

AZAS-AZAS HUKUM NASIONAL PADA HUKUM PERDATA INTERNASIONAL INDONESIA *

Oleh: Prof. Mr. Dr. S. Gautama

Prinsip nasional hendaknya dikombinasikan dengan prinsip domisili kedalam RUU-HPI Indonesia, karena akan memperluas bidang berlakunya hukum nasional Indonesia dan akan memperlancar tugas hakim. Keuntungan dari dipertahankannya prinsip nasional adalah agar hukum nasional Indonesia dapat diberlakukan terhadap setiap WNI di manapun ia berada. Sedangkan keuntungan dari diberlakukannya prinsip domisili adalah, agar hukum nasional Indonesia juga dapat diberlakukan terhadap orang asing yang telah menetap di sini. Karangan berikut akan menguraikan alasan-alasan dari pencantuman asas-asas hukum nasional pada HPI Indonesia yang sedang dipersiapkan.



Hukum Perdata Internasional adalah Hukum Nasional

Jika kita hendak bicara tentang "Asas2 Hukum Nasional pada Hukum Perdata Internasional" maka perlu kiranya kita pertama2 menyadarkan bahwa apa yang diperkeralkan sebagai "Hukum Perdata Internasional", (HPI) pada hakekatnya juga merupakan Hukum Nasional. Walaupun istilahnya mengandung perkataan "Internasional, menurut pandangan yang kami anut, hukum ini merupakan hukum nasional pula. Hukum Perdata Internasional adalah "hukum perdata untuk hubungan2 internasional ("privaatrecht voor internationale verhoudingen"). Hal ini disebabkan karena kami menganut aliran nasional dari Hukum Perdata Internasional. Jadi kami tidak berfihak kepada mereka yang memandang Hukum Perdata Internasional sebagai hukum yang ^{supra}nasional" seperti halnya dalam bidang Hukum Publik Internasional.

Aliran "supra nasional" mengatakan bahwa ada "satu macam Hukum Perdata Internasional yang dapat berlaku untuk semua negara di dunia ini". Pandangan sedemikian hanya cita-cita idealisme yang menyimpang dari kenyataan. Seorang

* Disampaikan pada seminar Badan Pembinaan Hukum Nasional 18-20 Januari 1989 Jakarta.

penulis Hukum Perdata Internasional Belanda keramaian,² mengemukakan bahwa setelah pecah perang dunia kedua, telah runtuhlah cita² muluk ini! Menurut kenyataan maka yang ada ialah pluralisme Hukum Perdata Internasional, karena orang tidak akan dapat bermufakat dan tidak akan dapat meyakinkan satu terhadap yang lain mengenai hal² yang prinsipil sekalipun sekitar azas² Hukum Perdata Internasional ini. Dengan menyebut apa yang telah dikatakan oleh Pascal yaitu "Verite en deca des Pyrennees, erreur au dela" (Disebelah sini dari bukit pegunungan Pyrenneen dianggap sebagai hal yang benar, tetapi hal yang sama dipandang sebagai buruk diseberang bukit perbatasan Pnyrenneen, ini antara Perancis dan Spanyol). Contoh konkrit : di Perancis orang dapat leluasa bercerai. Di Spanyol, sesuai dengan pengaruh agama Katolik, orang tidak boleh bercerai. Contoh lain: Apa yang dianggap paling tepat, prinsip hukum domicile atau prinsip nasionalis (seperti yang dianggap dalam pasal 16 AB kita)? Mengenai hal ini dunia terbelah dua : se paruh, setengah manusia didunia ini menganut prinsip nasionalitas, se paruh lagi menganut prinsip donmisili.³

Persoalan mengenai sifat nasional dari Hukum Perdata Internasional ini kami saksikan waktu membuat seri karangan Hukum Perdata Internasional Indonesia yang terdiri dari 8 buku.

Pada waktu buku pertama diterbitkan, seorang kawan sesama mahasiswa hukum dan kini sama² dalam praktek hukum, telah menanyakan pada kami, apakah tidak keliru memakai judul "Hukum Perdata Internasional Indonesia". Apakah judul itu tidak salah pilih karena nampaknya kurang logis. Mengapa bisa "Internasional dan sekarang "Indonesia". Hingga kami perlu jelaskan bahwa sebenarnya tidak ada kekhilafan dan dengan sengaja kami telah memakai "Hukum Perdata Internasional Indonesia" ini. Istilah ini bukan merupakan *contradictio in terminis*. Karena tiap Hukum Perdata Internasional adalah Hukum Nasional pula. Tiap negara berdaulat mempunyai HPInya sendiri. Seorang penulis HPI mengatakan demikian banyak negara-negara didunia ini, demikian banyak pula sistim Hukum Perdata Internasional.⁴ Oleh karena itu judul yang dipilih untuk karangan ini "Aspek² Hukum Nasional dan Hukum Perdata Internasional Indonesia" adalah tepat.

Apa saja yang termasuk bidang HPI?

Meninjau lebih lanjut persoalan sekitar hal ini, maka perlu kiranya ditinjau lebih

2. Van Brakel, S, Grondslagen en beginselen van Nederlandsch international privaatrecht, cet. ke-2, Zwolle (1950), cet.ke-3 (1953) Bdgk. pula mengenai persoalan ini, bab I: "Pengertian Hukum Antar Tata Hukum", no. 2: "HPI Internasional atau nasional", dalam buku kami, Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia., diterbitkan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), Penerbit Binacipta, Bandung (1976), hal 1 dst. kemudian dicetak ulang, juga buku kami, Hukum Perdata Internasional Indonesia, jilid I, Jakarta (1961), kemudian berkali-kali decetak ulang.
3. Bdgk. negara-negara di dunia ketiga yang masing-masing menganut prinsip ini, S. Gautama HPI Indonesia, buku ke-2, cet. ke-4, Eresco Bandung (1986), no. 187 dst.
4. Niboyet, J.P, Traite de droit international prive francais I, cet. ke-2 (1947) no. 7.

juah apa saja yang termasuk dalam bidang Hukum Perdata Internasional ini⁵. Ada 4 alinan, dari yang tersempit sampai yang paling luas.

Pertama. Apa yang termasuk Hukum Perdata Internasional ini hanya mencakup bidang "hukum yang menentukan hukum yang berlaku". ("Rechtstoepassingsrecht")⁶. Dalam pandangan ini yang termasuk HPI hanya persoalan mengenai "Applicable Law". Hukum manakah yang harus dipakai untuk suatu peristiwa yang sifatnya internasional artinya suatu peristiwa yang memperlihatkan titik tuju dengan sistem hukum luar negeri. Sistem HPI yang terbatas ini kita saksikan antaranya di Nederland.

Kedua. Yang agak lebih luas adalah konsepsi yang dianut dinegara Anglo Saxon, yaitu HPI mencakup bukan saja soal-soal hukum yang harus diberlakukan, tetapi juga soal2 tentang "jurisdiction" (kompetensi Hakim). Dalam tiap persoalan yang bersifat HPI, maka hakim pertama² akan menanyakan dirinya: Apakah kami berwenang mengadili perkara ini? Ini adalah kompetensi hakim yang termasuk HPI. Setelah itu, kalau hakim menganggap dirinya berwenang, ia akan tiba pada pertanyaan "Hukum manakah yang harus kami pakai, hukum mana yang harus diberlakukan?" (Applicable Law).

Ketiga. Pendirian yang lebih luas lagi memandang juga masalah² berkenaan dengan Status orang asing (*condition des etrangers*, *Vreemdelingen statuut*, sebagai bagian dari Hukum perdata Internasional. Jadi HPI terdiri dari 3 bagian:

- a. Hukum yang harus dipergunakan
- b. Soal Kompetensi
- c. Mengenai status orang asing

Konsepsi ini kita lihat antara lain di negara² Latin (Italia, Spanyol, Amerika Selatan.).

Keempat. Konsepsi yang paling luas juga memandang masalah² nasionalisme (*kewarganegaraan, nationalisme*) sebagai termasuk didalam HPI.

Contoh daripada alinan yang luas ini: Perancis. Bandingkan misalnya majalah kenamaan Perancis dibidang HPI, *Revue critique de droit international prive*, yang memuat 4 bagian yaitu tentang "loi applicable, Competence. Condition des etrangers, nationalite".

Pendirian kami: konsepsi HPI yang luas.

Kami menganut alinan yang paling luas ini. Maka dalam seri buku Hukum Perdata Internasional Indonesia, terdiri dari 8 jilid, bukan saja dibahas masalah² tentang hukum yang harus dipergunakan. Tetapi karya ini juga mencakup masalah kompetensi hakim (*jurisdiction*), nasionalitas dengan pembahasan dari Undang² Kewargane-

5. Lihat S. Gautama, Pengantar PHI Indonesia, supra no.2, no. 8: "Aneka ragam pandangan tentang luas bidang HPI".

6. Van Zevenbergen, lihat S Gautama Pengantar supra no. 2 h. 31

ran⁷ dan bagian "pengisian" daripadanya⁸, yakni berbagai peraturan-peraturan mengenai status orang asing (The Legal Status of Foreigners,⁹), Doing business in Indonesia¹⁰ dsb.

Peraturan2 deregulasi yang recent

Akhir² ini menarik perhatian pula rangkaian peraturan² yang dikeluarkan oleh Pemerintah dalam rangka deregularisasi. PAKDES 27. 1987, PAKTO 27, 1988 dan akhir ini PAKNOV 24, 1988 Paket² kebijaksanaan deregularisasi yang semua memberi perlakuan dan kebijaksanaan deregularisasi yang semua memberi perlakuan dan memperbesar bidang usaha yang tadinya tertutup, tetapi kini dibuka kembali untuk orang asing di Indonesia, walau masih secara terbatas.

Dalam buku "The Legal Status of Foreigners" kami telah mengadakan uraian, sambil mengikuti "pemberian isi" daripada status kewarganegaraan Indonesia. Bagaimana diberi "isi" oleh pembuat Undang-Undang secara bertahap dan sebagai konsekuensi, status orang asing dalam dunia usaha perdagangan telah diperkecil. Kulminasinya dengan adanya Peraturan Pemerintah no. 36 tahun 1977 tentang "Pengakhiran kegiatan usaha asing dalam bidang perdagangan." Berdasarkan Bedrijfsreglementeringsordonnatie 1934 (Staatsblad 1938 no. 86) maka pemerintah telah mengakhiri kegiatan usaha asing dalam bidang perdagangan (Lembaran Negara tahun 1977 no. 60 (TLN 3113). Boleh dikatakan, kegiatan daripada pihak asing dalam bidang perdagangan, telah dihentikan. Proses pembatasan usaha asing ini, yang telah mulai kami ikuti dalam penyelidikan mengenai status hukum orang asing dan kemudian dipaparkan pula dalam buku kedua dari Seri Hukum Perdata Internasional Indonesia dalam karangan "Joint Business in Indonesia" yang dimuat dalam buku Legal Aspects of doing Business in Indonesia" kita lihat sekarang kran yang ditutup telah kembali dibuka, sesuai dengan pemberian isi kewarganegaraan yang melewati fasis² ini.

PAKNOV 24, 1988

PMA dimungkinkan menjual produksi-nya sendiri.

7. S. Gautama, Hukum Perdata Internasional Indonesia, Buku ke-2, cet. ke-3, Eresco Bandung (1986) no. 287 dst.

8. S. Gautama, supra no.7 no. 361 dst. dan permasalahan-permasalahan khusus: no. 362 Perbedaan antara WNI dan orang asing, no. 363. Pengawasan khusus terhadap orang asing, no. 364. Pekerjaan bagi orang asing, no. 365 a Usaha dagang orang asing no. 365 b. Tindakan-tindakan khusus terhadap golongan-golongan orang asing tertentu, no. 365. c. Peraturan yang recent, no. 365 d. Perwakilan dagang orang asing no. 366. Pengertian arti-arti kata "Nasional" dan "asing", no. 367. a. Mengenai bidang-bidang khusus, no. 367 c. Status orang asing dan warganegara berubah-ubah, no. 367 d. Penanaman Modal Asing no. 361 Perusahaan-perusahaan Negara, no. 369 Bank-bank Negara, no. 370, Pertambangan, no. 371 Hak-hak atas tanah, no. 372, di bidang Pendidikan no. 373 di bidang Hukum Perdata.

9. S. Gautama (Gouw Giok Siang), The legal status of foreigners, Jakarta, PT. Kinta.

10. S. Gautama, Doing business in Indonesia, dalam D. Compbell (editor), Legal aspect of doing business in Asia, and the Pacific, h. 193 dst.

Disinipun kita saksikan bahwa bandulan lonceng sejarah kembali lagi. Dari tadinya sama sekali tidak memberikan keleluasan apapun kepada kegiatan perdagangan asing, kini dianggap perlu untuk diperlunak. Maka dirubah Peraturan Pemerintah no. 36 tahun 1977 mengenai pengakiran kegiatan usaha asing dan bidang perdagangan ini. Secara terbatas, kini pintu dibuka lagi bagi usaha asing dibidang produksi yang didinkan dalam rangka Undang2 Penanaman Modal Asing no. 1 tahun 1987. Ditentukan sekarang, bahwa mereka yang tadinya dilarang, kini dapat mengadakan "penjualan hasil produksinya sendiri" untuk pasaran dalam negeri. Kemungkinan ini dibuka sampai pada tingkat penyalur. Tetapi caranya adalah dengan mendirikan suatu perusahaan patungan (joint venture) antara perusahaan asing bersangkutan itu dengan sebuah perusahaan nasional, yang bertindak sebagai penyalur atau agen (Peraturan Pemerintah tahun 1988 tgl. 24 November 1988, L. Negara L.N. 1988 no. 39). Dibukanya kembali pintu yang tadinya ditutup untuk usaha penelaahan asing ini adalah dalam rangka memperlancar arus barang untuk pasaran dalam negeri yang dihasilkan oleh perusahaan dibidang produksi dalam rangka Undang2 Penanaman Modal Asing. Dahulu ditentukan bahwa perusahaan asing penanaman modal itu harus menunjuk perusahaan Perdagangan Nasional sebagai penyalur/agen untuk memasarkan hasil produksinya. Dalam praktek hal ini dirasakan sebagai sangat membatasi gait kerja daripada perusahaan Penanaman Modal Asing bersangkutan itu. Karena hasil produksinya tidak dapat dipasarkan sesuai dengan apa yang dikehendaki oleh mereka sebagai produsen ini. Maka diharapkan agar supaya ketentuan baru ini dapat memperlancar arus barang. Tetapi, kita saksikan bahwa walaupun sudah diberikan kesempatan bagi perusahaan Penanaman Modal Asing, ternyata juga diharuskan ikut sertanya perusahaan nasional dalam bentuk pemasaran itu, yaitu harus dibentuk lagi penyalur/agen yang merupakan suatu perusahaan **Joint Venture dengan Perusahaan Nasional** ini. Dan didalam penjelasan daripada PP no. 19 tahun 1988 ini ditentukan bahwa pemasaran bersangkutan mencakup tingkat penyalur "Dealer" sebagai agen. Sedangkan pemasaran pada tingkat ("Retailer" hanya dilakukan oleh perusahaan nasional dibidang perdagangan. Karena retailer ini langsung berhadapan dengan End user atau Consumer yang belanja dipasaran. Untuk perusahaan Penanaman Modal Dalam Negeri diatur dalam Undang2 no. 6 tahun 1968. Batasan kegiatan dibidang perdagangan seperti ditentukan dalam pasal 6 Undang2 no. 6 tahun 1968 tentang perusahaan Penanaman Modal Dalam Negeri ini tetap berlaku. ¹¹

Perbedaan antara Peraturan Pemerintah dan Keputusan Menteri Perdagangan.

Kita saksikan bahwa Menteri Perdagangan dengan Keputusan No. 376/KP/XI/-1988 telah mengatur lebih jauh mengenai perubahan Keputusan Menteri Perdagangan No. 77/KP/III/78. Sekarang ini perusahaan asing PMA yang didirikan menurut

11. Perusahaan U.U. Penanaman Modal Dalam Negeri menjadi dipersamakan perlakuan dengan PMA dalam hal fasilitas-fasilitas.

Undang-2 No. 1/1987 dapat melakukan penjualan hasil produksinya. Keleluasaan ini dinya-takan dapat dilakukan "sampai pada tingkat pengecer" (retailer). Yaitu dengan mendirikan perusahaan patungan antara perusahaan asing bersangkutan dan perusahaan nasional. Joint Venture inilah yang bertindak sebagai penyalur/agen.

Disini kita saksikan adanya pembedaan antara keputusan Menteri Perdagangan no. 376/KP/XI/1988 ini dan Peraturan Pemerintah no. 19 tahun 1988 tgl. 21 November 1988. Dimana dalam Keputusan Menteri Perdagangan dinyatakan bahwa usaha perdagangan yang dapat dilakukan oleh perusahaan patungan ini ialah sampai tingkat "pengecer" jadi sampai end-user atau konsumen. Sedangkan didalam Peraturan Pemerintah No. 19 tahun 1988 ini pemasaran yang boleh dilakukan oleh joint venture hanya pada tingkat penyalur ("Dealer") hanya dilakukan oleh perusahaan nasional dibidang perdagangan. Jadi mungkin Keputusan Menteri Perdagangan no. 376/KP/XI/1988 pasal I.a ini memang dimaksudkan hanya sampai tingkat "dealer" dan bukan sebagai tingkat pengecer. Karena ternyata ada pertentangan dengan Peraturan Pemerintah no. 19 tahun 1988 ini yang tentunya harus dipandang sebagai lebih tinggi daripada Keputusan Menteri Perdagangan No. 376/KP/XI/1988. Didalam Keputusan Menteri Perdagangan tersebut dinyatakan bahwa pasal 14 diganti hingga memberi keleluasaan kepada perusahaan asing dibidang produksi dalam rangka UPA PMA tahun 1967 no. 1 untuk dapat melakukan hasil produksinya sendiri kepada perusahaan lain yang menggunakan hasil produksi ini sebagai barang modal, termasuk suku cadang, bahan, peralatan bangunan, bahan baku/bahan penolong untuk proses produksinya. Jadi dalam hal ini dinya-takan bahwa dapat diadakan transaksi penjualan antara Perusahaan Modal Asing sendiri kepada perusahaan lain yang memakai hasil produksi ini juga untuk produksinya sendiri sebagai barang modal suku cadang dsb. Jadi keleluasaan terbuka untuk melakukan perdagangan secara terbatas ini.

Alhasil yang kita saksikan pada proses perlunakan usaha dagang bagi pihak asing di Indonesia ini ialah bukan keleluasaan untuk seluruhnya melakukan perdagangan, tetapi dalam bidang tertentu dalam rangka penanaman modal asing dan juga hanya secara terbatas pula. Terbatas pada "Dealer" dan juga pada penjualan langsung tidak melalui perusahaan patungan, hanya kepada perusahaan lain yang memakai hasil produksi ini untuk produksi mereka.

Penyelundupan syarat "nasional" dalam praktek.

Tentunya didalam praktek akan timbul berbagai kesulitan pula dengan adanya kriteria pembatasan. Bukan saja sukar untuk mengawasi segala sesuatu tetapi masih diperlukan perlunya lebih jauh daripada apa yang telah diadakan. Dalam praktek, apabila masih disyaratkan bahwa perusahaan nasional yang harus melakukan transaksi perdagangan bersangkutan ini, maka dapat saja pihak asing ini memakai seperti yang seringkali dilakukan, perusahaan "nasional" merupakan "nominee" atau orang yang dipercaya ("trustee") atau lebih baik disebut sebagai "strooman". Sedangkan milik sebenarnya dari perusahaan nasional itu adalah pihak asing. Hal ini dilakukan dengan cara melakukan "penyelundupan hukum" (wetsonduiking) di

bidang ini.¹² Seperti banyak sekali kita saksikan didalam praktek perdagangan di negara kita sekarang ini.

Bahwa bajunya adalah nasional. Tetapi sesungguhnya yang menentukan dan berkuasa serta menyediakan modal dalam perusahaan nasional itu adalah pihak asing.¹³

PAKTO, 27 Oktober 1988

Dalam Paket Kebijakan Oktober 27, Pakto 27 tahun 1988 tentang Kebijakan dan bidang keuangan, "Moneter dan Perbankan" kita saksikan pula perlunya dibidang usaha Perbankan.

Dimana semula tidak diperkenankan untuk mendirikan bank campuran antara bank nasional dan bank asing dari luar negeri, kini hal ini diperkenankan. Bentuk kerjasama ini adalah dalam Perseroan Terbatas (Keputusan Menteri Keuangan no. 106/KMK.00/1988 tanggal 27 Oktober 1988 dan Surat Edaran Direksi Bank Indonesia no. 21/6/BPPP tanggal 27 Oktober 1988). Bank asing yang dapat ikut serta mendirikan Bank Campuran ini harus sudah mempunyai Kantor Perwakilan di Indonesia dan negara tempat asal bank asing tersebut menganut apa yang dinamakan "azas resiprositas" dengan Indonesia. Artinya dalam negara asing asal bersangkutan pihak bank2 Indonesia juga diperkenankan beroperasi sama seperti bank2 asing di Indonesia.

Azas resiprositas yang dikenal dengan HPH¹⁴ kita saksikan memegang peranan yang lebih besar sekarang ini dalam praktek hukum di Indonesia.

Dalam rangka ini kita teringat Keputusan Presiden Keppres no. 34 tahun 1981 yang menyatakan bahwa Indonesia ikut serta dalam Konvensi New York 1958 tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Keputusan Arbitrase Dagang Luar Negeri. Keikutsertaan ini dilakuan dengan syarat resiprositas.

Azas resiprositas ini juga memegang peranan penting dalam rangka GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) yang akhir2 ini ramai dibicarakan dengan adanya sidanganya di Montreal.¹⁵ Juga telah dipermudah Usaha bank asing dalam bidang perbankan dan membuka Kantor Cabang pembantu.

Hal ini telah diatur lebih jauh dalam "Keputusan Menteri Keuangan No. 1069/KMK.00/1988 tanggal 27 Oktober 1988 tentang Usaha Bank Asing dan Pembukaan Kantor Cabang Pembantu Bank Asing."

Kini Bank Asing diperbolehkan untuk mendirikan satu Kantor Cabang Pembantu di masing-masing kota besar Jakarta, Surabaya, Semarang, Bandung, Medan, Ujung Pandang dan Denpasar. Jadi tidak disemua kota di Indonesia dan tidak lebih dari satu.

12. Lihat tentang ini S. Gautama, Pengantar, supra no.2 bab.VII

13. Lihat untuk contoh-contoh cara pengikatan pihak nasional ini buku kami "Contoh-contoh Kontrak-kontrak, Rekes-rekes dan Surat-surat Resmi sehari-hari", Alumni (1979), jilid ke-2 no. 50, 51, dst.

14. Pengantar HPI supra no. 3 Bab XII

15. HPI Indonesia, buku ke-6, Alumni Bandung (1988) h. 152 dst.

PAKDES 24 Desember 1987

Kemudian untuk usaha asing sudah kita saksikan pada dalam Paket Kebijakan-
naan 24 Desember 1987, dimana kita saksikan bahwa untuk meningkatkan ekspor
produksi Non-Migas khususnya ekspor dari hasil dalam negeri pengolahan UUPA
telah diatur kembali dengan "Peraturan Pemerintah no. 24 tahun 1987 tentang
kegiatan Penanaman Modal Asing dibidang perdagangan Ekspor" dan pelaksanaannya
dalam "Keputusan Menteri Perdagangan no. 335/KP/XII/87 tentang kegiatan
Penanaman Modal Asing dibidang perdagangan Ekspor". Sekarang ini ditentukan
bahwa perusahaan PMA dibidang produksi yang telah berproduksi dapat melaksa-
nakan ekspor hasil produksinya sendiri. Disamping itu perusahaan PMA ini dapat
juga mengekspor hasil produksi perusahaan lain yang berada didalam negeri.
Demikian pula mereka dapat melakukan pembelian barang hasil produksi perusa-
haan lain didalam negeri untuk diekspor.

Jadi dengan demikian kita sangsikan kegiatan dibidang perdagangan, khususnya
ekspor ini diperluas dan dibuka pintu untuk perusahaan PMA yang didirikan sesuai
dengan Undang-Undang 1967 no.1. Dimana tadinya dimaksudkan bahwa Penanam
Modal ini perusahaan yang didirikan hanya bergerak dibidang produksi sekarang
juga diperluas sampai dapat melakukan kegiatan ekspor dan pembelian barang
dalam negeri untuk ekspor.

Tentunya dapat dipakai untuk suatu perusahaan patungan dengan perusahaan
nasional yang dapat melakukan perdagangan ekspor hasil produksi industri pengolah-
an PMA ini, (pasal 3). Perusahaan parungan ini didirikan dalam bentuk badan
hukum Indonesia dan tentu yang dipakai adalah Perseroan Terbatas yang harus
berkedudukan diwilayah Republik Indonesia. Disini kita saksikan ketentuan yang
serupa dengan apa yang dicantumkan dalam Undang2 Penanaman Modal asing
1967 no.1 yaitu bahwa Perusahaan PMA ini harus pula berbentuk **Badan Hukum
Indonesia** yaitu Perseroan Terbatas serta berkedudukan pula didalam wilayah
Republik Indonesia. Berkeman dengan itu maka apakah dianut "prinsip incorporat-
ie" atau "prinsip legal Seat" atau "Siege sociale", seperti dipermasalahkan dalam
ilmu HPI, ternyata tidak jelas.¹⁶ Menurut hemat kami semua prinsip dipakai. Baik
prinsip incorporatie, yaitu harus incorporated sesuai dengan ketentuan hukum
Indonesia, bentuk badan hukumnya juga suatu perseroan terbatas sesuai dengan
KUHD Indonesia. Maupun ketentuan mengenai tempat kedudukan yang harus juga
didalam wilayah Republik Indonesia. Jadi yang belakangan ini menunjuk pada
prinsip "legal seat" atau "Siege sociale", "Central Management".

Suatu contoh lain dalam rangka PADES 24, 1987 ini adalah keputusan Presiden
no.17 tahun 1986 tgl. 24 Desember 1987 tentang persyaratan Pemilikan Saham
Nasional dalam perusahaan Penanaman Modal Asing untuk diberikan perlakuan
sama seperti perusahaan PMDN (Penanaman Modal Dalam Negeri). Keppres
1987, 22 Desember no.50 tahun 1987. Yang dirubah adalah pasal 2 dari Keppres
no.17 tahun 1986. Ditentukan bahwa kepada Perusahaan PMA yang sahamnya

16 Lihat mengenai hal ini, bab XXII, Buku ke-7 tentang "Badan Hukum" dan HPI.

minimal 15% dimiliki oleh negara atau swasta nasional atau yang minimal 45% sahamnya dimiliki oleh Negara dan/atau swasta nasional dengan syarat 20% dari jumlah seluruh saham dijual melalui pasar modal sebagai saham atas nama, status dari perusahaan PMA ini memperoleh perlakuan yang sama seperti perusahaan yang telah dibentuk dalam rangka PMDN no.6 tahun 1968.

Jadi jelasnya, PMA walaupun didirikan sebagai PMA memperoleh perlakuan yang sama seperti PMDN asal saja mayoritas daripada modal saham ini dimiliki oleh Swasta Nasional dan Negara atau 45% sekurangnya dimiliki oleh Swasta Nasional atau Negara ini (dengan syarat 20% dari jumlah seluruh saham telah dijual melalui bursa pasar modal). Ketentuan yang terakhir ini adalah untuk memajukan kegiatan pasar modal, di Indonesia sesuai dengan policy pemerintah. Demikian pula dalam PADES telah diberikan fasilitas lebih banyak untuk membuka kantor perwakilan wilayah perusahaan asing (Keppres no.53 tahun 1987 tgl. 24 Desember 1987). Menurut peraturan ini maka sesuai dengan ketentuan dalam *Bedrijfreglementerings ordonnantie 1938* (*Staatsblad 1938 no.86*) kantor Perwakilan Wilayah dapat dibuka disamping perusahaan head office. Kantor perwakilan wilayah perusahaan asing ini adalah kantor yang dipimpin oleh perorangan warganegara asing yang ditunjuk oleh suatu perusahaan asing diluar negeri sebagai perwakilan mereka untuk mengurus kepentingan perusahaan disesuatu wilayah. Kantor perwakilan wilayah perusahaan asing ini dapat dibuka di salah satu kota besar di Indonesia. Perizinan untuk ini dikeluarkan oleh Ketua BKPM (pasal 4).

Menarik pula dalam rangka pemberian kemudahan-kemudahan ini adalah adanya Keputusan Menteri Perindustrian no.48/M/SK/12/1997, yang mengadakan penyederhanaan ketentuan mengenai "Pengakuan keagenan tunggal kendaraan bermotor dan alat-alat besar serta alat-alat elektronika dan alat listrik untuk rumah tangga (no.48/M/SK/1987 tgl. 23 Desember 1987)". Prosedure memperoleh Surat Pengakuan Keagenan tunggal dipermudah seperti dicantumkan dalam pasal 9 dengan formulir permohonan tertentu. Surat Pengakuan ini berlaku untuk 5 tahun dan dapat diperpanjang lagi untuk 5 tahun berikutnya serta prosedur perpanjangannya juga dipermudah, yaitu dengan membuat laporan dalam waktu 6 bulan sebelum masa berakhirnya untuk disahkan dan diberikan perpanjangan pengakuan keagenan tunggal pada Menteri bersangkutan itu.

Lonceng sejarah kembali memperluaskan usaha asing

Apa yang telah kita saksikan dalam semua usaha deregulasi berkenaan dengan usaha daripada pihak asing di Indonesia ini? Ternyata bahwa sekarang ini bandulan lonceng sejarah telah kembali dari "tidak diperbolehkan sama sekali" kita saksikan gejala kearah perlunakan dari "pintu yang tertutup rapat" kemudian mengenai "pintu tercuak" dan mulai pembukaan bagi usaha asing. Juga dibidang perdagangan. Sedangkan pada semula dalam iklim kemerdekaan dan pengisian Kemerdekaan dan pengisian dari paham kewarganegaraan setelah adanya Undang2 Kewarganegaraan R.I. 1958 kita saksikan telah "diisi" pengertian kewarganegaraan ini. Sesuai dengan iklim bergelornya nasionalisme setelah memperoleh kedaulatan daripada pihak penjajah yakni pihak asing yang telah melakukan "exploitation de l'homme par l'homme" kita saksikan proses pengisian kewarganegaraan Indonesia

ini dengan serangkaian peraturan-peraturan yang memperkecil usaha bidang drai fihak asing disegala lapangan. Juga dalam bidang perdagangan kita saksikan adanya gejala ini. Serangkaian peraturan ini telah kami ikuti sejak menelaah secara formal apakah yang diartikan dengan status kewarganegaraan R.I. Kemudian pemberian "isinya" dalam buku "Warganegara dan Orang Asing"¹⁷

Kemudian kami ikuti pada dalam buku "The Legal Status of Foreigners in Indonesia" yang memperinci bidang yang telah ditutup dan yang masih terbuka bagi usaha fihak asing diberbagai bidang, baik pendidikan, kepegawaian, perdagangan, industri, pertanian, pertanahan, dsb.

Kemudian kulminasinya dengan ditutup rapat semua usaha asing di negara kita ini dengan dikeluarkannya Surat Keputusan Menteri Perdagangan tentang pengakhiran usaha perdagangan fihak asing yang disebut diatas tadi. Kemudian kita saksikan pula penggunaannya dengan berbagai rangkaian peraturan dalam bentuk PAKDES 1987, PakTO 1988, PAKNOV 1988.

Penanaman Modal Asing di Indonesia

Gejala yang serupa dan se-irama kita saksikan dengan diundangnya kembali penanaman modal dari luar negeri ke negara Indonesia. Dimana sebelumnya hal ini tidak dimungkinkan atau hanya secara terbatas sesuai dengan peraturan dahulu,¹⁸ kemudian diubah dengan di-undangnya kembali penanaman modal asing ini, dengan Undang-Undang Penanaman Modal Asing (U.U. PMA 1967 no.1) serta peraturan-peraturan pelaksanaannya dan berikutnya.

Semua ini yang telah kami ikuti pula dengan seksama dalam studi "Doing business in Indonesia" yang telah kami sebut pula pada permulaan dari karangan ini.

Apa yang kita saksikan ini adalah sejalan dengan perkembangan yang bukan saja dihadapi di Indonesia, tetapi juga di negara-negara lain.

Berkenaan dengan pembinaan iklim yang sehat untuk penanaman modal mereka di negara kita ini, disaksikan adanya juga angin yang berubah dan mereka di negara kita, disaksikan adanya juga angin yang berubah dan menjadikan lebih favorable untuk berusaha fihak asing di negara kita ini. Jadi bandulan sejarah telah kembali : dari alam setelah baru merdeka, dengan diisinya status kewarganegaraan dengan rangkaian peraturan yang bersifat lebih "anti orang asing", kembali menjadi terbuka dan lebih condong menjadi "pro berusaha orang asing kembali" di negara kita ini. Demikian pula dimana dahulu dikedepankan dalam iklim semula ini erat nasionalisme, bahwa "hak milik ini berfungsi sosial" dan lebih mudah dapat dinasionalisasi demi kepentingan umum.¹⁹ Jika dibandingkan sekarang dengan adanya ketentuan yang condong kepada larangan untuk melakukan nasionalisasi seperti dicantumkan dalam Undang-Undang Pokok Penanaman Modal Asing UU PMA 1967 no.1, yang tidak membenarkan tidak diadakan nasionalisasi ini, kecuali

17. Semula Penerbit PT. Kinta

18. Telah dibahas dalam buku "Segi-segi hukum internasional pada nasionalisasi di Indonesia", PT. Kinta, Jakarta.

19. Bdkg, UU. tentang nasionalisasi perusahaan milik Belanda, dibahas dalam buku Supra n.

18. dan lain-lain yang akan dibahas pada bab-bab berikutnya.

dengan terpenuhinya syarat-syarat tertentu yaitu pembayaran kompensasi secara wajar segera dan efektif (**prompt adequate and effective**)

Dengan kemungkinan untuk memprotes melalui Dewan Arbitrase apabila jumlah penggantian kerugian ini dipandang kurang memuaskan bagi pihak yang terkena nasionalisasi. Semua ini kita lihat melalui sejarah yang berubah-ubah tergantung dari situasi dan kondisi ("sikon") satu saat nasionalisasi dianggap boleh saja dilakukan, disaat lain diperketat syaratnya.

RUU-HPI Indonesia yang baru .

Setelah melihat rangkaian peraturan aktual berkenaan dengan status orang asing dinegara kita, maka kita beralih pada prinsip-prinsip nasional yang kiranya dapat kita temukan dalam Rancangan Undang-Undang yang Baru dalam Hukum Perdata Internasional Indonesia.

Seperti diketahui telah menjadi salah satu program pemerintah untuk Pelita V bahwa sebelum berakhirnya periode ini sudah rampung beberapa "Basic laws", Di antaranya termasuk perundang-undangan baru, semacam kodifikasi Undang-Undang Hukum Perdata Internasional Indonesia. RUU Hukum Perdata Internasional Indonesia ini sudah disetujui oleh Panitia Interdep dan telah pula di Seminar-kan oleh BPHN. Sekarang ini, menurut keterangan yang kami peroleh juga sudah diajukan kepada Sekneg dan tinggal menunggu giliran untuk diajukan kepada DPR. Harapan kami kiranya dapat terwujud cita-cita untuk memberikan suatu pegangan yang positif bagi Badan Peradilan dinegara kita dalam menghadapi peristiwa-peristiwa perdata yang memperlihatkan unsur-unsur luar negeri. (**foreign elements**)²⁰

Dalam rangka ini pertama-tama hendak kami kemukakan adanya sifat nasional dan ciri nasionalisasi pada HPI kita ini dengan diterimanya apa yang dinamakan "prinsip nasionalitas" dalam menentukan status personal (Hukum Kekeluargaan) dari seseorang²¹. Dalam pada itu sesuai dengan sistim 16 AB yang hingga kini masih dipakai untuk sistim HPI di negara kita, sebagai warisan pemerintah Hindia Belanda, maka tetap dipertahankan prinsip nasionalitas itu.²² Dengan demikian telah diusulkan agar supaya warganegara Indonesia yang berada diluar negeri tetap dibawah hukum kekeluarganya bilamana hendak melakukan tindakan-tindakan berkenaan dengan status wewenang dan hak-hak seseorang itu. Misaanya, seorang Warganegara Indonesia yang hendak menikah diluar negeri harus memenuhi syarat-syarat materiil daripada hukum Indonesia sendiri mengenai perka winan. Juga jika ia hendak bercerai harus dilangsungkan hal ini sesuai dengan syarat-syarat yang dikenal didalam hukum Indonesia sendiri berkenaan dengan perceraian itu. Jadi tidak dapat dipergunakan hukum dari domisilinya ditempat luar negeri sebagai yang menentukan untuk perkawinan atau perceraianya.

Prinsip nasionalisasi ini telah kami usulkan untuk dikombinasikan dengan prinsip

20. Unsur-unsur asing ini yang membuat suatu peristiwa menjadi bersifat HPI

21. Bdkg, bab III buku "Pengantar HPI Indonesia", supra n. 2 "Prinsip kewarganegaraan dan prinsip domisili".

22. Pasal 16 A.B. ini, melalui Belanda, diwariskan dari Code Civil Perancis pasal 3.

domisili, mengingat bahwa ada kemungkinan bahwa akan dipersulit, hakim kita di Indonesia ini apabila tetap harus diperlakukan hukum asing sekalipun orang asing yang bersangkutan sudah lama sekali berada di Indonesia.

Dengan demikian kami telah usulkan agar supaya dipakai hukum perdata dari Indonesia untuk mengatur masalah-masalah dibidang status hukum kekeluargaan dari orang asing yang menetap disini.²³

Dipertahankannya prinsip nasionitas untuk status personal ini mengakibatkan bahwa hukum nasional Indonesia diperluas pemakaiannya. Bukan saja untuk wilayah diluar negeri, dimana warganegara Indonesia yang berada. Untuk hal-hal hukum kekeluargaan mereka dianggap harus tunduk kepada ketentuan-ketentuan hukum Nasional Indonesia sendiri.

Tetapi sebaliknya, juga kompromi yang diusulkan, yaitu bahwa orang asing yang sudah menetap lama di Indonesia dan memenuhi syarat kediaman sedemikian, akan ditaruh dibawah berlakunya hukum Nasional Indonesia juga untuk hal-hal status personal ini. Jadi dengan mengamut prinsip nasionalitas serta usul kompromi berkenaan dengan hukum domisili untuk orang asing ini, akan diperluas bidang berlakunya hukum nasional Indonesia, juga terhadap orang-orang asing yang telah menetap disini.

Ketertiban Umum mengakibatkan pemakaian hukum nasional

Satu hal lain yang juga mengakibatkan hukum nasional intern Indonesialah yang dipergunakan kita saksikan pada Lembaga "Ketertiban Umum" (**Ordre Public, openbare orde, public policy**)²⁴. Dengan diterimanya prinsip bahwa hukum asing yang seyogyanya harus dipergunakan menurut ketentuan HPI Indonesia, dalam hal khusus, jika dianggap melanggar ketertiban umum di Indonesia, akan dikesampingkan dan kemudian diperlakukan sebagai pengganti daripada hukum asing ini, ketentuan dari **Hukum Nasional Indonesia sendiri**, akan diperluas juga berlakunya **Hukum Nasional Indonesia**. Seperti dalam contoh yang seringkali kita sebut mengenai perbudakan, dimana prinsip AB pasal 16 (dan kemudian prinsip didalam RUU HPI yang baru untuk Indonesia ini) hukum nasional yang bersangkutan harus diperlakukan. Misalnya dua warganegara Afrika yang dalam Hukum Nasional mereka masih mengenal sistim perbudakan, mengajukan perkara dihadapan Pengadilan Negeri Jakarta. Sesuai dengan ketentuan HPI Indonesia hakim akan mempergunakan Hukum Nasional Afrika bersangkutan. Tetapi oleh karena sistim hukum Nasional Afrika ini, untuk kasus demikian masih mengenal sistim perbudakan, pihak majikan yang mengklaim segala hasil karya si budak ini, menjadi milik dari pihak majikannya itu, ternyata tidak akan dapat dipertahankan oleh hakim di Indonesia. Hakim Indonesia akan mempergunakan sebagai pengganti dari hukum asing tersebut ketentuan dalam **hukum Nasional Indonesia sendiri** yang tidak mengenal perbudakan itu. Karena "Exploitation de l'homme par l'homme" adalah bertentang-

23. Lihat mengenai ini, infra, dibawah "Resume RUU-HPI"

24. Pengantar HPI Indonesia, supra n.2 bab VI

an dengan Pancasila dan ketentuan Undang-Undang Dasar 1945.²⁵ Maka hukum asing yang seyogyanya diperlakukan ini karena bertentangan dengan ketertiban umum, yaitu melanggar sendi-sendi azasi daripada sistim hukum dan masyarakat Indonesia sendiri, akan sebagai **pengecualian** dikesampingkan.²⁶ Jadi dengan diterimanya lembaga ketertiban umum ini kita saksikan diperluas lagi berlakunya hukum nasional kita sendiri.

Prinsip Renvoi

Demikian pula dengan diterimanya prinsip **renvoi (penunjukan kembali)**, terug-verwijzing dalam HIP Indonesia ini) seperti telah diusulkan dalam RUU PHI Indonesia yang baru, maka akan berlaku hukum nasional intern Indonesia sendiri.²⁷ Seperti diketahui, berlakunya prinsip renvoi ini adalah karena adanya perbedaan antara prinsip nasionalitas dan prinsip domisili dibidang kekeluargaan atau status personal seseorang. Misalnya HIP Indonesia mempergunakan prinsip nasionalitas dan menyatakan hukum Inggris yang berlaku untuk orang Inggris yang berdomisili di Indonesia.²⁸ Tetapi HIP Inggris menyatakan bahwa prinsip domisili yang berlaku dan **menunjuk kembali pada hukum Indonesia. Kita menerima renvoi ini dan menyatakan hukum intern Indonesialah yang akan berlaku** untuk orang Inggris yang telah menetap di Indonesia karena hukum Inggris sendiri (kaedah HIPnya) menunjuk kembali kepada hukum intern Indonesia. Hasil dari penerimaan renvoi ini adalah bahwa hukum inter nasional Indonesialah yang akan berlaku pula. Jadi disini kita saksikan lagi, bahwa berlakunya **hukum Nasional Indonesia bertambah** dalam praktek hukum Badan Peradilan Indonesia apabila kita menerima prinsip renvoi. Hal ini adalah salah satu pendorong bagi kami untuk menganjurkan diterimanya renvoi. Alasan kuat untuk menerima renvoi ialah bahwa dengan demikian hukum intern Indonesia akan diperlakukan oleh Badan Peradilan kita itu. Hal ini disebabkan karena kita telah menawarkan terlebih dahulu kepada hukum asing untuk dipergunakan. Tetapi hukum asing ini sendiri tidak mau mempergunakan kesempatan tersebut dan telah menunjuk kembali kepada hukum kita. Maka kita akan memakai hukum nasional intern kita ini sendiri.

Seperti seorang berdiri dimuka pintu dan menawarkan pada tamunya untuk "jalan terlebih dahulu", ("Monsieur a vous l'honneur"). Tetapi orang asing ini tidak mau masuk lebih dulu walaupun "host"nya telah mempersilahkan untuk jalan terlebih dahulu.²⁹ Kita sebagai host akan mempergunakan kesempatan jalan lebih dahulu oleh pihak tamu ini. Kita "masuk melalui pintu terbuka". Kita akan pergunakan dan pakai hukum intern nasional Indonesia sendiri.

25. Bdgk, perumusan dalam RUU HIP Indonesia yang telah kami usulkan, lihat "Resume RUU-HPI", infra.

26. "Public policy" harus dipergunakan se-irit mungkin, "as a shield and not as a sword".

27. Bdgk. infra "Resume RUU -HPI"

28. Lihat bab IV, buku Pengantar HIP Indonesia, supra n.2

29. Lihat mengenai contoh ini dan contoh-contoh lain supra, Pengantar HIP Indonesia, supra n.2 no. 52 dst.

Pembuktian Hukum Asing tidak dapat dilakukan.

Salah satu contoh lain dari diperluasnya pemakaian hukum intern nasional sendiri adalah ketentuan mengenai pembuktian hukum asing. Apabila hukum asing yang harus dipakai dalam suatu peristiwa HPI, ternyata tidak dapat dikenal oleh hakim Indonesia walaupun usaha kearah ini sudah diadakan, maka hakim Indonesia akan memakai hukum nasional perdatanya sendiri dan tidak memakai hukum asing yang tidak dapat diketemukan itu. Jadi terlebih dahulu harus dicari kearah penemuan hukum asing ini oleh Badan Peradilan Indonesia. Tetapi apabila dalam prakteknya karena keadaan dan kekurangan tersedianya informasi atau reserach mengenai Hukum Perdata Asing bersangkutan itu, dibenarkan jika Pengadilan Indonesia daripada sama sekali tidak memberikan keputusan mengenai perkara ini, menyelesaikan juga perkara itu dengan mengandalkan kepada Hukum Perdata intern Indonesia sendiri.

Hal ini pernah kami usulkan dan ternyata telah membingungkan beberapa sarjana hukum Indonesia. Kawan saya yang dahulu telah memberi komentar pula mengenai hal apakah kami tidak keliru dengan mempergunakan yang dia anggap sebagai "Contradictio in terminis" Hukum Perdata Internasional Indonesia" (pertentangan antara istilah asing "internasional" dan "Indonesia"). Kini juga telah menanyakan kami lagi mengenai usul pasal bersangkutan itu. Seorang notaris kenamaan di Jakarta katanya telah mempersoalkan dengannya apa yang telah kami usulkan dalam RUU ini, yaitu bahwa hakim Indonesia dalam hal tidak dapat menemukan Hukum Perdata Asing, akan memakai hukum Indonesia sendiri.³⁰ Yang menjadi kekhawatiran mereka ialah : apakah dengan adanya pasal seperti ini tidak nanti pengadilan-pengadilan disini hanya akan memakai hukum Nasional Indonesia sendiri tanpa berusaha untuk mencari hukum asing itu. Tentu kekhawatiran ini bisa diakui beralasan adanya. Kami menganjurkan supaya hakim terlebih dahulu berusaha dengan baik dan sekuat tenaga untuk dapat mengenal dan mengetahui isi Hukum Perdata Asing bersangkutan ini. Antara lain dengan menghubungi Kedutaan Besar negara asing bersangkutan dan mengadakan hubungan dengan lembaga-lembaga ilmiah, baik didalam maupun diluar negeri, serta expert-expert dibidang hukum asing bersangkutan itu sebelum memutuskan perkara bersangkutan. Jadi jangan secara langsung "hanya menyerah" dan mengatakan tidak dapat mengenal isi daripada hukum asing ini dan dengan demikian akan memakai hukum nasional Indonesia sendiri.

Sebenarnya apa yang kami utarakan dalam pasal RUU bersangkutan ini adalah suatu "verlegenheidsoplossing" agar supaya hakim Indonesia dapat tetap memutuskan peristiwa HPI bersangkutan, karena seorang hakim harus menyelesaikan perkara dengan mengadili perkara yang diajukan kepadanya.³¹ Maka jelaslah bahwa apabila cara defacto sukar untuk menamakan hukum asing bersangkutan ini,

30. Lihat, Pengantar HPI, supra n.2, no. 169.

31. Lihat lebih jauh mengenai persoalan pembuktian hukum asing ini, bab XII, Pengantar HPI Indonesia, supra n.2

maka perlu diadakan suatu "way out" setelah itu. Pemecahan yang dipilih adalah dengan memakai hukum perdata kita sendiri!

Dengan demikian, seperti juga dalam hal masalah "Ketertiban Umum diatas, atau penerimaan renvoi" sekarang ini jikalau hukum asing tidak dapat dibuktikan oleh Hakim Indonesia, maka kita akan memakai hukum nasional Indonesia sendiri.

Semua peristiwa dikemukakan ini kiranya menjelaskan tendensi untuk lebih memberi tempat kepada pemakaian hukum intern nasional Indonesia sendiri, walaupun sudah terlebih dahulu diberikan kesempatan kepada hukum luar negeri untuk diperlakukan dalam peristiwa yang bersifat HPI itu.

Kwalifikasi

Mengenai soal kwalifikasi diantara 3 macam kemungkinan kwalifikasi, yaitu kwalifikasi *lex fori* (kwalifikasi-kwalifikasi menurut hukum sang hakim), *lex causae* (kwalifikasi menurut hukum yang dipakai untuk peristiwa HPI bersangkutan) dan kwalifikasi secara otonom, kami telah memilih kwalifikasi yang pertama yaitu menurut *lex fori*.³² Alasan pemakaian prinsip *lex fori* ini adalah bahwa apabila suatu persoalan HPI diajukan kepada fihak Hakim Indonesia, maka ketentuan hukum nasional intern Indonesia-lah yang akan menentukan apa yang diartikan dengan istilah-istilah dan pengertian hukum yang dipertanyakan itu.

Menurut hemat kami pemilihan kwalifikasi menurut hukum sang hakim ini adalah yang paling tepat dipakai dan dapat dipertanggung jawabkan untuk negara kita. Dengandemikian maka sistem HPI dari masing-masing negara yang merupakan sistim hukum nasional pula, berbicara dalam bahasa hukum nasionalnya sendiri.

Kwalifikasi, yaitu proses memasukan fakta-fakta dalam kotak-kotak hukum, ruang-ruang atau kategori hukum ini hendaknya oleh Hakim Indonesia dilaksanakan sesuai dengan ketentuan pengertian hukum intern nasional Indonesia sendiri. Bahasa hukum nasional ini tidak lain daripada bahasa istilah hukum dari fihak hakimi sendiri.

Dalam hal diajukan persoalannya dihadapan Hakim Indonesia, maka bahasa hukum yang dipakai adalah Hukum Nasional Indonesia itu. Demikian akan sekali lagi diberi tempat lebih banyak untuk pemakaian dari Hukum Indonesia sendiri oleh fihak Indonesia dalam menghadapi masalah HPI. Perumusan yang telah kami usulkan sebagai berikut:

"Dalam hal terjadinya perselisihan antara berbagai soal-soal hukum dalam status proses perkara tertentu, maka Hukum Indonesia menjadi satu-satunya yang berwenang untuk menentukan dalam kategori manakah hukum tersebut termasuk, sehingga dapat ditentukan hukum yang berlaku".³³

Jadi disini kita dapat saksikan bahwa apabila suatu persoalan diajukan kehadapan Hakim Indonesia, maka yang akan dipakai adalah Hukum Indonesia dalam hal penentuan kwalifikasi atau klasifikasi ini.³⁴

32. Bab V, buku Pengantar HPI Indonesia, supra n.2

33. Bdkg, infra, "Resume-HPI"

34. Usul perumusan ini adalah sesuai dengan teks dari pasal 10 Kitab Undang-undang Hukum Perdata Mesir 1948 (Berita Negara Pemerintah Mesir nomor khusus 29 Juli 1988 no. 108 bis A)

Mengenai masalah kemampuan hukum.

Sesuai dengan ketentuan pasal 16 AB yang menganut prinsip nasionalitas dan juga telah pada prinsipnya kami pertahankan dalam RUU HPI baru Indonesia ini, maka telah kami usulkan agar supaya dicantumkan pemakaian prinsip nasionalitas ini sebagai berikut :

"Kemampuan hukum atau ketidak mampuan seseorang untuk bertindak dalam hukum diatur oleh hukum nasional orang yang bersangkutan". Jadi dalam hal ini Prinsip Nasionalitas yang dikedepankan. Oleh karena soal kemampuan bertindak dalam hukum ini termasuk status dan wewenang seseorang, maka termasuklah dalam status personal, hingga prinsip nasionalitas dipergunakan sesuai dengan apa yang telah dikemukakan diatas.

Akan tetapi untuk memberikan perlindungan kepada masyarakat di Indonesia pada umumnya, apabila menghadapi transaksi-transaksi dengan orang asing, maka kami telah usulkan pula sebagai ayat ke-2 sebagai berikut : **"Akan tetapi apabila orang asing melakukan suatu perbuatan hukum di Indonesia, sedangkan menurut hukum nasionalnya untuk perbuatannya yang bersangkutan orang tersebut tidak mempunyai kemampuan hukum atau hanya mempunyai kemampuan hukum yang terbatas, maka orang itu dianggap sebagai mempunyai kemampuan hukum untuk perbuatan itu sepanjang menurut hukum Indonesia ia dianggap demikian"**.³⁵

Maksud ketentuan dalam ayat kedua ini adalah untuk memberi perlindungan bagi masyarakat hukum Indonesia umumnya terhadap perbuatan-perbuatan dari pihak orang asing. Misalnya telah diadakan kontrak dagang dan di Indonesia orang asing bersangkutan dianggap cakap untuk melakukan hal itu (menurut interpretasi terakhir cukup 18 tahun).³⁶ Orang asing yang misalnya menurut Hukum Nasionalnya sendiri dipandang belum dewasa karena belum 26 tahun, harus dianggap sudah berwenang untuk melakukan transaksi bersangkutan itu karena menurut hukum Indonesia ia dipandang sudah berwenang untuk melakukan hal demikian.

Perlindungan masyarakat ini akan tetapi tidak diperluas hingga mencakup soal-soal yang berkenaan dengan Hukum Kekeluargaan dan Hukum Warisan. Maka ayat selanjutnya dari pasal bersangkutan yang kami usulkan ini berbunyi sebagai berikut: **"Ketentuan ini tidak berlaku bagi perbuatan hukum di bidang Hukum Kekeluargaan dan Hukum Warisan"**.

Di sinilah kita saksikan bahwa hukum nasional Indonesiapun akan diperluas bidang pemakaiannya demi perlindungan masyarakat hukum Indonesia sendiri di bidang transaksi perdata dan dagang.

35. Bdgk. infra, Resume HPI

36. Lihat Purwoto S.Gandasubrata, SH "Pembahasan terhadap Makalah Rasjim Wirjatmadja SH tentang "Persetujuan istri/suami untuk menjaminkan harta bersama dan batas umur kedewasaan bagi seorang calon nasabah untuk membuka rekening serta meminjam uang kepada bank-bank, Seminar sehari diselenggarakan oleh Banker's Club Indonesia, bekerja sama dengan Fakultas Hukum Universitas Tarumanegara, BPHN, Lembaga Pengembangan Perbankan Indonesia, Jakarta 8 Nopember 1988

Prinsip *lex rei sitae*

Sesuai dengan prinsip bersangkutan inipun maka kita memakai prinsip *lex rei sitae* berkenaan dengan benda yang terletak di Indonesia. Di sini juga akan dipakai hukum yang berlaku di Indonesia sendiri. Dan segala perbuatan yang berkenaan dengan benda yang tidak bergerak, dinyatakan bahwa sepanjang mengenai benda yang terletak di Indonesia akan diperlakukan prinsip *lex rei sitae* ini, hukum Indonesialah yang akan berlaku. Maka telah kami usulkan ayat selanjutnya dalam RUU HPI Indonesia ini: "Dalam hal perbuatan hukum yang berkenaan dengan benda tidak bergerak, maka kemampuan hukum dari seseorang mengenai perbuatan hukum yang berkenaan dengan itu diatur menurut hukum dari tempat dimana benda tidak bergerak terletak"

Maka sekarang ini, dengan interpretasi bahwa 18 tahun sudah cukup untuk melakukan perbuatan hukum berkenaan dengan benda yang terletak di Indonesia, kami pandang syarat kedewasaan yang ditentukan oleh Hukum Nasional Asing dari pihak bersangkutan berkenaan dengan benda-benda tidak bergerak, juga takluk di bawah ketentuan Hukum Perdata Indonesia sendiri berkenaan dengan batas umur ini. Tetapi tentunya sekarang ini masih menjadi persoalan "Apakah interpretasi 18 tahun sebagai apa yang menentukan untuk menganggap orang sudah dewasa atau tidak, memang dapat dipertahankan sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia?". Apakah interpretasi yang hendak diperkenalkan oleh Wakil Ketua Mahkamah Agung mengenai hal ini dapat dipertahankan. Kami sendiri masih meragukan hal ini. Bagi kami sesungguhnya 18 tahun ini memang cukup apabila hal-hal menyangkut kewarganegaraan karena ditentukan demikian oleh Undang-Undang Kewarganegaraan RI tahun 1958 No. 62 atau bilamana menghadapi masalah-masalah perkawinan sesuai dengan ketentuan Undang-undang Perkawinan 1976 No. 1, berkenaan dengan perwalian anak. Akan tetapi jika halnya berkenaan dengan hal lain diluar kewarganegaraan dan pewarisan, maka kiranya masih dipersoalkan apakah ketentuan lama yang menentukan soal kedewasaan ini harus dipandang sudah tidak berlaku lagi pada waktu sekarang ini.³⁷

Dengan demikian dapat kita saksikan dengan jelas dari contoh-contoh terurai diatas, bahwa kita juga memberikan tempat yang layak, bahkan sering memberikan tempat yang utama bagi Hukum Nasional kita sendiri dalam hal timbul keraguan mengenai hukum yang harus dipakai. Akan tetapi segala sesuatu pengutamaan dari hukum sendiri ini dilakukan secara prinsipil bukan untuk mengutamakan dan menganggap hukum kita sendiri adalah jauh lebih tinggi daripada hukum asing. Kami sebaliknya berpendirian bahwa prinsip persamarataan dari semua sistim hukum, baik hukum Nasional maupun hukum Asing, adalah yang harus menjadi pegangan yang sehat dalam menyelesaikan masalah-masalah HPI).³⁸ Akan tetapi

37.

38. Tentang azas persama-rataan ini, dalam Hukum Antargolongan, dipupuk melalui pasal 2 Peraturan Perkawinan Campuran, Stbl 1898 no. 158. Mengenai ini, lihat thesis kami, Segi-segi Hukum Peraturan Perkawinan Campuran" Jakarta (1955), kemudian dicetak ulang beberapa kali

sesuai dengan aliran yang dinamakan "Homewards Trend" aliran yang menjunjung tinggi dipakainya Hukum intern Nasional sendiri, setelah diberi kesempatan yang wajar bagi Hukum Asing untuk berlaku, dapat dipertanggung jawabkan. Karena dengan demikian Hukum Indonesia Intern sendiri adalah yang akan dipakai oleh Badan Peradilan kita. Dan biar bagaimanapun tentunya para hakim Indonesia ini lebih mahir dan dapat menerapkan hukum secara lebih baik apabila dalam satu persoalan dengan unsur luar negeri ini, bisa memakai hukum Indonesia sendiri. Jaminan mutu pengadilan Indonesia, jikalau memakai hukum Indonesia, lebih terjamin daripada harus memakai ketentuan hukum Perdana Asing, yang pada umumnya kurang dikenalnya, dan hanya dapat diketahuinya dari kesaksian atau legal opinion serta karya-karya dari para Sarjana Hukum Luar Negeri. Daripada secara keliru menafsirkan hukum yang harus dipakai ini, lebih baik dipakai Hukum Nasional intern Indonesia sendiri demi jaminan mutu ini!

Resume RUU-HPI

Akhirnya untuk memudahkan sebagai penutup kami memberikan resume daripada RUU HPI Indonesia yang telah kami susun itu.³⁹

1. Dianjurkan supaya dapat dipakai **prinsip nasionalitas secara terbatas** dan diadakannya kompromi dengan prinsip domisili untuk hukum kekeluargaan, sesuai dengan pendapat yang kini paling banyak penganutnya di bidang HPI.

2. Kami usulkan agar supaya diadakan perubahan dalam pasal 16 AB sebagai berikut:

Di samping Teks 16 AB yang kini berlaku agar supaya ditambahkan ketentuan sebagai berikut:

"Untuk orang asing yang berada di wilayah RI tetap akan berlaku Hukum Nasional mereka untuk status personal selama 2 tahun mereka menetap di sini". Setelah itu akan berlakulah Hukum Indonesia sebagai Hukum tempat tinggal mereka untuk segala hal-hal berkenaan dengan status, hak-hak dan wewenang". Dengan lain perkataan, diadakan kombinasi dari **prinsip nasionalitas dan prinsip domisili**. Untuk memudahkan pelaksanaan hukum di negara kita dan juga demi kepastian hukum untuk lingkungan di Indonesia ini, maka ditentukan bahwa juga orang-orang asing yang sudah menetap lebih lama dari 2 tahun di Indonesia ini, mengenai personal statusnya (Hukum Kekeluargaan) akan ditentukan oleh hukum yang berlaku di Indonesia.

3. Prinsip bahwa dalam menentukan apa yang merupakan **Hukum Nasional** seseorang, maka kewarganegaraan dari orang itulah yang menentukan. Apabila tidak ada kewarganegaraan (*apatridie*), maka akan dipakai hukum dosimili. Jika terdapat dua atau lebih kewarganegaraan (*bipatridie*, *multipatridie*), maka akan dipilih kewarganegaraan yang menurut kenyataan paling efektif (*effectieve nationaliteit*).

4. Supaya diterima *renvoi* (Penunjukan kembali) karena hal ini akan membawa lebih banyak dipakainya Hukum Indonesia Intern. Dengan demikian dipermudah

39. Lihat pula buku kami, *Hukum Perdata dan Dagang Internasionaal Alumni*, Bandung (1980) h.221 dst.

bagi pelaksanaan hukum dan kesempatan untuk memakai hukum kita sendiri. Seperti diketahui, persoalan ini timbul karena perbedaan antara prinsip domisili dan prinsip nasionalitas antara berbagai negara di dunia. Jika telah ditunjuk oleh HPI kita kepada hukum sesuatu negara lain dan HPI dari negara itu menunjuk kembali kepada hukum kita, maka akan kita pakai hukum intern kita. Dengan lain perkataan kita menerima renvoi.

Penerimaan renvoi ini dapat dirumuskan sebagai berikut: "Apabila Hukum Nasional dari seseorang yang dinyatakan berlaku dan apabila hukum tersebut menunjuk kepada hukum Indonesia sebagai hukum yang berlaku baginya, maka hukum intern Indonesialah yang berlaku".

5. Kwalifikasi supaya ditentukan menurut *Lex Fori* (hukum sang hakim). Dengan demikian maka dipermudah kwalifikasi ini dan kwalifikasi menurut *Lex Fori* (bukan menurut *Lex Causae*, hukum yang harus dipergunakan, atau kwalifikasi secara otonom) yang akan kita pakai. Perumusan yang diusulkan adalah sebagai berikut: "Dalam hal terjadinya perselisihan antara berbagai stelsel hukum dalam suatu proses perkara tertentu, maka hukum Indonesia menjadi satu-satunya yang berwenang untuk menentukan dalam kategori manakah hubungan hukum tersebut termasuk, sehingga dapat ditentukan hukum yang berlaku".

6. Penerimaan dan *Ketertiban Umum* (*openbare orde*, *Public Policy*, *ordre public*) sebagai suatu rem darurat memang harus selalu dipakai. Lembaga *Ketertiban Umum* ini memungkinkan bahwa dalam hal yang sangat perlu karena menyinggung sendi-sendi asasi intern hukum dan masyarakat kita sendiri, dikesampingkan hukum asing yang seyogyanya harus berlaku menurut HPI kita. Dengan demikian maka akan dipakai Hukum Indonesia. Perumusan yang diusulkan adalah sebagai berikut: "Kaedah-kaedah hukum asing yang sebenarnya harus diperlakukan menurut ketentuan-ketentuan Hukum Perdana Internasional Indonesia, tidak akan dipergunakan bilamana kaedah-kaedah tersebut bertentangan dengan Pancasila, ketertiban umum atau kesusilaan baik".

7. Dipakainya prinsip nasionalitas untuk hubungan antara orang tua dan anak. Untuk pengesahan anak dipakai hukum sang ayah, untuk perwalian hukum sang anak, untuk alimentasi tempat tinggal yang nyata sehari-hari (*Residence Habituelle*) dari sang anak.

8. Untuk hubungan hukum antara suami istri dipakai prinsip nasionalitas. Dalam hal perbedaan kewarganegaraan antara suami dan istri, maka dipakai hukum nasional sang suami. Hukum yang berlaku untuk harta benda perkawinan juga hukum nasional dari para pihak jika suami istri berkewarganegaraan sama. Dalam hal ini suami istri berbeda kewarganegaraan maka akan dipakai domisili bersama yang pertama (*eerste huwelijksdomicilie*).

9. Untuk perkawinan maka kami usulkan dipakai Hukum Nasional dari masing-masing pihak mengenai syarat-syarat perkawinan. Untuk penyelenggaraan daripada perkawinan itu sendiri dan syarat-syarat formil maka dipakai hukum dari tempat di mana perkawinan itu dilakukan (*Lex Loci Celebrationis*).

10. Tentang perceraian juga diusulkan untuk dipakai Hukum Nasional dari para pihak suami dan istri apabila kewarganegaraan ini sama adanya. Dalam hal ada

perbedaan kewarganegaraan antara suami dan istri maka akan dipakai hukum dari tempat tinggal mereka bersama. Jadi ditekankan lagi atas tempat kediaman bersama (*Residence Habituelle*) yang sekarang dipentingkan dalam Konvensi-konvensi HPI Den Haag.

11. Mengenai Hukum Warisan berlaku Hukum Nasional dari sipewaris. Warisan dalam hal ini diatur sebagai suatu Kesatuan, tanpa membedakan antara benda-benda bergerak dan benda-benda tetap.

12. Mengenai bentuk dari testamen akan diatur pula oleh Hukum Nasional dari orang yang membuat testamen atau ditempat di mana sipembuat testamen mempunyai domisili waktu membuatnya atau saat kematiannya atau tempat kediaman nyata sehari-harinya, atau dari tempat dimana 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.

13. Mengenai Adopsi kami usulkan 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 biasa sehari-hari dari sang anak. Tentang akibat-akibat hukum dari adopsi antara kedua pihak ini diatur oleh hukum yang berlaku di tempat kediaman biasa sang anak. Demikian pula hak-hak dan kewajiban para 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.

14. Mengenai Kontrak kami menganggap sebaiknya dipakai titik taut yang paling karakteristik sebagai hukum yang harus diperlakukan. Maka kami usulkan supaya dirumuskan bahwa untuk Perjanjian internasional berlakulah Hukum yang berlaku untuk perjanjian-perjanjian yang telah dipilih oleh para pihak. Apabila tidak ada pilihan maka dipilihlah hukum dari pihak yang mempunyai prestasi paling karakteristik untuk tipe kontrak masing-masing (*The most characteristic connection*).

15. Untuk Perbuatan Melanggar Hukum diusulkan agar supaya dipakai hukum dari negara di mana peristiwa perbuatan melanggar hukum itu terjadi untuk menentukan apakah peristiwa itu merupakan suatu perbuatan melanggar hukum dan menentukan kewajiban-kewajiban yang diakibatkan olehnya. Tetapi jika akibatnya termasuk dalam suasana hukum negara lain daripada negara dimana peristiwa ini terjadi (*Lex locus delicti*), maka kewajiban-kewajiban yang menjadi akibat daripadanya ditentukan oleh hukum dari negara itu sendiri. Dengan lain perkataan, telah diusulkan penerimaan pada prinsipnya daripada teori klasik mengenai perbuatan melanggar hukum (*Lex locus delicti*) sedangkan sebagai pengecualian akan dipakai pelembutan yaitu hukum daripada "Soziale Umwelt".

16. Mengenai Badan Hukum, kami usulkan agar dinyatakan bahwa tunduk kepada hukum dari negara dimana Badan Hukum itu didirikan. Jadi Prinsip *incorporatie* yang kami kemukakan. Apabila Badan Hukum ini melaksanakan

kegiatan utamanya di dalam wilayah Indonesia, maka akan berlaku Hukum Indonesia.

17. Mengenai bentuk perbuatan hukum maka perlu kiranya ditentukan bahwa sahnyanya itu tunduk kepada hukum dari negara di mana perbuatan itu dilakukan. Tetapi jika perbuatan hukum itu mengenai benda tidak bergerak, maka hukum dari negara dimana benda bersangkutan berada, mengatur bentuk yang disyaratkan untuk sahnya perjanjian, surat-surat atau lain perbuatan hukum yang berhubungan dengan benda yang tidak bergerak itu.

18. Jadi di sini ditekankan kepada *Lex Rei Sitae* sesuai dengan ketentuan pasal 17 dari HPI kita. Mengenai kemampuan untuk bertindak dalam hukum, maka prinsip nasionalitaslah yang pada umumnya dianut. Karena itu maka kemampuan hukum atau ketidak mampuan seseorang untuk bertindak ditentukan menurut hukum nasional dari pada orang bersangkutan itu.

19. Tentang benda-benda tidak bergerak juga diusulkan supaya diterima *Lex Rei Sitae*. Kemampuan hukum dari seseorang untuk melakukan perbuatan hukum mengenai benda yang tidak bergerak diatur dalam hukum dari tempat di mana benda tidak bergerak itu terletak.

20. Mengenai Perwalian dan Perwalian Safih (*Curatele*) maka apabila seorang asing berdomisili atau bertempat kediaman di Indonesia dapat dilakukan Perwalian atau Perwalian Safih ini oleh Pengadilan Indonesia dengan memakai Hukum Nasional dari orang bersangkutan.

21. Mengenai benda bergerak dan benda tidak bergerak diatur oleh hukum dari tempat di mana benda itu berada (*Lex Rei Sitae*).

Demikian garis besar ketentuan-ketentuan Rancangan Undang-undang Hukum Perdata Internasional Indonesia.

ANDA MEMBUTUHKAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN ?

Undang-undang

Peraturan Pemerintah

Sekretariat Negara/Menteri-Menteri Negara

Lembaga-lembaga Tinggi Negara

Departemen

Lembaga-lembaga non departemen

Daerah-daerah



**HUBUNGILAH PUSAT DOKUMENTASI HUKUM
FAK. HUKUM UNIVERSITAS INDONESIA.
JL. CIREBON 5 JAKARTA, Telp. (021) 335432**