

# Konsep Ketertiban Umum dalam Hukum Perdata Internasional: Perbandingan Beberapa Negara *Civil Law* dan *Common Law*

By: Sri Wahyuni\*\*

## Abstract

*This article discusses about public order in the Private Internationale Law context, relating to the acceptance to the foreign law in a country. Every country has the public order although they are different in concept and implementation. This public order principle is important as an emergency filter when a country faces a foreign law. If the foreign law is incompatible to the public policy of the country, the foreign law can be ignored. The country may use its own national law. The implementation of public order principle relates to the other principles in the Private International Law, such as nationality, domicile and vested rights principles.*

## Abstrak

*Tulisan ini membahas tentang ketertiban umum dalam konsep Hukum Perdata Internasional terkait dengan masalah penerimaan suatu negara terhadap hukum asing. Setiap negara memiliki konsep ketertiban umum, walaupun berbeda-beda pengaturan serta penerapannya. Prinsip ketertiban umum ini penting sebagai rem darurat ketika suatu negara menghadapi permasalahan yang harus menerapkan hukum asing. Jika suatu hukum asing dirasakan bertentangan dengan konsep ketertiban umumnya, maka hukum asing tersebut dapat dikesampingkan atau tidak diterapkan, melainkan kembali ke hukum nasional negaranya untuk diterapkan. Penerapan prinsip ketertiban umum ini juga terkait dengan prinsip-prinsip lain dalam Hukum Perdata Internasional, seperti prinsip nasionalitas dan domicile serta pelanjutan keadaan hukum atau hak-hak yang telah diperoleh (vested rights).*

**Kata Kunci:** *ketertiban umum, Hukum Perdata International, civil law, common law.*

## A. Pendahuluan

Hukum Perdata Internasional (selanjutnya disingkat dengan HPI)<sup>1</sup> sering juga disebut sebagai *Conflict of Laws*.<sup>2</sup> Dalam kajian HPI ini, suatu

---

\*\*Dosen Fakultas Syariah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

<sup>1</sup>Hukum Perdata Internasional terbangun sebagaimana HATAH. HATAH dibagi menjadi Hukum Antar Waktu, Hukum Antar Tempat dan Hukum Antar Golongan. Hal ini didasarkan kepada sebuah filosofi yang pernah dikemukakan oleh Hans Kelsen bahwa hukum memiliki empat wilayah kuasa yaitu kuasa waktu (*sphere of time/ temporal sphere*), kuasa tempat (*territorial sphere*), kuasa materi (*material sphere*) dan kuasa personal (*personal*

persoalan disebut sebagai masalah HPI jika ada unsur asing, baik karena unsur personal atau pun berdasarkan teritorialnya.<sup>3</sup> Unsur personal dalam HPI misalnya adalah perkawinan campuran dalam konsep Undang-undang Perkawinan (yaitu antara WNI dan WNA), sedangkan unsur teritorial misalnya, sama-sama WNI tetapi melaksanakan perkawinan di luar negeri. Sementara itu, salah satu permasalahan yang dikaji dalam HPI adalah sejauh mana suatu negara dapat menerima putusan dan atau penetapan hukum dari negara lain.<sup>4</sup> Hal ini –dalam wacana Hukum Internasional-- terkait dengan masalah kedaulatan negara. Suatu negara berdaulat berhak untuk tidak tunduk terhadap kekuasaan mana pun, termasuk untuk tidak menerapkan hukum asing, sehingga tentang penerimaan suatu negara terhadap penetapan/putusan hukum asing ini, juga terkait dengan ketertiban umum<sup>5</sup> suatu negara. Jika suatu keputusan hukum dianggap mengganggu stabilitas dan ketertiban umum negara tersebut, kemungkinan ia tidak dapat menerima putusan/ penetapan hukum negara asing tersebut.

Konsep ketertiban umum atau *public order* atau *public policy* merupakan salah satu pembahasan dalam HPI yang sangat penting, terkait

*sphere*). Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Bandung: Binacipta, 1977), p. 12 – 24.

<sup>2</sup>Istilah *conflict of laws*, biasanya digunakan oleh para penganut *common law system* untuk menyebut *Private International Law*. Lihat J.G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, (Toronto: Butterworths, 1986), hlm. 3-4.; Alba J. Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, (London: Cavendish, 1998), hlm. 1. Lihat juga P. E Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, (Sidney: Butterworths, 1976), p. 2.

<sup>3</sup>Hukum Perdata Internasional (HPI) adalah seperangkat kaidah-kaidah, asas-asas, dan/atau aturan-aturan hukum nasional yang dibuat untuk mengatur peristiwa atau hubungan hukum yang mengandung unsur-unsur asing atau transnasional atau ekstrateritorial. Lihat Bayu Seto Hardjowahono, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006), hlm. 11; Lihat juga Sudargo Gautama, *Pengantar ...*, hlm. 21; Bandingkan dengan Sunarjati Hartono, *Pokok-pokok Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Cetakan Ketiga (Bandung: Binacipta, 1989), p. 12.

<sup>4</sup>Permasalahan yang dibahas dalam HPI yaitu 1) hakim atau badan peradilan mana yang berwenang menyelesaikan perkara-perkara hukum yang mengandung unsur asing; 2) hukum mana yang harus diberlakukan untuk mengatur dan menyelesaikan perkara tersebut; dan 3) sejauh mana suatu pengadilan harus memperhatikan dan mengakui putusan-putusan hukum asing atau mengakui hak-hak yang terbit berdasarkan hukum atau putusan pengadilan asing. Bayu Seto Hardjowahono, *Dasar ...*, p. 22 – 25.

<sup>5</sup>Ketertiban umum merupakan salah satu prinsip dalam HPI yang disebut sebagai *ordre public* (Perancis), *openbaar orde* (Belanda). Prinsip yang digunakan untuk menetapkannya yaitu jika pemberlakuan hukum asing dapat menimbulkan akibat-akibat berupa pelanggaran terhadap sendi-sendi pokok hukum setempat (*lex fori*), hukum asing itu dapat dikesampingkan dengan dasar “demi kepentingan umum” atau “demi ketertiban umum”. *Ibid.*, p. 122.

dengan sejauh mana suatu negara dapat menerima suatu putusan hukum asing. Dapat dikatakan juga bahwa ketertiban umum ini merupakan filter untuk diterimanya suatu putusan hukum asing. Dengan demikian, konsep ketertiban umum ini berbeda-beda dari satu negara dengan negara lain, dari satu system hukum ke system hukum lain. Tulisan ini membahas tentang konsep ketertiban umum dalam HPI, yang dianut di beberapa negara baik negara-negara yang menganut *common law system* maupun *civil law system* dan ketertiban umum dalam konsep hukum Indonesia, penerapan-penerapannya disertai contoh-contoh kasusnya.

## B. Pengertian Ketertiban Umum

Secara etimologis, ketertiban umum dalam bahasa Belanda *Openbare Orde* dan dalam bahasa Perancis *Ordre Public*, sedangkan dalam bahasa *Anglo Saxon* disebut sebagai *Public Policy*. Ketertiban umum ini menjadi bagian yang penting dalam HPI karena dalam memberlakukan hukum asing, suatu negara terikat dengan kepentingan nasional negaranya, sehingga hukum asing tersebut tidak harus diberlakukan oleh suatu negara, ketika dianggap bertentangan dengan ketertiban umum. Jadi, ketertiban umum ini merupakan filter terhadap pemberlakuan hukum asing di suatu Negara.<sup>6</sup>

Justice Cardozo menyebutkan ketertiban umum, dengan menggunakan bahasa:

“...the courts are not free to refuse to enforce a foreign right at the pleasure of the judges, to suit the individual notion of expediency or fairness. They don't close their doors unless help would violate some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal.”<sup>7</sup>

Stumberg juga mengungkapkan bahwa:

“Relief may be refused at the forum because of disapproval, on grounds of policy there, of the particular cause of action as such.”<sup>8</sup>

Justice menggunakan istilah prinsip keadilan yang fundamental, konsepsi-konsepsi moral yang baik, dan tradisi yang telah mengakar, sedangkan Stumberg masih menggunakan konsep yang sangat umum yaitu suatu keputusan yang ditolak oleh forum karena dianggap bertentangan dengan dasar-dasar kebijakannya.

---

<sup>6</sup>Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum...*, p. 133.

<sup>7</sup>Monrad G. Paulsen dan Michael I. Sovem, “Public Policy in The Conflict of Laws”, artikel dari internet didownload tanggal 10 Maret 2013. Lihat juga Ruth Hayward, *Conflict of Laws, op. cit.*, hlm. 6. PM North JJ Fawcett, *Private International Law...*, p. 128.

<sup>8</sup>*Ibid.*

Ajaran tentang ketertiban umum (*public policy*) juga sering dihadapkan dengan prinsip *choice of law*<sup>9</sup>. *Public policy* diberlakukan untuk melihat berlakunya peraturan negara lain dalam hukum perdata internasional. *Public policy* membatasi peraturan-peraturan lain yang berlaku dalam *conflict of laws*, untuk membatalkannya karena dipandang oleh pengadilan setempat tidak dapat diterima oleh nilai-nilai fundamental dalam system hukumnya.<sup>10</sup> Ajaran tentang ketertiban umum ini merupakan salah satu bagian terpenting --*fondament*<sup>11</sup>-- dalam HPI, namun Sudargo Gautama menyatakan bahwa ketertiban umum ini juga merupakan bagian tergelap. Maksudnya, walaupun banyak sekali pemikiran yang telah dicurahkan dan banyak karangan serta buku yang telah menulis tentang ketertiban umum ini, ketidakpastian masih saja meliputinya.

### C. Konsep Ketertiban Umum di Berbagai Negara

Ketertiban umum ini belum ada satu konsep yang baku dan seragam. Beberapa konsep yang bisa diambil tentang ketertiban umum ini diantaranya adalah:

#### 1. Ketertiban Umum Konsepsi Perancis – Italia

Menurut konsepsi Perancis-Italia, bahwa ketertiban umum (*ordre public*) mengandung segala sesuatu yang membenarkan dipergunakannya hukum awak dalam persoalan-persoalan HPI. Yang harus dipergunakan dalam ajaran Perancis adalah semua kaidah hukum Perancis yang bersifat *ordre public*. Walaupun hukum Perancis menunjuk suatu hukum asing untuk diterapkan, namun karena *ordre public*, maka hukum Perancis lah yang digunakan. Ada kekuatan berlaku dari beberapa kaidah Perancis yang karena pentingnya, maka harus diberlakukan, dan kaidah-kaidah asing yang bentrok dengan kaidah-kaidah Perancis dalam bidang yang khas ini, tidak dapat diberlakukan, tanpa memperhatikan lebih jauh apa yang merupakan pokok pendirian kaidah asing itu dan apa faktor-faktor yang dimilikinya dan materi apa yang diaturnya.

---

<sup>9</sup> Hillman, Allan P., "Public Policy Versus Choice of Law-Is the Best the Enemy of the Good?", *Franchise Law Journal*, 26.4 (Spring 2007), p. 180-189.

<sup>10</sup> Joost Blom, "Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time", *Netherlands International Law Review*, 2003, hlm. 374. Hillman, Allan P., "Public Policy Versus Choice of Law-Is the Best the Enemy of the Good?", hlm. 135. Min Tiong Yeo, "Statute and Public Policy in Private International Law: Gambling Contracts and Foreign Judgments: Liao Eng Kiat v. Burswood Nominees LTD", *Singapore Year Book of International Law*, 2005, p. 136.

<sup>11</sup> Dikutip oleh Sudargo Gautama dari Healy bahwa ketertiban umum ini adalah *eines der fundamente des kollisionsrechts*. Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1981), Jilid II, p. 3.

Menurut konsep Perancis, pemakaian perundang-undangan yang dianggap bersifat tertib umum (demi kepentingan umum/*lois de'ordre public*) tidak dianggap suatu pengecualian dari pada kaidah-kaidah umum yang diutarakan dalam kaidah-kaidah HPI tertentu. *Ordre public* tidak dipandang sebagai suatu keistimewaan, suatu pengecualian dari kaidah-kaidah umum. Oleh karena itu, di Perancis, banyak dipergunakan lembaga tertib umum dari pada orang berpendirian bahwa pemakaian tertib umum hanya merupakan pengecualian dari kaidah umum, sehingga harus dibatasi pada yang benar-benar perlu saja. Dalam konsepsi Perancis ini, lebih banyak pemakaian kaidah-kaidah hukum Perancis sendiri, karena materi yang dihadapi dianggap bersifat *ordre public*.<sup>12</sup>

Konsepsi Perancis tentang tertib umum ini, telah diterima baik dan dikembangkan di Italia. Dalam konsep Italia, tertib umum bersama-sama dengan prinsip kewarganegaraan dan otonomi para pihak, merupakan tiga pilar yang berdiri di atasnya semua bangunan HPI. Menurut Mancini, umat manusia dapat dibagi-bagikan dalam berbagai bangsa (*naties*), masyarakat yang terbentuk karena adanya persamaan bahasa, keturunan, kebiasaan, sejarah dan wilayah. Selanjutnya, hukum perdata merupakan pembawaan anggota masyarakat itu. Hukum perdata, menurutnya, dapat dibagi menjadi dua kelompok kaidah besar. Di satu sisi, dikenal kaidah-kaidah yang dipunyai oleh perseorangan sebagai anggota bangsanya. Hak-hak ini berakar pada kebebasan perseorangan. Hak-hak ini mengikuti anggotanya kemana pun mereka pergi. Mancini menyebutnya dengan "*les droits prives qui forment le patrimoine de l'individu.*" Di sisi lain, terdapat kelompok kaidah-kaidah yang merupakan dasar masyarakat dan negara seperti yang berkenaan dengan politik, polisi, kesusilaan, ekonomi. Kaidah-kaidah semacam ini berlaku di dalam wilayah tertentu, dan berlaku untuk semua orang dalam wilayah teritorial tersebut. Kaidah ini tidak hanya meliputi kaidah yang mengatur perdagangan, lalu lintas dan kesusilaan baik dalam hubungan pergaulan dalam masyarakat, melainkan juga pada bidang hukum perdata. Kaidah inilah yang dianggap kaidah *ordre public*, di samping kaidah-kaidah hukum publik (*droit public*).<sup>13</sup> Konsep *ordre public* menurut Mancini adalah:

*l'ordre public, dans tout pays, comprend aussi, dans la large acception du mot, le respect des principes superieurs de la morale humaine et sociale tels qu'ils sont entendus et professes dans ce pays, les bonnes moeurs, les droit primitives inherents a la nature humaine et les libertes aux-quelles ni les institutions*

---

<sup>12</sup>*Ibid.*, p. 70 - 71

<sup>13</sup>*Ibid.*, p. 71-72.

*positives, d'aucun gouvernement, ni les actes de la volonte humaine, ne pourraient apporter des derogations valubles et obligatoires pour ces Etats....*

Konsep ini juga diikuti di beberapa Negara lainnya yaitu negara Spanyol, Portugal dan beberapa Negara Amerika Latin.<sup>14</sup>

## 2. Ketertiban Umum Konsepsi Jerman

Dalam konsep Jerman, dahulu ketertiban umum dikenal dengan istilah tersendiri *vorbehaltklausel*. Istilah ini lebih sempit dari *ordre public* di Perancis. Dalam konsepsi Jerman ini, ketertiban umum dianggap sebagai pengecualian, atau keistimewaan, sebagai suatu yang tidak lazim diterima. Pada konsepsi ketertiban umum yang dianut Jerman ini dianggap benar-benar merupakan pengecualian. Ada suatu "*vorbehalt*" terhadap pemakaian hukum asing, tetapi "*vorbehalt*" ini hanya berlaku sebagai suatu keistimewaan, tidak suatu hal yang lazim diterima. Hal ini berarti, di Jerman tidak lekas menggunakan ketertiban umum untuk mengesampingkan hukum asing.<sup>15</sup>

Pembuat undang-undang di Jerman tidak menggunakan istilah "*vorhandelenklausel*" atau *ordre public* untuk lembaga ketertiban umum ini, tetapi menggunakan istilah "*guten sitten*" (kesusilaan baik). Tentang pelanggaran terhadap *guten sitten* ini, bahwa hal ini hanya akan dianggap sebagai memenuhi syarat pelanggaran bila kaidah asing tersebut benar-benar secara sangat keras dianggap menusuk perasaan kesusilaan yang berlaku di antara rakyat Jerman. Adapun ketidaksamaan tidak semata-mata dianggap bertentangan dengan kesusilaan baik ini.

Di sisi lain, berdasarkan Pasal 30 yaitu: "*dann anzuwenden, wenn der unterschied zwischen den staatspolitischen oder sizialen Anschauungen...*" bahwa dalam penerapan hukum asing terkait dengan ketertiban umum di Jerman ini, penting untuk memperhatikan unsur-unsur politis dan sosial ekonomi. Apabila kaidah-kaidah asing yang sebenarnya harus diberlakukan menurut HPI Jerman, ternyata dalam suatu peristiwa konkrit akan melanggar dasar-dasar kehidupan politik atau ekonomi masyarakat Jerman, maka kaidah-kaidah asing tersebut akan dikesampingkan. Di sini tampak jelas pengaruh faktor-faktor politis dalam menentukan apakah suatu kaidah asing bertentangan atau tidak dengan *ordre public* menurut konsepsi Jerman ini.<sup>16</sup>

Dalam perkembangannya saat ini dalam code civil Jerman istilah *public policy* juga digunakan secara umum, yaitu dalam Germany *Introductory act of civil code of Federal Law gesetzet*, 21 september 1994, dan amandemen tgl

---

<sup>14</sup>*Ibid.*

<sup>15</sup>*Ibid.*

<sup>16</sup>*Ibid.*, p. 78

23 Mei 2011, dalam *second chapter, Private International Law*, Pasal 6 tentang *public policy* menyatakan bahwa:<sup>17</sup>

A provision of the law of another country shall not be applied where its application would lead to a result which is manifestly incompatible with the fundamental principle of Germany law. in particular, inapplicability ensues if its application would be incompatible with civil rights.

Begitu juga Berdasarkan Pasal 138 (1) Code Civil Germany tahun 2002, menyatakan bahwa “*A legal transaction which is contrary to public policy is void*”.<sup>18</sup>

Dalam prinsipnya, pengadilan Jerman tidak akan menerima penerapan hukum ketika bertentangan dengan *public order* Jerman yaitu hak-hak konstitusional tentang kesetaraan gender dan kebebasan beragama. Akan tetapi, ternyata dalam banyak kasus<sup>19</sup> pengadilan dapat menerima penerapan hukum asing yang secara nyata dianggap bertentangan dengan hak-hak konstitusional tersebut. Pengadilan secara *equal* siap menerima pertentangan antara hukum asing dan hukum Jerman sendiri. Di samping itu, dalam kasus yang terkait dengan kehidupan penduduk asing di Jerman, dipilih yang lebih ringan, maka pengadilan akan menerapkan hukum yang lebih memberikan hak, sedangkan hukum Islam yang jika diterapkan dia akan kehilangan haknya, maka akan ditolak oleh pengadilan Jerman.<sup>20</sup> Dari paparan ini maka dapat dinyatakan bahwa memang Jerman sangat sedikit menggunakan *public order* untuk menolak berlakunya hukum asing.

### 3. Ketertiban Umum Konsepsi Belanda

Belanda telah membuat tambahan kodifikasi baru dalam BW (*Burgerlijk Wetboek*), yaitu pada buku kesepuluh terkait tentang *the conflict of laws*, pada tanggal 19 Mei 2011. Dalam buku kesepuluh ini, terdapat beberapa konsep tentang ketertiban umum (*public policy*). Misalnya, dalam Pasal 6 disebutkan bahwa hukum asing tidak akan dapat diterapkan jika pelaksanaannya secara nyata tidak sesuai dengan *public policy*.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup>Introductory act of civil code of Federal Law gezzet, 21 september 1994 amandemen tgl 23 Mei 2011, diterjemahkan oleh Juliana Moerdorf Schulte dari bagian Burgerlichen Gezzetbuchen und Internationale Privatrectht.

<sup>18</sup>Pasal 138 (1) Code Civil Germany tahun 2002.

<sup>19</sup>Dalam hal ini dicontohkan bagaimana hukum keluarga Islam banyak diterapkan bagi warga muslim di Jerman, misalnya dalam masalah perkawinan seperti mahar, poligami, nafkah, masalah perceraian dan pengasuhan anak, yang sebenarnya hukum Islam yang mengatur tentang hal tersebut bertentangan dengan hukum Jerman sendiri. Mathias Rohe, “Islamic Law in Germany Court”, dalam *Hawwa* 1 tahun 2003, p. 46-59.

<sup>20</sup>*Ibid.*

<sup>21</sup>Pasal 6 Dutch Civil Code, Book 10, On The Conflict of Laws.

Adapun terkait dengan perkawinan yang diselenggarakan di luar negeri Belanda, berdasarkan Pasal 32 dinyatakan bahwa perkawinan yang dilaksanakan di luar negara Belanda tidak akan diakui keabsahannya jika nyata-nyata tidak sesuai dengan public policy negara Belanda.<sup>22</sup> Adapun terkait dengan penerimaan hukum asing dibahas dalam bab 5, dalam Pasal 100 huruf c bahwa pengakuan terhadap penetapan hukum asing akan disesuaikan dengan *public policy* negara Belanda.<sup>23</sup>

#### 4. Ketertiban Umum Konsepsi *Anglo saxon*

Dalam konsep *Anglo Saxon*, ketertiban umum disebut dengan *public policy*. Dari istilah yang dipakai ini, yang mengemuka adalah unsur politiknya yaitu *policy*. Jadi, sebagian besar disebabkan oleh pengaruh faktor-faktor politik dalam menentukan apakah suatu kaidah bertentangan dengan *public policy* atau tidak.

Konsep *Anglo Saxon* tentang *public policy* ini sangat tergantung kepada kebijakan eksekutif. Contoh perkara yang terkenal *Luther v. Sagor*, suatu *cause célèbre* yang menjadi tulang punggung bagi *act of state*, doktrin Inggris berkenaan dengan pencabutan hak milik perseorangan. Dalam hal ini, pihak yudikatif merasa dirinya terikat kepada sikap dan pendirian pihak eksekutif. Apabila perbuatan dari suatu negara dalam melakukan pencabutan hak milik dianggap demikian biadab adanya hingga melanggar asas hukum antar negara, maka pemerintah Inggris tidak mengakui hukum negara tersebut. Oleh karena itu, pihak judikatif mudah untuk juga tidak mengakui tindakan-tindakan Negara tersebut sebagai suatu yang sah. Akan tetapi, bila pihak eksekutif masih mengakui pemerintah suatu negara tersebut dalam melakukan pencabutan hak milik tanpa ganti rugi, maka pihak judikatif akan merasa terikat pula dengan sikap eksekutif ini, dan akan tetap menganggap pencabutan hak milik ini sebagai suatu yang sah. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa untuk menentukan apakah kaidah asing dianggap bertentangan dengan *public policy* atau tidak, dipandang oleh pihak judikatif atau pun para hakim Inggris sebagai tugas yang harus dijalankan oleh pihak eksekutif, bukan oleh hakim. Dari sini, tampak bahwa unsur politik selalu memegang peranan penting dalam menentukan apakah suatu kaidah asing melanggar ketertiban umum atau tidak.<sup>24</sup>

Pengadilan Inggris akan menolak untuk melaksanakan hak yang dituntut oleh hukum asing, jika:<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Pasal 32 Dutch Civil Code, Book 10, On The Conflict of Laws.

<sup>23</sup> Pasal 100 (c) Dutch Civil Code, Book 10, On The Conflict of Laws.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 79-81.

<sup>25</sup> PM North JJ Fawcett, *Private International Law*, p.131-132.



- 1) Tidak memperhatikan konsep-konsep fundamental tentang keadilan dan hukum Inggris,
- 2) Melanggar konsep-konsep moralitas Inggris
- 3) Jika sebuah transaksi dicurigai terdapat kepentingan-kepentingan dengan United Kingdom, ataupun akan menciderai hubungan baiknya dengan kekuasaan negara asing, misalnya perdagangan dengan negara musuh
- 4) Jika hukum asing bertentangan dengan prinsip dasar kebebasan dan kemanusiaan di Inggris.

Dinyatakan juga bahwa di pengadilan Inggris dapat saja menolak hukum asing yang secara radikal bertentangan dengan konsep fundamental keadilan yang dapat diterima di Inggris, walaupun semua titik taut penentu mengarah kepada hukum tersebut. dalam hal kontrak misalnya, kontrak berdasarkan hukum asing yang tidak sesuai dengan *public policy* Inggris akan dianggap kontrak ilegal.<sup>26</sup> Begitu juga terkait dengan persyaratan substantif perkawinan menurut hukum asing yang bertentangan dengan *public policy* Inggris dapat ditolak.<sup>27</sup>

Pengadilan Canada juga tidak akan mengakui atau menerapkan suatu hukum asing atau putusan pengadilan atau hak-hak, kekuasaan. Kewenangan, stautus ataupun ketidakmampuan yang dibuat oleh hukum asing yang bertentangan dengan *public policy* yang fundamental dalam hukum forum, yaitu “moral atau kepentingan public yang esensial”, ataupun “konsep moral dan keadilan yang esensial”.<sup>28</sup> *Public policy* ini mencakup empat hal, yaitu pertama, *public policy* merefleksikan kepentingan nasional dari negara forum dalam hal jalannya pemerintahan ataupun system hukumnya. Kepentingan nasional ini disebut dengan nilai *public policy*. Kedua, *public policy* menggambarkan nilai-nilai fundamental yang ada dalam system hukum private di negara forum. Ketiga, untuk menerapkan atau menolak hukum asing karena *public policy*, hakim dapat menggunakan nilai-nilai yang terkait dengan institsusi hukum nasional bahkan transaksi-transaksi dan putusan-putusan atau ketetapan hukum internasional. Keempat, *public policy* dapat didasarkan kepada sumber-sumber perjanjian dan kebiasaan internasional.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup>Peter Ston, *EU Private International Law: Harmonization of Laws*, (UK: Edward Elgar, 2006), p. 305.

<sup>27</sup>*Ibid.*, p. 398.

<sup>28</sup>Joost Blom, “Public Policy... p. 374.

<sup>29</sup>*Ibid.*, p. 384-385.

## 5. Ketertiban Umum Konsepsi Indonesia

Dalam kaidah hukum yang dianut di Indonesia sendiri, ketertiban umum dipakai dalam berbagai variasi seperti: 1) ketertiban umum yang dikenal dalam perjanjian, dan membatasi bidang seseorang untuk bertindak secara leluasa. Ketentuan semacam ini diatur dalam 23 AB yang diambil dari *Code Civil* Perancis; 2) ketertiban umum dalam arti ketertiban, kesejahteraan, dan keamanan; 3) ketertiban umum yang dipasangkan dengan istilah kesusilaan baik, misalnya dalam membatasi kebebasan berkontrak; 4) ketertiban umum diartikan sebagai ketertiban hukum; 5) ketertiban umum disinonimkan dengan istilah keadilan; 6) ketertiban umum dapat diartikan dalam acara pidana, bila hendak diutarakan bahwa pihak penuntut umum harus didengar; 7) ketertiban umum diartikan bahwa hakim diwajibkan untuk mempergunakan pasal-pasal yang ada di Undang-undang tertentu.<sup>30</sup>

Ketertiban umum dalam Pasal 23 AB yang terkait dengan masalah perjanjian, disandingkan dengan istilah kesusilaan baik. Jika dibandingkan dengan Pasal 6 CC Perancis maka Pasal 23 AB ini agak lebih luas, karena dalam Pasal 23 AB ini, di samping istilah *overenkomsten* (perjanjian-perjanjian), juga digunakan istilah *handelingen*. Jadi bukan saja perjanjian-perjanjian yang dibatasi, melainkan juga perbuatan-perbuatan lain yang bukan perjanjian juga tidak boleh bertentangan dengan ketertiban umum.<sup>31</sup>

Ketentuan dalam Pasal 23 AB meliputi semua perjanjian dan perbuatan hukum lainnya yang terjadi di wilayah Negara Indonesia. Jadi bukan hanya perjanjian-perjanjian antara para warga Negara Indonesia yang harus tunduk kepada ketentuan ini, melainkan juga perjanjian dengan orang asing atau perbuatan orang asing yang terjadi di Indonesia; begitu juga perjanjian-perjanjian atau perbuatan hukum yang terjadi di luar negeri, diliputi oleh ketentuan ini.<sup>32</sup>

Hubungan antara Pasal 23 AB dan pengertian ketertiban umum yang dikenal dalam HPI, menurut van Brakel perlu diadakan perbedaan. Keduanya terdapat titik tolak yang sama, tetapi dalam perumusannya dan isinya terdapat perbedaan. Pada perumusan Pasal 23 AB, di samping istilah ketertiban umum disebut pula kesusilaan baik, tetapi dalam HPI pengertian ketertiban umum tidak mencakup kesusilaan baik. Isi ketertiban umum dalam Pasal 23 AB dan HPI juga berlainan. Isi Pasal 23 AB dapat dianggap lebih luas daripada pengertian ketertiban umum mengenai HPI. Dalam Pasal 23 AB, semua ketentuan yang bersifat hukum

---

<sup>30</sup>Sudargo Gautama, *Hukum Perdata...*, p. 57.

<sup>31</sup>*Ibid.*

<sup>32</sup>*Ibid.*

memaksa tak dapat dikesampingkan, tetapi dalam konsep tertib umum HPI tidak semua ketentuan yang bersifat hukum memaksa tersebut dianggap masuk dalam pengertian tersebut. Apa yang menurut hukum nasional intern sebagai tertib umum, belum tentu dianggap HPI sebagai tertib umum.<sup>33</sup>

#### **D. Penerapan Prinsip Tertib Umum**

Di setiap system HPI di negara manapun di dunia ini dikenal semacam istilah tertib umum, walaupun menggunakan istilah dan konsep yang berbeda-beda serta diaturnya juga berlainan. Kata seorang sarjana Sosialis, Lunz: “*Das ist einbellige Standpunkt der Gesrtzgebung, Gerichtspraxis und lebre in ausnahmslos allen landern.*”<sup>34</sup>

Tertib umum ini juga ibaratkan suatu rem darurat yang digunakan dalam hal-hal khusus terkait dengan penerimaan hukum asing oleh suatu negara. Pemakaian hukum asing diibaratkan sebagai ‘melompat ke dalam gelap gulita’ (*ein Sprung ins Dunkle*) menurut Raape)<sup>35</sup> karena suatu hukum asing belum belum diketahui terlebih dahulu, seperti apa hukum yang akan dihadapi. Oleh karena itu, kaidah HPI tentang tertib umum ini muncul ketika dirasakan suatu hukum asing yang akan digunakan di suatu negara bertentangan dengan perasaan tentang asas-asas keadilan fundamental dari hukum dan tatanan masyarakat negara tersebut.

Walaupun setiap negara memiliki prinsip tertib umum ini, namun dalam praktiknya, penerapannya berbeda-beda. Perbedaan tersebut juga tergantung pada prinsip-prinsip HPI yang lain, seperti asas nasionalitas<sup>36</sup> atau domisili<sup>37</sup> yang dianut dalam suatu negara, juga prinsip *vested right* (hak-hak yang telah diperoleh) atau pelanjutan keadaan hukum.

Prinsip nasionalitas terkait dengan hukum status personal yaitu bahwa status personal seseorang ditentukan oleh hukum nasionalnya.

---

<sup>33</sup>Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum...*, p. 61-62.

<sup>34</sup>Di kutip oleh Sudargo Gautama dalam *Hukum Perdata Internasional...*, p. 8.

<sup>35</sup>Dikutip dalam *Ibid.*

<sup>36</sup>Asas nasionalitas ini terkait dengan hukum status personal seseorang. Asas ini dianut dinegara-negara yang menggunakan *Civil Law System* ini, yang lebih mengedepankan pada personalitas, dari pada territorial dalam menentukan status personal seseorang. Menurut teori personalitas, hukum-hukum yang berkaitan dengan status personal, erat sekali hubungan dengan orang-orangnya. Oleh karena itu, hukum asal seseorang tersebut dikaitkan erat. Hukum asal tetap mengikutinya kemana pun dia pergi. Inilah yang disebut dengan asas nasionalitas. Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Buku ketujuh, (Bandung: Alumni, 1981), p. 49-51.

<sup>37</sup>Dalam prinsip domisili ini, lingkungan kuasa territorial dari hukum suatu negara yang dikedepankan. Oleh karena itu, semua orang yang berdomisili di dalam wilayah suatu negara dianggap tunduk kepada hukum negara tersebut. *Ibid.*, p. 52.

Prinsip ini dianut oleh Perancis, Italia, dan negara-negara jajahannya, Belgia, Luxemborg, Monaco, Belanda dan jajahannya (Hindia Belanda), Rumania, Bulgaria, Finlandia, Yunani, Hungaria, Spanyol, Swedia, Turki, Jepang, dan beberapa negara di Amerika Latin, terutama negara-negara ini yang menggunakan *Civil Law System*. Sementara itu, prinsip atau asas domicile menyatakan bahwa hukum-hukum yang berkaitan dengan status personal diterapkan hukum tempat domisili seseorang. Prinsip ini dianut oleh negara-negara common law system, juga Scotlandia, Afrika Selatan, Quebec, Denmark, Norwegia, Brazilia, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Argentina, Bolivia dan Peru.<sup>38</sup>

Adapaun prinsip pelanjutan keadaan hukum, dikenal dengan istilah *theorie de l'efficacite internationale des droits* (dalam bahasa Perancis), dan *buitenlands verkregen rechten, op het buitenlandsche recht berustende rechten, elders ontstane rechtsverhoudingen* (dalam bahasa Belanda). Prinsip ini dalam teori HPI dikenal juga sebagai hak-hak yang telah diperoleh atau *verkregen rechten* (Belanda); *droit acquis* (Perancis); *vested rights, acquired rights* (Inggris); *ius questitum, iura quesita* (Latin); dan *woblerworbene Rechte, erworbene rechts* (Jerman). Kata *right, recht, droit*, biasanya diartikan sebagai hak atau hukum subjektif. Hak-hak ini dalam wacana HPI tidak hanya mencakup hak-hak kebendaan, melainkan juga hak-hak kebendaan, kekeluargaan dan status personal.<sup>39</sup>

Istilah hak dalam *verkregen rechten* atau *vested rights* ini mencakup tiap-tiap hubungan hukum dan keadaan hukum. Dicey menyatakan bahwa: “*the term right include s legal relationships, capacities, disabilities, and powers which are granted or imposed by any systems of law.*” Wirjono Prodjodikoro juga menyebutkan bahwa perkataan *recht, right* atau *driot* ini bukanlah berarti seperti biasa yaitu hak hukum, melainkan keadaan hukum atau hubungan hukum; dan “*bescherming van verkregen rechten* atau *protection of vested rights* atau *protection des droit acquis*” sebenarnya tidak berarti melindungi hak-hak atau kekuasaan hukum, melainkan berarti melanjutkan suatu keadaan hukum. Oleh karena itu, digunakan istilah baru yaitu “pelanjutan keadaan hukum”.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup>Secara lebih rinci Wirjono Prodjodikoro menyebutkan negara-negara yang menganut prinsip *domicile* diantaranya adalah Amerika Serikat, British Commonwealth, Denmark, Iceland, Norway, Brazil, negara-negara Baltic; dari Amerika Selatan: Argentina, Bolivia, Paraguay, Peru dan Uruguay; dari Amerika Tengah: Nicaraguai dan Guatemala. Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Sumur, 1992), p. 27.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 258-259

Berdasarkan paparan tersebut di atas, maka prinsip hak-hak yang telah diperoleh atau pelanjutan keadaan hukum ini berarti bahwa hak-hak yang telah diperoleh menurut hukum asing, diakui dan sepenuhnya dilaksanakan oleh hakim tempat negara asal; atau hak-hak yang telah diperoleh di luar negeri sedapat mungkin diakui dan dihormati. Prinsip ini merupakan kebalikan dari prinsip kepentingan umum. Jika dalam prinsip kepentingan umum, hukum asing diabaikan, maka dalam prinsip ini hukum asing diakui dan dipergunakan.<sup>41</sup>

### **E. Kasus-kasus Penerapan Hukum Asing dan Ketertiban Umum**

Di antara contoh kasus penerapan ketertiban umum adalah perkara yang pernah dilakukan ke hadapan Pengadilan Negeri Jakarta tentang perceraian. Pihak penggugat, perempuan, Lie Kwie Hien, telah menuntut perceraian dari suaminya Tjin Tjheuw Jie. Kedua pihak berkewarganegaraan RRC. Mereka telah menikah di Purwakarta pada tahun 1950. Dalam pengajuan perceraian ini, pihak penggugat mendalilkan agar perceraian diperlakukan undang-undang Perkawinan RRC yang mulai berlaku tanggal 1 Mei 1950. Dalam Pasal 17 Undang-undang RRC ini mengatur perceraian secara mudah, lebih mudah daripada dasar-dasar perceraian yang diatur dalam BW. Menurut Pasal 17 tersebut, perceraian harus dikabulkan baik diajukan oleh kedua belah pihak maupun salah satu pihak saja, jika perdamaian tidak berhasil dilaksanakan, dan bila diajukan oleh kedua pihak, seharusnya diatur terlebih dahulu soal anak dan harta kekayaan.<sup>42</sup>

Perkara ini termasuk masalah status personal dalam HPI Indonesia. Berdasarkan Pasal 16 AB., warisan Hindia Belanda, untuk status personal tunduk pada hukum nasionalitas. Dalam perkara ini, hukum RRC lah yang harus diterapkan. Akan tetapi, dalam perkara ini, ketertiban umum juga berperan, sehingga hukum nasionalitasnya (yaitu hukum RRC) tidak diberlakukan, melainkan jurisprudensi Nederland yang diikuti, yaitu untuk tidak menerima pemakaian kaidah-kaidah hukum yang mempunyai dasar-dasar lain dari pada yang dikenal dalam BW sendiri.<sup>43</sup>

Contoh lain misalnya ketertiban umum jika dihadapkan kepada masalah perceraian yang tidak dikenal di negara-negara tertentu dalam masalah perkawinan, seperti di Itali dan Perancis dahulu sebelum tahun 1884. Bila terdapat warga negaranya yang telah melakukan perceraian di luar negeri, apakah ketika kembali ke negaranya yang tidak mengenal

---

<sup>41</sup>Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum...* p. 210-211.

<sup>42</sup>Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid II Bagian 3 Buku ke-4, (Bandung: Alumni, 2007), p. 25.

<sup>43</sup>*Ibid.*, p. 26.

perceraian, ia dapat menikah lagi dan apakah perkawinan pertamanya telah dianggap putus karena perceraian.<sup>44</sup> Masalah ini juga terkait dengan prinsip *vested rights* (hak-hak yang telah diperoleh).

Dalam beberapa kasus di Pengadilan Jerman, ketertiban umum dikesampingkan karena asas nasionalitas dalam masalah hukum status personal. Misalnya, dalam kasus penyelesaian perkara perkawinan dan perceraian, masalah pelarangan perkawinan beda agama (dalam hukum Islam) sangat bertentangan dengan *public order* Jerman, yaitu tentang kesetaraan dan kebebasan beragama. Akan tetapi, pada tahun 1976, pengadilan tingkat banding di Oldenburg Jerman menerima pelarangan ini tanpa mempertimbangkan banyak hal tentang hak-hak konstutusional bagi para pasangan.<sup>45</sup>

Kasus lain di Pengadilan Jerman, terkait dengan hukum keluarga Islam --bagi warga negara muslim yang tinggal di Jerman--, suami memiliki hak talak. Hal ini sebenarnya bertentangan dengan *public order* di Jerman yaitu tentang kesetaraan gender antara pasangan. Tetapi pengadilan Jerman menerima jenis talak ini.<sup>46</sup> Pengadilan tingkat pertama di Fankfurt menganggap talak bertentangan dengan konstitusi Jerman tentang kesetaraan gender. Kasus-kasus terakhir di tahun 1998 memutuskan talak melanggar *public order* Jerman, tetapi Pengadilan Jerman dapat menerima talak jika istri yang hendak dicerai menyetujuinya di depan pengadilan, sebagaimana kasus tahun 1992 di AG Esslingen yang juga menerima talak untuk memutuskan perkawinan setelah suami mengucapkan talak di depan hakim.<sup>47</sup>

Begitu juga di Perancis, mahar sebagai pemberian dari suami kepada istrinya, dalam hukum Islam, sering juga muncul dalam kasus perceraian di Perancis dan dianggap bertentangan dengan *public order* Perancis. Terkait dengan penerapan hukum perdata inetrnasional, pengadilan Perancis sering memutuskan masalah mahar ini.<sup>48</sup>

Lain halnya di Amerika yang menggunakan prinsip *lex loci celebrationis* dalam masalah perkawinan, Pengadilan dapat bertindak tegas menolak perkawinan yang dianggap tidak sesuai dengan hukum Amerika (sebagai *public policy*). Contoh kasus Farah v Farah di Virginia tahun 1993, dua orang warga negara Pakistan yang menikah secara agama (Islam) di Inggris

---

<sup>44</sup>*Ibid.*, p. 34.

<sup>45</sup>Mathias Rohe, "Islamic Law in Germany Court", dalam *Hanna* 1 tahun 2003, p. 46-59.

<sup>46</sup>*Ibid.*

<sup>47</sup>Pascale Fournier, "The reception of Muslim Family Laws in Wertern Liberal States", December 2005.

<sup>48</sup> *Ibid.*

dengan serangkaian upacara resepsi perkawinan di Pakistan, kemudian keduanya pindah ke Amerika. Pengadilan Virginia Amerika menyatakan bahwa perkawinan agama Islam dengan serangkaian perkawinan menurut hukum keluarga Islam yang dianggap sah di Pakistan, dianggap tidak relevan di Amerika.<sup>49</sup>

Kasus lain antara *Shike v Shike* tahun 2000, pasangan muslim yang menikah dalam upacara perkawinan Islam di Pakistan dan kemudian didokumentasikan di Texas dengan lisensi standar perkawinan yang ditandatangani oleh Imam di Texas. Pasangan ini percaya bahwa perkawinan mereka telah bersifat mengikat, tetapi pengadilan menolak perkawinan tersebut, sehingga mereka menikah kembali berdasarkan hukum Texas.<sup>50</sup>

## F. Penutup

Prinsip ketertiban umum atau *public order* atau *public policy* dalam Hukum Perdata Internasional (HPI), dikenal di setiap negara terkait dengan penerimaan hukum asing di suatu negara, walaupun prinsip ini diatur dengan konsep yang berbeda-beda. Suatu negara ketika berhadapan dan hendak menerapkan suatu hukum asing, akan dilihat apakah hukum asing tersebut bertentangan dengan ketertiban umum atau tidak. Jika bertentangan dengan ketertiban umum maka hukum asing tersebut tidak dapat diterapkan. Penerapan ketertiban umum ini juga terkait dengan prinsip-prinsip lain dalam HPI seperti prinsip nasionalitas dan domicile serta pelanjutan keadaan hukum atau hak-hak yang telah diperoleh (*vested rights*).

---

<sup>49</sup>Lynn Welchman (ed.), *Women's Rights and Islamic family Law: Perspectives on Reform* (New York: Zed Book Ltd., 2004), p. 199.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 200.

### Daftar Pustaka

- Bayu Seto Hardjowahono, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006.
- J.G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, Toronto: Butterworths, 1986.
- Alba J. Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, London: Cavendish, 1998.
- Hillman, Allan P., "Public Policy Versus Choice of Law-Is the Best the Enemy of the Good?", *Franchise Law Journal*, 26.4, Spring 2007.
- Joost Blom, "Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time", *Netherlands International Law Review*, 2003,
- Lynn Welchman (ed.), *Women's Rights and Islamic family Law: Perspectives on Reform*, New York: Zed Book Ltd., 2004.
- Mathias Rohe, "Islamic Law in Germany Court", dalam *Hawwa* 1 tahun 2003.
- Min Tiong Yeo, "Statute and Public Policy in Private International Law: Gambling Contracts and Foreign Judgments: Liao Eng Kiat v. Burswood Nominees LTD", *Singapore Year Book of International Law*, 2005.
- Monrad G. Paulsen dan Michael I. Sovem, "Public Policy in The Conflict of Laws", artikel dari internet didownload tanggal 10 Maret 2013.
- Monrad G. Paulsen dan Michael I. Sovem, "Public Policy in The Conflict of Laws".
- Pascale Fournier, "The reception of Muslim Family Laws in Wertern Liberal States", December 2005.
- Peter Ston, *EU Private International Law: Harmonization of Laws*, (UK: Edward Elgar, 2006).
- P. E Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, (Sidney: Butterworths, 1976)
- Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Bandung: Binacipta, 1977).
- Sunarjati Hartono, *Pokok-pokok Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Cetakan Ketiga (Bandung: Binacipta, 1989)
- Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Buku ketujuh, (Bandung: Alumni, 1981).
- , *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid II Bagian 3 Buku ke-4, (Bandung: Alumni, 2007).
- Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Sumur, 1992).
- Introductory act of civil code of Federal Law gezzet, 21 september 1994 amandemen tgl 23 Mei 2011, diterjemahkan oleh Juliana Moerdorf Schulte dari bagian Burgerlichen Gezzetbuchen und Internationale Privatrecht.
- Dutch Civil Code, Book 10, On The Conflict of Laws.