benda yang diperoleh selama perkawinan, menjadi harta bersama. Hal ini berakibat bahwa segala harta benda yan diperoleh oleh pasangan perkawinan campuran akan menjadi harta bersama termasuk jika tanah

yang dibeli oleh pasangan perkawinan campuran tersebut, dan dengan dimilikinya sebagian atas hak milik atas tanah oleh WNA dilarang oleh UUPA. akibat atas kepemilikan hak milik atas tanah oleh WNA dijelaskan dalam Pasal 21 ayat (3) UUPA yang berbunyi, Orang asing yang sesudah berlakunya Undang-undang ini memperoleh hak milik karena pewarisan tanpa wasiat atau percampuran harta karena perkawinan, demikian pula warganegara Indonesia yang mempunyai hak milik dan setelah berlakunya undangundang 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.

Ketentuan untuk melepskan hak milik yang dimiliki oleh WNA pun berlaku bagi WNI yang berkewarganegaraan ganda. Hal ini diatur dalam Pasal 21 ayat (4) yang berbunyi “Selama seseorang di samping kewarganegaraan Indonesianya mempunyai kewarganegaraan asing maka ia tidak dapat mempunyai tanah dengan hak milik dan baginya berlaku ketentuan dalam ayat (3) pasal ini”.

2. Instrumen Hukum Internasional

Indonesia sebagai bagian dari masyarakat internasional tidak terlepas dari keikutsertaan dalam perjanjian-perjanjian internasional dengan negara-negara lain di dunia. Berikut ini merupakan gambaran beberapa perjanjian internasional di bidang Hukum Perdata Internasional yang telah diperjanjikan oleh beberapa negara pencetusnya, baik yang Indonesia sebagai negara pesertanya maupun sebagai pengamat (belum menjadi anggotanya). Perjanjian-perjanjian internasional tersebut antara lain:

a. *The Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*[113].

Konvensi Den Haag 1993 ini mengatur tentang perlindungan anak dan kerjasama dalam hubungan adopsi antar negara. Konvensi ini disepakati pada tanggal 29 Mei 1993 dan dinyatakan mulai berlaku tanggal 1 Mei 1995. Saat ini telah bergabung 90 *contracting states* (per Maret 2013). Beberapa prinsip yang dianut oleh Konvensi Den Haag ini antara lain:

i. *The best interest of the child*
ii. *Subsidiary principle*
iii. *Safeguards to protect children from abduction, sale and trafficking*
iv. *Co-operation between States and within States*
v. *Automatic recognition of adoption decisions*
vi. *Competent authorities, Central Authorities and Accredited Bodies*

Dalam Pasal 1, menguraikan tentang Tujuan Konvensi:

[113] Bahan ini lengkap dan up date atas budi baik tim pengajar Mata Kuliah Konvensi Hukum Perdata Internasional terutama Ibu Lita Arijati, SH., LL.M.

i. Menciptakan perlindungan-perlindungan yang menjamin bahwa adopsi antar negara adalah demi kepentingan yang sebesar-besarnya bagi si anak dan dengan mePasal 2
ii. Konvensi ini akan berlaku apabila seorang anak mempunyai *habitual residence* di salah satu Negara Peserta (*the State of origin/Negara asal*) dipindahkan, sedang dalam proses pemindahan atau telah dipindahkan ke Negara Peserta yang lain (*the receiving State/Negara Penerima*) baik setelah dilakukannya adopsi oleh pasangan suami istri atau seorang yang mempunyai *habitual residence* di Negara Penerima, atau dalam rangka dilakukannya adopsi di Negara Penerima atau di Negara Asal.
iii. Konvensi ini hanya meliputi adopsi2 yang menghasilkan hubungan yang orang tua dan anak yang permanen.

Pasal 2 Konvensi tentang:

i. Konvensi ini akan berlaku apabila seorang anak mempunyai *habitual residence* di salah satu negara Peserta (*the State of origin/Negara asal*) dipindahkan, sedang dalam proses pemindahan atau telah dipindahkan ke Negara Peserta yang lain (*the receiving State/Negara Penerima*) baik setelah dilakukannya adopsi oleh pasangan suami istri atau seorang yang mempunyai *habitual residence* di Negara Penerima, atau dalam rangka dilakukannya adopsi di Negara Penerima atau di Negara Asal.

ii. Konvensi ini hanya meliputi adopsi yang menghasilkan hubungan antara orang tua dan anak yang permanen.

Dalam Pasal 3 Konvensi ini mengatur tentang :

i. Batas usia adoptandus sebelum 18 tahun
ii. memperhatikan hak-hak dasarnya yang diakui dalam hukum internasional,
iii. Menciptakan suatu sistem kerjasama diantara Negara-negara Peserta Konvensi untuk menjamin bahwa perlindungan-perlindungan tersebut dihargai dan juga untuk mencegah penculikan, penjualan dan perdagangan anak;
iv. Menjamin pengakuan dalam Negara-negara Peserta Konvensi terhadap adopsi yang dilakukan berdasarkan konvensi ini.

Persyaratan Adopsi Antar Negara menurut Konvensi Den Haag adalah :

i. Syarat-syarat adoptandus dapat diadopsi berdasarkan instansi yang berwenang dari negara asal (pasal 4)
ii. Syarat-syarat adoptant dapat mengadopsi berdasarkan instansi yang berwenang dari negara penerima (pasal 5)
iii. *Central authority* dan badan terakreditasi sebagai instansi yang berwenang pada masing negara peserta (pasal 6 -13)

Tata Cara Adopsi menurut Konvensi Den Haag:

i. Calon *Adoptant* mengajukan permohonan adopsi ke *Central Authorithy* dari Negara Penerima
ii. *Central Authority* dari Negara Penerima mempersiapkan informasi mengenai Calon Adoptant

apabila dianggap memenuhi untuk mengadopsi yang dikirim ke Central Authority dari Negara Asal

iii. *Central Authority* dari Negara Asal juga akan mempersiapkan informasi mengenai Adoptandus apabila dianggap memenuhi untuk diadopsi yang akan dikirimkan ke *Central Authority* dari Negara Penerima

iv. Apabila *Central Authority* dari kedua belah pihak menganggap semua syarat sudah terpenuhi barulah Adoptandus dapat diserahkan ke calon Adoptant.

Sampai saat ini Indonesia belum bergabung sebagai anggota peserta Konvensi Den Haag 1993 tentang Adopsi Antar Negara.

b. *1980 Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction", 25 Oktober 1980.*

Konvensi ini dinyatakan berlaku pada tanggal 1 Desember 1983, setelah dilakukan ratifikasi dan deposit instrumen ratifikasi oleh Canada, Perancis dan Portugal kepada kementerian Luar negeri Belanda. Pada tanggal 10 April 2014 telah diikuti oleh 93 negara peserta baik dengan jalan ratifikasi maupun assesi. Indonesia sampai saat ini belum menjadi negara peserta.

Dalam Mukadimah Konvensi dengan tegas dinyatakan dalam hal pemeliharaan anak kepentingan anak merupakan hal yang utama (*the interest of children are of paramount importance in matters relating to their custody*). Konvensi ini dimaksudkan untuk melindungi anak-anak secara internasional dari pengaruh yang membahayakan karena pemindahan atau penguasaan mereka secara melawan hukum dan menciptakan tata cara yang menjamin pengembalian mereka ke negara di mana

mereka mempunyai kediaman sehari-hari (*habitual residence*) dan menjamin dilindunginya hak kunjung.[114]

Tujuan dari Konvensi ini diatur dalam Pasal 1 sebagai berikut :

i. Untuk menjamin pengembalian dengan segera anak-anak yang dipindahkan ke atau dikuasai secara melawan hukum di dalam suatu negara peserta. (*to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in an Contracting state).*

ii. Untuk menjamin bahwa hak pemeliharaan anak dan hak kunjung berdasarkan hukum dari salah satu Negara Peserta berlaku di Negara Peserta lainnya *(to ensure that rights of custody and accsess under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States).*

Dari hal tersebut dapat terlihat tujuan dari Konvensi dapat dijumpai baik dalam Mukadimah maupun dalam Pasal 1.

Sebagai catatan dikemukakan di sini melindungi anak secara internasional dari pengaruh yang membahayakan karena pemindahan atau penguasaan secara melawan hukum ini yaitu dari (salah satu) orang tua–dalam Konvensi ini hanya dari segi perdata, bukan dari segi pidana

Pasal 2

Negara Peserta akan malakukan segala usaha untuk memastikan terlaksananya tujuan Kovensi dalam

[114] Zulfa Djoko Basuki, Dampak perkawinan campuran terhadap Pemeliharaan Anak)Child Custody) Tinjauan dari Segi Hukum Perdata Internasional, Yasif Watampone, jakarta 2005, hal173.

wilayahnya. Untuk itu akan diberlakukan prosedur yang cepat dan efisien.

Pasal 3

Pemidahan dan penguasaan seorang anak dinyatakan melawan hukum :

a. Bila hal itu melanggar hak pemeliharaan anak yang berada pada seseorang, institusi atau badan lain, baik bersama-sama maupun sendiri-sendiri, berdasarkan hukum yang berlaku di Negara di mana si anak mempunyai tempat kediaman sehari-hari segera sebelum pemindahan dan penguasaan yang melawan hukum itu terjadi.
b. Pada saat pemindahan dan penguasaan yang melanggar hukum itu terjadi, hak pemeliharaan anak itu benar-benar sedang dilaksanakan baik secara bersama-sama atau sendiri-sendiri kalau saja tidak terjadi pemindahan atau penguasaan secara melawan hukum itu.

Dijelaskan dalam pasal ini bahwa hak pemeliharaan anak dalam sub a diatas timbul sebagai akibat dari praktek hukum atau karena suatu Putusan administratif atau putusan berdasarkan hukum (mis. purusan Hakim-kursip dari penulis) atau sebagai akibat dari suatu perjanjian yang mempunyai efek hukum berdasarkan hukum dari negara tersebut.

(Tentang kepada siapa hak pemeliharaan /asuh) anak akan jatuh (kepada ibu atau ayah), bukan menjadi wewenang Konvenssi, hal ini diatur oleh ketentuan masing2 negara (peserta).

Selanjutnya Pasal 4 mengatur kepada siapa Konvensi in berlaku yaitu Konvensi ini berlaku terhadap setiap anak yang mempunyai tempat kediaman sehari-hari di negara peserta sebelum terjadinya pelanggaran terhadap hak pemeliharaan anak atau hak kunjung dari kedua orang tuanya. Konvensi ini tidak berlaku apabila si anak telah mencapai umur 16 (enam belas) tahun.

Pasal 5 Konvensi, mengatur, sebagai berikut:

a. "Hak-hak pemeliharaan anak" (*rights of custody),* mencakup :

   Hak–hak berkenaan dengan pemeliharaan diri pribadi si anak (*rights relating to the care of the person of the child)* dan terutama hak-hak untuk menentukan tempat kediaman (sesungguhnya) dari si anak *(particular, the right to determine the child"s place of residence);*

b. "Hak Kunjung" *(rights of access)*, mencakup hak untuk membawa si anak untuk jangka waktu terbatas, ke tempat selain dari tempat kediaman sehari-hari si anak.

Dengan memperhatikan ketentuan–ketentuan di atas terlihat peranan tempat kediaman sehari-hari si anak (*child"s habitual residence*) sangat menentukan. Hal ini sejalan dengan Konvensi-Konvensi tentang anak sebelumnya antara lain Konvensi Den Haag 1961, yaitu:

1. Konvensi tentang Kewenangan dari Otoritas dan Hukum Yang Berlaku berkenaan dengan Perlindungan Terhadap Anak-Anak Di bawah Umur *(Convention Concerning The Power of Authorities and The Law Applicable In Respect of The Protection of*

Minors), The Hague, October 5, 1961, (Pasal 1 yang menyatakan hukum yang berlaku bagi perlindungan anak di bawah umur ini adalah "hukum tempat kediaman sehari-hari si anak);

2. Konvensi Den Haag 1996 tentang Tanggungjawab Orang Tua, *(Convention On Jurisdiction, Applicable law, Recognition, Enforcement And Cooperation In respect Of Parental Responsibility And Measures For The Protection Of Children)*, The Hague 19th October 1996. (a.l diatur dalam pasal 5 sub 2 : " ... in case of a change of the child's *habitual residence* to another Contracting State, the authorites of the Stete of a new *habitual residence* have jurisdiction."

Tidak dijumpai definisi dari *habitual residence* baik di dalam Konvensi 1980 maupun di dalam Konvensi-Konvensi Den Haag lainnya. Oleh karena itu, definisi diserahkan kepada pengadilan.[115] Untuk menentukan apa yang diartikan dengan "habitual residence", diperlukan fakta yang spesifik dan istilah itu tetap bisa berubah-ubah. Misalnya di Amerika Serikat yang mempunyai lebih dari satu Negara Bagian, maka pengertian "*habitual residence*" itu menunjuk pada negara bagian di mana anak tersebut bertempat tinggal atau dimana anak itu hidup. Antara lain dapat disebut definisi yang diberikan oleh The *Third Circuit* dalam kasus Feder v Evans-Eder (Feder v Evan-Feder, 63 F.3d 217 (3 Cir.1955) yang menyatakan: "tempat kediaman sehari-

[115] Baca lebih jauh Joel R.Brandes and Carole L.Weidman yang dimuat dalam The New York Law Journal, "'dimuat tgl 23 September 1977, hal.2 dengan judul "Law and The Family "Habitual Residence" under The Hague Convention, diunduh dari situs internet, file:///AI/7=Joel, 7 Desember 1997, jam 02:39:13, dikutip dari Zulfa DB op cit hal 175.

hari si anak adalah tempat di mana ia berada secara fisik untuk suatu janka waku cukup untuk penyesuaian dirinya dengan lingkungan baru yakni pada "tingkatan maksud untuk menetap" dari sudut pandang si anak " (*a chld's habitual residence is the place where he or she has been physically present for an amount of time sufficient for acclimatization and that has a "degree of settled purpose" from the child's pesrspective).* Defenisi atau batasan lain yang dikemukakan oleh Lennard Palsson dalam bukunya, "*Marriage and Devorce In Comparative Conflict of Laws, (Leiden A.W.Stijthof, 1*974 al 77-78): *... " No single criterion is decisive..... it is often said the inquiry should be directed toward finding out where the person has " the centre of his social relations, the country with wich he is "most closely connected".* Dapat pula disebut batasan yang diberikan oleh *Committee of Ministers of the Council of Europe: "indetermining wether the residence is habitual, acoount is to be taken of the duration and the continuity of the residence as well as of other facts of a personal or professional nature which point to durable ties between a person and his residence*." (dikutip dari Resolutio (72) 1, adopted by the Committee of Ministers on 18 January 1972).

Sedangkan fungsi dari "*habitual residence*" tersebut dalam Konvensi 1980 adalah sebagai faktor penghubung (*connectng factor*), yang digunakan oleh konvensi untuk menentukan apakah si anak berada di dalam lingkup Konvensi dan apakah benar telah terjadi pemindahan atau penguasaan secara melawan hukum sesuai dengan Pasal 3 Konvensi.

Selain hal-hal yang dikemukakan di atas, tidak ditemuinya definisi yang baku dari istilah habitual resience dalam Konvensi 1980 ini, menyebabkan pengertian yang dipakai ditentukan oleh hukum di mana perkara itu di adili. Tidak dapat disangkal bahwa pengertian "*habitual residence*" ini mempunyai hubungan yang erat dengan pengertian "domisili". Di Inggris dikenal 3 (tiga) macam domisili yaitu:

a. "*domicile of origin*", yakni domisili pada waktu seseorang dilahirkan yaitu negara di mana ayahnya berdomisili pada waktu ia dilahirkan. Bila anak itu merupakan anak tidak sah maka domisili si ibu yang menentukan. "Domisily of origin" ini tetap berlangsung sampai terbentuk "domisile of choice". *Domicilie of choice* ini dipertahankan terus sampai dilepaskan. Apabila "domicile of choice" ini dilepaskan tanpa diperoleh suatu "domicile of choice" yang baru, maka "domicile of origin" hidup kembali berdasarkan *"doctrine of revival*". Dengan demikian dapat dikatakan "domicile of origin" memegang peranan sebagai "reserve".

b. "*Domicile of choice*".

   Untuk memperoleh "domicle of choice" ini diperlukan 3 (tiga) syarat yaitu:

   1. Kemampuan. Artinya dewasa, tidak dibawah pengampuan, bukan wanita di dalam pekawinan
   2. "residence", mempunyai kediaman sehari-hari (habitual physical precense) pada satu tempat tertentu ;

3. Mempunyai hasrat untuk menetap "permanent residence", di tempat tinggal yang baru dengan pengertian ia harus mempunyai hasrat untuk "hidup dan mati" dalam negara yang dipilihnya itu.

c. "*domicile by operation of law*". Disebut juga sebagai domisili ikutan "dependent". Domisili seorang perempuan bersuami, ikut domisili suaminya, domisili seorang anak di bawah umur akan ikut domosili ayahnya.

Adanya pengertian yang berbeda dari "domisili" seperti yang dianut di Inggris ini merupakan salah satu faktor yang menghambat dalam pelaksanaan Konvensi ini.

Untuk melaksanakan *The 1980 Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, setiap negara peserta harus membentuk *CA* (Pasal 6 ayat 1) yang bertugas bekerjasama satu sama lain guna menjamin pengembalian si anak ke negara di mana ia mempunyai *"habitual residence",* dan guna mencapai tujuan lain dari Konvensi (Pasal 7 ayat (1)). Bila suatu negara merupakan negara federal adalah bebas untuk membentuk lebih dari satu *Central Authority*. Untuk itu ditunjuk Central Authority tertentu, kemana permohonan akan dialamatkan di dalam negara tersebut (Pasal 6 ayat 2);

Sebagai contoh, di Amerika Serikat, Departemen Luar Negeri bagian masalah Anak-anak (*Department of State's Office of Children's Issues* (CI), bertindak sebagai *CA*.

Pasal 7 ayat 2 huruf a sd i mengatur kewajiban dari *CA* untuk bekerjasama satu sama lainnya guna menjamin tercapainya tujuan Konvensi antara lan:

1. Menemukan keberadaan si anak yang dipindahkan dan dikuasai secara melawan hukum.
2. Menjamin pengembalian secara sukarela si anak atau mengadakan resolusi perdamaian dari masalah itu.
3. Bertukar informasi tentang latar belakang si anak;
4. Memprakarsai atau memudahkan lembaga atau institusi hukum atau proses administasi untuk memulangkan si anak, dan dalam kasus-kasus tertentu membuat pengaturan untuk menjamin pelaksanaan hak kunjung yang efektif.
5. Dst

   Mengenai siapa yang berhak untuk mengajukan permohonan pengembalian si anak secara aman, sesuai dengan Pasal 3 diatur dalam Pasal 8 Konvensi. Hal itu menunjuk kepada seseorang, badan atau badan hukum lainnya yang hak pemeliharaanya telah dilanggar berdasarkan Pasal 3 Konvensi. Permohonan tersebut diajukan ke *CA* di negara peserta di mana diperkirakan si anak dipindahkan dan dikuasai, karena ada batas waktu satu tahun yang harus dipenuhi (Pasal 12 ayat 1).

   Bila semua syarat sudah dipenuhi maka *CA* dari negara pemohon akan menyerahkan permohonan tersebut kepada *CA* negara di mana diperkirakan si anak berada utuk diproses.

Terkait dengan pengecualian dari kewajiban Pengembalian Si Anak ke negara di mana si anak mempunyai *habitual residence*, hal ini diatur dalam Pasal 13 Konvensi. Terdapat 3 (tiga) dasar penolakan yaitu:

a. Tidak melaksanakan hak pemeliharaan anak, setuju atas pemindahan atau setuju secara diam-diam (*non exercise of custodial rights, consent to removal or acquiscence).*

b. *Grave risk of harm* (risiko berat yang merugikan/membahayakan si anak)

c. Anak menolak untuk dikembalikan, dengan akasan ia sudah cukup matang untuk memberikan penilaian sendiri (*has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views*).

d. *Settled in new environtment.* Si anak telah mapan di lingkungannya yang baru. Misalnya telah mapan bersekolah ditempat yang baru, mempunyai teman-teman baru, telah dianggap termasuk kedalam lingkungan keluarga "*abducted parent*". (Pasal 12 Konvensi).

e. Infringement of human rights and fundamental freedom.

Pemindahan itu melanggar hak-hak asasi manusia dan kebebasan yang fundamental (Pasal 20 Konvensi),

Pengertian ini sama (*equivalent*) dengan "public policy reservation" yang dapat ditemui pada hampir semua Konvensi Den Haag.

Selain itu, beberapa sejumlah kendala yang dihadapi dalam melaksanakan Konvensi ini adalah:

a. Begitu pula dengan pengertian "wrongfully retention", sesuai dengan pasal 12 jo pasal 13 Konvensi. Kapan dianggap telah terjadi penguasaan secara melawan

hukum terhadap si anak, apakah sejak si anak dibawa pergi oleh si "abuductor" dari tempat di mana ia mempunyai "habitual residence" atau setelah "berada diluar batas wilayah", terdapat berbagai interpretasi, seperti antara laIn dari Dicey-Morris dan Peter Nygh.

b. Masalah lain adalah dari mana diukur "jangka waktu satu tahun" telah berlalu sejak pemindahan secara melawan hukum itu, apakah sejak dimasukkannya permohonan ke Central Authority (pasal 8), atau sejak dimasukkannya perkara ke pengadilan atau otoritas administratif (pasal 12). Hal ini disebabkan tidak ada keharusan untuk memasukkan perkara dimulai dari Central Authority , tetapi dapat pula langsung ke pengadilan atau otoritas administrasi setempat. Dari beberapa kasus yang diputus di Amerika Serikat, pengajuan lebih dahuku ke Central Authority dapat berakibat si ayah kehilangan haknya. Hal ini disebabkan karena menurut hukum yang berlaku di Amerika Serikat yang berhak untuk memerintahkan pemulangan si anak hanyalah pengadilan. Central Authority hanya mempunyai hak memprakarsai dan membantu pemulangan, tidak dapat memaksakan dan memerintahkan pemulangan si anak.

c. Selain itu, berdasarkan Pasal 35 Konvensi 1980 ini bahwa konvensi hanya berlaku bagi negara peserta. Dengan demikian bila anak dilarikan ke negara lain bukan negara peserta kemudian oleh *abductor* dimintakan hak pemeliharaan anak di negara bukan penanda tangan (bukan negara peserta), anak-anak dapat disembunyikan. Tidak ada upaya yang dapat

dilakukan oleh orang tua yang anaknya dipindahkan dan dikuasai secara melawan hukum untuk memulangkan anak itu , (kecuali antara kedua Negara ada perjanjian bilateral), bukan saja karena si anak di "abduct" ke Negara bukan penanda tangan Kpnvensi, tetapi si anak mngkin telah mempunyai "habitual residence" baru di sana. Sebagai contoh dikemukakan sebuah kasus Mohsen v Mohsen, US District Court for Wyoming (1989). Dalam kasus ini pengadilan menolak untuk mempertimbangkan gugatan si ayah untuk mengembalikan si anak ke "habitual residence" nya di Bahrain, karena bahrain bukan negara peserta Konvensi.

c. *Convention on The Service Abroad of Judicial And Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters 1965/* Konvensi Den Haag 1965;[116]

Konvensi Den Haag 1965 ini lahir pada 15 November 1965 dan mulai berlaku sejak 10 Februari 1969. Konvensi ini mengatur tentang penyampaian di luar negeri dari dokumen-dokumen hukum maupun luar pengadilan dalam persoalan-persoalan perdata dan dagang. Konvensi ini bertujuan untuk mempermudah lalulintas hukum dan menghilangkan berbagai penghalang-penghalang yang selama ini dirasakan dalam praktek hukum mengenai cara pemanggilan di luar negeri dalam perkara-perkara perdata dan dagang. Selain itu, konvensi ini bertujuan untuk mempermudah cara penyampaian, panggilan-panggilan dan pemberitahuan-pemberitahuan resmi

[116] Sudargo Gautama, *Indonesia dan Konvensi-konvensi Hukum Perdata Internasional,* cetakan pertama, edisi ketiga, (Bandung: Penerbit PT. Alumni, 2002), hal 23.

dalam perkara-perkara perdata yang harus dilakukan apabila pihak yang bersangkutan berada di luar negeri.

Misalnya apabila perlu dipanggil tergugat dalam suatu perkara Pengadilan Negeri Jakarta yang berada di luar negeri, maka pada waktu sekarang ini amat sukar jalan yang harus ditempuh karena penuh dengan formalitas. Dengan diterimanya Konvensi Den Haag 1965 ini akan terhindar berbagai kesulitan yang kini dihadapi oleh para hakim di Indonesia apabila harus memanggil orang-orang yang berada di luar negeri atau harus menyampaikan pemberitahuan-pemberitahuan resmi misalnya tentang Keputusan suatu perkara kepada orang-orang di luar negeri. Prosedur yang berlaku sekarang ini adalah sangat berbelit-belit dan memakan banyak waktu serta biaya. Panggilan harus disampaikan melalui Departemen Kehakiman RI (Sekarang Kementrian Hukum dan HAM RI), Kejaksaan, Departemen Luar Negeri dan Kedutaan Besar RI di luar negeri secara berturut-turut.

Dalam Konvensi ini dianggap cukup apabila panggilan dapat langsung diajukan kepada suatu badan khusus yang ditunjuk untuk itu oleh tiap-tiap negara yang ikut serta dalam konvensi ini. Badan tersebut dinamakan *Central Authority* (Pasal 2 Konvensi). Kemudian badan inilah yang akan menyampaikan panggilan secara langsung kepada orang yang bersangkutan. Dengan demikian berbagai formalitas dan kesulitan yang berbelit-belit telah dihindarkan dan ditiadakan. Sampai saat ini Indonesia belum bergabung dalam Konvensi Den Haag 1965 ini.

d. *Convention on The Taking of Evidence Abroad of Judicial And Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* 1970[117]*;*

Konvensi ini lahir pada 18 Maret 1970 dan mulai berlaku sejak 7 Oktober 1972. Konvensi ini tentang pengambilan bukti-bukti di luar negeri dalam perkara-perkara perdata dan dagang. Konvensi inibertujuan untuk:

i. Memfasilitasi pengiriman dan pelaksanaan dari *letter of request* dan mengakomodir adanya perbedaan-perbedaan cara-cara yang digunakan untuk tujuan ini
ii. Meningkatkan kerjasama antarnegara dalam kasus perdata dan dagang

Dengan konvensi ini antara lain memungkinkan pejabat peradilan dari suatu negara peserta Konvensi Den Haag tersebut untuk sesuai dengan ketentuan dalam hukum negara bersangkutan meminta kepada pejabat dari negara peserta lainnya untuk mengambil suatu kesaksian atau suatu perbuatan hukum lainnya dengan menggunakan apa yang dinamakan suatu *letter of request.*

Dari konvensi ini tercetus ide untuk membentuk suatu badan yang menyalurkan segala sesuatu permintaan untuk pengambilan pembuktian untuk mempercepat dan memperlancar segala sesuatu. Inilah badan yang juga dinamakan *"Central Authority"* yang bertugas untuk menerima *letter of request* (surat permohonan) dari pejabat peradilan negara peserta lainnya dan meneruskannya kepada pejabat yang berwenang di negaranya sendiri. Sampai saat ini

[117] Ibid., hal.36.

Indonesia belum bergabung dalam Konvensi Den Haag 1970 ini.

e. *Convention Abolishing The Requirement of Legalisation For Foreign Public Documents 1961*[118]

Konvensi tentang Penghapusan Syarat Legalisasi untuk Dokumen-dokumen luar negeri. Konvensi ini bertujuan untuk menghapuskan syarat-syarat adanya legalisasi diplomatik atau konsuler dari dokumen-dokumen luar negeri yang bersifat dokumen publik. Yang menjadi latar belakang pembentukan konvensi ini anatar lain:

i. Berkembangnya hubungan antar warga negara, termasuk hubungan hukum yang bersifat perdata.
ii. Tak jarang hubungan hukum tersebut memerlukan atau didasari oleh adanya dokumen-dokumen yang bersifat publik.
iii. Dalam praktek negara-negara, dokumen-dokumen publik yang berasal dari luar negeri harus dilegalisasi terlebih dahulu agar dapat digunakan di wilayah hukumnya.

Dalam Pasal 1 konvensi, dirumuskan tentang apa saja yang termasuk dalam kategori dokumen publik, antara lain:

(a) Dokumen-dokumen yang berasal dari suatu instansi atau pejabat yang mempunyai hubungan dengan pengadilan-pengadilan badan-badan peradilan dari suatu negara;
(b) Dokumen-dokumen administratif;
(c) Akte-kate Notaris;

[118] Ibis., hal. 77.

(d) Sertifikat-sertifikat resmi yang ditempelkan atas dokumen-dokumen yang ditandatangani oleh pejabat yang berwenang.

Pasal 2 konvensi ini menjelaskan bahwa dokumen-dokumen yang termasuk dalam Pasal 1 tidak memerlukan syarat legalisasi dan formalitas satu-satunya adalah agar dibuatkan suatu *apostille* atas dokumen itu sendiri. Ditentukan bahwa caranya adalah dengan catatan stempel atas dokumen itu sendiri atau atas suatu slip kertas yang dinamakan *Apostille.*

Sampai saat ini, Indonesia belum bergabung dalam Konvensi Internasional tentang Apostille ini. Walaupun beberapa pertemuan dan kegiatan telah dilakukan oleh Kementrian Hukum dan HAM dan Kementrian Luar Negeri RI dalam rangka keikutseraan Indonesia dalam konvensi ini. Beberapa manfaat yang akan diperoleh oleh Indonesia apabila mengaksesi konvensi ini antara lain:

4. Prosedur legalisasi menjadi lebih sederhana karena berdasarkan *Apostille Convention* hanya akan diperlukan satu tahap saja untuk melegalisasi dokumen publik yang berasal dari luar negeri;
5. Merupakan realisasi dari komitmen Indonesia untuk terus mendorong terciptanya pemerintahan yang terbuka dan transparan;
6. Meningkatkan kualitas pelayanan publik dengan menghilangkan prosedur birokrasi yang kurang efisien; dan
7. Mendorong peningkatan investasi asing karena kemudahan yang didapat dalam prosedur legalisasi

berbagai dokumen publik yang diperlukan dalam ranah investasi.

d. *Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Judenganement 1971*[119]

Konvensi ini mengatur tentang pengakuan dan pelaksanaan Putusan Pengadilan Asing untuk perkara-perkara Perdata dan Dagang. Ketentuan dalam Pasal 1 Konvensi menyebutkan tentang beberapa pengecualian, antara lain bidang status personal, penciptaan atau kelanjutan badan-badan hukum, kewajiban alimentasi, soal-soal warisan, kepailitan, jaminan social dan ganti rugi dalam hal nuklir. Pengecualian lain juga dalam hal Biaya Bea Cukai, Pajak, atau denda.

Menurut konvensi ini, syarat untuk dapat diberikannya pengakuan dan pelaksanaan di negara lain apabila putusan tersebut:

1. Putusan tersebut telah diucapkan oleh suatu pengadilan yang dianggap telah mempunyai kompetensi, sesuai dengan ketentuan Konvensi. Pasal 4 ayat (1) : Hakim pembuat keputusan yang harus diakui atau dilaksanakan, harus hakim yang berwenang.
2. Keputusan bersangkutan dalam pengucapannya sudah memperoleh kekuatan pasti (Pasal 4 ayat (1) sub 2).

Pada Pasal 10 Konvensi menyebutkan bahwa Lembaga Peradilan suatu negara, mempunyai wewenang apabila memenuhi beberapa syarat:

---

[119] Sudargo Gautama (i), *The Commercial Laws of Indonesia*, cetakan pertama, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1998), hal. 49.

1. Pihak tergugat, pada saat dimulainya perkara, mempunyai habitual residence di negara tempat pengucapan putusan;
2. Jika pihak tergugat mempunyai cabang/usaha di negara tempat pengucapan, telah digugat karena soal-soal yang timbul dari usaha dagang yang dilakukan oleh kantor cabang tersebut.

Sampai dengan akhir tahun 2014, peserta konvensi ini hanya sejumlah lima negara. Indonesia belum termasuk sebagai anggota konvensi ini. Dalam hal pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing, masih berlaku Pasal 346 RV yang menyatakan bahwa putusan pengadilan asing tidak dapat dilaksanakan di Indonesia.

e. *Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency 1986/* Konvensi MIGA[120]*;*

Konvensi ini diprakarsai oleh Bank Dunia. Konvensi MIGA ini merupakan salah satu usaha tambahan untuk memperkuat kerja sama secara internasional guna perkembangan ekonomi dan untuk memberikan sumbangan pada perkembangan dan pertumbuhan modal asing. Modal asing ini terutama milik swasta di negara-negara berkembang.

Tujuan dibentuknya konvensi ini adalah untuk meningkatkan jumlah Penanaman Modal di negara-negara berkembang, dan diharapkan tercapainya pengurangan terhadap *non commercial risk*. Konvensi MIGA ini merupakan salah satu alat bantu yang memegang

[120] Ibid., hal. 375.

peranan penting dalam mempromosikan penanaman modal asing di negara-negara berkembang.

Oleh karena itu maka didirikan suatu badan tersendiri yang dinamakan MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*). MIGA ini merupakan Badan Hukum sehingga dapat mengadakan kontrak-kontrak, memperoleh dan melepaskan harta benda, memilikinya, baik benda bergerak maupun tidak bergerak. Selain itu MIGA juga dapat menjalankan perkara atas nama MIGA sendiri sebagai badan hukum yang mempunyai status personal sendiri menurut hukum.

Menurut Konvensi MIGA, yang termasuk ke dalam *Non commercial Risk* antara lain :

a) Resiko terhadap transfer moneter
b) Adanya pencabutan hak milik atau nasionalisasi dan tindakan=tindakan serupa.
c) Adanya pelanggaran perjanjian
d) Adanya perang atau perang saudara.

Pemerintah RI telah ikut serta menandatangani Konvensi MIGA pada 27 Juni 1986 di Washington DC. Kemudian tanda pengesahan ini dituangkan di dalam Keputusan Presiden No. 45 Tahun 1986 tentang Pengesahan terhadap Konvensi MIGA.

f. *Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* /Konvensi New York 1958[121]*;*

Pada bulan Juni 1958 Majelis Umum PBB mengesahkan *Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* di New York . Konvensi tersebut ditandatangani oleh 40 negara dan

[121] Ibid., hal. 324.

mulai berlaku pada 7 Juni 1959. Konvensi ini mengatur tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing.

Konvensi New York 1958 menganut prinsip universal (*universality principle).* Artinya negara peserta konvensi akan mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase internasional yang dibuat di negara manapun, sekalipun negara tersebut bukan negara peserta konvensi sepanjang persyaratan yang telah ditentukan dalam konvensi telah dipenuhi. Selain prinsip universal, Konvensi New York mengandung beberapa prinsip antara lain:

1. Putusan arbitrase internasional mempunyai kedudukan yang sama dengan putusan arbitrase domestik.
2. Putusan arbitrase bersifat mengikat walaupun sifat mengikat itu tidak dinyatakan di dalam putusan.
3. Tidak menganut double exequatur. Pelaksanaan putusan hanya diberikan di wilayah negara anggota dimana putusan dimintakan pelaksanaannya.
4. Untuk pelaksanaan putusan diperlukan dokumen yang bersifat sederhana dari para pihak, yaitu: asli putusan dan perjanjian.

Terhitung sejak 7 Oktober 1981, melalui Keputusan Presiden RI (Keppres) No. 34 Tahun 1981 dan diterbitkan dalam Lembaran Negara RI No.40 tahun 1981. Keppres ini mengatur tentang Pengesahan terhadap Konvensi New York 1958 disertai dengan dua pensyaratan/ *reservation*, yaitu *reciprocity reservation* dan *commercial reservation.*

g. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States 1965/Konvensi ICSID*[122].

Konvensi ICSID ini ditandatangani 18 Maret 1965, mulai berlaku 14 sejak Oktober 1966. Terbentuknya Konvensi adalah sebagai akibat dari situasi perekonomian dunia pada saat itu, dimana negara berkembang melakukan tindakan sepihak terhadap perusahaan-perusahaan dimana investor asing menanam modal.

Tujuan utama dibentuknya konvensi adalah:

1. Menjembatani jurang atau mengisi kekosongan upaya hukum dalam menyelesaikan kasus-kasus penanaman modal, dengan memberikan suatu mekanisme khusus berupa fasilitas arbitrase atau konsiliasi.
2. Mendorong dan melindungi arus modal dari negara maju kepada negara penerima modal(negara berkembang).

Mengenai Jurisdiksi konvensi, ada dua syarat yang harus dipenuhi, yaitu:

1. Harus ada suatu "*Legal Dispute*", yang timbul secara langsung dari suatu Penanaman Modal
2. Sengketa terjadi antara negara peserta dengan warganegara dari negara peserta konvensi lain.

Mengenai Hukum yang digunakan oleh Dewan Arbitrase ICSID adalah:

1. Hukum yang dipilih oleh para pihak (Psl 42 a.1)

[122] Sudargo Gautama (i), hal. 78.

2. Jika para pihak tidak melakukan pilihan hukum, maka hukum yang akan dipakai adalah hukum dari negara peserta yang menjadi pihak dalam sengketa.
3. Pihak Pemerintah dianggap sebagai pihak yang paling utama. Negara dimana dilaksanakan investasi dan sehari-hari dihadapi dengan masalah-masalah berkenaan dengan Penanaman Modal, adalah yang mempuyai titik taut terbanyak. Sewajarnya dipilih sebagai sistem hukum yang harus berlaku untuk kontrak

Sejak 29 Juni 1968, Pemerintah Indonesia telah bergabung dengan Konvensi ICSID dengan dikeluarkannya Undang-Undang No. 32 Tahun 1968. Tujuan Indonesia bergabung dalam konvensi ini adalah untuk mendorong dan membina Penanaman Modal Asing di Indonesia. Dengan diundangkannya UU tersebut, berarti Pemerintah Indonesia memberikan Jaminan kepada investor asing untuk dapat menyelesaikan perselisihan di bidang investasi di hadapan Lembaga ICSID.

UU HPI Indonesia dapat memasukkan/mengadopsi ketentuan dan pasal-pasal dari berbagai konvensi internasional di bidang HPI yang belum diratifikasi oleh Indonesia, tetapi dirasa penting untuk melindungi kepentingan warga-negara Indonesia.

BAB IV
LANDASAN FILOSOFIS, SOSIOLOGIS, DAN YURIDIS

A. Landasan Filosofis

Nilai-nilai hakiki dan luhur yang hidup dalam masyarakat yang terangkum dalam Pancasila merupakan landasan bagi pengaturan Hukum Perdata Internasional. Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 mengamanatkan bahwa Pemerintah Negara Indonesia mempunyai tugas antara lain melindungi seganap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa.

Selama ini, hubungan keperdataan internasional didasarkan pada AB dan undang-undang yang lahir pasca kemerdekaan. Tidak dapat dipungkiri lagi bahwa peraturan yang dibuat oleh penjajah diarahkan untuk selalu memberikan keuntungan bagi penjajah itu sendiri. Demikian halnya dalam pembuatan dan pemberlakuan Pasal 16, 17, dan 18 AB. Aturan peninggalan penjajah sudah menyimpang dari politik hukum kita sehingga tidak akan dapat memberikan perlindungan kepada segenap bangsa dan tumpah darah Indonesia apalagi untuk memberikan kesejahteraan sebagaimana amanat pembukaan UUDNRI Tahun 1945.

Penyusunan asas-asas Hukum Perdata Internasional yang dituangkan dalam suatu kodifikasi tentunya akan menjadi landasan yang komprehensif bagi setiap hubungan perdata kita dengan negara lain sehingga dapat tercapai kepastian hukum dan keadilan yang pada akhirnya akan memberikan perlindungan kepada warga negara kita.

B. Landasan Sosiologis

Dalam era globalisasi dan perdagangan bebas yang tidak lagi memperhatian 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 pembedaan yang ada saat ini hanya Warga Negara dan Orang Asing. Adanya masukan untuk membuat Rancangan Undang-Undang HPI, tidak lepas 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, mengakibatkan perlu adanya hukum yang mengatur atas persoalan Hukum Perdata Internasional.

Persoalan yang terkait dengan Hukum Perdata Internasional dapat timbul dari penentuan: 1) 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, serta 3) sejauh mana pengadilan harus memberikan pengakuan serta melaksanakan putusan-putusan pengadilan asing. Pembentukan Rancangan Undang-Undang Hukum Perdata Internasional untuk menjadi Undang-Undang tentang Hukum

Perdata Internasional diharapkan dapat membantu hakim di pengadilan atas persoalan-persoalan HPI, disamping itu diharapkan dapat memberikan kepastian hukum baik bagi orang asing yang melakukan hubungan hukum dengan WNI maupun bagi WNI yang melakukan hubungan hukum dengan orang asing.

Dalam proses perubahan hukum (terutama yang tertulis) pada umumnya dikenal adanya tiga badan yang mengubah hukum, yaitu badan-badan pembentuk hukum, badan-badan penegak hukum dan badan-badan pelaksana hukum. Dengan demikian, kondisi tersebut mengakibatkan bahwa saluran-saluran untuk mengubah hukum dapat dilakukan melalui beberapa badan. Artinya, bahwa hukum harus berubah agar sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Maka perubahan-perubahan tersebut tidak hanya tergantung pada suatu badan saja. Apabila ada faktor-faktor prosedural salah satu badan yang mengalami hambatan, maka badan-badan lainnya dapat melaksanakan perubahan-perubahan tersebut.

Proses pembentukan Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Hukum Perdata Internasioanal telah dimulai sejak tahun 1983. Namun sampai saat ini belum juga menjadi Undang-Undang, padahal Peraturan HPI yang ada saat ini yang merupakan warisan Kolonial Belanda sudah tidak memadai lagi. Dalam bidang Hukum Perdata Internasonal, Indonesia termasuk tertinggal dibandingkan negara-negara lain di sekitarnya. Faktor ketertinggalan ini akan menimbulkan berbagai persoalan pula. Terutama apabila dalam praktek di pengadilan, lembaga penegak hukum Indonesia tidak bisa menerapkan kaidah-kaidah

Hukum Perdata Internasional yang berlaku baik secara khusus maupun secara umum.

Kaidah-kaidah hukum (termasuk kaidah HPI) merupakan suatu sistem tersendiri dalam masyarakat yang merupakan suatu jaringan dari hubungan-hubungan antar manusia, hubungan antar manusia dengan kelompok sosial dan hubungan antara sesama kelompok sosial. Jaringan tersebut merupakan sub sistem dalam masyarakat dan berpengaruh pada lembaga-lembaga yang ada pada masyarakat. Misalnya 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. Sebagai contoh permasalahan HPI di bidang perkawinan, perceraian, adopsi, harta benda perkawinan dan masalah warisan.

Demikian pula dalam Bidang Hukum Kontrak, walaupun berlaku asas kebebasan berkontrak, namun dalam prakteknya 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 Internasional, maka merupakan keharusan bagi Hakim Indonesia untuk menguasai teori-teori HPI tentang kedua hal tersebut.

Dalam masyarakat Indonesia, persoalan HPI sudah menjadi persoalan yang berkembang dengan begitu cepat dan beragam. Namun sayangnya hal ini tidak diimbangi dengan peraturan hukum di bidang HPI yang mengikuti cepatnya dan beragamnya persoalan HPI itu. Untuk itu perkembangan HPI dalam masyarakat perlu dilengkapi dengan aturan hukum yang dapat mengikuti kondisi serta keanekaragaman persoalan HPI. Inilah yang menjadi Landasan Sosiologis untuk dibuatnya Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Hukum Perdata Internasional.

C. Landasan Yuridis

Negara, dalam melindungi aktivitas hukum warganya yang bersentuhan dengan warga negara asing, 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). Saat ini, kita tidak mempunyai banyak peraturan HPI yang tertulis. Tiga pasal dalam AB (Pasal 16 – 18) yang telah diambil alih dari HPI Negeri Belanda, pasal 6, 7, dan 10 yang

kembali dioper dari Pasal 3 dst. Code Civil Perancis. Karena tidak adanya perundang-undangan yang sistematis maka bukan saja sulit untuk mengetahui apa yang merupakan hukum dalam persoalan-persoalan HPI, tetapi juga membawa ketidakpastian dan keragu-raguan bukan saja bagi si pelaksana hukum, tetapi juga bagi si pencari hukum. Para pihak tidak dapat mengetahui dengan baik apakah yang merupakan hukum, apalagi bila antara penulis HPI ini terdapat perbedaan paham mengenai persoalan-persoalan yang dihadapinya.

Sebagai Landasan Yuridis, Undang-undang yang mengatur hubungan hukum yang termasuk dalam Hukum Perdata Internasional tersebar di dalam beberapa perundang-undangan nasional. Untuk bidang Hukum Keluarga dan Status Personal, peraturan yang relevan 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. Undang-undang Pokok Agraria (UU No.5 Tahun 1960) yang dikaitkan dengan Perkawinan Campuran, terutama pada Pasal 21 ayat (1) yang mengatur tentang status hak milik yang hanya bisa diperoleh/dimiliki oleh WNI.

Dalam Undang-Undang No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan, memberikan kewarganegaraan ganda terbatas kepada anak-anak yang dilahirkan dari Perkawinan campuran, sampai si anak berusia 18 tahun. Beberapa pasal dalam undang-undang tersebut yang berhubungan dengan perkawinan campuran antara lain Pasal 4 butir (c) dan (d), Pasal 19 dan Pasal 26. Sedangkan pengaturan tentang Adopsi Internasional (Inter Country Adoption), terdapat dalam

Peraturan Pemerintah RI No. 54 Tahun 2007 tentang Pelaksanaan Pengangkatan Anak. Untuk 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. 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 Investasi, terdapat di dalam Pasal 7 ayat 1 dan 2 dan Pasal 32 ayat 4. Intisari dari Pasal 32 tersebut adalah " 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".

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. Ayat (2) mengatur bahwaPerseroan mempunyai alamat lengkap sesuai dengan tempat kedudukannya. Dan ayat (3) mengatur bahwa Dalam surat-menyurat, pengumuman yang diterbitkan oleh Perseroan, barang cetakan, dan akta dalam hal Perseroan

menjadi pihak harus menyebutkan nama dan alamat lengkap Perseroan.

Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, dalam Pasal 65-69 mengatur tentang Arbitrase Internasional. Dalam Pasal 65 diatur tentang Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang memiliki kewenangan dalam hal pelaksanaan putusan arbitrase internasional berdasarkan syarat-syarat yang diatur di dalam Pasal 66 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.

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

A. Sasaran

Hal/ Keadaan yang ingin dicapai dengan membentuk UU HPI adalah:

1. Tercapainya kodifikasi hukum sebagai perangkat aturan-aturan hukum yang tersusun secara sistematis, dan dapat memberikan petunjuk kearah penyelesaian secara adil bagi persoalan-persoalan hukum yang mengandung unsur asing.
2. Sistem hukum perdata internasional di samping harus dapat menjamin kepentingan bangsa Indonesia, hendaknya juga tidak *misplaced* diantara sistem-sistem hukum lainnya di dunia. Nasionalisme di bidang hukum memang baik, tetapi nasionalisme hukum yang sempit akan merugikan pertumbuhan hukum itu sendiri.
3. Untuk menghindari kekosongan hukum, asas-asas umum HPI *(General Priciples of Private Internasional Law)* dari konvensi-konvensi hukum internasional khususnya yang mengatur Hukum Perdata Internasional dapat dipakai tentunya sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan-ketentuan Undang-Undang Dasar 1945 dan falsafah Pancasila. Dengan memperhatikan ketentuan-ketentuan Hukum Perdata Internasional dalam berbagai konvensi internasional yang ada, kita sebenamya telah menyerasikan sistim Hukum Perdata Intemasional kita dengan ketentuan-ketentuan Hukum Perdata

Internasional yang untuk sebagian besar dianut oleh *The family of nations* di dunia.

B. Jangkauan dan Arah Pengaturan

1. Hubungan antara UU HPI dengan peraturan HPI dalam peraturan perundang-undangan yang lain merupakan hubungan antara ketentuan umum *(lex generalis)* dan ketentuan khusus *(lex specialis)*. Ketentuan dalam UU HPI berlaku sebagai ketentuan umum. Jika terdapat peraturan perundang-undangan yang khusus, maka peraturan inilah yang berlaku sesuai dengan asas *lex specialis derogate legi generali.*
2. Aturan HPI yang termuat dalam Pasal 16, 17, dan 18 *Algemene Bepalingen Van Wetgeing voor Indonesia* dan ketentuan-ketentuan mengenai HPI lain yang diatur dalam peraturan perundang-undangan, dinyatakan tidak berlaku lagi karena sudah tidak memadai.
3. UU HPI memuat asas-asas dan teori-teori khusus yang memberikan pengaturan dan/atau petunjuk cara menyelesaikan berbagai masalah HPI.

C. Ruang Lingkup dan Materi Muatan

1. Ketentuan Umum
   a) Hukum Indonesia adalah Hukum Positif yang berlaku di dalam wilayah Republik Indonesia.
   b) Hukum Nasional adalah hukum suatu negara yang berlaku bagi orang berdasarkan asas kewarganegaraan.
   c) Hukum Intern Indonesia adalah seluruh hukum yang berlaku di Indonesia untuk peristiwa-peristiwa hukum

dan hubungan-hbungan hukum yang tidak mengandung unsur asing.

d) Hukum Perdata Internasional (Hukum Antar Tata Hukum Ekstern) adalah hukum nasional yang mengatur peristiwa-peristiwa dan hubungan-hubungan hukum perdata yang mengandung unsur asing.

e) Kaidah Hukum Asing adalah kaidah-kaidah hukum negara lain, bisa berupa kaidah internnya saja, kaidah HPI-nya saja atau kaidah intern ditambah kaidah HPI nya.

f) Status Personal adalah status dan kewenangan seseorang dimanapun berada dan kemanapun dia pergi, yang termasuk dalam hukum keluarga.

g) Ketertiban Umum adalah sendi-sendi asasi dari hukum sang hakim yaitu Pancasila, UUD NRI Tahun 1945 dan Peraturan Perundang-Undangan yang berlaku.

h) Penyelundupan hukum: tindakan seseorang yang dengan sengaja menghindari hukum yang seharusnya berlaku bagi dirinya. Akibat perbuatan hukum tersebut menjadi tidak berlaku.

2. Materi Pokok yang akan diatur

a) Asas-Asas Umum Hukum Perdata Internasional

i. Asas-Asas Umum Hukum Perdata Internasional berlaku bagi suatu persoalan jika tidak ada ketentuan dalam undang-undang HPI atau dalam peraturan perundang-undangan lainnya yang mengatur persoalan HPI.

ii. Dalam hal hukum nasional seseorang dinyatakan berlaku, akan tetapi hukum nasional orang tersebut menunjuk kembali *(renvoi)* pada hukum Indonesia

sebagai hukum yang berlaku baginya, hukum yang diterapkan adalah hukum intern Indonesia.

Renvoi tidak berlaku dalam hal para pihak melakukan pilihan hukum. Bilamana para pihak melakukan pilihan hukum, maka pilihan hukum itu hanya menunjuk pada hukum substantive/intern dari hukum Negara yang dipilih.

iii. Kaidah-kaidah hukum asing yang seharusnya berlaku menurut ketentuan-ketentuan HPI, tidak dipergunakan bilamana kaidah-kaidah asing tersebut bertentangan dengan dengan ketertiban umum dan kesusilaan.

iv. Dalam hal hukum nasional seseorang dinyatakan berlaku, akan tetapi orang tersebut mempunyai dua kewarganegaraan atau lebih, hukum yang berlaku adalah hukum yang ditetapkan oleh kewarganegaraan yang paling efektif dan aktif. Apabila terjadi permasalahan mengenai kewarganegaraan dari seseorang yang mempunyai dua kewarganegaraan atau lebih dan salah satu dari kewarganegaraan tersebut adalah kewarganegaraan Indoneisa, hukum yang berlaku adalah hukum Indonesia.

v. Bagi seseorang yang menurut hukum Indonesia adalah orang yang tidak berkewarganegaraan *(stateless)* berlaku hukum dari Negara tempat orang tersebut mempunyai tempat kediaman sehari-hari. Ketentuan ini hanya berlaku sepanjang hal itu menyangkut satatus dan kewenangan untuk bertindak dalam hukum, sedangkan hal-hal lainnya, orang yang

tidak berkewarganegaraandianggap sebagai orang asing.

vi. Apabila di dalam suatu sengketa di muka pengadilan Indonesia hukum asing yang harus berlaku, akan tetapi antara hukum asing yang bersangkutandan hukum Indonesia terdapat perbedaan kualifikasi, kualifikasi hubungan hukum tersebut ditentukan berdasarkan hukum Indonesia *(Kualifikasi Lex Fori)*.

vii. Apabila dalam suatu peristiwa atau hubungan HPI harus berlaku hukum dari suatu Negara yang mengenal suatu sistem Hukum Antar Tata Hukum Intern hukum yang dipakai adalah hukum yang ditentukan oleh kaidah-kaidah Hukum Antar Tata Hukum Intern itu.

viii. Perseroan terbatas, perkumpulan, dan badan-badan hukum lainnya tunduk pada hukum dari negara tempat badan hukum tersebut didirikan dan menentukan kewarganegaraannya. Badan Hukum yang didirikan di luar wilayah RI yang melaksanakan kegiatannya di dalam wilayah RI tunduk pada ketentuan hukum Indonesia. Badan Hukum yang didirikan di luar wilayah RI yang melaksanakan kegiatannya di dalam wilayah RI tunduk pada ketentuan hukum Indonesia *(Teori Inkorporasi).*

ix. Apabila hukum suatu negara asing yang seharusnya diterapkan tidak dapat diketahui dengan pasti dan jelas oleh hakim, hukum yang diterapkan adalah Hukum Intern Indonesia.

x. Selama tidak ditentukan lain oleh UU HPI atau peraturan perundang-undangan lainnya, sahnya

suatu bentuk perbuatan hukum ditentukan oleh hukum dari negara tempat perbuatan itu dilakukan. (Kecuali apabila perbuatan hukum tersebut dilakukan dengan sengaja untuk menghindarkan menghindari hukum yg harus berlaku bagi dirinya atau untuk mencegah penyelundupan hukum). Bagi perbuatan hukum yang berkenaan dengan benda, hukum yang mengatur tentang benda tersebut adalah hukum negara dimana benda itu terletak.

xi. Kemampuan dan ketidakmampuan seseorang untuk bertindak dalam hukum diatur oleh hukum nasionalnya. Orang asing yang melakukan suatu perbuatan hukum di Indonesia dianggap mempunyai kemampuan untuk melakukan perbuatan itu sepanjang menurut Hukum Indonesia ia mampu melakukannya. Kemampuan tersebut tidak berlaku bagi perbuatan hukum di bidang Hukum Kekeluargaan dan Hukum Waris. Sepanjang menyangkut perbuatan hukum yang berkenaan dengan benda tidak bergerak, kemampuan hukum seseorang untuk melakukan perbuatan hukum yang denikian diatur oleh hukum Negara tempat benda tidak bergerak itu terletak.

xii. Status dan kewenangan hukum seorang warga Negara Indoensia yang berada di luar negeri tunduk pada hukum Indonesia. Status dan kewenangan hukum dari orang asing yang berada di dalam wilayah Negara RI tunduk pada hukum nasionalnya. Status dan kewenangan hokum dari orang asing yang secara terus

menerus menetap di Indonesia selama 10 tahun tunduk pada hukum Indonesia.

xiii. Hal hilangnya orang asing dan akibat-akibat hukumnya tunduk pada hukum nasionalnya. Akibat hukum yang menyangkut benda-benda tidak bergerak yang terletak di wilayah Negara RI tunduk pada hukum Indonesia.

xiv. Pengadilan Indonesia tidak dapat menempatkan orang asing di bawah pengampuan berdasarkan suatu alasan yang tidak dibenarkan oleh hukum Indonesia, meskipun alasan itu dibenarkan oleh hukum nasional orang asing tersebut.

xv. Pengampuan bagi warga Negara Indonesia yang berdomisili atau bertempat kediaman di luar negeri tunduk pada hukum Indonesia.

xvi. Kewenangan ataupun kemampuan membuat kontrak yg telah diperoleh seseorang tidak akan hilang atau dibatasi apabila dia kehilangan ataupun memperoleh kewarga-negaraan Jerman.

b) Kontrak

Perjanjian yang mengandung unsur asing tunduk pada hukum yang dipilih para pihak, baik yang disebutkan secara tegas, maupun tersirat dalam perjanjian. Dalam bidang Kontrak Internasional dianut paham kebebasan para pihak untuk memilih hukum yang berlaku, sepanjang tidak bertentangan dengan dengan asas ketertiban umum.

Apabila tidak dilakukan pilihan hukum, maka hukum yang berlaku adalah hukum dari tempat tinggal

atau tempat kedudukan pihak yang melakukan prestasi yang paling karateristik.

Penerapan dari pengertian prestasi yang paling karakteristik adalah antara lain sebagai berikut:

1) Perjanjian jual beli dan penyerahan benda-benda bergerak diatur oleh hukum dari negara tempat kediaman sehari-hari dari pihak penjual atau pihak yang menyerahkan;
2) Perjanjian-perjanjian perusahaan, Perjanjian pemberi kuasa, Perjanjian perwakilan atau keagenan, Perjanjian komisi, Perjanjian pengangkutan, Perjanjian ekspedisi, barang dagangan, Perjanjian konsinyasi dan perjanjian penyimpanan diatur oleh hukum dari negara dimana pada saat dilangsungkannya perjanjian, terletak tempat kediaman sehari-hari dari pihak pengusaha, pihak yang menerima kuasa, pihak yang mewakili atau agen, komisioner, makelar pengangkutan, ekspeditur dan penerima penyimpanan.
3) Bagi perjanjian asuransi yang dipergunakan hukum dari negara dimana pada saat dilangsungkan perjanjian terletak tempat kedudukan perusahaan asuransi tersebut.
4) Bagi perjanjian yang penerbitan dipergunakan hukum dari negara di mana pada saat dilangsungkan perjanjian terletak domisili pihak penerbit
5) Bagi perjanjian yang dilangsungkan dalam rangka kegiatan perusahaan, dan dilangsungkan di tempat kedudukan badan hukum atau domisili dari orang yang menjadi pihak, maka hukum yang berlaku

adalah hukum dari negara perusahaan itu bertempat kedudukan;

6) Bagi perjanjian di bursa berlaku hukum dari tempat di mana bursa itu diadakan. Ketentuan ini berlaku pula bagi perjanjian yang dilangsungkan di pasar-pasar umum.

Ketentuan mengenai pilihan hukum yang yang dilakukan atau dipilih oleh para pihak baik secara tegas, maupun tersirat tidak boleh bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan yang tidak dapat dikesampingkan (mutlak memaksa), karena fungsi sosial ekonominya dalam menunjang pembangunan nasional. Misalnya: peraturan tentang devisa, kuota impor ekspor perburuhan dan sebagainya.

Hukum dari negara tempat suatu peristiwa hukum terjadi menentukan apakah peristiwa itu adalah suatu perbuatan melanggar hukum, serta menentukan segala akibat hukumnya. Akibat hukum yang termasuk dalam suasana hukum dari negara lain daripada tempat terjadinya perbuatan melanggar hukum itu dapat ditentukan oleh hukum dari negara lain tersebut.

Pada asasnya diterima teori klasik untuk perbuatan melanggar hukum yaitu hukum dari tempat perbuatan melanggar hukum telah terjadi *(lex loci delict commissi)*. Akan tetapi, demi keadilan dan berdasarkan yurisprudensi maupun pendapat para penulis modern, maka apabila perlu dapat diadakan pelembutan sehingga kaidah klasik tersebut tidak dipergunakan secara kaku. Dengan demikian lingkungan sosial, jika perlu turut

diperhatikan sebagaimana sudah dikenal pula dalam yurisprudensi di negara kita.

c) Benda

Ketentuan yang mengatur benda dan kebendaan tunduk pada hukum negara tempat benda terletak atau berada. Hal ini menganut prinsip *lex rei sitae.* Prinsip ini dipergunakan, baik untuk benda bergerak maupun benda tak bergerak.

Sementara pengaturan mengenai benda bergerak yang diangkut dari suatu negara ke negara lain diatur oleh para pihak, namun jika tidak diatur maka berlaku hukum negara tempat benda tersebut berada, jika berada di laut bebas, maka hukum yang berlaku adalah hukum tempat tempat gugatan diajukan. Benda yang dalam pengangkutan *(in transitu)* perlu diatur dengan ketentuan tersendiri tentang hukum yang harus berlaku, yaitu hukum dari negara tujuan atau negara dimana benda bersangkutan seharusnya diterima.

d) Keluarga

1) Perkawinan

Untuk penyelenggaraan daripada perkawinan dipakai hukum dari tempat dimana perkawinan itu dilakukan (Lex loci Celebrationis) dengan memperhatikan ketertiban umum para pihak.

Perihal tentang syarat materil perkawinan ditentukan oleh hukum nasional masing-masing pihak yang melangsungkan perkawinan, sepanjang

hukum nasional tempat melangsungkan pernikahan tidak menentukan lain

Mengenai kewarganegaraan baru yang diperoleh suami isteri setelah perkawinan dilangsungkan tidak mengubah akibat hukum dari perkawinan mereka sepanjang menyangkut hal-hal yang terjadi sebelum terjadi perubahan kewarganegaraan. Dengan kata lain sebelum terjadinya perubahan kewarganegaraan, mereka diatur menurut hukum yang semula mengatur perkawinan mereka.

Tetapi apabila peristiwa atau perbuatan hukum (dalam hal ini perkawinan) yang dilakukan setelah perubahan kewarganegaraan mereka, maka mereka tunduk pada hukum nasionalnya yang baru.

Apabila setelah perkawinan dilangsungkan salah seorang suami atau istri memperoleh kewarganegaraan yang dimilikinya pada saat perkawinan dilangsungkan, akibat-akibat hukum dari perkawinan mereka tidak berubah.

2) Harta Benda Perkawinan

Hukum Harta Benda Perkawinan ialah semua ketentuan hukum mengenai harta bersama, harta bawaan maupun harta terpisah. Dalam hal suami isteri berkewarganegaraan sama, maka akan dipakai hukum nasional mereka.

Apabila berdasarkan hukum nasionalnya suami istri dapat mengadakan perjanjian perkawinan, ketentuan mengenai harta benda mereka tunduk pada perjanjian tersebut dan harus memenuhi

syarat-syarat yang ditentukan oleh hukum nasional mereka.

Mengenai harta benda perkawinan antara suami isteri yang berbeda kewarganegaraan diatur oleh hukum yang dipilih oleh para pihak dengan ketentuan:

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

Namun jika 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.

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.

Dimana 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 yang mereka pilih. Jika tidak ada pilihan hukum, maka yang berlaku adalah hukum dari tempat kediaman sehari-hari pertama dari suami isteri.

3) Perceraian

Perceraian termasuk bidang status personal, maka dipergunakan prinsip nasionalitas. Jika terjadi perceraian suami isteri yang mempunyai kewarganegaraan sama diatur oleh hukum nasional mereka.

Namun apabila suami istri mempunyai kewarganegaraan yang berbeda tetapi keduanya tinggal di negara yang sama, maka hukum yang berlaku adalah hukum dari tempat kediaman mereka sehari-hari. Sementara apabila suami istri mempunyai kewarganegaraan yang berbeda tetapi keduanya berdomisili di negara yang berlainan, maka hukum yang berlaku adalah hukum tempat mereka perceraian diajukan. Prinsip yang dianut untuk perceraian ini adalah sesuai dengan pendirian modern dalam yurisprudensi dan pendapat para sarjana Hukum Perdata Internasional, yang mengutamakan pemakaian hukum dari tempat

kediaman sehari-hari suami isteri, jika kewarganegaraan mereka berbeda.

Berkaitan dengan akibat perceraian seperti hak pengasuhan anak dan harta benda diterapkan sesuai dengan asas hukum yang berlaku, contohnya untuk harta benda yang berbentuk benda tidak bergerak maka diberlakukan hukum dimana benda itu berkedudukan. Sedangkan untuk hak pengasuhan anak maka hak asuh ditetapkan berdasarkan dimana anak itu berdomisili, dan jika terdapat pelanggaran dalam hak asuh anak (*child abduction*) maka diterapkan aturan perundang-undangan internasional yang berlaku salah satunya adalah *The Hague Conventions on Child Abduction.*

Perceraian berdasarkan permufakatan bersama hanya dapat dilakukan jika hal itu dibolehkan oleh hukum nasional masing-masing pihak dan hukum tempat gugatan perceraian diajukan. Dalam praktek di Indonesia sudah dikenal cara perceraian berdasarkan permufakatan bersama. Yurisprudensi di Indonesia juga sudah membenarkan perceraian berdasarkan keretakan dalam perkawinan yang tidak dapat diperbaiki lagi. Hal ini telah diatur pula dalam Pasal 19 PP No.9 Tahun 1975 sebagai peraturan pelaksana UU Perkawinan (UU No. 1 Tahun 1974)

Perihal pembatalan perkawinan dapat dimungkinkan dengan ditentukan oleh hukum yang mengatur syarat-syarat materiil perkawinan tersebut. Apabila yang digunakan sebagai alasan untuk pembatalan perkawinan itu adalah kekeliruan,

penipuan dan paksaan hukum yang berlaku adalah hukum dari negara tempat perkawinan dilangsungkan.

4) Penculikan Anak Lintas Batas

Dalam Mukaddimah Konvensi 1980 dengan tegas dinyatakan bahwa Konvensi ini untuk melindungi anak-anak secara internasional dari pengaruh yang membahayakan karena pemindahan dan penguasaan mereka secara melawan hukum dan menciptakan tata cara yang menjamin pengembalian mereka ke negara dimana mereka mempunyai kediaman sehari-hari dan menjamin dilndunginya hak kunjung. Dalam kasus child abduction, yang harus diingat adalah policy dan pengertian umum dari Konvensi yang didasarkan pada asumsi bahwa system hukum dan putusan pengadilan mempunyai nilai yang sama di semua negara peserta. Demikian pula dengan putusan pemeliharaan anak (custody decision). Apabila suatu putusan tentang pemeliharaan anak (custody) ini telah diputus di negara habitual residence si anak (yang adalah juga merupakan negera peserta) maka pengadilan negara peserta di mana si anak dimohonkan pengembalian si anak, tidak perlu lagi mereview apa yang telah diputus oleh negara peserta lainnya itu. Di beberapa negara peserta tertentu seperti Jerman, masih memperlakukan kasus-kasus child abduction ini seperti kasus-kasus pemeliharaan anak biasa.

5) Kewarganegaraan (anak dari perkawinan campuran)

Sah tidaknya seorang anak diatur oleh hukum nasional dari suami dari ibu anak yang bersangkutan pada saat anak itu dilahirkan. Apabila pada saat anak dilahirkan, suami tersebut telah meninggal dunia sah atau tidaknya anak tersebut ditentukan oleh hukum nasional suami tersebut pada saat ia meninggal. Hukum nasional tersebut berlaku pula bagi gugatan tentang penyangkalan sah tidaknya seorang anak.

Hak dan kewajiban antara orang tua dan anak sah tunduk pada hukum nasional ayah. Apabila seorang anak dilahirkan dari seorang wanita yang tidak menikah, hak dan kewajiban antara ibu dan anak tunduk pada oleh hukum nasional dari wanita tersebut.

Pengesahan anak tunduk pada hukum nasional ayah pada saat pengesahan dilakukan. Apabila pada saat itu ayah tersebut telah meninggal,hukum yang berlaku adalah hukum nasional dari ayah pada saat ia meninggal.

Perwalian bagi anak dibawah umur, alasan-alasan bagi perwalian kekuasaan dan kewajiban wali terhadap anak di bawah umur tunduk pada hukum nasional anak tersebut, dengan memperhatikan kepentingan anak tersebut.

Kekuasaan seorang wali sepanjang berkenaan dengan benda tak bergerak tunduk pada hukum dari negara tempat beda tak bergerak tersebut terletak. Hal ini merupakan pengecualian dari prinsip

nasionalitas, dimana yang dipergunakan adalah hukum tempat letaknya benda tak bergerak tersebut sesuai dengan asas *lex rei sitae.*

Jika terjadi pencabutan kekuasaan orang tua, ketentuannya menggunakan hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman sehari-hari.

Kewajiban untuk memberi nafkah tunduk pada hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman sehari-hari. Pemakaian hukumtempat kediaman sehari-hari dari anak bersangkutan adalah sesuai dengan fungsi sosial lembaga alimentasi, yaitu sebagai perlindungan bagi anak ini, adalah patut bila diutamakan hukum tempat anak ini sehari-hari berada secara *de facto*, ekonomis dan sosial tempat anak harus dididikdan dibesarkan. Dalam Konvensi Hukum Perdata Internasional yang mutakhir, antara lain dalam Konvensi tentang Aliementasi (Pasal 1 Konvensi Den Haag Tahun 1956) terdapat pula ketentuan serupa, yaitu bahwa dipakai tempat kediaman sehari-hari anak bersangkutan untuk segala masalah alimentasi ini.

Pengangkatan anak tunduk pada hukum nasional dari pihak yang mengangkat dan anak yang diangkat apabila mereka mempunyai kewarganegaan yang sama. Apabila pihak yang mengangkat dan anak yang diangkat mempunyai kewarganegaraan yang berbeda, kemampuan dan syarat-syarat bagi pengangkatan anak ditentukan oleh hukum dari

negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman.

Pengangkatan anak dititikberatkan pada tempat kediaman sehari-hari dari anak. Prinsip ini telah diterima dalam Konvensi Hukum Perdata Internasional Den Haag tahun 1956 *(Convention on Juridiction, The Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoption)*, jika terdapat kewarganegaraan yang sama antara orang yang mengangkat dan yang diangkat, maka hukum nasional yang dipakai.

Akibat hukum dari pengangkatan anak, baik yang mengenai pihak yang mengangkat maupun anak yang diangkat, tunduk pada hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman.

Mengenai hak dan kewajiban antara anak yang diangkat dan keluarga yang melahirkan anak tersebut tunduk pada hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman.

e) Adopsi

Mengenai Adopsi, agar dipakai Hukum Nasional apabila *adoptant* dan *adoptandus* mempunyai kewarganegaraan yang sama. Jika kewarganegaraan antara kedua pihak ini berlainan, maka kemampuan dan syarat-syarat untuk melakukan adopsi dan untuk diadopsi ditentukan oleh Hukum yang berlaku ditempat kediaman biasa sehari-hari dari sang anak.

Tentang akibat-akibat hukum dari adopsi antara kedua pihak ini diatur juga oleh hukum yang berlaku ditempat kediaman biasa sang anak. Demikian pula hak-hak dan kewajiban antara pihak *adoptandus* dan keluarganya karena kelahiran. Juga dalam hal ini hukum dari tempat kediaman biasa sehari-hari sang anak yang menentukan. Dengan demikian titik berat diletakkan pada tempat kediaman biasa sehari-hari dari sang anak *(Residence Habituelle)* yang diterima dalam Konvensi-konvensi Adopsi Den Haag tahun 1975.

f) Warisan

Warisan, surat wasiat, dan lain-lain peristiwa hukum karena kematian tunduk pada hukum nasional pewaris atau pembuat surat wasiat pada saat kematian.

Prinsip kesatuan hukum dalam warisan yaitu pembedaan antara benda bergerak dan benda bergerak yang diwariskan, dianut dalam hal ini, sesuai dengan yurisprudensi Indonesia baik dalam Hukum Perdata Internasional (Hukum Antar Tata Hukum Extern) maupun dalam bidang Hukum Antar Tata Hukum Intern (Hukum Antar Golongan). Untuk hal yang mengatur mengenai *testament*, dalam ketentuan ini dibuka pintu seluas-luasnya untuk sejauh mungkin mengakui sahnya satu surat wasiat yang telah dibuat. Ini adalah sejalan dengan prinsip *favor testamenti* yang antara lain telah diterima dalam Konvensi Hukum Perdata Internasional yang mutakhir, misalnya dalam *Convention on the Conflict of Laws related to he Form of Testamentary Dispositions*, Tahun 1961.

Surat wasiat dibuat dalam bentuk yang diatur oleh:

- Hukum nasional dari orang yang membuat surat wasiat itu pada saat ia membuatnya atau yang saat kematiannya, atau
- Hukum dari negara tempat tinggal pembuat surat wasiat pada saat ia membuat surat wasiat itu atau pada saat kematiannya, atau
- Hukum dari negara tempat pembuat surat wasiat mempunyai tempat kediaman sehari-hari pada saat ia membuat surat wasiat itu atau pada saat kematiannya, atau
- Hukum dari negara tempat benda tak bergerak terletak sepanjang menyangkut benda tak bergerak.

g) Legalisasi Dokumen Publik

Dengan mengadopsi Konvensi dalam hukum nasional, diharapkan semua prosedur berantai yang berbeli-belit yang mengakibatkan biaya yang mahal dan waktu yang terbuang menjadi terpangkas karena sekarang hanya diperlukan satu formalitas saja yaitu dokumen ”apostille”.

Yang termasuk dalam kategori dokumen publik, antara lain:

1) Dokumen-dokumen yang berasal dari suatu instansi atau pejabat yang mempunyai hubungan dengan pengadilan-pengadilan badan-badan peradilan dari suatu negara;
2) Dokumen-dokumen administratif;
3) Akte-kate Notaris;

4) Sertifikat-sertifikat resmi yang ditempelkan atas dokumen-dokumen yang ditandatangani oleh pejabat yang berwenang.

Bahwa dokumen-dokumen di atas tidak memerlukan syarat legalisasi dan formalitas satu-satunya adalah agar dibuatkan suatu *apostille* atas dokumen itu sendiri. Ditentukan bahwa caranya adalah dengan catatan stempel atas dokumen itu sendiri atau atas suatu slip kertas yang dinamakan *Apostille.* Walaupun dokumen-dokumen administratif berkenaan dengan perdagangan atau bea cukai, tidak termasuk dalam lingkup dokumen publik berdasarkan Konvensi, ICC (*International Chamber of Commerce*) mendukung praktek yang berlaku dewasa ini di beberapa Negara yang menerbitkan sertifikat – sertifikat apostille untuk dokumen-dokumen impor ekspor, sertifikat kesehatan. ICC juga tidak keberatan atas usaha negara-negara tertentu untuk menerbitkan dan menerima apostille elektronik, secara online sebagai bagian dari *Electronic Apostilles Programme*.

i). Badan Hukum

Pengaturan status personal badan hukum harus selaras dengan perkembangan peraturan perundang-undangan nasional. Oleh karena itu, perumusan pengaturan terkait badan hukum adalah sebagai berikut:

1. Perseroan terbatas, perkumpulan, yayasan, dan badan-badan hukum lain tunduk kepada hukum dari negara di mana badan hukum tersebut didirikan dan berkedudukan.

2. Badan hukum yang didirikan di luar wilayah Republik Indonesia yang melaksanakan kegiatannya di dalam wilayah Republik Indonesia tunduk pada ketentuan hukum Indonesia.

h) Perbuatan Melawan Hukum

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Perbuatan Melawan Hukum diatur di dalam Pasal 1365. Perbuatan Melawan Hukum dalam bidang Hukum Perdata Internasional, berlaku teori Klasik yaitu Lex Loci Delicti Commissie. Artinya adalah bahwa hukum yang berlaku untuk suatu perbuatan melawan hukum adalah hukum dimana tempat terjadinya perbuatan melawan hukum.

Kaidah-kaidah HPI yang mengatur materi PMH tidak semata-mata dibataskan pada perbuatan-perbuatan PMH yang telah dilakukan secara sengaja, karena kesalahan pihak yang melakukan, baik secara sengaja atau hanya karena kelalaian.

Teori Klasik dalam menentukan hukum yang berlaku dalam suatu PMH, masih dianut oleh pengadilan Belanda dan Indonesia. Namun ada beberapa negara yang tidak menganut pada teori Klasik dalam menangani perkara PMH, mereka mempraktekan 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. Praktek pengadilan di Inggris, mengkombinasikan antara Teori Klasik dan Teori Lex Fori. Untuk itu, dalam mengajukan gugatan PMH di hadapan pengadilan

Inggris, harus memenuhi dua syarat yaitu *Actionable* dan *Justifiable.* Dalam praktek pengadilan di Amerika, berkembang teori *The Proper Law of a Tort.* Hal tersebut dapat dipelajari dari Yurisprudensi Babcock vs Jackson.

i) Hukum Acara Perdata Internasional Indonesia

Pemeriksaan perkara-perkara yang mengandung unsur asing yang diajukan ke pengadilan Indonesia akan diperiksa sesuai dengan dan berdasarkan ketentuan-ketentuan Hukum Acara di Indonesia, sekalipun perkara itu diajukan oleh penggugat asing atau apabila perkara itu menyangkut benda tak bergerak maupun benda bergerak yang ada di luar negeri atau menyangkut peristiwa atau perbuatan atau kelalaian atau hal yang terjadi di luar negeri. Dengan kata lain Hukum Acara Indonesia berlaku bagi pemeriksaan perkara yang diajukan oleh penggugat asing, menyangkut tergugat asing, atau perkara itu, oleh suatu sebab lain, yang mengandung unsur asing.

Terkait dengan Pengambilan Bukti-Bukti di Luar Negeri dalam Perkara-Perkara Perdata dan Dagang (*Taking of Evidence Abroad of Judicial And Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters),* dilakukan dengan mengajukan surat permohonan (*letter of request*) kepada *central authority.* Pada dasarnya, bagian ini mengadopsi norma dari Konvensi Pengambilan Bukti-Bukti di Luar Negeri dalam Perkara-Perkara Perdata dan Dagang (*Convention on The Taking of Evidence Abroad of Judicial And Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* 1970). Dengan mengadopsi

ketentuan konvensi tersebut, akan tercapai tujuan untuk:

i. Memfasilitasi pengiriman dan pelaksanaan dari *letter of request (surat permohonan)* dan mengakomodir adanya perbedaan-perbedaan cara-cara yang digunakan untuk tujuan ini.
ii. Meningkatkan kerjasama antarnegara dalam kasus perdata dan dagang.

Dengan demikian, dimungkinkan pejabat peradilan dari suatu negara peserta Konvensi tersebut untuk sesuai dengan ketentuan dalam hukum negara bersangkutan meminta kepada pejabat dari negara peserta lainnya untuk mengambil suatu kesaksian atau suatu perbuatan hukum lainnya dengan menggunakan apa yang dinamakan suatu *letter of request* (surat permohonan). *Letter of request* (surat permohonan) itu disampaikan kepada *Central Authority* dari pejabat peradilan negara peserta lainnya dan meneruskannya kepada pejabat yang berwenang di negaranya sendiri

Badan inilah yang akan menyampaikan panggilan secara langsung kepada orang yang bersangkutan. Dengan demikian berbagai formalitas dan kesulitan yang berbelit-belit telah dihindarkan dan ditiadakan:

a) Sebuah Surat Permohonan harus berisi: otoritas yang meminta pelaksanaannya dan kewenangan diminta untuk melaksanakannya, jika diketahui otoritas yang meminta;
b) nama dan alamat para pihak dalam persidangan dan perwakilan mereka, jika ada;

c) sifat dari proses yang bukti diperlukan, memberikan semua informasi yang diperlukan dalam hal tersebut;
d) bukti yang akan diperoleh atau tindakan pengadilan lainnya yang akan dilakukan.

Apabila diperlukan, Surat permohonan mencantumkan, antara lain:

a) nama dan alamat dari orang-orang yang akan diperiksa;
b) pertanyaan yang akan diajukan kepada orang-orang untuk diperiksa atau pernyataan dari subjek-materi tentang yang mereka harus diperiksa;
c) dokumen atau properti lainnya, nyata atau pribadi, untuk diperiksa;
d) persyaratan bahwa bukti tersebut akan diberikan pada sumpah, dan setiap bentuk khusus yang akan digunakan;

metode atau prosedur khusus yang harus diikuti.

Terkait dengan Kerjasama Perdata dan Perdagangan Lintas Negara dalam Bidang Dokumen Yudisial dan Ekstra Yudisial (*Service Abroad of Judicial And Extrajudicial Documents in Civil or Commercial* Matters*),* dilakukan dengan mengajukan surat permohonan (*letter of request*) kepada *central authority.* Pada dasarnya, bagian ini mengadopsi norma dari Konvensi Kerjasama Perdata dan Perdagangan Lintas Negara dalam Bidang Dokumen Yudisial dan Ekstra Yudisial (*Convention on The Service Abroad of Judicial And Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters 1965/* Konvensi

Den Haag 1965). Dengan mengadopsi ketentuan konvensi ini diharapkan tercapainya kemudahan cara penyampaian panggilan dan pemberitahuan resmi perkara-perkara perdata yang diselesaikan di luar negeri dengan menghilangkan berbagai penghalang-penghalang yang selama ini dirasakan dalam praktek hukum mengenai cara pemanggilan di luar negeri dalam perkara-perkara perdata dan dagang. Selain itu, konvensi ini untuk mempermudah cara penyampaian, panggilan-panggilan dan pemberitahuan-pemberitahuan resmi dalam perkara-perkara perdata yang harus dilakukan apabila pihak yang bersangkutan berada di luar negeri.

Jika akan melakukan penyampaian, panggilan-panggilan dan pemberitahuan-pemberitahuan resmi dalam perkara-perkara perdata dan komersial, maka penyampaian *letter of request* diajukan ke suatu badan khusus yang ditunjuk untuk itu oleh tiap-tiap negara (*Central Authority)*

3. Ketentuan Peralihan

Semua ketentuan peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai hukum perdata internasional yang bertentangan dengan ketentuan dalam undang-undang HPI dinyatakan tidak berlaku.

Dengan diberlakukannya pengaturan mengenai Hukum Perdata Internasional ini maka ketentuan yang antara lain tercantum dalam Pasal 16, 17, 18 *Algemene Bepalingen van Wetgeving* dinyatakan tidak berlaku lagi.

BAB VI
PENUTUP

A. Simpulan

1. Beberapa permasalahan yang dihadapi dalam hukum perdata internasional yang terkait dengan kehidupan berbangsa, bernegara, dan bermasyarakat antara lain adalah sampai saat ini peraturan di bidang Hukum Perdata Internasional di Indonesia masih menggunakan peraturan Hindia Belanda, dimana pasal-pasalnya sudah tidak memadai lagi. Di satu sisi, saat ini negara-negara lain di sekitar Indonesia telah memiliki peraturan khusus di Bidang Hukum Perdata Internasional termasuk Belanda. Selama ini pun hakim-hakim di Indonesia masih menggunakan BW dalam menyelesaikan perkara-perkara di bidang Hukum Perdata Internasional. Untuk itu perlu dibuat undang-undang tentang Hukum Perdata Internasional.
2. Semakin hilangnya batas-batas negara, antara lain karana berlakunya "pasar bebas" ASEAN" tahun 2015, keikut sertaan kita diberbagai kesepakatan internasional, hingga terjadinya interaksi antar bangsa yang berkaitan dengan Hukum Perdata Internasional semakin tidak terelakkan,
3. Yang menjadi landasan filosofis pembentukan UU HPI adalah bahwa nilai-nilai hakiki dan luhur yang hidup dalam masyarakat yang terangkum dalam Pancasila merupakan landasan bagi pengaturan Hukum Perdata Internasional. Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 mengamanatkan bahwa Pemerintah Negara Indonesia mempunyai tugas antara lain melindungi seganap bangsa

Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa. Penyusunan asas-asas Hukum Perdata Internasional yang dituangkan dalam suatu kodifikasi tentunya akan menjadi landasan yang komprehensif bagi setiap hubungan perdata kita dengan negara lain sehingga dapat tercapai kepastian hukum dan keadilan yang pada akhirnya akan memberikan perlindungan kepada warga negara kita. Secara sosiologis, era globalisasi dan perdagangan bebas yang tidak lagi memperhatian 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. Secara yuridis, tidak adanya perundang-undangan yang sistematis maka bukan saja sulit untuk mengetahui apa yang merupakan hukum dalam persoalan-persoalan HPI, tetapi juga membawa ketidakpastian dan keragu-raguan bukan saja bagi si pelaksana hukum, tetapi juga bagi si pencari hukum. Para pihak tidak dapat mengetahui dengan baik apakah yang merupakan hukum, apalagi bila antara penulis HPI ini terdapat perbedaan paham mengenai persoalan-persoalan yang dihadapinya. Di sisi lain, para hakim pun masih menggunakan BW dalam menyelesaikan masalah hukum perdata internasional.

4. Sasaran yang akan diwujudkan dengan pembentukan UU HPI adalah tercapainya kodifikasi hukum sebagai perangkat aturan-aturan hukum yang tersusun secara sistematis, dan dapat memberikan petunjuk kearah penyelesaian secara adil bagi persoalan-persoalan hukum

yang mengandung unsur asing; Pengadopsian asas-asas umum HPI dari konvensi-konvensi hukum internasional khususnya yang mengatur Hukum Perdata Internasional ditujukan untuk mengisi kekosongan hukum sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan-ketentuan konsitutusi dan falasafah Pancasila; Dengan adanya UU HPI diharapkan dapat memberikan jaminan perlindungan dan kepastian hukum terhadap kepentingan bangsa Indonesia.

Jangkauan dan Arah Pengaturan UU HPI antara lain: Bahwa hubungan antara UU HPI dengan peraturan HPI dalam peraturan perundang-undangan yang lain merupakan hubungan antara ketentuan umum *(lex generalis)* dan ketentuan khusus *(lex specialis)*. Ketentuan dalam UU HPI berlaku sebagai ketentuan umum. Jika terdapat peraturan perundang-undangan yang khusus, maka peraturan inilah yang berlaku sesuai dengan asas *lex specialis derogate legi generali;* Bahwa *a*turan HPI yang termuat dalam Pasal 16, 17, dan 18 *Algemene Bepalingen Van Wetgeing voor Indonesia* dan ketentuan-ketentuan mengenai HPI lain yang diatur dalam peraturan perundang-undangan, dinyatakan tidak berlaku lagi karena sudah tidak memadai; Bahwa UU HPI memuat asas-asas dan teori-teori khusus yang memberikan pengaturan dan/atau petunjuk cara menyelesaikan berbagai masalah HPI.

Ruang Lingkup dan Materi Muatan UU HPI meliputi Ketentuan Umum yang berisi definisi operasional UU HPI; Materi Pokok yang akan diatur (meliputi Asas-Asas Umum Hukum Perdata Internasional, Perikatan, Benda, Keluarga,

Warisan, Hukum Acara Perdata Internasional Indonesia); Ketentuan Peralihan

B. Saran

Mengingat pentingnya pembentukan UU HPI maka RUU HPI perlu dimasukkan dalam Prolegnas Prioritas Tahun 2016.

DAFTAR PUSTAKA

"Indonesia Butuh Kodifikasi Hukum Perdata Internasional". *http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt505175d29a703/indonesia-butuh-kodifikasi-hukum-perdata-internasional.* Diunduh pada tanggal 11 Februari 2014.

"Pengaruh Globalisasi Hukum Bagi hukum Positif Indonesia". *http://pengacaraonlinecom.blogspot.com/2011/12/b-pengaruh-globalisasi-hukum-bagi-hukum.html.* Diunduh pada tanggal 11 Februari 2014.

Buku 10 Civil Code Establishment and Implementation Act

Bayu Seto Hardjowahono, "Kodifikasi Hukum Perdata Internasional di Bidang Hukum Kontrak Internasional: Tantangan yang Terabaikan Dalam Menghadapi AFTA 2015". Makalah disampaikan dalam *Simposium HPI2–tentang Hukum Kontrak lnternasional.* Diselenggarakan atas kerjasama antara Badan Pembinaan Hukum Nasional. Fakultas Hukum UNPAR, dan kantor hukum Mochtar Karuwin Komar (MKK), di Kampus Univ. Parahyangan Bandung, pada tanggal 7 November 2013.

http://www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/ip_survey/chap4.html , 1 sept 2014

Indonesia Butuh Kodifikasi Hukum Perdata Internasional, *http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt505175d29a703/indonesia-butuh-kodifikasi-hukum-perdata-internasional.* Diuduh pada 15 Januari 2014.

Mulyana. "Masalah-Masalah Hukum Perdata Internasional (HPI) Utama Apa Dalam Praktik Bisnis Dan Perdagangan Yang Perlu Memperoleh Pertimbangan Dalam Pembentukan Undang.Undang Hpi Nasional Di Bidang Kontrak Internasional?". Makalah disampaikan dalam *Simposium HPI2–tentang Hukum Kontrak lnternasional.* Diselenggarakan atas kerjasama antara Badan Pembinaan Hukum Nasional. Fakultas Hukum UNPAR, dan kantor hukum Mochtar

Karuwin Komar (MKK), di Kampus Univ. Parahyangan Bandung pada tanggal 7 November 2013.

Pivavatnapanich, Prasit. "Some Theoretical Remarks on Thai Private International Law Compared to the Continental and the Common Law Traditions." *http://www.thailawforum.com/articles/continental-commonlaw-tradition.html*. Diunduh pada tanggal 25 Agustus 2014.

Hikmahanto Juwana,. "Penyusunan Naskah Akademik sebagai Prasyarat Dalam Perencanaan Pembentukan Rancangan Undang-Undang", Makalah disampaikan dalam *Rapat Pembahasan Tahunan Prolegnas Pemerintah Tahun 2006*, Cisarua Bogor, 2006.

Hui, Wang. "A Review of China's Private International Law During the 30-year Period of Reform and Opening-Up". *Working Paper Series No. 002 pada ASLI Visiting Fellow May 2009. file:///C:/Users/Bid_NA/Downloads/a%20Review%20of%20China%20Internasional%20Private%20Law.pdf* .

Morris, J.H. C. dan P. M. North, Cases and Materials on Private International Law (London: Butterworths, 1984).

Stoffel, Walter "Private Internastional Law". *http://www.unil.ch/cedidac/files/live/sites/cedidac/files/shared/Articles/Intro%20Sw%20Law.pdf*. Diunduh pada tanggal 8 September 2014.

Sudargo Gautama, (a). *Hukum Perdata Internasional Indonesia.* Cetakan Ketiga. Buku Kedua. Bandung: PT. Eresco, 1986.

Sudargo Gautama, (b). *Hukum Perdata Internasional Indonesia.* Cetakan Pertama. Buku Ketujuh. Bandung: Penerbit Alumni, 1981.

Sudargo Gautama, (c). *Hukum Perdata Internasional Indonesia.* Cetakan Ketiga. Buku Ketiga. Bandung: PT. Eresco, 1988.

Sudargo Gautama, (d). *Hukum Perdata Internasional Indonesia.* Cetakan Ketiga. Buku Keempat. Bandung: PT. Alumni, 1998

Sudargo Gautama, (e). *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia.* Cetakan Kelima. Jakarta: Binacipta, 1987.

Sudargo Gautama, (f). *Hukum Perdata Internasional Indonesia.* Cetakan Kedua. Buku Kelima. Bandung: Penerbit Alumni, 1998.

Sudargo Gautama, (g). *Hukum Perdata Internasional Indonesia.* Edisi Kedua. Cetakan Pertama. Buku Keenam. Bandung: Alumni, 1998

Wang Hui , "A Review of China's Private International Law During the 30-year Period of Reform and Opening-Up , Working Paper Series No. 002 pada ASLI Visiting Fellow May 2009.

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).

Zulfa Djoko Basuki, Dampak perkawinan campuran terhadap Pemeliharaan Anak)Child Custody) Tinjauan dari Segi Hukum Perdata Internasional, Yasif Watampone, Jakarta 2005

Peraturan Perundang-undangan :

Algemene Bepalingen Van Wetgeing voor Indonesia (AB)

BW (Burgerlijk Wetbook)

Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.*

_____, *Undang-Undang tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria*, UU No. 5 Th. 1960, LN 1960/104; TLN NO. 2043

_____, *Undang-Undang tentang Perkawinan*, UU No. 1 Th. 1974, LN No. 1, TLN No. 3019.

_____, *Undang-Undang tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, UU No. 30 Th 1999, LN No. 138, TLN No. 3872.*

_____, *Undang-Undang tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia, UU No. 12 Th 2006, LN No. 63, TLN No. 4634.*

_____, *Peraturan Pemerintah tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, PP No. 9 Th 1975, LN No. 12, TLN No. 3050.*

_____, *Peraturan Pemerintah tentang Pelaksanaan Pengangkatan Anak, PP No. 54 Th 2007*, LN No. 123. LN No. 138, TLN No. 4768.

Convention on the Law Applicable to Surnames and Given names, 1980 (Art 27);

Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriage 1978 (Art 27);

Hague Convention on Matrimonial Property, 1978

Convention on the Protection of Children and Cooperation in Respecs of Intercountry Adoptions 1933;

International Instrumens on Child Abduction (Article 114);

Convention on the Law Appllicable to Maintenance Obligations 1973 (Article 116)

Convention on the Law Applicable to Agency 1978 (Article 125).

[RANCANGAN]

UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA

TENTANG

HUKUM PERDATA INTERNASIONAL

DENGAN RAHMAT TUHAN YANG MAHA ESA

PRESIDEN REPUBLIK INDONESIA,

Menimbang :

a. bahwa untuk mewujudkan tujuan pembentukan Pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia serta memajukan kesejahteraan umum, dan mencerdaskan kehidupan bangsa, diperlukan ada jaminan kepastian hukum bagi masyarakat untuk melakukan aktivitasnya dalam rangka globalisasi di berbagai bidang;
b. bahwa dengan perkembangan globalisasi yang semakin pesat di bidang ekonomi, sosial, budaya, ilmu pengetahuan dan teknologi pada dewasa ini, telah memberikan warna dalam perkembangan hukum sehingga perlu adanya kodifikasi hukum sebagai perangkat aturan-aturan hukum yang tersusun secara sistematis, dan dapat memberikan petunjuk kearah penyelesaian secara adil bagi persoalan-persoalan hukum yang mengandung unsur asing;
c. bahwa Pasal 16, 17, dan 18 AB yang selama ini digunakan dalam permasalahan Hukum Perdata Internasional sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan dan kebutuhan masyarakat, sehingga perlu dibentuk suatu undang-undang untuk menjamin kepastian hukum masyarakat;
d. bahwa berdasarkan pertimbangan sebagaimana dimaksud dalam huruf a, huruf b, dan huruf c, , perlu membentuk Undang-Undang tentang Hukum Perdata Internasional;

Mengingat : Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 20 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dengan Persetujuan Bersama
DEWAN PERWAKILAN RAKYAT REPUBLIK INDONESIA
DAN
PRESIDEN REPUBLIK INDONESIA

MEMUTUSKAN:

Menetapkan : UNDANG-UNDANG TENTANG HUKUM PERDATA INTERNASIONAL.

BAB I
KETENTUAN UMUM
Pasal 1

Dalam Undang-Undang ini yang dimaksudkan dengan:

1. Hukum Intern Indonesia adalah seluruh hukum yang berlaku di Indonesia untuk peristiwa-peristiwa hukum-hukum dan hubungan-hbungan hukum yang tidak mengandung unsur asing.
2. Hukum Indonesia adalah Hukum Positif yang berlaku didalam wilayah Republik Indonesia.
3. Hukum Nasional adalah hukum suatu negara yang berlaku bagi orang berdasarkan asas kewarganegaraan.
4. Hukum Perdata Internasional adalah hukum nasional yang mengatur peristiwa-peristiwa dan hubungan-hubungan hukum perdata yang mengandung unsur asing.
5. Kaidah Hukum Asing adalah kaidah-kaidah hukum negara lain.
6. Hukum antar Tata Hukum adalah hukum yang diterapkan apabila di dalam suatu peristiwa atau hubungan hukum terdapat dua atau lebih sistem hukum yang bertautan karena perbedaan negara.
7. Hukum antar Tata Hukum Intern adalah hukum yang diterapkan apabila dalam suatu negara terdapat dua atau lebih sub sistem hukum intern yang bertautan dalam suatu peristiwa atau hubungan hukum.

8. Status Personal adalah status dan kewarganegaraan seseorang yang termasuk dalam hukum kekeluargaan.

BAB II
ASAS- ASAS UMUM HUKUM PERDATA INTERNASIONAL
Pasal 2

Hukum Perdata Internasional dilaksanakan berdasarkan:

a. Asas-Asas Umum Hukum Perdata Internasional berlaku bagi suatu persoalan jika tidak ada ketentuan dalam undang-undang HPI atau dalam peraturan perundang-undangan lainnya yang mengatur persoalan HPI.

b. Dalam hal hukum nasional seseorang dinyatakan berlaku, akan tetapi hukum nasional orang tersebut menunjuk kembali pada hukum Indonesia sebagai hukum yang berlaku baginya, hukum yang diterapkan adalah hukum intern Indonesia.

c. Kaidah-kaidah hukum asing yang seharusnya berlaku menurut ketentuan-ketentuan HPI, tidak dipergunakan bilamana kaidah-kaidah asing tersebut bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan.

d. Dalam hal hukum nasional seseorang dinyatakan berlaku, akan tetapi orang tersebut mempunyai dua kewarganegaraan atau lebih, hukum yang berlaku adalah hukum yang ditetapkan oleh kewarganegaraan yang paling efektif dan aktif. Apabila terjadi permasalahan mengenai kewarganegaraan dari seseorang yang mempunyai dua kewarganegaraan atau lebih dan salah satu dari kewarganegaraan tersebut adalah kewarganegaraan Indonesia, hukum yang berlaku adalah hukum Indonesia.

e. Bagi seseorang yang menurut hukum Indonesia adalah orang yang berkewarganegaraan berlaku hukum dari negara tempat orang tersebut mempunyai tempat kediaman sehari-hari. Ketentuan ini hanya berlaku sepanjang hal itu menyangkut satatus dan kewenangan untuk bertindak dalam hukum, sedangkan hal-hal lainnya, orang yang tidak berkewarganegaraandianggap sebagai orang asing.

f. Apabila di dalam suatu sengketa di muka pengadilan Indonesia hukum asing yang harus berlaku, akan tetapi antara hukum asing yang bersangkutandan hukum Indonesia terdapat perbedaan kualifikasi, kualifikasi hubungan hukum tersebut ditentukan berdasarkan hukum Indonesia.

g. Apabila dalam suatu peristiwa atau hubungan HPI harus berlaku hukum dari suatu Negara yang mengenal suatu sistem Hukum Antar Tata Hukum Intern hukum yang dipakai adalah hukum yang ditentukan oleh kaidah-kaidah Hukum Antar Tata Hukum Intern itu.

h. Perseroan terbatas, perkumpulan, dan badan-badan hukum lainnya tunduk pada hukum dari negara tempat badan hukum tersebut didirikan dan menentukan kewarganegaraannya. Badan Hukum yang didirikan di luar wilayah RI yang melaksanakan kegiatannya di dalam wialayah RI tunduk pada ketentuan hukum Indonesia.

i. Apabila hukum suatu negara asing yang seharusnya diterapkan tidak dapat diketahui dengan pasti dan jelas oleh hakim, hukum yang diterapkan adalah Hukum Intern Indonesia.

j. Selama tidak ditentukan lain oleh UU HPI atau peraturan perundang-undangan lainnya, sahnya suatu bentuk perbuatan hukum ditentukan oleh hukum dari negara tempat perbuatan itu dilakukan. Bagi perbuatan hukum yang berkenaan dengan benda tidak bergerak, hukum dari negara tempat benda itu terletak mengatur bentuk yang diisyaratkan untuk sahnya perbuatan hukum itu.

k. Kemampuan dan ketidakmampuan seseorang untuk bertindak dalam hukum diatur oleh hukum nasionalnya. Orang asing yang melakukan suatu perbuatan hukum di Indonesia dianggap mempunyai kemampuan untuk melakukan perbuatan itu sepanjang menurut Hukum Indonesia ia mampu melakukannya. Kemampuan tersebut tidak berlaku bagi perbuatan hukum di bidang Hukum Kekeluargaan dan Hukum Waris. Sepanjang menyangkut perbuatan hukum yang berkenaan dengan benda tidak bergerak, kemampuan hukum seseorang untuk melakukan perbuatan hukum yang denikian diatur oleh hukum Negara tempat benda tidak bergerak itu terletak.

l. Status dan kewenangan hukum seorang warga Negara Indoensia yang berada di luar negeri tunduk pada hukum Indonesia. Status dan kewenangan hukum dari orang asing yang berada di dalam wilayah Negara RI tunduk pada hukum nasionalnya. Status dan kewenangan hokum dari orang asing yang secara terus menerus menetap di Indonesia selama 10 tahun tunduk pada hukum Indonesia.

m. Hal hilangnya orang asing dan akibat-akibat hukumnya tunduk pada hukum nasionalnya. Akibat hukum yang menyangkut benda-benda tidak bergerak yang terletak di wilayah Negara RI tunduk pada hukum Indonesia.

n. Pengadilan Indonesia tidak dapat menempatkan orang asing di bawah pengampuan berdasarkan suatu alasan yang tidak dibenarkan oleh hukum Indonesia, meskipun alasan itu dibenarkan oleh hukum nasional orang asing tersebut.

o. Pengampuan bagi warga Negara Indonesia yang berdomisili atau bertempat kediaman di luar negeri tunduk pada hukum Indonesia.

BAB III
KONTRAK

Pada bagian ini diterangkan mengenai perjanjian yang mengandung unsur asing tunduk pada hukum yang dipilih para pihak, baik yang disebutkan secara tegas, maupun tersirat dalam perjanjian. Dalam bidang perjanjian Internasional dianut paham kebebasan para pihak untuk memilih hukum yang berlaku, sepanjang tidak bertentangan dengan dengan asas ketertiban umum.

Apabila tidak dilakukan pilihan hukum, maka hukum yang berlaku adalah hukum dari tempat tinggal atau tempat kedudukan pihak yang melakukan prestasi yang paling karakteristik.

Bagian Kesatu

Mengenai Perjanjian jual beli dan penyerahan benda-benda bergerak diatur oleh hukum dari negara tempat kediaman sehari-hari dari pihak penjual atau pihak yang menyerahkan;

Bagian Kedua

Perjanjian-perjanjian perusahaan, Perjanjian pemberi kuasa, Perjanjian perwakilan atau keagenan, Perjanjian komisi, Perjanjian pengangkutan, Perjanjian ekspedisi, barang dagangan, Perjanjian konsinyasi dan perjanjian penyimpanan diatur oleh hukum dari negara dimana pada saat dilangsungkannya perjanjian, terletak tempat kediaman sehari-hari dari pihak penguasa, pihak yang menerima kuasa,pihak yang mewakili atau agen, komisioner, makelar pengangkutan, ekspeditur dan penerima penyimpanan.

Bagian Ketiga

Bagi perjanjian asuransi yang dipergunakan hukum dari negara dimana pada saat dilangsungkan perjanjian terletak tempat kedudukan perusahaan asuransi tersebut.

Bagian Keempat

Bagi perjanjian penerbitan dipergunakan hukum dari negara di mana pada saat dilangsungkan perjanjian terletak domisili pihak penerbit

Comment [AK1]:

Bagian Kelima

Bagi perjanjian yang dilangsungkan dalam rangka kegiatan perusahaan, dan dilangsungkan di tempat kedudukan badan hukum atau domisili dari orang yang menjadi pihak, maka hukum yang berlaku adalah hukum dari negara perusahaan itu bertempat kedudukan;

Bagian Keenam

Bagi perjanjian di bursa berlaku hukum dari tempat di mana bursa itu diadakan. Ketentuan ini berlaku pula bagi perjanjian yang dilangsungkan di pasar-pasar umum.

BAB IV

BENDA

Ketentuan yang mengatur benda dan kebendaan tunduk pada hukum negara tempat benda terletak atau berada. Hal ini menganut *prinsip lex rei sitae.* Prinsip ini dipergunakan, baik untuk benda bergerak maupun benda tak bergerak.

Sementara pengaturan mengenai benda bergerak yang diangkut dari suatu negara ke negara lain diatur oleh para pihak, namun jika tidak diatur maka berlaku hukum negara tempat benda tersebut berada, jika berada di laut bebas, maka hukum yang berlaku adalah hukum tempat tempat gugatan diajukan.

Benda yang dalam pengangkutan *(in transitu)* perlu diatur dengan ketentuan tersendiri tentang hukum yang harus berlaku, yaitu hukum dari negara tujuan atau negara dimana benda bersangkutan seharusnya diterima.

BAB V

KELUARGA

Bagian Kesatu

Perkawinan

Untuk penyelenggaraan daripada perkawinan itu sendiri dan syarat-syarat formil maka dipakai hukum dari tempat dimana perkawinan itu dilakukan *(Lex loci Celebrationis).*

Perihal tentang syarat materil perkawinan ditentukan oleh hukum nasional masing-masing pihak yang melangsungkan perkawinan, sepanjang hukum nasional tempat melangsungkan pernikahan tidak menentukan lain.

Sahnya suatu perkawinan ditentukan oleh hukum yang berlaku pada tempat dilangsungkannya perkawinan (lex loci celebrationis) sepanjang tidak bertentangan dengan Ketertiban Umum Negara para pihak. 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 disana.

Bagian Kedua

Harta Benda Perkawinan

Hukum Harta Benda Perkawinan ialah semua ketentuan hukum mengenai harta bersama, harta bawaan maupun harta terpisah. Dalam hal suami isteri berkewarganegaraan sama, maka akan dipakai hukum nasional mereka.

Apabila berdasarkan hukum nasionalnya suami istri dapat mengadakan perjanjian perkawinan, ketentuan mengenai harta benda mereka tunduk pada perjanjian tersebut dan harus memenuhi syarat-syarat yang ditentukan oleh hukum nasional mereka.

Mengenai harta benda perkawinan antara suami isteri yang berbeda kewarganegaraan diatur oleh hukum yang dipilih oleh para pihak dengan ketentuan:

- Hukum yang dipilih para pihak ialah *hukum nasional suami atau isteri pada saat pilihan hukum dilakukan;*
- Hukum *negara* yang merupakan *tempat kediaman sehari-hari suami atau isteri pada saat pilihan hukum dilakukan*, atau
- *hukum dari negara* yang merupakan *tempat kediaman biasa sehari-hari pertama suami atau isteri setelah perkawinan dilangsungkan.*

Bagian Ketiga
Perceraian

Perceraian termasuk bidang status personal, maka dipergunakan prinsip nasionalitas. Jika terjadi perceraian suami isteri yang mempunyai kewarganegaraan sama diatur oleh hukum nasional mereka.

Namun apabila suami istri mempunyai kewarganegaraan yang berbeda tetapi keduanya tinggal di negara yang sama, maka hukum yang berlaku adalah hukum dari tempat kediaman mereka sehari-hari. Sementara apabila suami istri mempunyai kewarganegaraan yang berbeda tetapi keduanya berdomisili di negara yang berlainan, maka hukum yang berlaku adalah hukum tempat mereka perceraian diajukan. Prinsip yang dianut untuk perceraian ini adalah sesuai dengan pendirian modern dalam yurisprudensi dan pendapat para sarjana Hukum Perdata Internasional, yang mengutamakan pemakaian hukum dari tempat kediaman sehari-hari suami isteri, jika kewarganegaraan mereka berbeda.

Perceraian berdasarkan permufakatan bersama hanya dapat dilakukan jika hal itu dibolehkan oleh hukum nasional masing-masing pihak dan hukum tempat gugatan perceraian diajukan. Dalam praktek di Indonesia sudah dikenal cara perceraian berdasarkan permufakatan bersama. Yurisprudensi di Indonesia juga sudah membenarkan perceraian berdasarkan keretakan dalam perkawinan yang tidak dapat diperbaiki lagi. Hal ini telah diatur pula dalam Pasal 19 PP No.9 Tahun 1975 sebagai peraturan pelaksana UU Perkawinan (UU No. 1 Tahun 1974)

Perihal pembatalan perkawinan dapat dimungkinkan dengan ditentukan oleh hukum yang mengatur syarat-syarat materiil perkawinan tersebut. Apabila yang digunakan sebagai alasan untuk pembatalan perkawinan itu adalah kekeliruan, penipuan dan paksaan hukum yang berlaku adalah hukum dari negara tempat perkawinan dilangsungkan.

Bagian Keempat
Kewarganegaraan Anak

Sah tidaknya seorang anak diatur oleh hukum nasional dari suami dari ibu anak yang bersangkutan pada saat anak itu dilahirkan. Apabila pada saat anak dilahirkan, suami tersebut telah meninggal dunia sah atau tidaknya anak tersebut ditentukan oleh hukum nasional suami tersebut pada saat ia meninggal. Hukum nasional tersebut berlaku pula bagi gugatan tentang penyangkalan sah tidaknya seorang anak.

Hak dan kewajiban antara orang tua dan anak sah tunduk pada hukum nasional ayah. Apabila seorang anak dilahirkan dari seorang wanita yang tidak menikah, hak dan kewajiban antara ibu dan anak tunduk pada oleh hukum nasional dari wanita tersebut.

Pengesahan anak tunduk pada hukum nasional ayah pada saat pengesahan dilakukan. Apabila pada saat itu ayah tersebut telah meninggal, hukum yang berlaku adalah hukum nasional dari ayah pada saat ia meninggal.

Perwalian bagi anak dibawah umur, alasan-alasan bagi perwalian kekuasaan dan kewajiban wali terhadap anak di bawah umur tunduk pada hukum nasional anak tersebut, dengan memperhatikan kepentingan anak tersebut.

Kekuasaan seorang wali sepanjang berkenaan dengan benda tak bergerak tunduk pada hukum dari negara tempat beda tak bergerak tersebut terletak. Hal ini merupakan pengecualian dari prinsip nasionalitas, dimana yang dipergunakan adalah hukum tempat letaknya benda tak bergerak tersebut sesuai dengan asas *lex rei sitae.*

Jika terjadi pencabutan kekuasaan orang tua, ketentuannya menggunakan hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman sehari-hari.

Kewajiban untuk memberi nafkah tunduk pada hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman sehari-hari. Pemakaian hukum tempat kediaman sehari-hari dari anak bersangkutan adalah sesuai dengan fungsi sosial lembaga alimentasi, yaitu sebagai perlindungan bagi anak ini, adalah patut bila diutamakan hukum tempat anak ini sehari-hari berada secara *de facto*, ekonomis dan sosial tempat anak harus dididikdan dibesarkan. Dalam Konvensi Hukum Perdata Internasional yang mutakhir, antara lain dalam Konvensi tentang Aliementasi (Pasal 1 Konvensi Den Haag Tahun 1956) terdapat pula ketentuan serupa, yaitu bahwa dipakai tempat kediaman sehari-hari anak bersangkutan untuk segala masalah alimentasi ini.

Pengangkatan anak tunduk pada hukum nasional dari pihak yang mengangkat dan anak yang diangkat apabila mereka mempunyai kewarganegaan yang sama. Apabila pihak yang mengangkat dan anak yang diangkat mempunyai kewarganegaraan yang berbeda, kemampuan dan syarat-syarat bagi pengangkatan anak ditentukan oleh hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman.

Pengangkatan anak dititikberatkan pada tempat kediaman sehari-hari dari anak. Prinsip ini telah diterima dalam Konvensi Hukum Perdata Internasional

Den Haag tahun 1956 *(Convention on Juridiction, The Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoption)*, jika terdapat kewarganegaraan yang sama antara orang yang mengangkat dan yang diangkat, maka hukum nasional yang dipakai.

Akibat hukum dari pengangkatan anak, baik yang mengenai pihak yang mengangkat maupun anak yang diangkat, tunduk pada hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman.

Mengenai hak dan kewajiban antara anak yang diangkat dan keluarga yang melahirkan anak tersebut tunduk pada hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman.

BAB VI
ADOPSI

Pengangkatan anak tunduk pada hukum nasional dari pihak yang mengangkat dan anak yang diangkat apabila mereka mempunyai kewarganegaan yang sama. Apabila pihak yang mengangkat dan anak yang diangkat mempunyai kewarganegaraan yang berbeda, kemampuan dan syarat-syarat bagi pengangkatan anak ditentukan oleh hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman.

Pengangkatan anak dititikberatkan pada tempat kediaman sehari-hari dari anak. Prinsip ini telah diterima dalam Konvensi Hukum Perdata Internasional Den Haag tahun 1956 *(Convention on Juridiction, The Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoption)*, jika terdapat kewarganegaraan yang sama antara orang yang mengangkat dan yang diangkat, maka hukum nasional yang dipakai.

Akibat hukum dari pengangkatan anak, baik yang mengenai pihak yang mengangkat maupun anak yang diangkat, tunduk pada hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman.

Mengenai hak dan kewajiban antara anak yang diangkat dan keluarga yang melahirkan anak tersebut tunduk pada hukum dari negara tempat anak yang bersangkutan mempunyai tempat kediaman.

BAB VII
WARISAN

Warisan, surat wasiat, dan lain-lain peristiwa hukum karena kematian tunduk pada hukum nasional pewaris atau pembuat surat wasiat pada saat kematian.

Prinsip kesatuan hukum dalam warisan yaitu pembedaan antara benda bergerak dan benda bergerak yang diwariskan, dianut dalam hal ini, sesuai dengan yurisprudensi Indonesia baik dalam Hukum Perdata Internasional (Hukum Antar Tata Hukum Extern) maupun dalam bidang Hukum Antar Tata Hukum Intern (Hukum Antar Golongan). Untuk hal yang mengatur mengenai *testament*, dalam ketentuan ini dibuka pintu seluas-luasnya untuk sejauh mungkin mengakui sahnya satu surat wasiat yang telah dibuat. Ini adalah sejalan dengan prinsip *favor testamenti* yang antara lain telah diterima dalam Konvensi Hukum Perdata Internasional yang mutakhir, misalnya dalam *Convention on the Conflict of Laws related to he Form of Testamentary Dispositions*, Tahun 1961.

Surat wasiat dibuat dalam bentuk yang diatur oleh:

- Hukum nasional dari orang yang membuat surat wasiat itu pada saat ia membuatnya atau yang saat kematiannya, atau
- Hukum dari negara tempat tinggal pembuat surat wasiat pada saat ia membuat surat wasiat itu atau pada saat kematiannya, atau
- Hukum dari negara tempat pembuat surat wasiat mempunyai tempat kediaman sehari-hari pada saat ia membuat surat wasiat itu atau pada saat kematiannya, atau
- Hukum dari negara tempat benda tak bergerak terletak sepanjang menyangkut benda tak bergerak.

BAB VIII
PENCULIKAN ANAK LINTAS BATAS

Dalam Mukaddimah Konvensi 1980 dengan tegas dinyatakan bahwa Konvensi ini untuk melindungi anak-anak secara internasional dari pengaruh yang membahayakan karena pemindahan dan penguasaan mereka secara melawan hukum dan menciptakan tata cara yang menjamin pengembalian mereka ke negara dimana mereka mempunyai kediaman sehari-hari dan menjamin dilndunginya hak kunjung. Dalam kasus *child abduction*, yang harus diingat adalah *policy* dan pengertian umum dari Konvensi yang didasarkan pada asumsi bahwa system hukum dan putusan pengadilan mempunyai nilai yang sama di semua negara peserta. Demikian pula dengan putusan pemeliharaan anak *(custody decision*). Apabila suatu putusan tentang pemeliharaan anak *(custody)* ini telah diputus di negara *habitual residence* si anak (yang adalah juga merupakan negera peserta) maka pengadilan negara peserta di mana si anak dimohonkan pengembalian si anak, tidak perlu lagi mereview apa yang

telah diputus oleh negara peserta lainnya itu. Di beberapa negara peserta tertentu seperti Jerman, masih memperlakukan kasus-kasus *child abduction* ini seperti kasus-kasus pemeliharaan anak biasa.

BAB IX
LEGALISASI DOKUMEN PUBLIK

Dengan mengadopsi Konvensi dalam hukum nasional, diharapkan semua prosedur berantai yang berbeli-belit yang mengakibatkan biaya yang mahal dan waktu yang terbuang menjadi terpangkas karena sekarang hanya diperlukan satu formalitas saja yaitu dokumen ”apostille”.

Yang termasuk dalam kategori dokumen publik, antara lain:

1) Dokumen-dokumen yang berasal dari suatu instansi atau pejabat yang mempunyai hubungan dengan pengadilan-pengadilan badan-badan peradilan dari suatu negara;
2) Dokumen-dokumen administratif;
3) Akte-kate Notaris;
4) Sertifikat-sertifikat resmi yang ditempelkan atas dokumen-dokumen yang ditandatangani oleh pejabat yang berwenang.

Bahwa dokumen-dokumen di atas tidak memerlukan syarat legalisasi dan formalitas satu-satunya adalah agar dibuatkan suatu *apostille* atas dokumen itu sendiri. Ditentukan bahwa caranya adalah dengan catatan stempel atas dokumen itu sendiri atau atas suatu slip kertas yang dinamakan *Apostille.* Walaupun dokumen-dokumen administratif berkenaan dengan perdagangan atau bea cukai, tidak termasuk dalam lingkup dokumen publik berdasarkan Konvensi, ICC (*International Chamber of Commerce*) mendukung praktek yang berlaku dewasa ini di beberapa Negara yang menerbitkan sertifikat –sertifikat apostille untuk dokumen-dokumen impor ekspor, sertifikat kesehatan. ICC juga tidak keberatan atas usaha negara-negara tertentu untuk menerbitkan dan menerima apostille elektronik, secara online sebagai bagian dari *Electronic Apostilles Programme.*

BABX
BADAN HUKUM

Pengaturan status personal badan hukum harus selaras dengan perkembangan peraturan perundang-undangan nasional. Oleh karena itu, perumusan pengaturan terkait badan hukum adalah sebagai berikut:

1. Perseroan terbatas, perkumpulan, yayasan, dan badan-badan hukum lain tunduk kepada hukum dari negara di mana badan hukum tersebut didirikan dan berkedudukan.
2. Badan hukum yang didirikan di luar wilayah Republik Indonesia yang melaksanakan kegiatannya di dalam wilayah Republik Indonesia tunduk pada ketentuan hukum Indonesia.

BAB XI
PERBUATAN MELAWAN HUKUM

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Perbuatan Melawan Hukum diatur di dalam Pasal 1365. Perbuatan Melawan Hukum dalam bidang Hukum Perdata Internasional, berlaku teori Klasik yaitu Lex Loci Delicti Commissie. Artinya adalah bahwa hukum yang berlaku untuk suatu perbuatan melawan hukum adalah hukum dimana tempat terjadinya perbuatan melawan hukum.

Kaidah-kaidah HPI yang mengatur materi PMH tidak semata-mata dibataskan pada perbuatan-perbuatan PMH yang telah dilakukan secara sengaja, karena kesalahan pihak yang melakukan, baik secara sengaja atau hanya karena kelalaian.

Teori Klasik dalam menentukan hukum yang berlaku dalam suatu PMH, masih dianut oleh pengadilan Belanda dan Indonesia. Namun ada beberapa negara yang tidak menganut pada teori Klasik dalam menangani perkara PMH, mereka mempraktekan 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. Praktek pengadilan di Inggris, mengkombinasikan antara Teori Klasik dan Teori Lex Fori. Untuk itu, dalam mengajukan gugatan PMH di hadapan pengadilan Inggris, harus memenuhi dua syarat yaitu *Actionable* dan *Justifiable*. Dalam praktek pengadilan di Amerika, berkembang teori *The Proper Law of a Tort*. Hal tersebut dapat dipelajari dari Yurisprudensi Babcock vs Jackson.

BAB XII
HUKUM ACARA PERDATA INTERNASIONAL INDONESIA

Pemeriksaan perkara-perkara yang mengandung unsur asing yang diajukan ke pengadilan Indonesia akan diperiksa sesuai dengan dan berdasarkan ketentuan-ketentuan Hukum Acara di Indonesia, sekalipun perkara itu diajukan oleh penggugat asing atau apabila perkara itu menyangkut benda tak

bergerak maupun benda bergerak yang ada di luar negeri atau menyangkut peristiwa atau perbuatan atau kelalaian atau hal yang terjadi di luar negeri. Dengan kata lain Hukum Acara Indonesia berlaku bagi pemeriksaan perkara yang diajukan oleh penggugat asing, menyangkut tergugat asing, atau perkara itu, oleh suatu sebab lain, yang mengandung unsur asing.

BAB XIII

KETENTUAN PERALIHAN

Semua ketentuan peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai hukum perdata internasional yang bertentangan dengan ketentuan dalam undang-undang HPI dinyatakan tidak berlaku.

Kelak bila pengaturan mengenai Hukum Perdata Internasional ini diberlakukan, maka ketentuan yang antara lain tercantum dalam Pasal 16, 17, 18 *Algemene Bepalingen van Wetgeving* dinyatakan tidak berlaku lagi.

BAB XIV

KETENTUAN PENUTUP

Pada saat berlakunya undang-undang ini maka ketentuan yang antara lain tercantum dalam Pasal 16, 17, 18 *Algemene Bepalingen van Wetgeving* dinyatakan tidak berlaku lagi.

Disahkan di Jakarta
pada tanggal
PRESIDEN REPUBLIK INDONESIA,

JOKO WIDODO

Diundangkan di Jakarta
pada tanggal
MENTERI HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA
REPUBLIK INDONESIA

YASONNA H. LAOLY
LEMBARAN NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN ... NOMOR ...