

**Kekuatan Hukum *Memorandum Of Understanding* Sebagai Suatu Akta Yang
Dapat Dipertanggungjawabkan Berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum
Perdata**



**Penulisan Hukum
(Skripsi)**

**Disusun dan Diajukan untuk
Melengkapi Sebagian Persyaratan guna Memperoleh Derajat Sarjana S1
dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta**

Oleh:

Rizky Paramitha

NIM. E0006215

**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS SEBELAS MARET SURAKARTA
2010**

BAB I. PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Proklamasi kemerdekaan Negara Republik Indonesia yang terjadi enam puluh lima tahun yang lalu, telah menghantarkan bangsa Indonesia menuju cita-cita berkehidupan kebangsaan yang bebas, bersatu, berdaulat, adil, dan makmur. Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mengamanatkan kepada Pemerintah Negara Indonesia bersama dengan segenap bangsa Indonesia untuk mewujudkan empat tujuan Negara yaitu melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia. Maka tugas bangsa Indonesia selanjutnya adalah mempertahankan dan menyempurnakan kemerdekaan itu serta mengisinya dengan pembangunan yang berkeadilan dan demokratis. Termasuk didalamnya adalah pembangunan di bidang hukum dan perekonomian nasional.

Perkembangan dunia bisnis dan dunia usaha di Indonesia dimulai semenjak tahun 1970, ketika pemerintah mulai memacu pertumbuhan perekonomian nasional dengan mengeluarkan kebijakan penanaman modal asing melalui diterbitkannya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1970 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing, adapun kedua undang-undang tersebut sekarang sudah diganti dengan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal. Sejak diterbitkannya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1970 tersebut, dunia bisnis di Indonesia mengalami suatu masa keemasan, dimana banyak investor asing yang datang ke Indonesia untuk menanamkan modalnya. Banyaknya pihak asing yang masuk ke Indonesia dalam rangka menjalankan praktek bisnisnya, membuat perubahan mengenai hal-hal baru yang terjadi di dalam praktek hukum bisnis di Indonesia. Hal ini terjadi pula dalam masalah kontrak bisnis. Para pihak investor asing menganggap bahwa di Indonesia masalah kontrak masih merupakan hal yang asing sehingga tidak banyak jenis-jenis variasi kontrak yang ada di Indonesia

<http://herman-notary.blogspot.com/2009/07/kedudukan-dan-kekuatan-hukum-memorandum.html>) [Surakarta, 13 Januari 2010 pukul 13.59].

Hampir setiap aspek dari kehidupan manusia tidak dapat terlepas dari perjanjian, perjanjian telah menjadi bagian yang penting didalam kehidupan manusia. Demikian halnya dalam dunia bisnis, kerja sama para pelaku bisnis biasanya dituangkan dalam suatu perjanjian yang nantinya akan mendasari kerja sama bisnis tersebut. Perjanjian dalam dunia bisnis lazimnya dilakukan secara tertulis, atau yang disebut dengan kontrak. Kontrak yang dibuat dalam hubungan bisnis memiliki sifat yang tidak berbeda dengan perjanjian, yaitu ikatan yang memiliki akibat hukum. Oleh karena kontrak merupakan kesepakatan para pihak yang mempunyai konsekuensi hukum yang mengikat, maka pengertiannya sama dengan perjanjian meskipun istilah kontrak belum tentu sebuah perjanjian karena perjanjian tidak eksklusif sebagai istilah suatu perikatan dalam bisnis.

Membicarakan mengenai perjanjian atau kontrak, maka tidak bisa lepas dari asas-asas yang mendasari perjanjian atau kontrak tersebut. Salah satu asas yang penting dalam perjanjian atau kontrak adalah asas kebebasan berkontrak yang tercantum dalam Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang menyatakan bahwa : “Semua perjanjian (kontrak) yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Para ahli hukum menyatakan jika dipahami secara seksama, maka asas kebebasan berkontrak memberikan kebebasan kepada para pihak untuk membuat atau tidak membuat perjanjian; mengadakan perjanjian dengan siapapun; menentukan isi perjanjian; menentukan bentuk perjanjian; dan menerima atau menyimpangi hukum perjanjian yang bersifat hukum pelengkap (*aanvullendrecht*). Hal ini dapat diartikan bahwa asas kebebasan berkontrak memberikan kebebasan bagi pihak-pihak yang berkontrak, namun asas kebebasan berkontrak itu juga tidak memberikan kebebasan yang mutlak. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sendiri memberikan beberapa pembatasan terhadap asas kebebasan berkontrak ini, antara lain dibatasi oleh undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.

Perjanjian atau kontrak merupakan bagian yang melekat dari transaksi bisnis baik dalam skala besar maupun kecil, baik domestik maupun internasional.

Fungsi kontrak sangat penting dalam menjamin bahwa seluruh harapan yang dibentuk dari janji-janji para pihak dapat terlaksana dan dipenuhi. Dalam hal terjadi pelanggaran, maka terdapat kompensasi yang harus dibayar dan konsekuensi hukum yang harus ditanggung. Dalam dunia bisnis, waktu dan kepastian merupakan faktor yang penting. Hukum kontrak dalam hal ini memberikan sarana yang memungkinkan para pihak mengakomodasi seluruh kepentingannya. Kontrak merupakan janji yang mengikat dan janji-janji tersebut menimbulkan harapan-harapan yang layak. Hukum kontrak dalam hal ini merupakan instrumen hukum yang berfungsi untuk menjamin pelaksanaan janji dan harapan itu (Yohanes Sogar Simamora, 2009:32-33).

Sebelum transaksi bisnis berlangsung, biasanya terlebih dahulu dilakukan negosiasi awal. Negosiasi merupakan suatu proses upaya untuk mencapai kesepakatan dengan pihak lain. Negosiasi juga merupakan instrumen yang menjembatani pelbagai kepentingan pelaku bisnis dalam merumuskan hak dan kewajibannya (Agus Yudha Hernoko, 2003:100). Dalam negosiasi inilah proses tawar menawar berlangsung. Tahapan berikutnya adalah pembuatan *memorandum of understanding*. *Memorandum of understanding* merupakan pencatatan atau pendokumentasian hasil negosiasi awal tersebut dalam bentuk tertulis. *Memorandum of understanding* penting sebagai pegangan untuk digunakan lebih lanjut di dalam negosiasi lanjutan atau sebagai dasar untuk melakukan studi kelayakan. Maksudnya sebagai studi kelayakan adalah setelah pihak-pihak memperoleh *memorandum of understanding* sebagai pegangan atau pedoman awal, baru dilanjutkan dengan tahapan studi kelayakan (*feasibility study, due diligent*) untuk melihat tingkat kelayakan dan prospek transaksi bisnis tersebut dari berbagai sudut pandang yang diperlukan misalnya ekonomi, keuangan, pemasaran, teknik, lingkungan, sosial budaya dan hukum. Hasil studi kelayakan ini diperlukan dalam menilai apakah perlu atau tidaknya melanjutkan transaksi atau negosiasi lanjutan (<http://herman-notary.blogspot.com/2009/07/kedudukan-dan-kekuatan-hukum-memorandum.html>) [Surakarta, 13 Januari 2010].

Berdasarkan asas kebebasan berkontrak, maka para pihak diberi kebebasan untuk menentukan materi muatan atau substansi *memorandum of understanding*

akan mengatur apa saja, sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum, serta sepanjang penyusunan *memorandum of understanding* itu memenuhi syarat-syarat sahnya sebuah perjanjian sebagaimana tertuang dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Memorandum of understanding sebenarnya tidak dikenal dalam hukum konvensional di Indonesia, terutama dalam hukum kontrak di Indonesia. Di dalam peraturan perundang-undangan Indonesia, tidak ada ketentuan yang secara khusus mengatur mengenai *memorandum of understanding*. Adapun dasar berlakunya *memorandum of understanding* di Indonesia adalah didasarkan pada asas kebebasan berkontrak. Selain asas kebebasan berkontrak, salah satu asas yang menjadi dasar berlakunya *memorandum of understanding* di Indonesia adalah asas kebiasaan. Yang dimaksud dengan asas kebiasaan bahwa suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk apa yang secara tegas diatur, akan tetapi juga hal-hal yang menurut kebiasaan lazim diikuti. Dewasa ini *memorandum of understanding* sering dipraktekkan dengan meniru atau mengadopsi apa yang dipraktekkan secara internasional. Jadi sebenarnya dengan kita memberlakukan *memorandum of understanding*, berarti kita telah ikut memperkaya khasanah pranata hukum di Indonesia ini, khususnya dalam lapangan hukum bisnis (http://www.lawskripsi.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=2)[Surakarta, 13 Januari 2010].

Tidak diaturnya *memorandum of understanding* di dalam hukum konvensional kita, maka banyak menimbulkan kesimpangsiuran dalam prakteknya, misalnya apakah *memorandum of understanding* sesuai dengan peraturan hukum positif di Indonesia, atau apakah *memorandum of understanding* bisa dikategorikan setingkat dengan perjanjian yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan siapa yang bertanggung jawab apabila terjadi suatu pengingkaran di dalam kesepakatan semacam ini, juga yang paling ekstrim adalah ada yang mempertanyakan apakah *memorandum of understanding* merupakan suatu kontrak, mengingat *memorandum of understanding* hanya merupakan suatu nota-nota kesepakatan saja.

Berdasarkan uraian latar belakang yang telah dijelaskan tersebut, maka penulis merasa perlu untuk membahas dan meneliti secara lebih mendalam atas berbagai fenomena tersebut di dalam penelitian hukum ini dengan sebuah judul :“KEKUATAN HUKUM *MEMORANDUM OF UNDERSTANDING* SEBAGAI SUATU AKTA YANG DAPAT DIPERTANGGUNGJAWABKAN BERDASARKAN KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA”.

B. Rumusan Masalah

Agar permasalahan yang akan diteliti menjadi lebih jelas dan penulisan penelitian hukum mencapai tujuan yang diinginkan, maka perlu disusun perumusan masalah yang didasarkan pada uraian latar belakang diatas. Adapun perumusan masalah dalam penelitian hukum ini adalah :

1. Bagaimana kekuatan hukum *memorandum of understanding* sebagai suatu akta?
2. Apakah kekuatan hukum *memorandum of understanding* tersebut dapat dipertanggungjawabkan menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata?

C. Tujuan Penelitian

Kegiatan penelitian ini dilakukan oleh penulis agar dapat menyajikan data akurat sehingga dapat memberi manfaat dan mampu menyelesaikan masalah. Berdasarkan hal tersebut, maka penelitian mempunyai tujuan obyektif dan tujuan subyektif sebagai berikut :

1. Tujuan Obyektif
 - a. Untuk mengetahui dan menganalisis kekuatan hukum *memorandum of understanding* sebagai suatu akta.
 - b. Untuk mengetahui dan menganalisis kekuatan hukum *memorandum of understanding* dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.
2. Tujuan Subyektif
 - a. Untuk menambah, memperluas, dan mengaplikasikan pengetahuan penulis di bidang hukum perdata, khususnya mengenai kekuatan hukum

memorandum of understanding sebagai suatu akta berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

- b. Untuk memenuhi persyaratan akademis guna memperoleh gelar S-1 dalam bidang Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta.

D. Manfaat Penelitian

Penulis berharap bahwa kegiatan penelitian dalam penulisan hukum ini akan bermanfaat bagi penulis dan para pembaca. Adapun manfaat yang diharapkan penulis dapat diperoleh dari penulisan hukum ini antara lain :

1. Manfaat Teoretis
 - a. Memberikan manfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan di bidang ilmu hukum pada umumnya dan Hukum Perdata pada khususnya.
 - b. Memperkaya referensi dan literatur kepustakaan Hukum Perdata tentang kekuatan hukum *memorandum of understanding* sebagai suatu akta yang dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.
 - c. Hasil penelitian ini dapat dipergunakan sebagai acuan terhadap penelitian-penelitian sejenis pada tahap selanjutnya.
2. Manfaat Praktis
 - a. Mengembangkan daya penalaran dan membentuk pola pikir penulis, sekaligus untuk mengetahui kemampuan penulis dalam menerapkan ilmu yang diperoleh.
 - b. Hasil penulisan ini diharapkan dapat membantu dan memberi masukan serta tambahan pengetahuan bagi para pihak yang terkait dengan masalah yang diteliti, dan berguna bagi para pihak yang berminat pada masalah yang sama.

E. Metode Penelitian

Penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum

yang dihadapi. Penelitian hukum dilakukan untuk menghasilkan argumentasi, teori atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi (Peter Mahmud Marzuki, 2008:35).

Dua syarat utama yang harus dipenuhi sebelum mengadakan penelitian dengan baik dan dapat dipertanggungjawabkan yakni peneliti harus lebih dulu memahami konsep dasar ilmu pengetahuan yang berisi (sistem dan ilmunya) dan metodologi penelitian disiplin ilmu tersebut (Johnny Ibrahim, 2006:26). Di dalam penelitian hukum, konsep ilmu hukum dan metodologi yang digunakan dalam suatu penelitian memainkan peran yang sangat signifikan agar ilmu hukum beserta temuan-temuannya tidak terjebak dalam relevansi dan aktualitasnya (Johnny Ibrahim, 2006:28).

Berdasarkan hal tersebut, maka penulis dalam penelitian ini menggunakan metode penulisan antara lain sebagai berikut :

1. Jenis Penelitian

Jenis penelitian yang penulis pergunakan dalam penyusunan penulisan hukum ini adalah penelitian hukum normatif atau penelitian hukum kepustakaan. Penelitian hukum normatif menurut Johnny Ibrahim adalah suatu prosedur penelitian ilmiah untuk menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan hukum dari sisi normatifnya (Johnny Ibrahim, 2006:57).

Penelitian hukum normatif memiliki definisi yang sama dengan penelitian doktrinal (*doctrinal research*) yaitu penelitian berdasarkan bahan-bahan hukum (*library based*) yang fokusnya pada membaca dan mempelajari bahan-bahan hukum primer dan sekunder (Johnny Ibrahim, 2006:44).

2. Sifat Penelitian

Sifat penelitian hukum ini tentunya sejalan dengan sifat ilmu hukum itu sendiri. Ilmu hukum mempunyai sifat sebagai ilmu yang *preskriptif* dan terapan. Sebagai ilmu yang bersifat *preskriptif*, ilmu hukum mempelajari tujuan hukum, nilai-nilai keadilan, validitas aturan hukum, konsep-konsep hukum, dan norma-norma hukum (Peter Mahmud Marzuki, 2008:22).

Sifat preskriptif keilmuan hukum ini merupakan sesuatu yang substansial di dalam ilmu hukum (Peter Mahmud Marzuki, 2008:22). Oleh

sebab itu, dalam penelitian ini penulis akan memberikan preskriptif mengenai kekuatan hukum dari *memorandum of understanding* sebagai suatu akta yang dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

3. Pendekatan Penelitian

Menurut Peter Mahmud Marzuki, di dalam penelitian hukum terdapat beberapa pendekatan. Pendekatan-pendekatan yang digunakan di dalam penelitian hukum adalah pendekatan undang-undang (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan komparatif (*comparative approach*), dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*) (Peter Mahmud Marzuki, 2008:93). Dari kelima pendekatan penelitian hukum tersebut, penulis di dalam penelitian ini menggunakan pendekatan undang-undang (*statute approach*) serta pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

Pendekatan undang-undang (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani, untuk menelaah unsur filosofis adanya suatu peraturan perundang-undangan tertentu yang kemudian dapat disimpulkan ada atau tidaknya benturan filosofis antara undang-undang dengan isu hukum yang ditangani (Peter Mahmud Marzuki, 2008:93-94).

Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum. Dengan mempelajari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin di dalam ilmu hukum, peneliti akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan asas-asas hukum yang relevan dengan isu yang dihadapi, kemudian akan membantu dalam memecahkan isu hukum tersebut (Peter Mahmud Marzuki, 2008:95).

4. Jenis dan Sumber Penelitian Hukum

Jenis data yang digunakan di dalam penelitian ini adalah data sekunder. Namun dalam bukunya, Penelitian Hukum, Peter Mahmud Marzuki mengatakan bahwa pada dasarnya penelitian hukum tidak mengenal adanya

data. Sehingga yang digunakan adalah bahan hukum, dalam hal ini adalah bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder (Peter Mahmud Marzuki, 2008:141).

a. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat *autoritatif* artinya mempunyai otoritas. Bahan-bahan hukum primer terdiri dari perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim (Peter Mahmud Marzuki, 2008:141).

Dalam penelitian ini, penulis menggunakan bahan hukum primer yaitu : Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 amandemen keempat dan bahan hukum yang diterapkan di Indonesia sejak zaman penjajahan oleh pemerintah kolonial Belanda, yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang merupakan terjemahan dari *Burgerlijk Wetboek*. Selain itu, penulis juga menggunakan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris.

b. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Publikasi tentang hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, dan komentar-komentar atas putusan pengadilan (Peter Mahmud Marzuki, 2008:141).

Bahan hukum sekunder yang akan digunakan di dalam penelitian ini yaitu buku-buku teks yang ditulis para ahli hukum, jurnal hukum, artikel, internet, dan sumber lainnya yang memiliki korelasi dengan isu hukum yang akan diteliti di dalam penelitian ini.

c. Bahan Hukum Tersier

Bahan hukum tersier adalah bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder seperti kamus hukum dan *encyclopedia*. Bahan hukum tersier yang digunakan dalam penelitian hukum ini adalah kamus hukum.

5. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Teknik pengumpulan bahan hukum yang akan digunakan sebagai sumber di dalam penelitian ini adalah studi kepustakaan yaitu pengumpulan bahan hukum dengan jalan membaca peraturan perundang-undangan, dokumen-dokumen resmi, jurnal, artikel-artikel dari internet, maupun literatur-literatur lain yang erat kaitannya dengan permasalahan yang dibahas berdasarkan bahan hukum sekunder. Dari bahan hukum tersebut, kemudian dianalisis dan dirumuskan sebagai bahan hukum penunjang di dalam penelitian ini.

6. Teknik Analisis Bahan Hukum

Penelitian hukum ini berusaha untuk mengerti atau memahami gejala yang diteliti untuk kemudian mendeskripsikan data-data yang diperoleh selama penelitian, yaitu apa yang tertera dalam bahan-bahan hukum yang relevan dan menjadi acuan dalam penelitian hukum kepustakaan sebagaimana telah disinggung diatas.

Metode penalaran yang dipilih oleh penulis adalah metode penalaran deduktif, yaitu hal-hal yang dirumuskan secara umum diterapkan pada keadaan yang khusus. Dalam penelitian ini, penulis mengkritisi teori-teori ilmu hukum yang bersifat umum untuk kemudian menarik kesimpulan yang sesuai dengan isu hukum yang diteliti atau dianalisa, yaitu mengenai kekuatan hukum *memorandum of understanding* sebagai suatu akta yang dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

F. Sistematika Penulisan Hukum

Untuk memberikan gambaran yang menyeluruh mengenai penelitian yang akan dilakukan oleh penulis, perlu kiranya untuk mengetahui pembagian sistematika penulisan hukum ini. Secara keseluruhan, penulisan hukum ini terbagi atas empat bab yang masing-masing terdiri atas beberapa sub bab sesuai dengan pembahasan dan sustansi penelitiannya. Adapun sistematika dalam penulisan hukum ini adalah sebagai berikut :

BAB I : PENDAHULUAN

Dalam bab ini dikemukakan tentang latar belakang masalah, perumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, metode penelitian dan sistematika penulisan hukum.

BAB II : TINJAUAN PUSTAKA

Bab kedua ini membahas mengenai Kerangka Teoritis dan Kerangka Pemikiran. Kerangka teoritis yang mendasari penulisan ini adalah tinjauan tentang perjanjian, tinjauan tentang *memorandum of understanding*, tinjauan tentang akta.

BAB III : HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Bab ini merupakan suatu penjelasan dari penelitian yang dilakukan penulis mengenai kekuatan hukum *memorandum of understanding* sebagai suatu akta dan pertanggungjawabannya berdasarkan Kitab Undnag-Undang Hukum Perdata.

BAB IV : PENUTUP

Bab ini sebagai bagian akhir dari penulisan penelitian mengenai simpulan dan saran sebagai suatu masukan maupun perbaikan dari apa saja yang telah didapatkan selama penelitian

DAFTAR PUSTAKA**LAMPIRAN**

BAB II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Kerangka Teori

1. Tinjauan tentang Perjanjian

a. Istilah dan Pengertian Perjanjian

Pengertian perjanjian diatur dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata merumuskan : “Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih” (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:338).

Subekti dan Tjitrosudibio menggunakan istilah perikatan untuk *verbinten* dan persetujuan untuk *overeenkomst*. Sedangkan Utrecht menggunakan istilah perutusan untuk *verbinten* dan perjanjian untuk *overeenkomst*. Dalam hubungannya dengan perikatan, maka perjanjian ini merupakan salah satu sumber dari perikatan (Endang Mintorowati, 1999:1).

Definisi perjanjian yang dirumuskan di dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tersebut dianggap tidak lengkap dan juga terlalu luas. Tidak lengkap karena yang dirumuskan itu hanya mengenai perjanjian sepihak saja. Dan definisi tersebut dianggap terlalu luas karena dapat mencakup perbuatan di dalam lapangan hukum keluarga, seperti janji kawin, yang merupakan perjanjian juga tetapi sifatnya berbeda dengan perjanjian yang diatur dalam Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Mariam Darus Badruzaman, 2001:65).

Oleh karena definisi perjanjian menurut Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dianggap tidak lengkap dan juga terlalu luas, sehingga beberapa ahli hukum mencoba merumuskan definisi perjanjian yang lebih lengkap, antara lain :

1) Subekti

“Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain, atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal” (Subekti dalam H.R. Daeng Naja, 2009:84).

2) Abdulkadir Muhammad

Ketentuan dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dianggap kurang memuaskan dan memiliki beberapa kelemahan antara lain :

- a) rumusan tersebut hanya cocok untuk perjanjian sepihak, karena hanya menyangkut satu pihak saja, kata mengikat hanya datang dari salah satu pihak;
- b) definisi tersebut terlalu luas karena tidak disebutkan mengikat diri terbatas dalam lapangan hukum harta kekayaan, sehingga dapat pula mencakup perjanjian perkawinan dalam lapangan hukum keluarga;
- c) tidak menyebut tujuan, sehingga tidak jelas untuk apa para pihak mengikat diri.

Atas dasar kekurangan-kekurangan tersebut diatas, beliau melengkapi definisi perjanjian menjadi : “Perjanjian adalah suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih saling mengikat diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan” (Abdulkadir Muhammad, 2000:224-225).

3) Sudikno Mertokusumo

“Perjanjian merupakan hubungan hukum antara dua pihak atau lebih atas dasar kata sepakat yang menimbulkan akibat hukum” (Sudikno Mertokusumo dalam FX. Suhardana, 2008:10).

4) Salim H.S.

Definisi perjanjian dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah :

- a) tidak jelas, karena setiap perbuatan dapat disebut perjanjian;

- b) tidak tampak asas konsensualisme;
- c) bersifat dualisme

Sehingga menurut Salim H.S., “Perjanjian atau kontrak adalah hubungan hukum antara subjek hukum satu dengan subjek hukum lain dalam bidang harta kekayaan. Subjek hukum yang satu berhak atas prestasi dan begitu pula subjek hukum yang lain berkewajiban untuk melaksanakan prestasinya sesuai dengan yang telah disepakatinya” (Salim H.S., 2005:15-17).

Dalam hal ini penulis sependapat dengan Salim H.S., karena pengertian perjanjian yang diungkapkan oleh Salim H.S. lebih jelas dan sifatnya lebih spesifik yaitu perjanjian dalam lapangan hukum harta kekayaan. Sehingga pengertian perjanjian tersebut tidak menimbulkan kerancuan dan penafsiran ganda.

b. Syarat sahnya perjanjian

Menurut Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, untuk sahnya perjanjian diperlukan empat syarat :

- 1) sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
- 2) kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
- 3) suatu hal tertentu;
- 4) suatu sebab yang halal (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:339).

Syarat pertama dan kedua merupakan syarat subjektif, karena kedua syarat tersebut mengenai subjek perjanjian. Sedangkan syarat ketiga dan keempat merupakan syarat objektif, karena mengenai dari objek perjanjian. Apabila syarat subjektif tidak terpenuhi, maka perjanjian dapat dibatalkan (*vernietigbaar*). Dan apabila syarat obyektif tidak terpenuhi, maka perjanjian dikatakan batal demi hukum.

Dari persyaratan tersebut para ahli hukum mencoba menguraikannya secara lebih jelas, sebagai berikut :

a) Kesepakatan kedua belah pihak

Orang dikatakan telah memberikan persetujuan atau kesepakatan, kalau orang tersebut memang menghendaki apa yang disepakati. Dengan kata lain, sepakat sebenarnya merupakan pertemuan antara dua

kehendak, dimana kehendak orang yang satu saling mengisi dengan apa yang dikehendaki pihak lain (Endang Mintorowati, 1999:13).

Dalam hal kesepakatan, maka kedua belah pihak harus mempunyai kemauan yang bebas untuk mengikatkan dirinya. Kemauan yang bebas merupakan syarat pertama untuk sahnya perjanjian. Perjanjian dianggap tidak ada apabila ada cacat-cacat kemauan yang berupa paksaan (*dwang*), kekhilafan (*dwaling*), atau penipuan (*bedrog*) (Endang Mintorowati, 1999:13).

Jadi, kesepakatan itu penting diketahui karena merupakan awal terjadinya perjanjian. Untuk mengetahui kapan kesepakatan itu terjadi, ada beberapa macam teori yaitu :

- (1) Teori kehendak (*wilstheorie*), mengajarkan bahwa kesepakatan terjadi pada saat kehendak pihak penerima tawaran dinyatakan, misalnya dengan menuliskan surat.
- (2) Teori pengiriman (*verzendentheorie*), mengajarkan bahwa kesepakatan terjadi pada saat kehendak yang dinyatakan itu dikirim oleh pihak yang menerima tawaran.
- (3) Teori pengetahuan (*vernemingstheorie*), mengajarkan bahwa pihak yang menawarkan seharusnya sudah mengetahui bahwa tawarannya diterima (walaupun penerimaan itu belum diterimanya dan tidak diketahui secara langsung).
- (4) Teori kepercayaan (*vertrouwenstheorie*), mengajarkan bahwa kesepakatan itu terjadi pada saat pernyataan kehendak dianggap layak diterima oleh pihak yang menawarkan (Mariam Darus Badruzaman, 2001:74).

b) Kecakapan Bertindak

Kecakapan bertindak adalah kecakapan atau kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum. Perbuatan hukum adalah perbuatan yang akan menimbulkan akibat hukum. Orang-orang yang akan mengadakan perjanjian haruslah orang-orang yang cakap dan yang

mempunyai wewenang untuk melakukan perbuatan hukum, sebagaimana ditentukan oleh undang-undang (Salim H.S., 2005:24).

Pada prinsipnya, semua orang dinyatakan cakap untuk membuat perjanjian apabila ia oleh undang-undang tidak dinyatakan tidak cakap. Hal ini diatur dalam Pasal 1329 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Perkecualian atas prinsip yang ada di dalam Pasal 1329 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yaitu ada dalam Pasal 330 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang menyatakan bahwa mereka yang belum genap berumur 21 tahun dan tidak telah menikah adalah belum dewasa. Secara *contario* dapat disimpulkan bahwa dewasa adalah mereka yang telah berumur 21 tahun, telah menikah (termasuk mereka yang belum berusia 21 tahun, tapi telah atau pernah menikah), dan orang-orang dewasa adalah orang-orang yang pada dasarnya cakap untuk bertindak (Endang Mintorowati, 1999:17).

Orang-orang yang tidak berwenang melakukan perbuatan hukum, diatur dalam Pasal 1330 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang berbunyi :

Tak cakap untuk membuat suatu perjanjian adalah :

1. orang-orang yang belum dewasa;
2. mereka yang ditaruh dibawah pengampuan;
3. orang-orang perempuan, dalam hal-hal yang ditetapkan oleh undang-undang, dan pada umumnya semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat perjanjian-perjanjian tertentu (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:341).

Akan tetapi dalam perkembangannya, setelah adanya SEMA No. 3 Tahun 1961 telah menetapkan bahwa Pasal 108 dan Pasal 110 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tentang wewenang seorang isteri untuk melakukan tindakan hukum dan untuk menghadap dimuka pengadilan, dinyatakan tidak berlaku lagi. Kemudian dalam Pasal 31 sub 2 menentukan bahwa baik suami maupun isteri berhak untuk melakukan perbuatan hukum (Endang Mintorowati, 1999:19).

Undang-undang menentukan bahwa mereka yang pada dasarnya adalah orang-orang yang cakap untuk bertindak, tetapi Undang-undang menentukan bahwa dalam hal-hal khusus tertentu mereka dinyatakan tidak wenang. Mereka yang dimaksud adalah :

- (1) Suami istri, yang oleh Pasal 1467 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dinyatakan tidak wenang untuk melakukan transaksi jual beli yang satu kepada yang lain.
 - (2) Hakim, Jaksa, Panitera, Advokat, Pengacara, Juru Sita dan Notaris dilarang mengoper hak dan tagihan yang sedang disengketakan dalam wilayah hukum dimana mereka melakukan pekerjaan mereka.
 - (3) Pejabat Umum, baik sendiri maupun melalui perantara juga dilarang untuk membeli benda-benda yang dijual dengan perantaraan atau dihadapannya (Pasal 1469 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).
 - (4) Kuasa atas barang untuk mana ia dikuasakan untuk menjual. Curator atas benda-benda milik negara dan lembaga publik, yang pemeliharaan dan pengurusannya diserahkan kepada mereka (Pasal 1470 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).
 - (5) Para persero yang tidak melakukan *beheer*, tidak diperkenankan untuk mengasingkan, menggadaikan, membebani benda-benda milik perseroan (Pasal 1640 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) (Endang Mintorowati, 1999:19).
- c) Adanya objek tertentu

Objek perjanjian yang dimaksud disini adalah apa yang diatur dalam Pasal 1332 sampai dengan 1334 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Pasal 1332 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata mengatur bahwa hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja yang dapat menjadi objek perjanjian-perjanjian. Dalam Pasal 1333 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, ditegaskan bahwa dalam suatu

perjanjian harus mempunyai sebagai pokok suatu barang yang paling sedikit ditentukan jenisnya. Selanjutnya Pasal 1333 ayat 2 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menetapkan bahwa diperbolehkan mengadakan perjanjian, dalam mana pada waktu mengadakan perjanjian jumlah barang belum ditentukan, asal saja jumlah itu kemudian dapat ditentukan atau dihitung (Jo. Pasal 1334 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Tetapi sebaliknya, ada juga benda yang belum ada, dilarang oleh undang-undang untuk menjadi obyek suatu perjanjian, yaitu misalnya seperti apa yang diatur dalam Pasal 1334 ayat 2 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang melarang untuk melepaskan suatu warisan yang pewarisnya belum meninggal atau mengadakan perjanjian mengenainya sekalipun ada izin dari orang yang nantinya akan meninggalkan warisan tersebut (Endang Mintorowati, 1999:20).

d) Adanya sebab yang halal

Sebab yang halal yang dimaksudkan disini adalah sebab dalam arti isi dari perjanjian itu sendiri yang menggambarkan tujuan yang akan dicapai oleh pihak-pihak, bukan sebab dalam arti yang menyebabkan atau yang mendorong orang membuat perjanjian. Undang-undang tidak memperdulikan apa yang menjadi sebab orang-orang mengadakan perjanjian, yang diperhatikan oleh undang-undang adalah isi perjanjian itu menggambarkan tujuan yang hendak dicapai, tidak dilarang oleh undang-undang, tidak bertentangan dengan kesusilaan dan ketertiban umum (Endang Mintorowati, 1999:21).

Pengertian sebab yang halal disebutkan secara *contario* dalam Pasal 1337 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang berbunyi : “Suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang, atau berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum” (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:342).

Kausa yang bertentangan dengan Undang-undang, misalnya melakukan perjanjian untuk melakukan tindak pidana. Kausa yang

bertentangan dengan Undang-undang itu sudah jelas. Tidak demikian halnya dengan kausa yang bertentangan dengan kesusilaan, karena hal tersebut bersifat relatif dan dapat berubah setiap saat. Sedangkan kausa yang bertentangan dengan ketertiban umum, maksudnya agar supaya setiap perjanjian itu tidak melanggar kepentingan orang banyak.

c. Unsur-unsur Perjanjian

Dalam suatu perjanjian terkandung unsur-unsur yang dapat dikelompokkan menjadi tiga, yaitu :

- 1) Unsur *Essensialia*, adalah unsur perjanjian yang selalu harus ada di dalam suatu perjanjian yaitu merupakan unsur mutlak. Dimana tanpa adanya unsur tersebut perjanjian tidak mungkin ada.
- 2) Unsur *Naturalia*, adalah unsur perjanjian yang oleh undang-undang diatur, tetapi yang oleh para pihak dapat disingkiri atau diganti. Disini unsur tersebut oleh undang-undang diatur dengan hukum yang mengatur atau menambah (*regelend/aanvullenrecht*).
- 3) Unsur *Accidentalialia*, adalah unsur perjanjian yang ditambahkan oleh para pihak karena undang-undang tidak mengaturnya (Endang Mintorowati, 1999:12).

d. Asas-asas dalam Perjanjian

Menurut Peter Mahmud Marzuki, aturan-aturan hukum yang menguasai kontrak sebenarnya merupakan penjelmaan dari dasar-dasar filosofis yang terdapat pada asas-asas hukum secara umum. Asas-asas hukum ini bersifat sangat umum dan menjadi landasan berfikir yaitu dasar ideologis aturan-aturan hukum. Asas hukum merupakan sumber bagi sistem hukum yang memberi inspirasi mengenai nilai-nilai etis, moral dan sosial masyarakat. Dengan demikian asas hukum sebagai landasan norma menjadi alat uji bagi norma hukum yang ada, dalam arti norma hukum tersebut pada akhirnya harus dapat dikembalikan pada asas hukum yang menjiwainya (Peter Mahmud Marzuki, 2003:196).

Dalam hukum perjanjian terdapat beberapa asas. Asas-asas yang terpenting adalah :

1) Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan berkontrak dapat dianalisis dari ketentuan Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang berbunyi : “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya” (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:342).

Asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang memberikan keleluasaan atau kebebasan kepada para pihak untuk menyusun kontrak, baik yang sudah diatur maupun yang belum diatur oleh undang-undang. Makna kebebasan disini memiliki ruang lingkup :

- a) kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian;
- b) kebebasan memilih pihak dengan siapa akan membuat perjanjian;
- c) kebebasan menentukan causa dari perjanjian yang akan dibuat;
- d) kebebasan untuk menentukan objek perjanjian;
- e) kebebasan menentukan bentuk perjanjian;
- f) kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat operasional (Moch Najib Imanullah, 2004:938).

2) Asas Konsensualisme

Asas konsensualisme dapat disimpulkan dalam Pasal 1320 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Dalam pasal itu ditentukan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian yaitu adanya kesepakatan kedua belah pihak. Asas konsensualisme merupakan asas yang menyatakan bahwa perjanjian pada umumnya tidak diadakan secara formal, tetapi cukup dengan adanya kesepakatan kedua belah pihak. Kesepakatan merupakan persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh kedua belah pihak.

Menurut Moch Najib Imanullah, makna dari asas konsensualisme bahwa perjanjian itu akan mengikat para pihak pada detik tercapainya

kata sepakat diantara para pihak yang membuatnya mengenai objek perjanjian (Moch Najib Imanullah, 2004:938).

3) Asas *Pacta Sunt Servanda*

Asas *pacta sunt servanda* dapat disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Asas *pacta sunt servanda* atau disebut asas kepastian hukum. Asas ini berhubungan dengan akibat perjanjian. Asas *pacta sunt servanda* merupakan asas bahwa hakim atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, sebagaimana layaknya sebuah undang-undang. Mereka tidak boleh melakukan intervensi terhadap substansi kontrak yang dibuat para pihak.

4) Asas Iktikad Baik

Asas iktikad baik dapat disimpulkan dari Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. yang berbunyi : “Suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik” (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:342).

Asas iktikad baik merupakan asas bahwa para pihak, yaitu pihak kreditur dan debitur harus melaksanakan substansi kontrak berdasarkan kepercayaan atau keyakinan yang teguh atau kemauan baik dari para pihak (Salim H.S., 2003:9-11).

Disamping kelima asas itu, di dalam Lokakarya Hukum Perikatan yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dari tanggal 17 sampai dengan tanggal 19 Desember 1985 telah berhasil dirumuskan delapan asas hukum perikatan nasional, yaitu :

- a) Asas kepercayaan, mengandung pengertian bahwa setiap orang yang akan mengadakan perjanjian akan memenuhi setiap prestasi yang diadakan diantara mereka dibelakang hari.
- b) Asas persamaan hukum, adalah bahwa subjek hukum yang mengadakan perjanjian mempunyai kedudukan, hak, dan kewajiban yang sama dalam hukum.

- c) Asas keseimbangan, adalah asas yang menghendaki kedua belah pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian.
 - d) Asas kepastian hukum, bahwa perjanjian sebagai suatu figur hukum harus mengandung kepastian hukum. Kepastian ini terungkap dari kekuatan mengikatnya perjanjian, yaitu sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.
 - e) Asas moral, asas ini terikat dalam perikatan wajar, yaitu suatu perbuatan sukarela dari seseorang tidak dapat menuntut hak baginya untuk menggugat prestasi dari pihak debitur. hal ini terlihat dalam zaakwarneming.
 - f) Asas kepatutan, asas ini tertuang dalam Pasal 1339 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Asas ini berkaitan dengan ketentuan mengenai isi perjanjian.
 - g) Asas kebiasaan, suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk apa yang secara tegas diatur, akan tetapi juga hal-hal yang menurut kebiasaan lazim diikuti.
 - h) Asas perlindungan, bahwa antara debitur dan kreditur harus dilindungi oleh hukum. Namun, yang perlu mendapat perlindungan itu adalah pihak debitur, karena pihak debitur ada pada pihak yang lemah (Salim H.S., 2003:13-14).
- e. Tahap-tahap Pembuatan Perjanjian
- Menurut teori baru, perjanjian tidak hanya dilihat semata-mata tetapi harus dilihat pembuatan sebelumnya atau yang mendahuluinya. Ada tiga tahapan dalam pembuatan perjanjian, yaitu :
- 1) Tahap *pra-contractual*, yaitu adanya penawaran dan penerimaan;
 - 2) Tahap *contractual*, yaitu adanya persesuaian pernyataan kehendak antara para pihak;
 - 3) Tahap *post-contractual*, yaitu pelaksanaan perjanjian (Salim H.S., 2005:16).

f. Akibat Hukum Suatu Perjanjian

Perjanjian yang sah adalah perjanjian yang memenuhi syarat seperti yang tercantum dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Perjanjian yang sah menimbulkan akibat hukum, yaitu :

- 1) Berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Maksudnya adalah bahwa pihak-pihak yang membuat perjanjian harus menaati perjanjian tersebut. Jika ada yang melanggar perjanjian yang dibuat, ia dianggap melanggar undang-undang yang mempunyai akibat hukum tertentu yaitu fraksi hukum.
- 2) Tidak dapat ditarik kembali. Perjanjian yang dibuat secara sah mengikat para pihak yang membuatnya. Perjanjian tersebut tidak dapat ditarik kembali atau dibatalkan secara sepihak saja tanpa persetujuan pihak lainnya.
- 3) Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Maksudnya adalah bahwa pelaksanaan perjanjian tersebut harus mengindahkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan (Endang Mintorowati, 1999:23-24).

g. Macam-macam Perjanjian

Di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata memang tidak disebutkan secara sistematis mengenai bentuk perjanjian. Namun apabila menelaah berbagai ketentuan yang tercantum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, maka perjanjian dapat dibedakan menurut golongannya sebagai berikut :

1) Berdasarkan bentuknya

Perjanjian dibedakan menjadi dua, yaitu perjanjian lisan dan perjanjian tertulis. Perjanjian lisan berarti perjanjian yang dibuat antara kedua belah pihaknya cukup dengan kesepakatan secara lisan saja, dengan adanya kesepakatan tersebut maka perjanjian telah terjadi. Sedangkan perjanjian tertulis adalah kontrak yang dibuat para pihaknya dalam bentuk tulisan.

2) Berdasarkan keuntungan yang diperoleh para pihak.

Perjanjian dibedakan menjadi dua, yaitu perjanjian cuma-cuma dan perjanjian atas beban. Perjanjian cuma-cuma adalah suatu perjanjian dengan mana pihak yang satu memberikan suatu keuntungan kepada pihak yang lain, tanpa menerima suatu manfaat bagi dirinya sendiri. Sedangkan perjanjian atas beban adalah suatu perjanjian yang mewajibkan masing-masing pihak memberikan sesuatu, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu.

3) Berdasarkan hak dan kewajiban para pihak

Perjanjian dibedakan menjadi dua, yaitu perjanjian sepihak dan perjanjian timbal balik. Perjanjian sepihak adalah perjanjian yang menimbulkan kewajiban pada satu pihak saja, sedangkan pada pihak yang lain hanya ada hak-hak saja. Sedangkan perjanjian timbal balik adalah perjanjian yang menimbulkan hak dan kewajiban bagi kedua belah pihak, hak serta kewajiban itu mempunyai hubungan satu dengan lainnya.

4) Berdasarkan cara terbentuknya perjanjian

Perjanjian dibedakan menjadi tiga, yaitu perjanjian konsensual, perjanjian riil, dan perjanjian formil. Perjanjian konsensual adalah dimana adanya kata 'sepakat' saja antara para pihak sudah cukup untuk timbulnya suatu perjanjian. Perjanjian riil adalah perjanjian yang baru terjadi apabila barang yang menjadi pokok perhatian telah diserahkan. Sedangkan perjanjian formil adalah bahwa perjanjian baru sah selain adanya kesepakatan para pihak harus dituangkan dalam bentuk akta otentik atau dalam bentuk tertulis.

5) Berdasarkan nama dan tempat pengaturan perjanjian

Dalam Pasal 1319 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, perjanjian dibedakan menjadi dua. Yaitu perjanjian bernama dan perjanjian tak bernama. Perjanjian bernama adalah perjanjian dimana undang-undang telah mengatur dengan ketentuan-ketentuan khusus yaitu dalam buku III bab V sampai dengan XIII ditambah titel VII A

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan juga dalam Kitab Undang-Undang Hukum Dagang. Sedangkan perjanjian tak bernama adalah perjanjian yang dikenal dalam kehidupan praktek sehari-hari yang mempunyai nama tertentu tetapi tidak diatur di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Endang Mintorowati. 1999:41-47).

Selain perbedaan perjanjian tersebut diatas, masih dikenal perjanjian-perjanjian yang lain yaitu :

- 1) Perjanjian kebendaan, adalah perjanjian yang dimaksudkan untuk mengalihkan hak atas benda disamping untuk menimbulkan, mengubah, atau menghapuskan hak kebendaan.
- 2) Perjanjian yang bersifat hukum keluarga, misalnya adalah perkawinan. Perkawinan sebenarnya merupakan suatu perjanjian karena didasarkan atas kata sepakat dan menimbulkan hak serta kewajiban (menimbulkan ikatan lahir batin).
- 3) Perjanjian *obligatoir*, adalah perjanjian yang dibuat oleh para pihak dan baru dalam taraf menimbulkan hak dan kewajiban saja belum memindahkan hak kebendaan.
- 4) Perjanjian *liberatoir*, adalah perjanjian yang membebaskan orang dari keterikatannya dari suatu kewajiban tertentu (Endang Mintorowati. 1999:49-52).

2. Tinjauan tentang *Memorandum of understanding*

a. Istilah dan Pengertian *Memorandum of understanding*

Istilah *memorandum of understanding* berasal dari dua kata, yaitu *memorandum* dan *understanding*. Secara gramatikal, *memorandum of understanding* diartikan sebagai nota kesepahaman.

Dalam Black's Law Dictionary, yang dimaksud *memorandum* adalah : “ *Is to serve as the basis of future formal contract or deed*” (Black Henry Campbell, 2004:1005). Yang artinya adalah dasar untuk memulai penyusunan kontrak atau akta secara formal pada masa datang.

Dan yang dimaksud dengan *understanding* adalah : “*An implied agreement resulting from the express term of another agreement, wheter written or oral*” (Black Henry Campbell, 2004:1562). Yang artinya adalah pernyataan persetujuan secara tidak langsung terhadap hubungannya dengan persetujuan lain, baik secara lisan maupun tertulis.

Dari terjemahan kedua kata tersebut, dapat dirumuskan pengertian : “*Memorandum of understanding* adalah dasar penyusunan kontrak pada masa datang yang didasarkan pada hasil permufakatan para pihak, baik secara tertulis maupun lisan” (Salim H.S., 2007:46).

Munir Fuady mengartikan *memorandum of understanding* sebagai berikut :

Suatu perjanjian pendahuluan, dalam arti nantinya akan diikuti oleh dan akan dijabarkan dalam perjanjian lain yang mengaturnya lebih detail, karena itu dalam *memorandum of understanding* hanya berisikan hal-hal yang pokok saja. Sedangkan mengenai lain-lain aspek dari *memorandum of understanding* relatif sama saja dengan perjanjian perjanjian lainnya (Munir Fuady, 2002:91).

Erman Rajagukguk dalam Salim H.S., mengartikan *memorandum of understanding* adalah : “Dokumen yang memuat saling pengertian diantara para pihak sebelum perjanjian dibuat. Isi dari *memorandum of understanding* harus dimasukkan kedalam kontrak, sehingga ia mempunyai kekuatan mengikat” (Salim H.S., 2007:46).

I Nyoman Sudana, dkk dalam Salim H.S., mengartikan *memorandum of understanding* adalah “Perjanjian pendahuluan, dalam arti akan diikuti perjanjian lainnya” (Salim H.S., 2007:47).

Ketiga definisi yang dikemukakan oleh para ahli sebagaimana dikemukakan diatas hanya difokuskan pada sifat dari *memorandum of understanding*, yaitu sebagai perjanjian pendahuluan. Dalam ketiga definisi tersebut juga tidak dirumuskan tentang bagaimana hubungan para pihaknya dan yang menjadi substansi dari *memorandum of understanding* tersebut. Oleh karena ketiga definisi tersebut kurang lengkap, maka perlu dilengkapi dan disempurnakan (Salim H.S., 2007:47).

Menurut Salim H.S., yang diartikan dengan *memorandum of understanding* adalah : “Nota kesepahaman yang dibuat antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum lainnya, baik dalam suatu negara maupun antarnegara untuk melakukan kerja sama dalam berbagai aspek kehidupan dan jangka waktunya tertentu” (Salim H.S., 2007:47).

Unsur-unsur yang terkandung dalam definisi tersebut, meliputi :

- 1) para pihak yang membuat *memorandum of understanding* tersebut adalah subjek hukum, baik berupa badan hukum publik maupun badan hukum privat.
- 2) wilayah keberlakuan dari *memorandum of understanding* itu, bisa regional, nasional, maupun internasional.
- 3) substansi *memorandum of understanding* adalah kerja sama dalam berbagai aspek kehidupan.
- 4) jangka waktunya tertentu (Salim H.S., 2007:47).

b. Tempat Pengaturan *Memorandum of understanding*

Dalam berbagai peraturan perundangan-undangan tidak kita temukan ketentuan yang khusus mengatur tentang *memorandum of understanding*. Adapun dasar berlakunya *memorandum of understanding* adalah didasarkan pada asas kebebasan berkontrak dan asas kebiasaan.

Ketentuan mengenai asas kebebasan berkontrak diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang berbunyi : “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya” (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:342).

Asas kebebasan berkontrak merupakan asas yang sangat penting dalam pembuatan *memorandum of understanding*. Karena asas ini memperkenankan para pihak, apakah itu badan hukum ataupun individu untuk melakukan atau membuat *memorandum of understanding* yang sesuai dengan keinginan para pihak (Salim H.S., 2007:48).

Selain asas kebebasan berkontrak, berlakunya *memorandum of understanding* di Indonesia juga didasarkan pada asas kebiasaan. Asas kebiasaan mengandung makna bahwa suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk apa yang secara tegas diatur, akan tetapi juga hal-hal yang menurut kebiasaan lazim diikuti.

Apabila kita memperhatikan substansi *memorandum of understanding*, bahwa jelaslah bahwa didalamnya berisi kesepakatan para pihak tentang hal-hal yang bersifat umum. Ketentuan yang mengatur tentang kesepakatan telah dituangkan dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Salim H.S., 2007:48).

Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata mengatur tentang syarat-syarat sahnya perjanjian. Salah satu syarat sahnya perjanjian itu adalah adanya kesepakatan diantara para pihak yang membuat perjanjian.

Secara internasional, yang menjadi dasar hukum adanya *memorandum of understanding* adalah Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional (Salim H.S., 2007:48).

Dalam Pasal 1 huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, telah disebutkan pengertian perjanjian internasional, yaitu : “Perjanjian dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik” .

Selanjutnya dalam penjelasan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, disebutkan bahwa : “Perjanjian internasional yang dimaksud dalam undang-undang ini adalah setiap perjanjian di bidang hukum publik, diatur oleh hukum internasional, dan dibuat oleh pemerintah dengan negara, organisasi internasional, atau subjek hukum internasional lain”

Apabila kita perhatikan definisi dan penjelasan umum Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, maka perjanjian internasional dalam prakteknya dapat disamakan dengan : *treaty* (perjanjian); *convention* (konvensi/kebiasaan internasional); *agreement* (persetujuan); *memorandum of understanding* (nota kesepahaman); *protocol* (surat-surat resmi yang memuat hasil perundingan); *charter* (piagam); *declaration* (pernyataan); *final act* (keputusan final); *arrangement* (persetujuan); *exchange of notes* (pertukaran nota); *agreed minutes* (notulen yang disetujui); *summary records* (catatan ringkas);

process verbal (berita acara); *modus vivendi*; dan *letter of intent* (surat yang menungkapkan suatu keinginan) (Salim H.S., 2007:51).

Pada umumnya bentuk dan nama perjanjian menunjukkan bahwa materi yang diatur oleh perjanjian tersebut memiliki bobot kerja sama yang berbeda tingkatannya. Namun demikian, secara hukum, perbedaan tersebut tidak mengurangi hak dan kewajiban para pihak yang tertuang didalam suatu perjanjian internasional. Penggunaan suatu bentuk dan nama tertentu bagi perjanjian internasional, pada dasarnya menunjukkan keinginan dan maksud para pihak terkait serta dampak politiknya bagi para pihak tersebut. Apabila kita perhatikan nama-nama tersebut, maka *memorandum of understanding* yang dibuat antara dua negara atau lebih termasuk dalam kategori perjanjian internasional sehingga didalam implementasinya berlaku kaidah-kaidah internasional (Salim H.S., 2007:50).

c. Ciri-ciri *Memorandum of understanding*

Menurut Munir Fuady, ciri-ciri *memorandum of understanding* adalah sebagai berikut :

- 1) Isinya ringkas, bahkan sering sekali hanya satu halaman saja;
- 2) berisikan hal yang pokok-pokok saja;
- 3) hanya bersifat pendahuluan saja, yang akan diikuti perjanjian lain yang lebih rinci;
- 4) mempunyai jangka waktu berlakunya, misalnya satu bulan, enam bulan, atau satu tahun. Apabila dalam jangka waktu tersebut tidak ditindaklanjuti dengan penandatanganan suatu perjanjian yang lebih rinci, maka perjanjian tersebut akan batal, kecuali diperpanjang oleh para pihak;
- 5) biasanya dibuat dalam bentuk perjanjian bawah tangan saja;
- 6) biasanya tidak ada kewajiban yang bersifat memaksa kepada para pihak untuk harus membuat suatu perjanjian yang lebih detail setelah penandatanganan *memorandum of understanding*, walaupun secara reasonable kedua belah pihak tidak punya rintangan untuk membuat dan menandatangani perjanjian yang detail tersebut (Munir Fuady, 2002:92).

William F. Fox, Jr. dalam Salim H.S. juga mengemukakan ada enam ciri *memorandum of understanding*, yaitu :

- 1) bentuk dan isinya terbatas;

- 2) untuk mengikat pihak lainnya terhadap berbagai persoalan, untuk menemukan dan mempelajari tentang beberapa persoalan;
- 3) sifatnya sementara dengan batas waktu tertentu;
- 4) dapat digunakan sebagai dasar untuk mendatangkan keuntungan selama tercapainya kesepakatan;
- 5) menghindari timbulnya tanggung jawab dan ganti rugi;
- 6) sebagai dasar untuk membuat perjanjian untuk kepentingan berbagai pihak, yaitu kreditor, investor, pemerintah, pemegang saham, dan lainnya (Salim H.S., 2007:53).

d. Jenis-jenis *Memorandum of understanding*

Memorandum of understanding dapat dibagi menurut negara yang membuatnya dan menurut kehendak para pihaknya. Menurut negara yang membuatnya, *memorandum of understanding* dapat dibagi menjadi dua jenis, yaitu :

- 1) *Memorandum of understanding* yang bersifat nasional, merupakan *memorandum of understanding* yang kedua belah pihaknya adalah warga negara atau badan hukum Indonesia.
- 2) *Memorandum of understanding* yang bersifat internasional, merupakan nota kesepahaman yang dibuat antara pemerintah Indonesia dengan pemerintah negara asing dan/atau antara badan hukum Indonesia dengan badan hukum asing (Salim H.S., 2007:50).

Menurut Laboratorium Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan Bandung dalam Salim H.S., *memorandum of understanding* berdasarkan kehendak para pihaknya, dibagi menjadi tiga macam, yaitu :

- 1) Para pihak membuat *memorandum of understanding* dengan maksud untuk membina ikatan moral saja diantara mereka, dan karena itu tidak ada pengikatan secara yuridis diantara mereka.
- 2) Para pihak memang ingin mengikatkan diri dalam suatu kontrak, tetapi baru ingin mengatur kesepakatan-kesepakatan yang umum saja, dengan pengertian bahwa hal-hal yang mendetail akan diatur kemudian dalam kontrak yang lengkap.
- 3) Para pihak memang berniat untuk mengikatkan diri satu sama lain dalam suatu kontrak, tapi hal itu belum dapat dipastikan, mengingat

adanya keadaan-keadaan atau kondisi-kondisi tertentu yang belum dapat dipastikan (Salim H.S., 2007:51).

e. Tujuan dibuatnya *Memorandum of understanding*

Pada prinsipnya, ada beberapa alasan mengapa dibuat suatu *memorandum of understanding* dalam suatu transaksi bisnis. Yaitu sebagai berikut :

- 1) Karena prospek bisnisnya belum jelas benar, sehingga belum bisa dipastikan apakah deal kerja sama tersebut akan ditindaklanjuti. Untuk menghindari kesulitan dalam hal pembatalan suatu *agreement* nantinya, dibuatlah *memorandum of understanding* yang memang mudah dibatalkan.
- 2) Karena dianggap penandatanganan kontrak masih lama dengan negosiasi yang alot. Karena itu, daripada tidak ada ikatan apa-apa sebelum ditandatangani kontrak tersebut, dibuatlah *memorandum of understanding* yang akan berlaku untuk sementara waktu.
- 3) Karena masing-masing pihak dalam perjanjian masih ragu-ragu dan masih perlu waktu untuk pikir-pikir dalam hal menandatangani suatu kontrak, sehingga untuk sementara dibuatlah *memorandum of understanding*.
- 4) Karena *memorandum of understanding* dibuat dan ditandatangani oleh pihak eksekutif teras dari suatu perusahaan, sehingga untuk suatu perjanjian yang telah rinci mesti dirancang dan dinegosiasi khusus oleh staf-stafnya yang lebih rendah tetapi lebih menguasai teknis (Munir Fuady, 2002:91-92).

3. Tinjauan tentang Akta

a. Istilah dan pengertian akta

Istilah akta merupakan terjemahan dari bahasa Belanda, yaitu *acta*. Dalam bahasa Perancis, yaitu *acte*. Sementara dalam bahasa Inggris, disebut dengan *deed* (Salim H.S., 2007:29).

I Gede Ray Wijaya dalam Salim H.S., mengemukakan pengertian akta sebagai berikut : “Akta adalah suatu pernyataan tertulis yang ditandatangani, dibuat oleh seseorang atau oleh pihak-pihak dengan maksud dapat dipergunakan sebagai alat bukti dalam proses hukum” (Salim H.S., 2007:29).

Algra dalam Salim H.S., mengemukakan pengertian akta sebagai berikut : “Akta adalah suatu tulisan yang dibuat untuk dipakai sebagai bukti suatu perbuatan hukum atau tulisan yang ditujukan untuk pembuktian sesuatu” (Salim H.S., 2007:29).

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, disebutkan pengertian akta sebagai berikut : “Akta adalah surat tanda bukti berisi pernyataan (keterangan, pengakuan, keputusan, dan sebagainya) resmi yang dibuat menurut peraturan yang berlaku, disaksikan dan disahkan oleh pejabat resmi” (Kamus Besar Bahasa Indonesia, 2007:22).

Salim H.S. menganggap bahwa definisi akta sebagaimana tersebut diatas adalah kurang lengkap, karena yang ditonjolkan hanya pada akta dibawah tangan dan penggunaannya. Oleh karena itu, ketiga definisi akta tersebut diatas perlu disempurnakan. Sehingga menurut Salim H.S., pengertian akta adalah sebagai berikut : “Akta adalah surat tanda bukti tertulis, yang berisi pernyataan resmi dari para pihak maupun dimuka dan dihadapan pejabat yang berwenang untuk itu, yang dibuat berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku” (Salim H.S., 2007:30).

Unsur-unsur akta dalam definisi tersebut meliputi :

- 1) surat tanda bukti tertulis;
- 2) berisi pernyataan resmi para pihak maupun dimuka dan dihadapan pejabat ; dan
- 3) pembuatan dan penyusunannya didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku (Salim H.S., 2007:30).

b. Jenis-jenis Akta

Pada dasarnya akta dapat dibagi menjadi dua jenis, yaitu akta dibawah tangan dan akta autentik.

Akta dibawah tangan merupakan akta yang dibuat oleh para pihak, tanpa perantaraan seorang pejabat. Akta dibawah tangan dapat dibagi menjadi tiga jenis yaitu:

- 1) akta dibawah tangan dimana para pihak menandatangani kontrak itu diatas materai (tanpa keterlibatan pejabat umum);
- 2) akta dibawah tangan yang didaftar oleh notaris atau pejabat yang berwenang, atau akta yang dibukukan yaitu akta yang telah ditandatangani pada hari dan tanggal yang disebut dalam akta oleh para pihak, dan tanda tangan tersebut bukan di depan notaris atau pejabat yang berwenang;
- 3) akta dibawah tangan dan dilegalisasi oleh notaris atau pejabat yang berwenang, merupakan akta yang harus ditandatangani dan disahkan di depan notaris atau pejabat yang berwenang (Salim H.S., 2007:33).

Jenis akta yang kedua adalah akta autentik. Di dalam Black's Law Dictionary yang diartikan dengan akta autentik adalah akta yang dibuat dengan formalitas tertentu, dihadapan seorang notaris, walikota, panitera, atau pejabat yang memenuhi syarat sesuai dengan yang telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan.

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, akta autentik adalah : "Akta yang dibuat oleh atau dihadapan pejabat umum yang berwenang membuat akta di bentuk yang ditentukan oleh undang-undang (Kamus Besar Bahasa Indonesia, 2007:22).

Di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, pengertian akta autentik tercantum didalam Pasal 1868, yang berbunyi : "Akta autentik adalah suatu akta yang didalam bentuk yang ditentukan undang-undang, dibuat oleh atau dihadapan pegawai-pegawai umum yang berkuasa untuk itu di tempat dimana akta dibuatnya" (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:475).

Dari definisi tersebut, ada tiga unsur akta autentik yaitu :

- a) dibuat dalam bentuk tertulis;
- b) dihadapan pejabat yang berwenang untuk itu;
- c) tempat dibuatnya akta (Salim H.S., 2007:34).

Akta autentik dapat dibagi menjadi dua jenis, yaitu :

- a) akta autentik yang dibuat oleh pejabat, merupakan akta yang telah dibuat oleh pejabat (dalam jabatannya), atas segala apa yang dilihat, didengar, dan disaksikan.
- b) akta autentik yang dibuat oleh para pihak, merupakan akta autentik yang dibuat para pihak dan dinyatakan didepan pejabat yang berwenang. Pejabat yang berwenang itu adalah notaris, pejabat PPAT, dan lainnya (Salim H.S., 2007:34).

Sedangkan akta yang dikenal dalam bidang kenotariatan adalah akta notaris. Pengertian akta notaris tercantum didalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris, yang menyebutkan bahwa : “Akta notaris adalah akta autentik yang dibuat oleh atau dihadapan notaris menurut bentuk dan tata cara yang telah ditetapkan dalam undang-undang ini”

Unsur-unsur akta notaris meliputi :

- a) dibuat oleh atau dihadapan notaris;
- b) bentuk tertentu;
- c) tata cara yang ditetapkan dalam undang-undang (Salim H.S., 2007:35).

c. Pejabat yang berwenang membuat akta autentik

Akta tidak hanya dikenal dalam praktik kenotariatan semata-mata, tetapi dikenal juga dalam bentuk lainnya, seperti di bidang perkawinan, catatan sipil, kantor lelang negara dan lain-lain. Masing-masing akta itu berbeda pejabat yang membuatnya. Pejabat yang berwenang membuat akta autentik adalah Kantor Urusan Agama, Pengadilan Agama, Kantor Catatan Sipil, Kantor Lelang Negara, Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT), Notaris, dan lain-lain (Salim H.S., 2007:35).

Kantor Urusan Agama berwenang untuk membuat akta perkawinan bagi mereka yang beragama Islam. Pengadilan Agama berwenang menerbitkan akta perceraian bagi orang yang beragama Islam. Kantor Catatan Sipil berwenang untuk membuat akta kelahiran, akta perkawinan bagi orang yang beragama non-islam, akta perceraian, akta pengakuan dan pengesahan anak luar kawin, dan akta kematian. Kantor Lelang Negara berwenang untuk menerbitkan akta yang berkaitan dengan pelelangan barang jaminan, dan lainnya, Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) berwenang membuat akta jual beli, sewa menyewa, hibah, hak tanggungan, dan lain-lain yang berkaitan dengan hak atas tanah (Saim H.S., 2007:35-36).

Sedangkan kewenangan notaris diatur didalam Pasal 15 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris. Didalam ketentuan tersebut, terdapat tiga belas kewenangan notaris. Dan diantara ketiga belas kewenangan yang telah ditentukan dalam undang-undang tersebut, maka yang menjadi kewenangan utama dari notaris adalah membuat akta autentik. Akta autentik menentukan secara jelas mengenai hak dan kewajiban, menjamin kepastian hukum, dan sekaligus diharapkan pula dapat menghindari terjadinya sengketa (Saim H.S., 2007:36-37).

d. Fungsi Akta

Akta mempunyai dua fungsi, yaitu fungsi formil dan fungsi akta sebagai alat bukti. Akta sebagai fungsi formil artinya untuk lengkapnya atau sempurnanya suatu perbuatan hukum haruslah dibuat suatu akta. Disini akta merupakan syarat formil untuk adanya perbuatan hukum. Disamping fungsinya yang formil, akta mempunyai fungsi sebagai alat bukti. Bahwa suatu akta itu dibuat sejak semula dengan sengaja untuk pembuktian dikemudian hari (Sudikno Mertokusumo, 2002:152).

e. Kekuatan Mengikat Akta

Sebagaimana dijelaskan dalam uraian diatas, bahwa pada dasarnya akta dibagi menjadi dua macam, yaitu akta dibawah tangan dan akta autentik.

Apabila kita hendak mengetahui kekuatan pembuktian akta dibawah tangan, kita harus mengacu kepada ketentuan yang terdapat didalam Pasal 1880 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang berbunyi :

Akta-akta dibawah tangan, sekadar tidak dibubuhi suatu pernyataan sebagaimana dimaksud dalam ayat ke dua dari Pasal 1874 dan dalam Pasal 1874 a, tidak mempunyai kekuatau terhadap orang-orang pihak ketiga, mengenai tanggalnya, selain sejak hari dibubuhinya pernyataan oleh seorang notaris atau seorang pegawai lain yang ditunjuk oleh undang-undang dan dibukukannya menurut aturan-aturan yang diadakan oleh undang-undang; atau sejak hari meninggalnya si penandatanganannya maupun salah seorang dari para penandatanganannya; atau sejak hari dibuktikannya tentang adanya akata-akta dibawah tangan itu dari akta-akta yang dibuat oleh pegawai umum, atau pula sejak hari diakuinya akta-akta dibawah tangan secara tertulis oleh orang-orang pihak ketiga terhadap siapa akta-akta itu dipergunakan (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:478).

Apabila mengacu pada ketentuan Pasal 1880 tersebut, jelaslah akta dibawah tangan mempunyai kekuatan mengikat terhadap pihak ketiga, dengan syarat :

- 1) akta dibawah tangan itu dibubuhi pernyataan oleh seorang notaris atau pegawai lain yang ditunjuk oleh undang-undang dan dibukukan menurut aturan-aturan yang ditetapkan oleh undang-undang;
- 2) sejak hari meninggalnya si penanda tangan atau salah seorang penanda tangan;
- 3) sejak hari dibuktikannya adanya akta dibawah tangan itu dari akta-akta yang dibuat oleh pejabat umum; atau
- 4) sejak hari diakuinya akta dibawah tangan itu secara tertulis oleh pihak ketiga yang dihadapi akta itu (Salim H,S,. 2007:39).

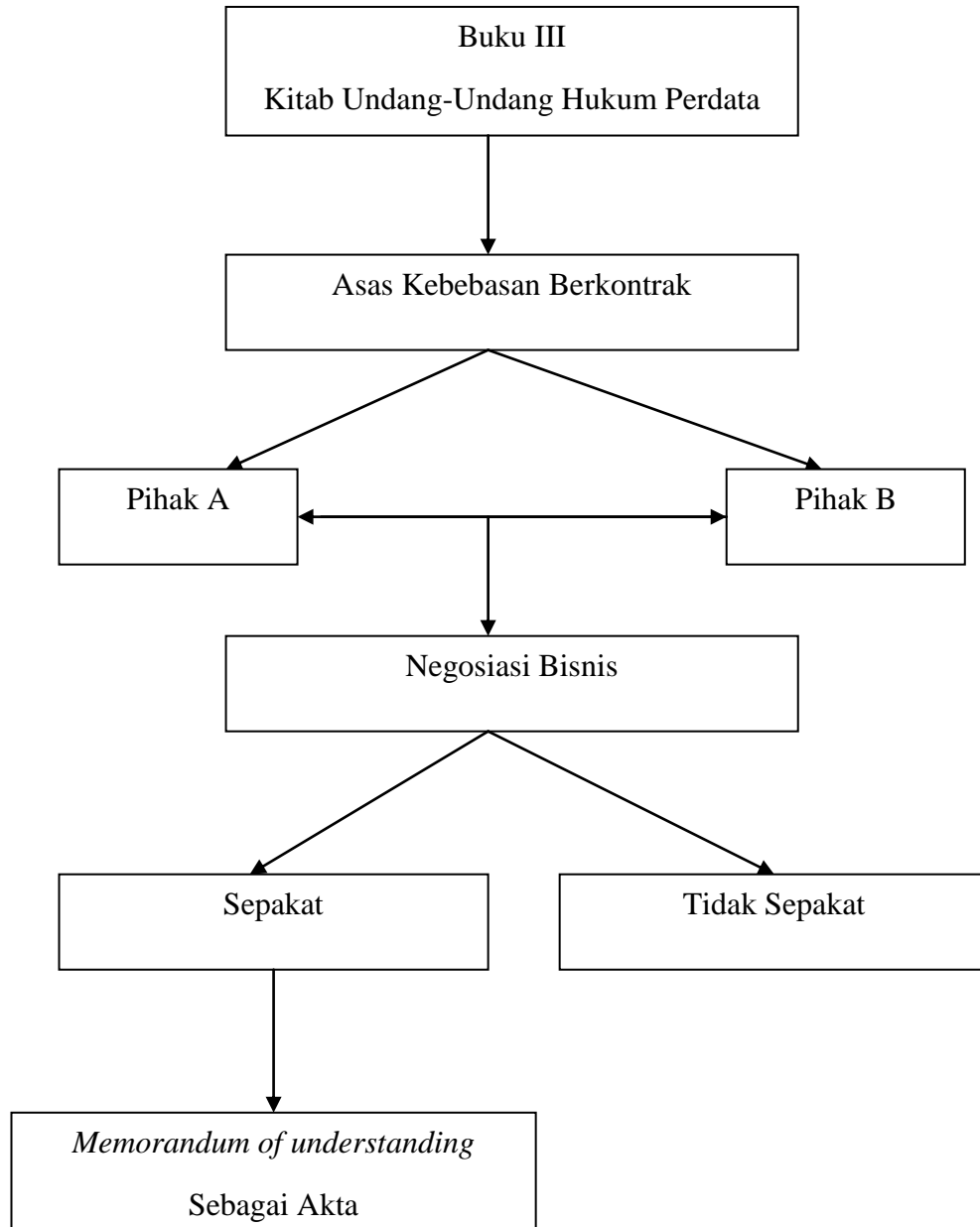
Akta autentik merupakan akta yang kekuatan pembuktiannya sempurna, karena akta itu dibuat oleh pejabat yang berwenang. Abdullah

dalam Salim H.S., mengemukakan ada tiga kekuatan pembuktian akta autentik, yaitu :

- 1) Kekuatan pembuktian lahir. Maksudnya adalah akta itu mempunyai kekuatan untuk membuktikan dirinya sebagai akta autentik, sebagaimana diatur dalam Pasal 1875 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Kemampuan ini tidak dapat diberikan kepada akta yang dibuat dibawah tangan.
- 2) Kekuatan pembuktian formal. Dalam arti formal akta itu membuktikan kebenaran dari apa yang disaksikan, yakni yang dilihat, didengar, dan juga yang dilakukan oleh notaris sebagai pejabat umum di dalam menjalankan jabatannya. Dalam arti formal terjamin kebenaran tanggal akta itu, kebenaran yang terdapat dalam akta itu, kebenaran identitas dari orang-orang yang hadir, dan kebenaran tempat dimana akta itu dibuat.
- 3) Kekuatan pembuktian materiil. Isi dari akta dianggap sebagai yang benar terhadap setiap orang. Kekuatan pembuktian inilah yang dimaksud dalam Pasal 1870, Pasal 1871, dan Pasal 1875 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Isi keterangan yang termuat dalam akta itu berlaku sebagai yang benar diantara para pihak dan para ahli waris serta para penerima hak mereka (Salim H.S., 2007:39-40).

Akta itu apabila dipergunakan sebagai alat bukti di muka pengadilan, maka sudah cukup bagi hakim tanpa harus meminta alat bukti lainnya lagi.

B. Kerangka Pemikiran



Gambar 1.
Kerangka Pemikiran

Keterangan :

Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata mengatur mengenai Hukum Perikatan. Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata di samping mengatur mengenai perikatan yang timbul dari perjanjian, juga mengatur perikatan yang timbul dari undang-undang. Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata terdapat aturan khusus yang berlaku hanya untuk perjanjian tertentu saja yang namanya sudah diberikan undang-undang (perjanjian bernama) dan aturan umum yang berlaku untuk semua perjanjian (perjanjian tak bernama). Sistem pengaturan Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah sistem terbuka, artinya setiap orang bebas untuk mengadakan perjanjian, baik yang sudah diatur maupun yang belum diatur di dalam undang-undang.

Di dalam Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, dikenal beberapa asas hukum perjanjian. Salah satunya adalah asas kebebasan berkontrak. Asas kebebasan berkontrak dapat dianalisis dari ketentuan Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Asas kebebasan berkontrak memberikan kebebasan kepada para pihak untuk membuat atau tidak membuat perjanjian; mengadakan perjanjian dengan siapapun; menentukan isi atau causa perjanjian; menentukan objek perjanjian; menentukan bentuk perjanjian; dan menerima atau menyimpangi hukum perjanjian yang bersifat hukum pelengkap (*aanvullendrecht*).

Sebelum transaksi bisnis berlangsung, biasanya terlebih dahulu dilakukan negosiasi awal. Negosiasi merupakan suatu proses upaya untuk mencapai kesepakatan dengan pihak lain. Melalui negosiasi terjadi proses pertukaran kepentingan diantara para pihak, negosiasi ini juga diharapkan dapat menjembatani berbagai kepentingan para pelaku usaha untuk kemudian menentukan hak dan kewajibannya. Dalam negosiasi inilah proses tawar menawar berlangsung, dan segala kemungkinan bisa saja terjadi.

Apabila di dalam negosiasi tersebut tercapai kesepakatan diantara kedua belah pihak, maka tahapan berikutnya adalah pembuatan *memorandum of understanding*. *Memorandum of understanding* merupakan pencatatan atau

pendokumentasian hasil negosiasi awal tersebut dalam bentuk tertulis. *Memorandum of Understanding* adalah salah satu jenis perjanjian pendahuluan yang diadopsi dari praktek bisnis internasional. Sampai saat ini di dalam hukum positif Indonesia tidak ada ketentuan yang khusus mengatur mengenai kedudukan dan kekuatan hukum *memorandum of understanding*, namun *memorandum of understanding* dapat tetap berlaku karena adanya asas kebebasan berkontrak. *Memorandum of understanding* biasanya dibuat dalam bentuk akta dibawah tangan. Para pihak membuat *memorandum of understanding* tanpa bantuan notaris.

Dengan tidak diaturnya *memorandum of understanding* di dalam hukum positif Indonesia, maka banyak menimbulkan kesimpangsiuran dalam prakteknya. Apakah *memorandum of understanding* mempunyai kekuatan hukum mengikat layaknya suatu perjanjian pada umumnya atautkah *memorandum of understanding* hanya merupakan suatu nota-nota kesepahaman yang tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Oleh karena itu, dalam penelitian ini penulis akan mencoba mendeskripsikan kekuatan hukum *memorandum of understanding* sebagai suatu akta yang dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

BAB III. HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Hasil Penelitian

1. Kekuatan Hukum *Memorandum of understanding* sebagai Suatu Akta

Memorandum of understanding telah merupakan kelaziman dalam praktek pembuatan kontrak bisnis di Indonesia. Namun sampai saat ini keberadaan *memorandum of understanding* di Indonesia masih banyak diperdebatkan, terutama mengenai kedudukan dan kekuatan hukumnya. Diantara para ahli hukum belum ada keseragaman pendapat mengenai kedudukan dan kekuatan hukum *memorandum of understanding*, apakah *memorandum of understanding* merupakan suatu perjanjian ataukah bukan perjanjian, apakah *memorandum of understanding* mempunyai kekuatan mengikat sebagaimana suatu perjanjian yang sesungguhnya ataukah tidak, dan siapakah yang wajib bertanggung jawab apabila terjadi pengingkaran terhadap *memorandum of understanding*.

Hingga saat ini hukum positif Indonesia belum mengatur secara khusus mengenai keberlakuan *memorandum of understanding*. Namun mengingat bahwa *memorandum of understanding* merupakan suatu perjanjian pendahuluan, maka pengaturannya tunduk kepada ketentuan tentang perikatan yang tercantum dalam Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata pada dasarnya menganut sistem terbuka (*open system*). Artinya bahwa setiap orang bebas untuk mengadakan perjanjian, baik yang sudah diatur maupun yang belum diatur dalam undang-undang. Sistem hukum perjanjian yang bersifat terbuka tersebut tertuang didalam asas kebebasan berkontrak. Berdasarkan asas kebebasan berkontrak, para pihak diberi kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian; mengadakan perjanjian dengan siapapun; menentukan isi perjanjian; menentukan bentuk perjanjian; dan menerima atau menyimpangi hukum perjanjian yang bersifat hukum pelengkap (*aanvullendrecht*).

Landasan hukum yang digunakan dalam praktik penggunaan *memorandum of understanding* di Indonesia didasarkan pada asas kebebasan berkontrak sebagaimana tertuang dalam Pasal 1338 (ayat 1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Pengaturan mengenai *memorandum of understanding* yang tunduk kepada asas kebebasan berkontrak membawa konsekuensi terhadap keberlakuan *memorandum of understanding*. Berdasarkan asas kebebasan berkontrak para pihak bebas untuk membuat kesepakatan dalam bentuk apapun, termasuk jika kesepakatan itu dituangkan dalam suatu perjanjian pendahuluan atau *memorandum of understanding*. Para pihak juga diberikan kebebasan untuk menentukan materi muatan atau substansi *memorandum of understanding* akan mengatur mengenai apa saja, sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum, serta sepanjang penyusunan *memorandum of understanding* itu memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian sebagaimana tertuang dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Meskipun didalam peraturan perundang-undangan di Indonesia tidak ada satu ketentuan pun yang mengatur secara khusus mengenai *memorandum of understanding*, namun dengan adanya asas kebebasan berkontrak tersebut maka dapat dijadikan pijakan untuk berlakunya *memorandum of understanding*. Esensi dari *memorandum of understanding* adalah kesepakatan para pihak untuk membuat perjanjian yang mengatur kerja sama diantara para pihak dalam berbagai bidang kehidupan. Dengan demikian, dasar hukum yang digunakan bagi keberlakuan *memorandum of understanding* adalah Pasal 1320 jo. Pasal 1338 (ayat 1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata mengatur mengenai syarat sahnya perjanjian. Agar suatu perjanjian mempunyai kekuatan hukum yang mengikat (sah), maka seluruh persyaratan tersebut harus dipenuhi yaitu kesepakatan, kecakapan, hal tertentu dan causa yang diperbolehkan. Syarat sahnya perjanjian tersebut merupakan satu kesatuan, artinya seluruh persyaratan tersebut harus dipenuhi agar suatu perjanjian menjadi sah dan mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dengan konsekuensi bahwa tidak

dipenuhinya satu atau lebih persyaratan yang dimaksud, maka akan menyebabkan suatu perjanjian menjadi tidak sah dan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Apabila tidak ada kesepakatan diantara para pihak, maka perjanjian itu tidak akan ada (non eksistensi). Apabila syarat subyektif (kesepakatan dan kecakapan) tidak terpenuhi, maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan (*vernietigbaar*). Dan tidak terpenuhinya syarat obyektif (suatu hal tertentu dan sebab yang halal) akan menyebabkan suatu perjanjian menjadi batal demi hukum (*nietig van rechtswege*).

Suatu *memorandum of understanding* agar mempunyai kedudukan sebagaimana perjanjian yang sesungguhnya dan mempunyai kekuatan hukum yang mengikat, maka *memorandum of understanding* harus memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian (Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata). Syarat yang pertama adalah kesepakatan, bahwa *memorandum of understanding* harus dibentuk berdasarkan kesepakatan bersama diantara para pihak. Kesepakatan tersebut tidak boleh mengandung cacat kehendak seperti adanya kesesatan (*dwaling*), paksaan (*dwang*), atau penipuan (*bedrog*). Syarat yang kedua adalah kecakapan, para pihak yang membuat *memorandum of understanding* haruslah orang-orang yang cakap melakukan perbuatan hukum, yaitu orang yang telah dewasa (telah genap berusia 21 tahun); orang yang telah atau pernah menikah meskipun belum berumur 21 tahun; tidak berada dalam pengampuan. Syarat yang ketiga adalah suatu hal tertentu, bahwa dalam suatu *memorandum of understanding* harus mempunyai suatu obyek yang dapat ditentukan jenisnya (prestasi). Syarat yang keempat adalah sebab yang halal, sebab yang dimaksud disini bukanlah sebab yang menyebabkan para pihak membuat *memorandum of understanding*, namun yang dimaksud adalah isi atau causa didalam *memorandum of understanding* tersebut. Isi atau causa *memorandum of understanding* harus menggambarkan tujuan yang hendak dicapai oleh para pihak, tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.

Selain syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, masih terdapat beberapa syarat yang harus

diperhatikan agar perjanjian tersebut mempunyai kekuatan hukum mengikat, yaitu sebagaimana diatur dalam Pasal 1335 dan Pasal 1337 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Dalam Pasal 1335 ditegaskan bahwa, “Suatu perjanjian tanpa sebab, atau yang telah dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan” (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:341). Selanjutnya dalam ketentuan Pasal 1337 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata ditegaskan bahwa, “Suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum” (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:342). Berdasarkan ketentuan Pasal 1335 dan Pasal 1337 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, suatu perjanjian tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat apabila perjanjian tersebut tidak mempunyai causa; causanya palsu; causanya bertentangan dengan undang-undang; causanya bertentangan dengan kesusilaan; causanya bertentangan dengan ketertiban umum. Dengan kata lain, bahwa apa yang hendak dicapai oleh para pihak dalam suatu perjanjian harus disertai dengan suatu iktikad baik.

Berdasarkan uraian diatas, maka suatu perjanjian yang dibuat berdasarkan ketentuan Pasal 1320, 1335 dan 1337 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata mempunyai kekuatan hukum yang mengikat dan berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Ketiga pasal tersebut merupakan faktor *otonom* atau faktor penentu dalam menentukan isi perjanjian. Faktor *otonom* tersebut merupakan faktor penentu primer yang bersumber pada diri para pihak dan faktor *otonom* menempati urutan utama dalam menentukan daya mengikatnya suatu perjanjian.

Selain faktor *otonom* yang bersumber dari diri para pihak, terdapat juga faktor *heteronom* yaitu faktor yang bersumber dari luar para pihak dalam menentukan daya mengikatnya suatu perjanjian. Faktor *heteronom* tersebut dapat ditelusuri pada ketentuan Pasal 1339 dan Pasal 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Pasal 1339 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menegaskan bahwa, “Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu

yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang” (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:342). Selanjutnya dalam ketentuan Pasal 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata ditegaskan bahwa, “Hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian, meskipun tidak dengan tegas dinyatakan” (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:343).

Berdasarkan kedua pasal tersebut, faktor *heteronom* untuk menentukan daya mengikatnya suatu perjanjian terdiri dari syarat yang biasa diperjanjikan; kepatutan; kebiasaan; dan undang-undang. Selanjutnya, M. Isnaeni dalam Agus Yudha Hernoko menyatakan bahwa kekuatan mengikat suatu perjanjian yang pada prinsipnya mempunyai daya kerja (*strekking*) berlaku hanya sebatas kepada para pihak yang membuatnya, hal ini menunjukkan bahwa hak yang lahir adalah hak perorangan (*persoonlijk*) dan bersifat relatif (Agus Yudha Hernoko, 2008:113).

Niewenhuis dalam Agus Yudha Hernoko menyatakan bahwa kekuatan mengikat dari perjanjian yang muncul seiring dengan asas kebebasan berkontrak yang memberikan kebebasan dan kemandirian pada para pihak, pada situasi tertentu daya berlakunya dibatasi. Pertama, daya mengikat perjanjian itu dibatasi oleh iktikad baik sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, bahwa perjanjian itu harus dilaksanakan dengan iktikad baik. Kedua, adanya *overmacht* atau *force majeure* juga membatasi daya mengikatnya perjanjian terhadap para pihak yang membuat perjanjian tersebut (Agus Yudha Hernoko, 2008:112).

Dasar keterikatan para pihak dalam suatu perjanjian didasarkan pada pernyataan kehendak. Persesuaian pernyataan dan kehendak diantara para pihak itulah yang disebut dengan kesepakatan. Namun adakalanya terjadi ketidaksesuaian antara kehendak dan pernyataan. Untuk mengkaji dan menganalisis persoalan tersebut terdapat tiga teori, yaitu :

1. Teori kehendak (*wilstheorie*), menyatakan bahwa suatu perjanjian didasarkan atas kemauan sejati diantara para pihak, jadi pernyataan yang

mengikat adalah pernyataan yang telah dikehendaki bersama diantara para pihak.

2. Teori pernyataan (*verklaringstheorie*), menyatakan bahwa seseorang itu terikat dengan pernyataannya, apabila seseorang salah bicara maka ia harus menanggung resikonya.
3. Teori kepercayaan (*vertrouwnestheorie*), menyatakan bahwa kesepakatan terjadi apabila ada pernyataan yang secara obyektif dapat dipercaya (Agus Yudha Hernoko, 2008:144-145).

Apabila kedua pihak dalam waktu yang sama berada dalam tempat yang sama dan pada waktu itu juga terjadi kesepakatan, maka mengenai momentum lahirnya perjanjian tidak mengalami kesulitan. Namun apabila para pihak berada dalam tempat yang berbeda sehingga transaksi dilakukan melalui surat atau telegram, maka mengenai momentum lahirnya perjanjian akan mengalami kesulitan. Hukum perjanjian mengenal beberapa teori mengenai momentum lahirnya perjanjian, yaitu:

1. Teori ucapan (*uithingstheorie*), yang menyatakan bahwa perjanjian itu lahir pada saat pihak yang menerima penawaran telah menyiapkan surat jawaban bahwa ia menyetujui penawaran tersebut.
2. Teori pengiriman (*verzendingstheorie*), yang menyatakan bahwa perjanjian itu lahir pada saat dikirimkannya surat jawaban oleh pihak yang menerima penawaran kepada pihak yang menawarkan.
3. Teori pengetahuan (*vernemingstheorie*) yang menyatakan bahwa perjanjian itu lahir setelah pihak yang menawarkan tersebut mengetahui bahwa penawarannya telah disetujui.
4. Teori penerimaan (*ontvangstheorie*), yang menyatakan bahwa perjanjian itu lahir pada saat diterimanya surat jawaban penerimaan oleh pihak yang menawarkan tanpa memperhitungkan apakah surat jawaban tersebut sudah dibaca atau belum.
5. Teori kelayakan penawaran disetujui, yang menyatakan bahwa perjanjian itu lahir apabila si pengirim surat secara patut dapat menduga bahwa pihak

yang menawarkan telah mengetahui akan isi surat itu (Endang Mintorowati, 1999:25-26).

Tidak tertutup kemungkinan bahwa para pihak yang akan membuat *memorandum of understanding* berasal dari negara yang berlainan, dan mereka tidak dapat bertemu langsung untuk melakukan penawaran dan penerimaan mengenai suatu kerja sama yang nantinya akan dituangkan kedalam suatu *memorandum of understanding*, maka penawaran dan penerimaan tersebut dapat dilakukan melalui surat atau telegram. Dalam hal penawaran dan penerimaan tersebut dikirimkan melalui surat atau telegram maka momentum terjadinya *memorandum of understanding* dapat ditentukan berdasarkan teori-teori lahirnya perjanjian sebagaimana tersebut diatas.

Apabila dikaitkan dengan teori-teori mengenai lahirnya perjanjian sebagaimana tersebut diatas, maka berdasarkan teori ucapan (*uithingstheorie*), momentum lahirnya *memorandum of understanding* terjadi pada saat pihak yang menerima penawaran telah menyiapkan surat jawaban bahwa ia menerima penawaran tersebut. Berdasarkan teori pengiriman (*verzendingstheorie*), momentum lahirnya *memorandum of understanding* terjadi pada saat pihak yang menerima penawaran mengirimkan surat jawabannya kepada pihak yang menawarkan. Berdasarkan teori pengetahuan (*vernemingstheorie*), momentum lahirnya *memorandum of understanding* terjadi pada saat pihak yang menawarkan mengetahui bahwa penawarannya telah disetujui. Berdasarkan teori penerimaan (*ontvangstheorie*), momentum lahirnya *memorandum of understanding* terjadi pada saat diterimanya surat jawaban penerimaan oleh pihak yang menawarkan tanpa memperhitungkan apakah surat jawaban tersebut sudah dibaca atau belum. Dan terakhir, berdasarkan teori kelayakan penawaran disetujui maka momentum terjadinya *memorandum of understanding* terjadi apabila si pengirim surat secara patut dapat menduga bahwa pihak yang menawarkan telah mengetahui akan isi surat itu.

Teori-teori mengenai lahirnya perjanjian tersebut mempunyai kelemahan masing-masing. Teori ucapan (*uithingstheorie*) banyak ditentang karena pihak

yang menerima penawaran masih berhak untuk tidak mengirimkan surat jawabannya kepada pihak yang menawarkan. Keberatan terhadap teori pengiriman (*verzendingstheorie*), meskipun surat jawaban sudah dikirimkan oleh pihak yang menerima penawaran namun pihak yang menawarkan belum tahu bahwa penawarannya telah diterima. Kelemahan teori pengetahuan (*vernemingstheorie*), bagaimana seandainya pihak yang menawarkan tersebut tidak membuka surat jawaban dari pihak yang menerima penawaran itu atau bagaimana jika surat itu hilang ditengah jalan. Kelemahan dari teori penerimaan (*ontvangstheorie*), meskipun surat jawaban tersebut telah diterima oleh pihak yang menawarkan, namun bagaimana jika surat jawaban tersebut belum atau bahkan tidak dibaca. Sehingga menurut penulis, teori yang paling tepat untuk menentukan momentum lahirnya *memorandum of understanding* adalah teori kelayakan penawaran disetujui. Jadi momentum lahirnya *memorandum of understanding* terjadi pada apabila pihak yang mengirimkan surat jawaban secara patut dapat menduga bahwa pihak yang menawarkan telah membaca dan mengetahui isi surat itu.

Mengenai kedudukan *memorandum of understanding*, para ahli belum mempunyai kesepakatan. Sebagian ahli hukum memandang *memorandum of understanding* bukan sebagai perjanjian karena isinya belum mencerminkan hakikat perjanjian, melainkan baru merupakan tindakan pendahuluan yang masih akan ditindaklanjuti dengan perjanjian yang sesungguhnya. Jadi dalam hal ini *memorandum of understanding* bukan merupakan perjanjian karena perjanjiannya sendiri belum terbentuk. Sementara sebagian ahli hukum yang lain berpendapat bahwa *memorandum of understanding* merupakan perjanjian karena elemen-elemennya dapat dianggap memenuhi persyaratan dan memiliki elemen perjanjian. Dalam *memorandum of understanding* ada kesepakatan diantara para pihak mengenai hal-hal pokok sehingga melahirkan perjanjian serta menimbulkan kekuatan mengikat. Dan *memorandum of understanding* ini akan menjadi sah jika memenuhi syarat sahnya suatu perjanjian sebagaimana tercantum dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (FX. Suhardana, 2008:109).

Munir Fuady mengemukakan dua pandangan yang membahas mengenai kekuatan hukum dari *memorandum of understanding*, yaitu *memorandum of understanding* sebagai suatu *gentlement agreement* dan *memorandum of understanding* sebagai suatu *agreement is agreement* (Munir Fuady, 2002:93-94).

Memorandum of understanding sebagai suatu *gentlement agreement*, berarti bahwa *memorandum of understanding* mengikat hanya sebatas ikatan moral belaka. Sebagai *gentlement agreement memorandum of understanding* tidak mengikat secara hukum dan pihak yang melakukan pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* tidak dapat digugat ke pengadilan. Sebagai ikatan moral, jika ada pihak yang melakukan pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* maka di kalangan bisnis reputasinya akan jatuh. Kekuatan mengikatnya suatu *memorandum of understanding* sebagai *gentlement agreement* tidak dapat disejajarkan dengan perjanjian pada umumnya, walaupun *memorandum of understanding* dibuat dalam bentuk yang paling kuat seperti dengan akta notaris sekalipun.

Memorandum of understanding sebagai *agreement is agreement* berarti apabila suatu perjanjian sudah dibuat, apapun bentuknya, baik lisan maupun tertulis, baik pendek maupun panjang, lengkap maupun hanya mengatur hal-hal yang bersifat pokok, tetap saja merupakan perjanjian dan karenanya mempunyai kekuatan mengikat seperti layaknya suatu perjanjian. Dalam hal ini seluruh ketentuan pasal-pasal tentang hukum perjanjian sudah bisa diterapkan kepadanya. Kalau suatu perjanjian hanya mengatur hal-hal yang bersifat pokok saja, maka mengikatnya hanya terhadap hal-hal pokok tersebut. Atau jika suatu perjanjian hanya berlaku untuk suatu jangka waktu tertentu, maka mengikatnyapun hanya untuk jangka waktu tertentu tersebut. Dan walaupun para pihak tidak dapat dipaksakan untuk membuat perjanjian yang lebih rinci sebagai tindak lanjut dari *memorandum of understanding*, tetapi selama *memorandum of understanding* masih berlaku maka para pihak yang membuat *memorandum of understanding* tersebut masih tetap terikat. Sebagai *agreement is agreement*, apabila ada pihak yang melakukan pengingkaran

terhadap *memorandum of understanding* maka pihak yang lainnya dapat mengajukan upaya hukum ke pengadilan dengan gugatan wanprestasi.

Wanprestasi adalah suatu keadaan tidak terlaksananya prestasi karena kesalahan dari salah satu pihak baik karena kesengajaan atau kelalaian. Dasar hukumnya adalah Pasal 1243 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Bentuk-bentuk wanprestasi antara lain adalah:

1. Tidak melaksanakan prestasi sama sekali;
2. Melaksanakan prestasi tetapi tidak tepat;
3. Melaksanakan prestasi tetapi terlambat;
4. Melaksanakan sesuatu yang dilarang dalam perjanjian.

Wanprestasi dalam suatu perjanjian yang dilakukan oleh salah satu pihak dapat menimbulkan hak gugat bagi pihak lainnya. Hak gugat tersebut merupakan suatu upaya untuk menegakkan hak-hak kontraktual dari pihak yang dirugikan. Hal tersebut sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 1267 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menegaskan bahwa : “Pihak terhadap siapa perikatan tidak dipenuhi, dapat memilih apakah ia, jika hal itu masih dapat dilakukan, akan memaksa pihak yang lain untuk memenuhi perjanjian, atautkah ia akan menuntut pembatalan perjanjian, disertai penggantian biaya kerugian dan bunga” (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:329). Dalam hal terjadi wanprestasi, perjanjian tidak batal demi hukum tetapi harus dimintakan pembatalan kepada hakim, dengan alasan bahwa sekalipun salah satu pihak sudah wanprestasi hakim masih berwenang untuk memberi kesempatan kepadanya untuk memenuhi perjanjian. Gugatan wanprestasi tersebut dapat dilakukan secara mandiri maupun dikombinasikan dengan gugatan lain yang meliputi pemenuhan perjanjian; pemenuhan perjanjian ditambah ganti rugi; ganti rugi; pembatalan perjanjian; atau pembatalan perjanjian ditambah ganti rugi.

Ada dua sebab timbulnya ganti rugi, yaitu ganti rugi karena wanprestasi dan ganti rugi karena perbuatan melawan hukum. Ganti rugi karena wanprestasi adalah suatu bentuk ganti rugi yang dibebankan kepada pihak yang tidak melaksanakan isi perjanjian yang telah dibuatnya dengan pihak

lain. Ganti rugi karena wanprestasi diatur dalam Pasal 1243 sampai Pasal 1252 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Sedangkan ganti rugi karena perbuatan melawan hukum adalah suatu bentuk ganti rugi yang dibebankan kepada orang yang telah menimbulkan kesalahan kepada pihak yang telah dirugikannya, ganti rugi itu timbul karena adanya kesalahan bukan karena adanya perjanjian. Ganti rugi karena perbuatan melawan hukum diatur dalam Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Sebelum pihak yang dirugikan menuntut ganti rugi, pihak yang dirugikan terlebih dahulu harus mengajukan somasi/teguran kepada pihak yang wanprestasi minimal tiga kali. Apabila somasi/teguran tersebut telah dilakukan, namun pihak yang wanprestasi tetap tidak menghiraukannya maka pihak yang dirugikan dapat menuntut ganti rugi kepada pihak yang wanprestasi. Bentuk ganti rugi yang dapat dituntut oleh pihak yang dirugikan adalah:

- a. Kerugian yang telah dideritanya, yaitu berupa penggantian biaya-biaya dan kerugian.
- b. Keuntungan yang mungkin akan diperoleh, termasuk bunga-bunga yang mungkin akan diperoleh.

Menurut ketentuan Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang dimaksud dengan perbuatan melawan hukum adalah : “Tiap perbuatan melawan hukum, yang membawa kerugian pada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut (Subekti dan Tjitrosudibio, 2008:346). Berdasarkan rumusan Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tersebut, dapat ditarik simpulan mengenai unsur-unsur perbuatan melawan hukum yaitu :

- a) Perbuatan itu harus melawan hukum;
- b) Perbuatan itu harus menimbulkan kerugian;
- c) Perbuatan itu harus dilakukan dengan kesalahan;
- d) Ada hubungan sebab akibat antara perbuatan dengan kerugian.

Apabila ada salah satu unsur saja yang tidak terpenuhi, maka perbuatan tersebut tidak dapat dikategorikan sebagai perbuatan melawan hukum (Abdulkadir Muhammad, 2000:252).

Dasar bagi hakim untuk melakukan pembuktian adanya hubungan sebab akibat antara peristiwa atau perbuatan yang menyebabkan kerugian dengan kerugian yang ditimbulkan didasarkan pada dua teori, yaitu teori *conditio sine qua non* oleh Von Buri dan teori *adequate veroorzaking* oleh Von Kries. Teori *conditio sine qua non* menyatakan bahwa suatu hal adalah sebab dari akibat, akibat itu tidak akan terjadi apabila sebab itu tidak terjadi. Sedangkan teori *adequate veroorzaking* menyatakan bahwa suatu hal baru dapat dinamakan sebab dari suatu akibat apabila menurut pengalaman masyarakat dapat diduga bahwa sebab itu akan diikuti oleh akibat tersebut.

Hal tersebut juga berlaku bagi *memorandum of understanding*. Dalam arti bahwa pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* yang mempunyai kekuatan hukum mengikat, akan menyebabkan pihak yang mengingkari *memorandum of understanding* tersebut dituntut di muka pengadilan dengan dasar gugatan wanprestasi. Dasar hukumnya adalah Pasal 1243 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Gugatan wanprestasi harus didasarkan pada adanya hubungan kontraktual diantara para pihak. Dalam hal ini harus terdapat hubungan sebab akibat antara peristiwa yang menjadi penyebab wanprestasi dengan kerugian yang ditimbulkan akibat peristiwa tersebut. Gugatan wanprestasi yang ditujukan kepada pihak yang melakukan pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* dapat menimbulkan akibat hukum atau kewajiban hukum bagi pihak yang melakukan pengingkaran tersebut, antara lain pemenuhan isi kesepakatan dalam *memorandum of understanding*; pemenuhan isi kesepakatan dalam *memorandum of understanding* ditambah dengan ganti rugi; ganti rugi; pembatalan *memorandum of understanding*; atau pembatalan *memorandum of understanding* ditambah dengan ganti rugi.

Dalam hal *memorandum of understanding* yang tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, apabila terjadi pengingkaran oleh salah satu pihak

yang menyebabkan kerugian pada pihak lain, maka pihak yang dirugikan tersebut tidak dapat mengajukan gugatan dengan dasar wanprestasi. Namun pihak yang dirugikan tersebut dimungkinkan untuk mengajukan gugatan dengan dasar perbuatan melawan hukum. Perbuatan yang menimbulkan kerugian tersebut harus dibuktikan dengan unsur-unsur perbuatan melawan hukum. Apabila perbuatan tersebut tidak memenuhi salah satu saja dari unsur-unsur perbuatan melawan hukum, maka perbuatan tersebut bukan merupakan perbuatan melawan hukum. Dan apabila perbuatan tersebut terbukti merupakan perbuatan melawan hukum, maka pihak yang melakukan pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* tersebut dapat dituntut untuk mengganti kerugian yang telah ditimbulkannya. Ganti kerugian dalam perbuatan melawan hukum meliputi tiga hal, yaitu:

- a) Biaya yang telah dikeluarkan;
- b) Kerugian yang diderita;
- c) Keuntungan yang mungkin akan diperoleh.

Didalam sistem hukum *common law* juga tidak terdapat keseragaman pendapat mengenai perjanjian pendahuluan. Menurut Atiyah dan Treitel dalam Yohanes Sogar Simamora, apa yang tertuang dalam perjanjian pendahuluan pada prinsipnya dipahami bukan sebagai kontrak yang mengikat. Apa yang teruang dalam perjanjian pendahuluan merupakan kemauan berkontrak yang negatif (*negative contractual intention*). Namun demikian tidak tertutup kemungkinan substansi yang termuat dalam perjanjian pendahuluan itu dapat dinilai sebagai kontrak yang mengikat. Penilaian yang demikian itu terjadi bilamana substansi yang termuat didalamnya menunjukkan adanya niat untuk terikat yang ditandai dengan perumusan yang spesifik tentang janji-janji yang dipertukarkan, atau jika para pihak telah melakukan tindakan-tindakan yang didasarkan pada perjanjian pendahuluan dan untuk itu mereka telah mengeluarkan sejumlah pengeluaran. Dalam situasi ini sekalipun para pihak menyetujui untuk menindaklanjuti kesepakatan dalam perjanjian pendahuluan itu dengan kontrak, namun terhadap apa yang telah dilaksanakan

oleh para pihak tidak dapat dikesampingkan sebagai suatu kontrak yang mengikat (Yohanes Sogar Simamora, 2009:229-231).

R.J.P. Kottenhagen dalam *Journal of the University of Baltimore Center of International and Comparative Law* mengemukakan pendapatnya mengenai perjanjian pra kontrak :

“A way to realize an answer to these questions in the pre-contractual stage is the use of a so called Letter of Intend or a Memorandum of Agreement. In case anything goes wrong, such a Letter or Memorandum can save a lot of time and money for both parties. According to American case law the answer of the question if the Letter or Memorandum is legally binding depends on the following factors:

- *The amount of details;*
- *The language used;*
- *Are there any escape-clauses;*
- *Are there ‘subject to formal contract/definitive agreement’ clauses;*
- *Contrariety;*
- *Complexity of the transaction;*
- *The way parties behave in the pre-contractual stage;*
- *Custom.*

In Civil law similar factors are used” (R.J.P. Kottenhagen, 2006:5-6).

Salah satu cara untuk mengetahui jawaban dari pertanyaan dalam tahap pra kontrak adalah dengan menggunakan apa yang disebut *Letter of Intend* atau *Memorandum of Agreement*. Dalam hal ini bisa saja terjadi kesalahan, seperti misalnya *Letter of Intend* atau *Memorandum of Agreement* dapat menghemat banyak waktu dan uang untuk kedua belah pihak. Menurut hukum Amerika apakah *Letter of Intend* atau *Memorandum of Agreement* akan mengikat secara hukum atau tidak, tergantung pada beberapa faktor sebagai berikut:

- Jumlah keseluruhan;
- Bahasa yang dipergunakan;
- Apakah ada klausa yang tersamar atau belum jelas;
- Apakah ada klausa subjek dalam perjanjian tersebut;
- Pertentangan;
- Kompleksitas dari transaksi tersebut;
- Bagaimana para pihak bertingkah laku dalam tahap pra kontrak; dan

- Kebiasaan.

Dalam sistem hukum *civil law* , faktor-faktor tersebut juga digunakan.

Didalam prakteknya sering terjadi ketidaksesuaian antara substansi dengan judul perjanjiannya, dalam arti judulnya menunjukkan jenis perjanjian pendahuluan tetapi substansinya telah mencerminkan suatu perjanjian yang sebenarnya. Apa yang mengikat para pihak adalah apa yang telah disepakati. Kewajiban yang dipertukarkan dalam perjanjian itulah yang merupakan kesepakatan yang mengikat. Dengan demikian yang mengikat adalah isi perjanjiannya dan bukan judulnya. Sekalipun dari judul perjanjian tercermin jenisnya perjanjian pendahuluan, misalnya *memorandum of understanding*, namun apabila substansinya telah mencerminkan suatu perjanjian, dalam arti telah jelas diatur hubungan hukum diantara para pihak dan telah jelas pula hak dan kewajiban masing-masing maka tidak ada alasan untuk mengatakan bahwa persetujuan yang demikian bukanlah suatu perjanjian. Pemahaman demikian penting tidak saja untuk mendapatkan kepastian hukum tetapi juga untuk mencegah praktek penyalahgunaan perjanjian pendahuluan, yaitu dengan memberi judul misalnya *memorandum of understanding* untuk hubungan hukum yang sesungguhnya sudah merupakan perjanjian yang mengikat dan melahirkan kewajiban-kewajiban (Yohanes Sogar Simamora, 2009:227-228).

Pada dasarnya apa yang dimaksud dengan asas kebebasan berkontrak adalah meliputi bentuk dan isi dari perjanjian. Bentuk perjanjian berupa kata sepakat atau konsensus saja sudah cukup, dan apabila dituangkan dalam suatu akta hanyalah dimaksud sekadar sebagai alat pembuktian semata saja. Sedangkan mengenai isinya, para pihak bebas menentukan sendiri apa yang mereka ingin tuangkan (Richard Burton Simatupang, 2003:31).

Yang dimaksud dengan akta adalah semua tulisan yang memang sengaja dibuat untuk dijadikan bukti tentang suatu peristiwa dan ditandatangani. Dari definisi tersebut dapat disimpulkan bahwa akta itu selalu berbentuk tertulis. Namun, tidak semua tulisan merupakan akta. Untuk dapat disebut sebagai akta, maka tulisan tersebut harus memenuhi unsur sengaja dibuat untuk

pembuktian tertulis atas hak dan kewajiban, dan ditandatangani oleh para pihak yang membuatnya. Unsur-unsur akta antara lain adalah, merupakan tulisan atau surat yang ditandatangani; tulisan atau surat tersebut memuat peristiwa hukum yang menjadi dasar hak dan kewajiban; dan tulisan atau surat tersebut sengaja dibuat sebagai alat pembuktian (Hasannudin Rahman, 2000:15).

Pada dasarnya akta dibedakan menjadi dua, yaitu akta autentik (akta notariil) dan akta dibawah tangan. Adapun ciri-ciri yang membedakan antara akta autentik dan akta dibawah tangan adalah sebagai berikut.

Akta autentik mempunyai ciri-ciri sebagai berikut:

1. Bentuknya sesuai dengan undang-undang;
2. Dibuat dihadapan pejabat umum yang berwenang;
3. Mempunyai kekuatan pembuktian yang sempurna;
4. Apabila ada pihak yang menyangkal mengenai kebenarannya, maka pihak yang menyangkal harus membuktikan mengenai apa yang disangkalnya itu.

Akta di bawah tangan memiliki ciri-ciri sebagai berikut:

1. Bentuknya bebas;
2. Dibuat oleh para pihak tanpa perantaraan pejabat yang berwenang;
3. Tetap mempunyai kekuatan pembuktian selama tanda tangan didalam akta tersebut tidak disangkal oleh pembuatnya;
4. Dalam hal harus dibuktikan, maka pembuktian tersebut harus dilengkapi juga dengan saksi-saksi dan bukti lainnya.

Mengingat sifat dari *memorandum of understanding* sebagai perjanjian pendahuluan, maka substansi dari *memorandum of understanding* hanya mengatur hal-hal yang bersifat pokok saja. Demikian pula mengenai bentuknya, biasanya *memorandum of understanding* dibuat dalam bentuk yang sederhana dan tidak terlalu formal. Pada umumnya para pihak membuat *memorandum of understanding* secara tertulis yang dituangkan dalam bentuk akta dibawah tangan.

Hal ini mengakibatkan *memorandum of understanding* baru mempunyai kekuatan pembuktian formil dan materiil apabila tanda tangan pada *memorandum of understanding* tersebut tidak dipungkiri oleh para pihak. *Memorandum of understanding* yang dibuat dalam bentuk akta dibawah tangan hanya mengikat terhadap para pihak yang membuatnya dan tidak berlaku bagi pihak ketiga. Adapun *memorandum of understanding* yang dibuat dengan akta notariil adalah kontrak-kontrak yang memiliki nilai yang besar seperti proyek-proyek pembangunan, namun dalam prakteknya *memorandum of understanding* jarang sekali dibuat dalam bentuk akta notariil karena *memorandum of understanding* hanya dianggap sebagai suatu perjanjian yang sederhana.

Tak jarang *memorandum of understanding* yang dituangkan dalam sebuah akta sewaktu-waktu diperlukan sebagai alat pembuktian untuk membuktikan apa yang pernah disepakati para pihak. Dalam hal ini hakim harus menafsirkan isi atau substansi yang terkandung dalam *memorandum of understanding* tersebut. Apabila materi muatan atau substansi yang termuat dalam *memorandum of understanding* sudah mencerminkan perjanjian yang sesungguhnya, maka *memorandum of understanding* tersebut mempunyai kekuatan hukum dan oleh karenanya mengikat bagi para pihak yang membuatnya. Sehingga para pihak yang melakukan pengingkaran terhadap isi dari *memorandum of understanding* tersebut dapat dituntut dengan gugatan wanprestasi sebagaimana diatur dalam Pasal 1243 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

2. Kekuatan Hukum *Memorandum of understanding* Harus dapat Dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

Suatu perjanjian mempunyai kaitan yang sangat erat dengan asas-asas perjanjian, antara lain asas konsensualisme, asas kebebasan berkontrak, asas kepercayaan, asas *pacta sunt servanda*, dan asas iktikad baik. Demikian pula dengan *memorandum of understanding* yang telah mempunyai kekuatan

hukum mengikat, maka ia mempunyai keterkaitan yang sangat erat dengan asas-asas perjanjian tersebut. Asas-asas perjanjian tersebut pada dasarnya tidak terpisah satu sama lainnya, namun dalam berbagai hal saling mengisi dan melengkapi. Dengan kata lain, masing-masing asas tersebut tidak berdiri sendiri-sendiri namun saling melingkupi dan melengkapi suatu perjanjian.

Menurut Peter Mahmud Marzuki, aturan-aturan hukum yang menguasai kontrak sebenarnya merupakan penjelmaan dari dasar-dasar filosofis yang terdapat pada asas-asas hukum secara umum. Asas-asas hukum ini bersifat sangat umum dan menjadi landasan berfikir yaitu dasar ideologis aturan-aturan hukum. Asas hukum merupakan landasan bagi norma hukum. Dengan demikian, asas hukum sebagai landasan norma menjadi alat uji bagi norma hukum yang ada, dalam arti norma hukum tersebut pada akhirnya harus dapat dikembalikan pada asas hukum yang menjiwainya (Peter Mahmud Marzuki, 2003:196). Oleh karena itu pembuatan *memorandum of understanding* harus selalu dikaitkan dan didasarkan pada asas-asas perjanjian sebagaimana tersebut diatas.

Asas konsensualisme berkaitan dengan terbentuknya suatu perjanjian. Asas konsensualisme tertuang dalam ketentuan Pasal 1320 angka (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Asas konsensualisme menyatakan bahwa suatu perjanjian itu telah lahir sejak detik tercapainya kata sepakat diantara para pihak. Atau suatu perjanjian telah dianggap sah dalam arti sudah mengikat apabila sudah tercapai kesepakatan mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian itu. Prinsip konsensualisme merupakan syarat mutlak dalam setiap perjanjian dan berfungsi untuk menjamin kepastian hukum. Disini yang ditekankan adalah adanya persesuaian kehendak (*meeting of mind*) diantara para pihak. Namun asas konsensualisme ini hendaknya tidak diartikan secara gramatikal, dalam arti bahwa kesepakatan saja tanpa didukung terpenuhinya syarat-syarat sahnya perjanjian yang lain maka hal ini akan menyebabkan perjanjian menjadi tidak sah dan tidak mempunyai kekuatan mengikat. Esensi dari *memorandum of understanding* adalah kesepakatan bersama diantara para pihak untuk membuat perjanjian. Asas konsensualisme dapat dijadikan

sebagai dasar berlakunya *memorandum of understanding*, dalam arti bahwa momentum terjadinya *memorandum of understanding* adalah pada saat detik tercapainya kata sepakat diantara para pihak yang ditandai dengan penandatanganan *memorandum of understanding* oleh para pihak yang berkepentingan.

Asas kebebasan berkontrak berkaitan dengan isi perjanjian. Asas kebebasan berkontrak tertuang dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Asas kebebasan berkontrak memberikan kebebasan kepada para pihak untuk membuat atau tidak membuat perjanjian; mengadakan perjanjian dengan siapapun; menentukan isi perjanjian; menentukan bentuk perjanjian; dan menerima atau menyimpangi hukum perjanjian yang bersifat hukum pelengkap (*aanvullendrecht*). Asas kebebasan berkontrak memang memberikan kebebasan kepada para pihak, namun kebebasan tersebut tidaklah bersifat mutlak. Asas kebebasan berkontrak dapat pula disimpulkan bahwa setiap orang bebas untuk mengadakan perjanjian apa saja baik yang sudah diatur dalam maupun yang belum diatur dalam undang-undang. Di Indonesia landasan hukum yang digunakan sebagai dasar berlakunya *memorandum of understanding* adalah asas kebebasan berkontrak. Meskipun *memorandum of understanding* tidak diatur dalam hukum positif di Indonesia, namun dengan adanya asas kebebasan berkontrak maka *memorandum of understanding* dapat tetap berlaku. Akan tetapi kekuatan hukum dari *memorandum of understanding* tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Kalimat tersebut mengandung pengertian bahwa pembuatan *memorandum of understanding* harus selalu didasarkan dan dibatasi oleh ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, serta harus selalu memperhatikan batas-batas kebebasan berkontrak.

Menurut Prof. Supomo, asas kebebasan berkontrak dibatasi oleh tanggung jawab para pihak. Kebebasan berkontrak sebagai asas, diberi sifat sebagai asas kebebasan berkontrak yang bertanggung jawab. Asas ini mendukung kedudukan yang seimbang diantara para pihak, sehingga sebuah

kontrak akan memberikan keuntungan bagi kedua pihak (Mariam Darus Badruzaman, 1994:45).

Kebebasan berkontrak pada dasarnya merupakan perwujudan dari kehendak bebas dan hak asasi manusia. Berdasarkan asas kebebasan berkontrak seseorang pada umumnya mempunyai pilihan bebas untuk mengadakan perjanjian. Namun kebebasan tersebut bukanlah kebebasan yang bersifat mutlak, akan tetapi merupakan kebebasan yang bertanggungjawab. Dalam hal ini asas kebebasan berkontrak harus dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Dalam pelaksanaannya, asas kebebasan berkontrak telah dibatasi oleh hal-hal lain, antara lain :

- a. Kebebasan berkontrak dibatasi oleh syarat sahnya perjanjian sebagaimana tertuang dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yaitu :
 - 1) kesepakatan diantara para pihak;
 - 2) kecakapan para pihak yang mengadakan perjanjian;
 - 3) adanya suatu hal tertentu yang diperjanjikan;
 - 4) adanya suatu sebab yang halal.
- b. Kebebasan berkontrak para pihak dalam menentukan isi perjanjian dibatasi oleh Pasal 1335 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan bahwa suatu perjanjian harus mempunyai sebab dan dalam perjanjian tersebut tidak mengandung sebab yang palsu atau dilarang undang-undang.
- c. Kebebasan berkontrak juga dibatasi oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku, kesusilaan baik dan ketertiban umum (Pasal 1337 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).
- d. Kebebasan berkontrak dibatasi oleh kepatutan (Pasal 1339 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).
- e. Kebebasan berkontrak dibatasi oleh iktikad baik dari masing-masing pihak (1338 ayat 3 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata), artinya bahwa kebebasan untuk mengadakan perjanjian dalam bentuk apapun, menentukan isi perjanjian, dan lain-lain haruslah didasarkan pada iktikad baik masing-masing pihak untuk melaksanakan apa yang telah diperjanjikan itu.

- f. Kebebasan berkontrak harus sesuai dengan kebiasaan yang berlaku ditempat dimana perjanjian tersebut dibuat. Suatu perjanjian tidak hanya mengikat terhadap apa yang diperjanjikan, melainkan juga mengikat terhadap hal-hal yang merupakan kebiasaan (Pasal 1339 jo. Pasal 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).
- g. Kebebasan berkontrak dibatasi oleh *force majeure* atau *overmacht*, kekuatan mengikat dari perjanjian yang muncul seiring dengan asas kebebasan berkontrak, daya mengikatnya dibatasi oleh keadaan memaksa. Dalam arti kalau memang salah satu pihak tidak dapat melaksanakan perjanjiannya karena suatu keadaan yang memaksa, maka perjanjian dapat disimpangi dengan mencari alternatif penyelesaian antara para pihak.
- h. Kebebasan berkontrak dibatasi oleh tanggung jawab para pihak.
- i. Kebebasan berkontrak dibatasi oleh kewenangan hakim dalam menilai isi setiap perjanjian. Dalam keadaan tertentu hakim berwenang melakukan penafsiran untuk meneliti, menilai serta menyatakan bahwa kedudukan para pihak dalam suatu perjanjian berada dalam keadaan yang tidak seimbang sedemikian rupa, sehingga salah satu pihak dianggap tidak bebas untuk menyatakan kehendaknya.

Hamish Stewart dalam *Osgoode Hall Law Journal* menyatakan pendapatnya mengenai kebebasan berkontrak :

“There are at least three ways to think about the importance of freedom of contract. First, freedom of contract might promote general welfare, economic efficiency, or some other goal. Second, freedom of contract might be valuable in its own right; apart from its instrumental value, freedom of choice might be a good thing in itself. Third, freedom of contract might be presupposed in the doctrines of contract law, in that those doctrines treat the contracting parties as autonomous agents who are free and equal in the sense that they have an abstract capacity to enter into contract. On this view, whether or not freedom of contract is instrumentally and intrinsically valuable, it is an inescapable aspect of contract law” (Hamish Stewart, 1995:260).

Sedikitnya ada tiga cara untuk memahami pentingnya kebebasan berkontrak. Pertama, kebebasan berkontrak dapat memperhatikan kesejahteraan umum, efisiensi ekonomi, atau beberapa tujuan lain. Kedua,

kebebasan berkontrak dapat terjadi atau dilaksanakan atas hak para pihak sendiri; terpisah dari nilai instrumentalnya, kebebasan untuk memilih mungkin adalah hal yang baik untuk dilaksanakan dalam kontrak. Ketiga, kebebasan berkontrak dapat ditafsirkan dalam doktrin hukum kontrak, dalam hal ini doktrin tersebut menjamin para pihak yang mengadakan kontrak sebagai pribadi yang otonom yaitu pribadi yang bebas dan memiliki kecakapan yang sama untuk mengadakan kontrak. Dalam pandangan ini, bagaimanapun juga kebebasan berkontrak merupakan suatu prinsip yang berharga, kebebasan berkontrak merupakan prinsip mengenai kecakapan berbuat dalam pandangan hukum kontrak.

Asas kepercayaan berkaitan dengan sikap batin seseorang dalam mengadakan perjanjian. Asas kepercayaan mengandung pengertian bahwa seseorang yang mengadakan perjanjian harus dapat menumbuhkan kepercayaan diantara kedua pihak, bahwa satu sama lain akan memenuhi prestasinya di kemudian hari. Dalam pembuatan *memorandum of understanding*, kepercayaan diantara para pihak merupakan sesuatu hal yang mendasar. Tanpa adanya kepercayaan satu sama lain, para pihak tidak mungkin membuat *memorandum of understanding*.

Asas *pacta sunt servanda* berkaitan dengan akibat perjanjian. Asas *pacta sunt servanda* tertuang dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Asas *pacta sunt servanda* menyatakan bahwa perjanjian yang dibuat oleh para pihak secara sah mengikat atau berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Meskipun *memorandum of understanding* hanya merupakan perjanjian pendahuluan yang mengatur hal-hal yang bersifat pokok saja, namun apabila materi muatan atau substansinya telah mencerminkan suatu perjanjian dan telah memenuhi syarat sahnya perjanjian sebagaimana tercantum dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata serta telah memenuhi faktor-faktor yang menentukan daya mengikatnya suatu perjanjian sebagaimana tercantum dalam Pasal 1335, 1337, 1339, dan 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, maka *memorandum of understanding* akan mempunyai kekuatan hukum yang

mengikat bagi para pihak yang membuatnya seperti layaknya suatu perjanjian. Dan oleh karenanya berlakulah asas *pacta sunt servanda*.

Asas iktikad baik berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian. Asas iktikad baik tertuang dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Asas iktikad baik menyatakan bahwa tiap orang dalam membuat suatu perjanjian harus dilakukan dengan iktikad baik. Pemahaman substansi iktikad baik dalam Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tidak harus diinterpretasikan secara gramatikal, bahwa iktikad baik hanya muncul sebatas pada tahap pelaksanaan kontrak. Iktikad baik harus dimaknai dalam keseluruhan proses kontraktual, artinya iktikad baik harus melandasi hubungan para pihak pada tahap pra kontraktual, kontraktual, dan pelaksanaan kontraktual. Dengan demikian fungsi iktikad baik dalam Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata mempunyai fungsi dinamis melingkupi keseluruhan proses kontrak tersebut (Agus Yudha Hernoko, 2008:112).

Asas iktikad baik dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu iktikad baik yang bersifat subyektif dan iktikad baik yang bersifat obyektif. Iktikad baik yang bersifat subyektif dapat diartikan sebagai kejujuran seseorang dalam melakukan suatu perbuatan hukum, hal ini berkaitan dengan sikap batin seseorang. Sedangkan iktikad baik yang bersifat obyektif dapat diartikan bahwa pelaksanaan suatu perjanjian didasarkan atas nama kepatutan, kepentingan, kewajaran atau sesuai dengan norma yang berlaku didalam masyarakat dimana perjanjian tersebut diadakan (Purwakhid Patrik, 1993:3).

Salah satu bentuk kewajiban para pihak dalam bernegosiasi dan menyusun perjanjian atau kontrak harus berperilaku dengan iktikad baik. Negosiasi dan penyusunan perjanjian tidak boleh dilakukan dengan iktikad buruk. Hal ini menjadi kewajiban umum bagi para pihak dalam hubungan *pra contractual*. Menurut Robert S. Summer dalam Ridwan Khairandy bentuk iktikad buruk dalam negosiasi dan penyusunan perjanjian antara lain mencakup negosiasi tanpa maksud yang serius untuk mengadakan perjanjian, penyalahgunaan *the privilege* untuk menggagalkan negosiasi, mengadakan

perjanjian tanpa memiliki maksud untuk melaksanakannya, tidak menjelaskan fakta material, dan mengambil keuntungan dari lemahnya posisi tawar pihak lain dalam perjanjian (Ridwan Khairandy, 2004:250-251).

Pada mulanya kewajiban iktikad baik hanya berlaku pada saat para pihak melaksanakan perjanjian. Tetapi dalam perkembangannya, kewajiban iktikad baik tidak hanya diwajibkan pada tahap pelaksanaan perjanjian namun juga pada tahap pra kontrak, yakni ketika para pihak melakukan perundingan untuk mencapai kesepakatan. Titik tolaknya adalah tahun 1861 ketika Rudolf von Jhering memperkenalkan konsep *culpa in contrahendo*, yaitu tanggung gugat yang lahir karena kesalahan yang dilakukan dalam negosiasi. Tanggung gugat tidak saja lahir karena tidak dilaksanakannya kewajiban-kewajiban kontraktual, tetapi juga apabila salah satu pihak melalaikan kewajiban hukum dalam tahap perundingan yakni kewajiban beritikad baik. Doktrin *culpa in contrahendo* dari Rudolf von Jhering tersebut banyak mempengaruhi perkembangan doktrin iktikad baik pada tahapan pra kontrak di berbagai negara *civil law*. Doktrin *culpa in contrahendo* dari Rudolf von Jhering ini ditemukan dalam hukum Romawi. Ada tiga dasar sumber utama hukum Romawi yang kalau dikombinasikan akan membentuk dasar doktrinal *culpa in contrahendo*. Pertama adalah *actio empi*, artinya jika satu pihak dalam kontrak membatalkan secara sepihak, dan dia melepaskan atau membebaskan kewajiban yang ia pikul, dia tidak bebas sepenuhnya dari kewajiban tersebut, dia harus membayar ganti rugi atas kerugian orang lain, bergantung pada suatu keadaan tertentu. Kedua adalah *actio venditi*, artinya membolehkan pembatalan suatu kontrak kalau suatu syarat yang mendahuluinya tidak terjadi. Ketiga adalah hak terhadap *revindicatio (revocation)*, artinya hak menuntut menurut Hukum Romawi yang mendukung adanya kewajiban dalam ketiadaan suatu kontrak. Rudolf von Jhering menerapkan *culpa in contrahendo* kepada situasi *other than commercial setting*. Kalau satu pihak membuat suatu penawaran, tetapi tidak serius, atau satu pihak melakukan kesalahan sepihak dalam menyampaikan penawarannya, atau satu pihak mengetahui atau seharusnya mengetahui hal yang ada tidak mungkin

dilakukan, perilaku salah ini akan menyebabkan dia bertanggung jawab bagi “*negative interest*” dari pihak yang tidak bersalah yang didasarkan pada keabsahan kontrak (Ridwan Khairandy, 2004:260-261).

Dengan adanya doktrin *culpa in contrahendo* yang diciptakan oleh Rudolf von Jhering, bagi pihak yang tidak serius dalam bernegosiasi dan hal tersebut menyebabkan kerugian bagi pihak lain, maka pihak yang menyebabkan kerugian pada pihak lain tersebut dapat dikenakan suatu upaya hukum. Selain itu, bagi pihak yang menghentikan atau membatalkan negosiasi dimana pembatalan atau pengakhiran negosiasi tersebut dapat merugikan pihak lainnya, maka ia juga dapat dikenakan suatu upaya hukum.

Di negara-negara maju yang menganut *civil law* sistem, seperti Perancis, Belanda, dan Jerman, pengadilan memberlakukan asas iktikad baik bukan hanya dalam tahap penandatanganan dan pelaksanaan kontrak, tetapi juga dalam tahap perundingan (*the duty of good faith in negotiation*), sehingga janji-janji pra kontrak mempunyai akibat hukum dan dapat dituntut ganti rugi jika janji tersebut diingkari. Di negara yang menganut sistem *common law*, seperti di Amerika Serikat, pengadilan menerapkan doktrin *the promissory estoppel* untuk memberikan perlindungan hukum kepada pihak yang dirugikan karena percaya dan menaruh pengharapan terhadap janji-janji yang diberikan lawannya dalam tahap pra kontrak. Doktrin *promissory estoppel* adalah salah satu doktrin hukum yang mencegah seseorang (*promissor*) untuk menarik kembali janjinya, dalam hal pihak yang menerima janji (*promisee*) karena kepercayaannya terhadap janji tersebut telah melakukan sesuatu perbuatan atau tidak berbuat sesuatu, sehingga dia (*promisee*) akan menderita kerugian jika *promissor* yaitu pihak yang memberi janji diperkenankan untuk menarik janjinya (Suharnoko, 2005:11).

Berbeda dengan Amerika Serikat, hukum kontrak *common law* Inggris tidak mengakui adanya kewajiban kontraktual pada proses negosiasi. Salah satu pihak yang mengadakan negosiasi setiap saat dapat menghentikan negosiasi tersebut dengan alasan apapun juga tanpa adanya suatu tanggung jawab. Tidak ada kewajiban untuk bertanggung jawab terhadap kerugian yang

timbul atas segala biaya yang telah dikeluarkan dan keuntungan yang diharapkan akibat penghentian negosiasi dalam fase pra kontrak ini. Misalnya hukum kontrak *common law* Inggris, hukum kontrak Inggris masih belum dapat menerima kewajiban bahwa negosiasi kontrak harus didasarkan pada iktikad baik (Ridwan Khairandy, 2004:262).

Menurut J.M. Van Dunne dalam Agus Yudha Hernoko, daya berlakunya iktikad baik meliputi seluruh proses kontrak atau diibaratkan dengan “*the rise and fall of contract*”. Iktikad baik meliputi tiga fase perjalanan kontrak yaitu fase pra kontrak (*pre contractual fase*), fase kontrak (*contractual fase*), dan fase setelah kontrak (*post contractual fase*) (Agus Yudha Hernoko, 2008:118).

Perkembangan asas iktikad baik yang saat ini tidak hanya meliputi pelaksanaan perjanjian, namun juga berlaku pada tahap pra kontrak dapat berfungsi sebagai pembatas bagi kebebasan pra kontrak. Perjanjian tidak semata-mata didasarkan atas kesepakatan para pihak, tetapi juga harus memperhatikan kondisi objektif yang meliputi kesepakatan itu. Antara lain adalah nilai-nilai kepatutan, kepantasan, kewajaran atau sesuai dengan norma yang berlaku didalam masyarakat dimana perjanjian tersebut diadakan. Karena Indonesia menganut sistem hukum *civil law*, maka hukum kontrak Indonesia hendaknya memasukkan kewajiban iktikad baik dalam proses negosiasi dan dalam perjanjian pra kontrak. Sehingga para pihak yang melakukan pengingkaran terhadap janji-janji pra kontrak dan pengingkaran tersebut menimbulkan kerugian bagi pihak lain, ia dapat dikenakan upaya hukum dan dituntut untuk mengganti kerugian yang disebabkan karena perbuatannya itu. Sehingga penerapan asas iktikad baik dapat mencegah terjadinya kesewenang-wenangan oleh salah satu pihak dalam perjanjian, termasuk pula dalam tahap pra kontrak yang dituangkan dalam perjanjian pendahuluan atau *memorandum of understanding*.

Pemahaman pengertian iktikad baik sebagaimana diuraikan diatas dapat diartikan bahwa pelaku bisnis hendaknya selalu menjalankan aktivitas bisnisnya dengan iktikad baik. Pelaku bisnis dalam menjalankan aktivitas bisnisnya tidak boleh merugikan pihak lain atau memanfaatkan kelalaian

pihak lain untuk menguntungkan dirinya sendiri. Suatu *memorandum of understanding* harus dilandasi dengan iktikad baik diantara para pihak, baik pada saat pembuatan *memorandum of understanding* maupun pada saat pelaksanaannya. Dan sebagai salah satu jenis perjanjian yang diadopsi dari praktek bisnis internasional, *memorandum of understanding* harus selalu memperhatikan nilai-nilai kepatutan, kepantasan, kewajaran atau sesuai dengan norma yang berlaku di Indonesia.

B. Hasil Pembahasan

1. Kekuatan Hukum *Memorandum of understanding* sebagai Suatu Akta

Menurut pendapat penulis, *memorandum of understanding* adalah salah satu jenis perjanjian pendahuluan yang diadopsi dari praktek bisnis internasional. Perjanjian pendahuluan ini berisi kesepakatan bersama diantara para pihak untuk mengadakan kerja sama dalam berbagai bidang kehidupan. Hal-hal yang diatur dalam *memorandum of understanding* adalah hal-hal yang bersifat pokok saja, karena nantinya akan ditindaklanjuti dengan pembuatan perjanjian yang lebih rinci dan bersifat formal.

Pada dasarnya esensi dari *memorandum of understanding* adalah adanya kesepakatan bersama diantara para pihak untuk mengadakan kerja sama dalam berbagai bidang kehidupan. Kesepakatan tersebut haruslah merupakan kehendak bebas dari para pihak untuk mengikatkan dirinya terhadap pihak lain dalam suatu *memorandum of understanding*. Dalam arti bahwa para pihak memang benar-benar berkehendak sendiri dan dengan sadar mengikatkan dirinya terhadap pihak lain dalam suatu *memorandum of understanding*, tanpa mengandung adanya cacat kehendak karena adanya kesesatan (*dwaling*), paksaan (*dwang*), atau penipuan (*bedrog*). Apabila diketahui adanya cacat kehendak dalam pembuatan *memorandum of understanding*, maka *memorandum of understanding* tersebut dapat dibatalkan (*nietig*).

Momentum lahirnya *memorandum of understanding* terjadi pada saat detik tercapainya kata sepakat diantara para pihak untuk melakukan suatu

kerja sama yang kemudian dituangkan dalam sebuah *memorandum of understanding*. Kesepakatan para pihak tersebut ditandai dengan penandatanganan akta *memorandum of understanding*. Oleh karena itu, asas konsensualisme juga dapat dijadikan sebagai dasar berlakunya *memorandum of understanding*.

Apabila para pihak tidak berada di tempat yang sama dan tidak dapat bertemu secara langsung untuk melakukan penawaran dan penerimaan mengenai suatu kerja sama yang nantinya akan dituangkan kedalam suatu *memorandum of understanding*, maka penawaran dan penerimaan tersebut dapat dilakukan melalui surat atau telegram. Dalam hal penawaran dan penerimaan tersebut dikirimkan melalui surat atau telegram maka momentum terjadinya *memorandum of understanding* hendaknya ditentukan berdasarkan teori kelayakan penawaran disetujui. Berdasarkan teori kelayakan penawaran disetujui, maka momentum lahirnya *memorandum of understanding* terjadi apabila pihak yang menerima penawaran dan telah mengirimkan surat jawaban, secara patut dapat menduga bahwa pihak yang menawarkan telah membaca dan mengetahui isi surat itu bahwa penawarannya telah diterima.

Memorandum of understanding mempunyai jangka waktu berlakunya, misalnya satu bulan, enam bulan, atau satu tahun. Jangka waktu berlakunya *memorandum of understanding* tergantung pada kesepakatan para pihak. Apabila dalam jangka waktu yang telah ditentukan *memorandum of understanding* tersebut tidak ditindaklanjuti dengan perjanjian yang lebih detail dan lebih formal, maka *memorandum of understanding* tersebut akan batal, kecuali jika diperpanjang oleh para pihak.

Meskipun *memorandum of understanding* adalah suatu perjanjian pendahuluan, namun apabila substansi yang termuat dalam *memorandum of understanding* tersebut telah mencerminkan suatu perjanjian pada umumnya dan *memorandum of understanding* tersebut telah memenuhi syarat sahnya perjanjian sebagaimana tertuang dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, serta telah memenuhi faktor-faktor yang menentukan daya mengikatnya suatu perjanjian sebagaimana tercantum dalam Pasal 1335, 1337,

1339, dan 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, maka *memorandum of understanding* yang dimaksud tidak ada bedanya dengan perjanjian yang sesungguhnya. Dengan demikian berlakulah asas *pacta sunt servanda*, sehingga *memorandum of understanding* tersebut mempunyai kekuatan hukum yang mengikat bagi para pihak yang membuatnya. Jika *memorandum of understanding* tersebut hanya mengatur hal-hal yang bersifat pokok saja, maka kekuatan mengikat dari *memorandum of understanding* hanya berlaku terhadap hal-hal pokok tersebut. Atau jika *memorandum of understanding* hanya berlaku untuk suatu jangka waktu tertentu, maka kekuatan mengikat dari *memorandum of understanding* hanya berlaku untuk jangka waktu tertentu tersebut. Sehingga apa yang mengikat para pihak adalah apa yang telah disepakati, dan kewajiban yang dipertukarkan dalam perjanjian itulah yang merupakan kesepakatan yang mengikat. Dan apabila ada pihak yang mengingkari hal yang diperjanjikan dalam *memorandum of understanding* tersebut, maka pihak lain berhak mengajukan gugatan atas dasar wanprestasi.

Sebaliknya, *memorandum of understanding* yang substansinya tidak mencerminkan suatu perjanjian yang sesungguhnya dan tidak memenuhi syarat sahnya perjanjian sebagaimana tercantum dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, serta tidak memenuhi faktor-faktor yang menentukan daya mengikatnya suatu perjanjian sebagaimana tercantum dalam Pasal 1335, 1337, 1339, dan 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, maka *memorandum of understanding* tersebut bukan merupakan perjanjian melainkan hanya merupakan suatu perjanjian pendahuluan dan oleh karenanya tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat bagi para pihak yang membuatnya. Dalam keadaan ini, pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* tersebut tidak dapat dituntut dimuka pengadilan atas dasar wanprestasi. Namun bagi pihak yang dirugikan, masih dimungkinkan untuk mengajukan gugatan atas dasar perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) sebagaimana diatur dalam Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Dasar untuk mengajukan gugatan atas dasar perbuatan melawan hukum adalah adanya perbuatan yang merugikan pihak lain, serta terdapat

hubungan sebab akibat antara perbuatan dengan kerugian yang ditimbulkan sebagai akibat kesalahannya itu. Perbuatan tersebut harus dibuktikan dengan unsur-unsur perbuatan melawan hukum.

Dengan memperhatikan pengertian dan ciri-ciri mengenai akta sebagaimana telah diuraikan diatas, maka *memorandum of understanding* dapat dikategorikan sebagai suatu akta karena *memorandum of understanding* merupakan suatu tulisan atau surat yang dibuat dan ditandatangani oleh para pihak yang telah bersepakat untuk mengadakan kerja sama dalam suatu bidang tertentu, substansi *memorandum of understanding* juga memuat suatu peristiwa hukum yang menimbulkan hak dan kewajiban bagi para pihak yang membuatnya, dan *memorandum of understanding* memang sengaja dibuat untuk membuktikan adanya hubungan hukum diantara para pihak yang membuatnya.

Pada umumnya *memorandum of understanding* dibuat dalam bentuk akta dibawah tangan. *Memorandum of understanding* dibuat dan ditandatangani oleh para pihak yang berkepentingan tanpa adanya campur tangan dari pejabat yang berwenang (notaris). Meskipun *memorandum of understanding* hanya dibuat dalam bentuk akta dibawah tangan, namun *memorandum of understanding* tersebut tetap mengikat dan berlaku sebagai undang-undang bagi pihak yang membuatnya. *Memorandum of understanding* yang dituangkan dalam akta dibawah tangan mempunyai kekuatan pembuktian sempurna bagi para pihak yang bersangkutan layaknya akta autentik selama tanda tangan yang tercantum didalamnya tidak disangkal oleh para pihak. Dan barang siapa menyangkal tanda tangan yang terdapat di dalam *memorandum of understanding* tersebut, maka ia harus membuktikannya. Namun dalam hal-hal tertentu ada pula *memorandum of understanding* yang dibuat dalam bentuk akta autentik (akta notariil), misalnya *memorandum of understanding* yang menyangkut kontrak-kontrak yang bernilai besar. *Memorandum of understanding* yang dibuat dalam bentuk akta autentik (akta notariil) mempunyai kekuatan pembuktian yang sempurna bagi para pihak yang bersangkutan dan ahli warisnya.

2. Kekuatan Hukum *Memorandum of understanding* Harus dapat Dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

Dasar hukum bagi berlakunya *memorandum of understanding* didasarkan pada asas kebebasan berkontrak. Kebebasan berkontrak tersebut tidaklah bersifat mutlak dan harus diartikan sebagai kebebasan yang bertanggung jawab. Kebebasan berkontrak harus dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Kalimat tersebut mengandung pengertian bahwa kebebasan berkontrak harus senantiasa didasarkan dan dibatasi oleh ketentuan-ketentuan lain yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Oleh karena itu pembuatan *memorandum of understanding* juga harus memperhatikan batas-batas kebebasan berkontrak sebagai berikut:

- a. *Memorandum of understanding* agar dapat berlaku layaknya suatu perjanjian dan mempunyai kekuatan hukum mengikat harus memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian sebagaimana tertuang dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.
 - 1) Syarat pertama, *memorandum of understanding* harus dibentuk berdasarkan kesepakatan bersama diantara para pihak yang membuatnya, tanpa adanya cacat kehendak yang berupa kesesatan (*dwaling*), paksaan (*dwang*), atau penipuan (*bedrog*). Kebebasan para pihak dalam menentukan isi *memorandum of understanding* juga dibatasi oleh kesepakatan pihak lain.
 - 2) Syarat kedua, para pihak yang membuat *memorandum of understanding* haruslah merupakan para pihak yang cakap melakukan perbuatan hukum. Meskipun para pihak diberi kebebasan untuk mengadakan perjanjian dengan siapa saja, namun pihak yang dipilih untuk mengadakan perjanjian haruslah pihak yang cakap.
 - 3) Syarat ketiga, objek yang diperjanjikan dalam *memorandum of understanding* harus sudah tertentu atau dapat ditentukan jenisnya. Gunanya untuk menetapkan hak dan kewajiban bagi kedua belah

pihak, karena apabila objek perjanjiannya tidak jelas maka *memorandum of understanding* tidak dapat dilaksanakan. Objek yang diperjanjikan tersebut adalah prestasi yang harus dipenuhi oleh para pihak dalam *memorandum of understanding* tersebut.

- 4) Syarat keempat, causa yang diperjanjikan dalam *memorandum of understanding* haruslah merupakan causa yang halal. Meskipun para pihak bebas untuk mengadakan perjanjian tentang apa saja, namun causa yang diperjanjikan haruslah merupakan sesuatu yang halal.

Implikasi bagi *memorandum of understanding* yang tidak memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian sebagaimana tersebut diatas, maka *memorandum of understanding* tersebut bukan merupakan suatu perjanjian yang sesungguhnya dan oleh karenanya tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat bagi para pihak yang membuatnya. *Memorandum of understanding* yang tidak memenuhi syarat subyektif (kesepakatan dan kecakapan), maka *memorandum of understanding* tersebut dapat dibatalkan (*nietig*). Sedangkan *memorandum of understanding* yang tidak memenuhi syarat obyektif (adanya sebab tertentu dan adanya sebab yang halal), maka *memorandum of understanding* tersebut batal demi hukum (*nietig vann rechtswage*).

- b. *Memorandum of understanding* harus mempunyai sebab, dan sebab tersebut bukanlah sebab yang palsu atau dilarang oleh undang-undang. Sebab yang dimaksud disini adalah isi perjanjian. *Memorandum of understanding* harus mempunyai tujuan tertentu yang hendak dicapai oleh para pihak dan tujuan tersebut tidak boleh bertentangan dengan undang-undang yang berlaku di negara dimana *memorandum of understanding* tersebut dibuat. Implikasi bagi *memorandum of understanding* yang mengandung sebab yang palsu atau memuat hal-hal yang dilarang oleh undang-undang, maka *memorandum of understanding* tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum atau batal demi hukum (*nietig van rechtswage*).

- c. *Memorandum of understanding* dibatasi oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku di negara dimana *memorandum of understanding* tersebut dibuat, *memorandum of understanding* tidak boleh bertentangan dengan kesusilaan baik yang berlaku di masyarakat, dan *memorandum of understanding* tidak boleh bertentangan atau mengganggu ketertiban umum. Implikasi bagi suatu *memorandum of understanding* yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, kesusilaan baik dan ketertiban umum, maka *memorandum of understanding* tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum atau batal demi hukum (*nietig van rechtswege*).
- d. Isi atau hal-hal yang diperjanjikan dalam *memorandum of understanding* dibatasi oleh nilai-nilai kepatutan yang berlaku di masyarakat. Implikasi dari *memorandum of understanding* yang bertentangan dengan nilai-nilai kepatutan yang berlaku di masyarakat, maka *memorandum of understanding* tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum atau batal demi hukum (*nietig van rechtswege*).
- e. *Memorandum of understanding* harus dilaksanakan dengan iktikad baik diantara para pihak yang membuatnya. Para pihak tidak boleh menentukan klausula-klausula dalam *memorandum of understanding* dengan sekehendak hatinya saja, namun harus didasarkan dan dilaksanakan dengan iktikad baik. Apabila salah satu pihak membuat *memorandum of understanding* dengan iktikad buruk atau tidak melaksanakan *memorandum of understanding* dengan iktikad baik, maka pihak yang lainnya berhak meminta pembatalan *memorandum of understanding* tersebut. Jadi implikasi bagi *memorandum of understanding* yang dibuat dan /atau dilaksanakan dengan iktikad tidak baik, maka *memorandum of understanding* tersebut dapat dibatalkan.
- f. *Memorandum of understanding* tidak boleh bertentangan dengan kebiasaan yang lazim dilakukan di Indonesia. Kebiasaan yang dimaksud adalah tingkah laku atau cara yang lazim diikuti dalam pelaksanaan suatu perjanjian di dalam wilayah atau bidang usaha tertentu. Tingkah laku atau

cara yang lazim diikuti secara terus menerus pada akhirnya akan menjadi kewajiban hukum.

- g. *Memorandum of understanding* dibatasi oleh *force majeure* atau *overmacht*. Dalam arti bahwa *memorandum of understanding* yang mempunyai kekuatan mengikat bagi para pihak yang membuatnya dapat disimpangi apabila terjadi keadaan memaksa atau keadaan yang tidak dapat terduga akan terjadinya yang terjadi diluar kesalahan salah satu pihak dan menyebabkan salah satu pihak tidak dapat melaksanakan prestasi atau kewajiban-kewajiban yang telah diatur dalam *memorandum of understanding* tersebut.
- h. *Memorandum of understanding* dibatasi oleh tanggung jawab para pihak. Sebagaimana telah diuraikan diatas, bahwa landasan hukum bagi berlakunya *memorandum of understanding* didasarkan pada asas kebebasan berkontrak (Pasal 1338 ayat 1 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata). Namun para pihak tidak boleh bertindak bebas sekehendak hatinya atau sewenang-wenang dalam melaksanakan *memorandum of understanding*. *Memorandum of understanding* yang telah mempunyai kekuatan hukum mengikat, berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Sehingga para pihak harus melaksanakan kewajiban atau tanggung jawab yang telah disepakati dalam *memorandum of understanding* tersebut.
- i. *Memorandum of understanding* dibatasi oleh kewenangan hakim dalam menilai isi dari setiap perjanjian. Apabila kedudukan para pihak dalam suatu *memorandum of understanding* berada dalam keadaan yang tidak seimbang sehingga salah satu pihak dianggap tidak bebas untuk menyatakan kehendaknya dalam menentukan persetujuan antara kedua belah pihak, maka hakim berwenang melakukan penafsiran terhadap *memorandum of understanding* dengan mendasarkan pada iktikad baik. Hakim berwenang untuk menafsirkan isi *memorandum of understanding* diluar kata-kata yang telah tercantum dalam *memorandum of understanding* tersebut.

BAB IV. PENUTUP

A. Simpulan

Berdasarkan pembahasan yang telah diuraikan dalam bab penelitian dan pembahasan, penulis dapat memberikan simpulan dalam penelitian hukum ini sebagai berikut :

1. *Memorandum of understanding* mempunyai kekuatan hukum mengikat layaknya suatu perjanjian apabila telah memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian (Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata), serta telah memenuhi faktor-faktor yang menentukan daya mengikatnya suatu perjanjian (Pasal 1335, 1337, 1339, dan 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata). Barang siapa melakukan pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* tersebut, ia dapat dituntut dengan gugatan wanprestasi. Sebaliknya, *memorandum of understanding* yang tidak memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian (Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) serta tidak memenuhi faktor-faktor yang menentukan daya mengikatnya suatu perjanjian (Pasal 1335, 1337, 1339, dan 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata), maka *memorandum of understanding* tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat layaknya suatu perjanjian. Dalam hal terjadi pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* tersebut tidak dapat diajukan gugatan wanprestasi, namun pihak yang dirugikan dimungkinkan mengajukan gugatan dengan dasar gugatan perbuatan melawan hukum (Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).
2. Kekuatan hukum *memorandum of understanding* harus dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Berlakunya *memorandum of understanding* yang didasarkan kepada asas kebebasan berkontrak harus diartikan sebagai kebebasan berkontrak yang bertanggung jawab. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata memberikan batasan bahwa kebebasan berkontrak harus memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian; tidak mengandung causa yang palsu atau causa yang bertentangan dengan undang-undang; tidak bertentangan dengan peraturan perundang-

undangan yang berlaku, kesusilaan baik dan ketertiban umum; dibatasi oleh nilai-nilai kepatutan; dibatasi oleh iktikad baik; tidak bertentangan dengan kebiasaan yang berlaku; dibatasi oleh tanggung jawab para pihak; dan dibatasi oleh kewenangan hakim dalam menafsirkan isi dari setiap perjanjian.

B. Saran

Berdasarkan pembahasan yang telah diuraikan dalam bab penelitian dan pembahasan, penulis dapat memberikan saran dalam penelitian hukum ini sebagai berikut :

1. Perlunya kecermatan dan ketelitian para pihak dalam membuat dan /atau menandatangani *memorandum of understanding*. Para pihak yang hendak membuat dan /atau menandatangani *memorandum of understanding* harus benar-benar cermat dalam meneliti mengenai kebenaran konsep *memorandum of understanding*, baik dari segi bahasa atau redaksi yang digunakan, angka-angka atau huruf-hurufnya dan yang terpenting adalah memahami substansi yang diatur dalam *memorandum of understanding* tersebut.
2. Perlunya dibentuk suatu undang-undang maupun peraturan-peraturan pemerintah lain yang secara jelas dan tegas mengatur mengenai kedudukan dan kekuatan hukum *memorandum of understanding* di Indonesia. Hal tersebut perlu untuk menjamin terwujudnya kepastian hukum bagi para pihak yang bersangkutan.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdulkadir Muhammad. 2000. *Hukum Perdata Indonesia*. Bandung : PT. Citra Aditya Bakti.
- Agustinus Dawarja dan Aksioma Lase. 2007. *Perjanjian (Pengertian Pokok dan Teknik Perancangannya)*. http://www.lexregis.com/?menu=legal_article> [Surakarta, 1 Mei 2010 pukul 10.00].
- Agus Yudha Hernoko. 2008. *Hukum Perjanjian; Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*. Yogyakarta : LaksBang Mediatama.
- _____. 2003. "Prinsip-Prinsip Negosiasi dalam Kontrak Bisnis". *Yuridika Jurnal Ilmu Hukum*. Vol. 18, No. 3, Mei. Surabaya : Fakultas Hukum Universitas Airlangga.
- Black Henry Campbell. 2004. *Black's Law Dictionary*. Eighth Edition. St. Paul Minn : West Publishing Company.
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan. 2007. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Jakarta : Balai Pustaka.
- Endang Mintorowati. 1999. *Hukum Perjanjian*. Surakarta : UNS Press.
- F.X. Suhardana. 2008. *Contract Drafting (Kerangka Dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak)*. Yogyakarta : Universitas Atma Jaya.
- Gunawan Widjaja dan Kartini Muljadi. 2003. *Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*. Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada.
- Hamish Stewart. 1995. "Where is the Freedom in Freedom of Contract A Comment of Trebilcock's the Limits of the Freedom of Contract". *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 33, No. 2. http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1177142code333799.pdf?abstractid=1177142&mirid=1> [Surakarta, 17 Juli 2010 pukul 14.00]
- Hasanuddin Rahman. 2003. *Contract Drafting Seri Keterampilan Merancang Kontrak Bisnis*. Bandung : PT. Citra Aditya Bhakti.
- Herman. 2009. *Kedudukan Dan Kekuatan Hukum Memorandum of understanding Ditinjau dari Segi Hukum Perikatan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*. <http://herman-notary.blogspot.com/2009/07/kedudukan-dan-kekuatan-hukum-memorandum.html>> [Surakarta, 13 Januari 2010 pukul 13.59].

H.R. Daeng Naja. 2009. *Pengantar Hukum Bisnis Indonesia*. Yogyakarta : Pustaka Yustisia.

http://www.lawskripsi.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=2> [Surakarta, 13 Januari 2010].

J. Satrio. 1999. *Hukum Perikatan Pada Umumnya*. Bandung : Alumni.

Johnny Ibrahim. 2006. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. Malang : Bayumedia Publishing.

Mariam Darus Badruzaman. 1994. *Aneka Hukum Bisnis*. Bandung : Alumni.

_____. 2001. *Kompilasi Hukum Perikatan*. Bandung : PT. Citra Aditya Bakti.

_____. 2004. *K.U.H.Perdata Buku III Hukum Perikatan dengan Penjelasan*. Bandung : Alumni.

Moch Najib Imanullah. 2004. "Penerapan Asas-asas Hukum Perjanjian Dalam Kontrak Pengadaan Barang/Jasa Instansi Pemerintah". *Yustisia Jurnal Hukum*. Edisi 66. Tahun XVI. Surakarta : Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret.

Munir Fuady. 2002. *Hukum Bisnis Dalam Teori dan Praktek*. Buku Keempat. Bandung : PT. Citra Aditya Bakti.

_____. 2003. *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*. Bandung : PT. Citra Aditya Bakti.

_____. 2005. *Pengantar Hukum Bisnis (Menata Bisnis Modern di Era Global)*. Bandung : PT. Citra Aditya Bakti.

Peter Mahmud Marzuki. 2008. *Penelitian Hukum*. Jakarta : Kencana.

_____. 2003. "Batas-Batas Kebebasan Berkontrak". *Yuridika Jurnal Ilmu Hukum*. Vol. 18, No. 3, Mei. Surabaya : Fakultas Hukum Universitas Airlangga.

Purwakhid Patrik. 1993. *Asas Iktikad Baik dan Kepatutan Sebagai Dasar Untuk Merevisi Isi Perjanjian*. Jakarta : Elips Project.

Richard Burton Simatupang. 2003. *Aspek Hukum dalam Bisnis*. Jakarta : Rineka Cipta.

- Riduan Khairandy. 2003. *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*. Jakarta : Pasca Sarjana FH UI.
- Riduan Syahrani. 2004. *Seluk Beluk dan Asas-asas Hukum Perdata*. Bandung : PT. Alumni.
- R.J.P. Kottenhagen. 2006. "From Freedom of Contract to Forcing Parties to Agreement". *Journal of the University of Baltimore Center of International and Comparative Law*. Vol. 61, No. 95.
- Salim H.S. 2007. *Perancangan Kontrak & Memorandum of understanding*. Jakarta : Sinar Grafika.
- _____. 2003. *Hukum Kontrak&Teknik Penyusunan Kontrak*. Jakarta : Sinar Grafika.
- _____. 2005. *Perkembangan Hukum Kontrak Innominnat di Indonesia*. Jakarta : Sinar Grafika.
- Subekti dan Tjitrosudibio. 2008. *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*. Jakarta : Pradnya Paramita.
- Sudikno Mertokusumo. 2002. *Hukum Acara Perdata Indonesia*. Yogyakarta : Liberty.
- Suharnoko. 2007. *Hukum Perjanjian Teori dan Analisa Kasus*. Jakarta : Kencana.
- Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional.
- Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris.
- Yahya Harahap. 1986. *Segi-segi Hukum Perjanjian*. Bandung : Alumni.
- Yohanes Sogar Simamora. 2009. *Hukum Perjanjian ; (Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa oleh Pemerintah)*. Yogyakarta : LaksBang Pressindo.