

**KAJIAN HUKUM TERHADAP KEKUATAN
MENGIKAT *MEMORANDUM OF
UNDERSTANDING* DITINJAU DARI PASAL 1233
KUHPERDATA¹**

Oleh : Serjio Saeh²

Liju Z. Viany³

Deine R. Ringkuangan⁴

ABSTRAK

Tujuan dilakukannya penelitian ini adalah untuk mengetahui bagaimana kekuatan mengikat *Memorandum of Understanding* ditinjau dari Pasal 1233 KUHPerdatan bagaimana akibat hukum bila terjadi suatu pengingkaran klausula dari *Memorandum of Understanding* di manadengan metode penelitian hukum normatif disimpulkan: 1. Ada perbedaan pendapat tentang kekuatan mengikat dari *Memorandum of Understanding* yaitu pertama ,MOU merupakan suatu persetujuan atau kesepakatan yang tidak mempunyai akibat hukum, yang kedua MOU merupakan suatu bukti awal terjadinya suatu kesepakatan mengenai masalah-masalah pokok dan kesepakatan pendahuluan perintis lahirnya suatu kerja sama yang sebenarnya dalam bentuk formal. Kekuatan mengikat berdasarkan KUHPerdada disetarakan dengan perjanjian apabila dalam perjanjian dicantumkan klausula-klausula tentang hak dan kewajiban para pihak dan apabila tidak dilaksanakan dapat digugat di Pengadilan berdasarkan asas perjanjian. 2. Pengingkaran terhadap substansi *memorandum of understanding* terhadap para pihak yang tidak berkedudukan sebagai kontrak atau perjanjian hanya sanksi moral, yang penyelesaiannya melalui musyawarah/mufakat, sedangkan yang berbentuk kontrak atau perjanjian yang formal dapat dituntut ganti kerugian sesuai dengan jumlah kerugian yang diderita dan tuntutan pemenuhan prestasi
Kata kunci: memorandum of understanding;

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Pada hakikatnya suatu perjanjian berawal dari dua pihak yang memiliki kepentingan yang

berbeda. Dari perbedaan inilah, sehingga sebelum melakukan sebuah perjanjian dilakukan sebuah negosiasi antara kedua belah pihak. Setelah adanya kesepakatan dan kesepakatan diantara kedua pihak, maka dilakukan proses prakontraktual yang dimana salah satunya adalah proses nota kesepakatan atau yang lebih dikenal dengan *Memorandum of Understanding* (MOU).

B. Perumusan Masalah

1. Bagaimana kekuatan mengikat *Memorandum of Understanding* ditinjau dari Pasal 1233 KUHPerdada?
2. Bagaimana akibat hukum bila terjadi suatu pengingkaran klausula dari *Memorandum of Understanding*?

C. Metode Penelitian

Penelitian hukum ini termasuk dalam penelitian hukum doctrinal.

PEMBAHASAN

A. Kekuatan Mengikat *Memorandum of Understanding* (MOU) Ditinjau Dari Pasal 1233 KUHPerdada

Dalam Pasal 1233 KUHPerdada menyatakan bahwa: "Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena Undang-Undang, ditegaskan bahwa setiap kewajiban perdata dapat terjadi karena dikehendaki oleh pihak-pihak yang terkait dalam perikatan/perjanjian yang secara sengaja dibuat oleh mereka, ataupun karena ditentukan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dengan demikian, berarti perikatan atau perjanjian adalah hubungan hukum antara dua atau lebih orang (pihak) dalam bidang/lapangan harta kekayaan, yang melahirkan kewajiban pada salah satu pihak dalam hubungan hukum tersebut.

Dalam pelaksanaan suatu perjanjian atau kontrak membawa konsekuensi bahwa seluruh harta kekayaan seseorang atau badan yang diakui sebagai badan hukum, akan dipertaruhkan dan dijadikan jaminan atas setiap perikatan atau kontrak orang perorangan atau badan hukum tersebut, sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 1131 KUHPerdada. Hukum kontrak adalah keseluruhan dari kaidah-kaidah hukum yang mengatur hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata

¹ Artikel Skripsi

² Mahasiswa pada Fakultas Hukum Unsrat, NIM : 1701101091

³ Fakultas Hukum Unsrat, Magister Ilmu Hukum

⁴ Fakultas Hukum Unsrat, Magister Ilmu Hukum

sepakat untuk menimbulkan akibat hukum. Dari pernyataan tersebut dapat diketahui, bahwa perjanjian atau kontrak merupakan hubungan antara seorang dengan orang lain bersepakat untuk melaksanakan sesuatu hal yang dapat menimbulkan akibat hukum.

Dalam Pasal 1313 KUHPerdara disebutkan, bahwa suatu persetujuan adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.⁵ Disini dapat dipahami bahwa kontrak atau perjanjian merupakan perbuatan hukum dimana dua pihak saling mengikatkan diri untuk melaksanakan sesuatu hal, yang merupakan kewajiban bagi masing-masing pihak sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 1338 KUHPerdara, bahwa semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Persetujuan-persetujuan tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu. Persetujuan-persetujuan tersebut harus dilaksanakan dengan itikad baik.⁶

Dari pernyataan tersebut dapat diketahui bahwa kontrak atau perjanjian merupakan ikatan yang dibuat oleh dua pihak, untuk melaksanakan suatu pekerjaan atau kegiatan sesuai dengan kesepakatan yang telah dibuat. Hal ini berarti bahwa dengan tercapainya kesepakatan oleh para pihak melahirkan hak dan kewajiban bagi mereka atau biasanya juga disebut, bahwa kontrak atau perjanjian tersebut sudah bersifat obligatoir, yakni melahirkan kewajiban bagi para pihak untuk memenuhi kontrak tersebut.⁷

Ketentuan-ketentuan yang mengatur tentang perjanjian terdapat dalam Buku ketiga KUHPerdara dengan judul Perikatan. Kata Perikatan mempunyai pengertian yang lebih luas dari kata perjanjian, dimana kata perikatan dapat diartikan sebagai suatu hubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang

lain berkewajiban memenuhi tuntutan itu.⁸ sedangkan Perjanjian dapat diartikan sebagai suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lainnya atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.

Memorandum of Understanding (MOU) tidak hanya dibuat oleh badan hukum privat semata-mata, tetapi juga oleh badan hukum publik. Begitu juga, *Memorandum of Understanding* itu tidak hanya berlaku secara nasional, maka yang menjadi para pihak dalam *Memorandum of Understanding* yang berlaku secara nasional adalah:

1. Badan hukum privat Indonesia dengan badan hukum privat Indonesia lainnya.
2. Badan hukum privat Indonesia dengan pemerintah provinsi atau kabupaten atau kota.
3. Badan hukum privat Indonesia dengan penegak hukum.
4. Badan hukum publik dengan badan hukum publik lainnya.⁹

Yang menjadi objek dalam *Memorandum of Understanding* adalah kerjasama dalam berbagai bidang kehidupan, seperti bidang ekonomi, perdagangan, kehutanan dan sebagainya.

Bentuk *Memorandum of Understanding* yang dibuat antara para pihak adalah tertulis. Adapun substansi *Memorandum of Understanding* itu telah ditentukan oleh kedua belah pihak. Dalam berbagai literatur tidak kita temukan tentang struktur atau susunan dari sebuah *Memorandum of Understanding*. Sebelum dirumuskan tentang struktur tentang *Memorandum of Understanding*, maka kita harus melihat substansi *Memorandum of Understanding* yang dibuat para pihak. Dengan demikian, *Memorandum of Understanding* merupakan bentuk perjanjian yang dapat dikategorikan sebagai pra kontrak atau perjanjian pendahuluan yang nantinya akan diikuti dan dijabarkan dalam perjanjian lain yang mengaturnya secara detail.

Di dalam berbagai peraturan perundang-undangan tidak kita temukan ketentuan yang khusus mengatur tentang *Memorandum of Understanding*, namun apabila kita memperhatikan substansi *Memorandum of*

⁵ Lihat Pasal 1313 KUHPerdara.

⁶ Subekti dan H Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1985, hal 307.

⁷ Ahmad Miru, *Hukum Kontrak Perancangan Kontrak*, PT RajaGrafindo, Jakarta, 2010, hal 3.

⁸ Subekti, *Hukum Perjanjian*, InterMasa, Jakarta, 1992, hal 1.

⁹ Salim HS, *et. al*, *Op Cit*, hal. 53.

Understanding, maka jelaslah bahwa di dalamnya tentang hal-hal yang bersifat umum dan bersifat kesepakatan seperti dalam Pasal 1233. Pasal 1320 dan Pasal 1338 KUHPerduta. Pasal 1233 KUHPerduta menyebutkan Perikatan lahir karena persetujuan dan undang-undang, kemudian Pasal 1320 KUHPerduta mengatur tentang syarat-syarat sahnya perjanjian. Salah satu syarat sahnya perjanjian itu adalah adanya konsensus para pihak. Disamping itu, yang dapat dijadikan dasar hukum pembuatan *Memorandum of Understanding* adalah Pasal 1338 KUHPerduta berbunyi semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk:¹⁰

1. Membuat atau tidak membuat perjanjian.
2. Mengadakan perjanjian dengan siapa pun.
3. Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan dan persyaratannya.
4. Menentukan bentuknya perjanjian yaitu tertulis atau lisan.

Asas ini 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.

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata maupun dalam peraturan perundang-undangan lainnya, tidak ada suatu ketentuan yang mengatur secara khusus tentang *Memorandum of Understanding*. Apabila kita menganalisis substansi *Memorandum of Understanding*, tampaknya bahwa substansinya berisi kesepakatan para pihak untuk melakukan kerja sama dalam berbagai bidang kehidupan, seperti kerja sama dalam bidang ekonomi, pendidikan, pasar modal dan lainnya. Apabila telah terjadi persesuaian pernyataan kehendak dan telah ditandatangani kerja sama itu, maka *Memorandum of Understanding* telah mempunyai kekuatan untuk dapat

dilaksanakan. Artinya bahwa *Memorandum of Understanding* mempunyai kekuatan mengikat. Akan tetapi dalam prakteknya, apabila salah satu pihak tidak melaksanakan isi *Memorandum of Understanding*, maka salah satu pihak tidak pernah mempersoalkan hal itu atau menggugat ke pengadilan.

Ray Wijaya mengemukakan kekuatan mengikat dari *Memorandum of Understanding*, bahwa dari sudut pandang Indonesia, tampaknya para ahli hukum Indonesia masih berbeda pendapat tentang makna dari *Memorandum of Understanding* tersebut. Satu pihak berpendapat bahwa *Memorandum of Understanding* merupakan suatu persetujuan atau kesepakatan yang tidak mempunyai akibat hukum, sedangkan pihak yang lain menganggap bahwa *Memorandum of Understanding* itu merupakan suatu bukti awal telah terjadi atau tercapainya saling pengertian mengenai masalah-masalah pokok. Artinya, telah terjadi pemahaman awal antara pihak yang bernegosiasi sebagaimana yang dituangkan dalam *Memorandum of Understanding* oleh para pihak untuk melakukan kerja sama. Oleh karenanya, kesepakatan awal ini merupakan pendahuluan untuk merintis lahirnya suatu kerja sama yang sebenarnya, yang kemudian baru diatur dan dituangkan secara lebih rinci dalam perjanjian kerja sama dalam bentuk yang lebih formal.

Pandangan ini hanya mendeskripsikan tentang kekuatan mengikat dari *Memorandum of Understanding* dari berbagai pandangan ahli hukum lainnya. Dalam deskripsi ini, Ray Wijaya mengemukakan dua pandangan tentang kekuatan mengikat dari *Memorandum of Understanding*, yaitu:¹¹

1. Bahwa *Memorandum of Understanding* hanya merupakan suatu persetujuan atau kesepakatan yang tidak mempunyai akibat hukum,
2. Bahwa *Memorandum of Understanding* itu merupakan suatu bukti awal telah terjadi atau tercapai saling pengertian mengenai masalah-masalah pokok.

Hikmahanto Juwana mengemukakan pandangannya tentang penggunaan istilah *Memorandum of Understanding*. Ia mengemukakan bahwa penggunaan istilah *Memorandum of Understanding* harus

10 Salim HS, Abdulah dan Wiwiek, *Perancangan Kontrak & Memorandum of Understanding, (MOU)* Sinar Grafika, 2007, Jakarta, hal. 48.

11 *Ibid*, hal. 55.

dibedakan dari segi teoritis dan praktis. Secara teoritis, dokumen *Memorandum of Understanding* bukan merupakan hukum yang mengikat para pihak. Agar mengikat secara hukum, harus ditindaklanjuti dengan sebuah perjanjian. Kesepakatan dalam *Memorandum of Understanding* lebih bersifat ikatan moral. Secara praktis, *Memorandum of Understanding* disejajarkan dengan perjanjian. Ikatan yang terjadi tidak hanya bersifat moral, tetapi juga ikatan hukum. Titik terpenting bukan pada istilah yang digunakan, tetapi isi atau materi dari nota kesepahaman tersebut.

Munir Fuady juga mengemukakan dua pandangan yang membahas tentang kekuatan mengikat dari *Memorandum of Understanding*, yaitu :

1. Pandangan pertama berpendapat bahwa *Memorandum of Understanding* hanyalah merupakan suatu persetujuan atau kesepakatan. Maksudnya, kekuatan mengikat suatu *Memorandum of Understanding* :
 - a. Tidak sama dengan perjanjian biasa, sungguh pun *Memorandum of Understanding* dibuat bentuk yang paling kuat, seperti dengan akta notaris sekalipun (tetapi dalam praktek jarang *Memorandum of Understanding* dibuat secara notarial).
 - b. Hanya sebatas pengikatan moral belaka, dalam arti tidak ditegakkan secara hukum, dan pihak yang wanprestasi, misalnya tidak dapat digugat ke pengadilan. Sebagai ikatan moral, tentu jika ia wanprestasi, dia dianggap tidak bermoral, dan ikut jatuh reputasinya di kalangan bisnis.
2. Pandangan kedua berpendapat bahwa sekali suatu perjanjian dibuat, apapun bentuknya, lisan atau tertulis, pendek atau panjang, lengkap atau detail ataupun hanya diatur pokok-pokoknya saja, tetap saja merupakan perjanjian dan karenanya mempunyai kekuatan mengikat seperti layaknya suatu perjanjian, sehingga seluruh ketentuan pasal-pasal tentang hukum perjanjian telah bisa diterapkan kepadanya.

Sebelum membahas lebih detail mengenai kedudukan *Memorandum of Understanding* dapat dikatakan sebagai kontrak atau bukan, maka disini akan dikemukakan terlebih dahulu

mengenai asas-asas yang berlaku dalam hukum kontrak.

Asas-asas tersebut antara lain hukum kontrak bersifat mengatur, Sebagaimana diketahui bahwa hukum dapat dibagi menjadi dua bagian yaitu, hukum memaksa dan hukum mengatur. Hukum tentang kontrak pada prinsipnya tergolong kepada hukum yang mengatur. Artinya bahwa hukum tersebut baru berlaku sepanjang para pihak tidak mengaturnya lain. Jika para pihak dalam kontrak mengaturnya secara lain dari yang diatur dalam hukum kontrak, maka yang berlaku adalah apa yang diatur sendiri oleh para pihak tersebut kecuali undang-undang menentukan lain.

Mengetahui materi atau substansi apa saja yang diatur dalam pasal-pasal *Memorandum of Understanding* sangat penting, karena apakah dalam materi yang tercantum dalam *Memorandum of Understanding* tersebut terdapat unsur-unsur yang akan membuat salah satu pihak dirugikan apabila ada salah satu materi dalam *Memorandum of Understanding* tersebut yang diingkari. Maka dalam hal ini berdasarkan teori mengenai wanprestasi yaitu tentang hilangnya keuntungan yang diharapkan, dimana salah satu pihak merasa rugi dan merasa kehilangan suatu keuntungan yang besar dari pembatalan *Memorandum of Understanding* tersebut, maka *Memorandum of Understanding* yang telah dibuat tersebut dapat dikategorikan suatu kontrak atau setingkat dengan perjanjian berdasarkan Pasal 1338 KUHPerduta. Dalam Teori kepercayaan merugi juga telah dinyatakan dengan jelas bahwa kontrak sudah dianggap ada jika dengan kontrak yang bersangkutan sudah menimbulkan kepercayaan bagi pihak terhadap siapa janji itu diberikan sehingga pihak yang menerima janji tersebut karena kepercayaannya itu akan menimbulkan kerugian jika janji itu tidak terlaksana.

Dan menurut pendapat ini untuk mencari alas yuridis yang tepat bagi penggunaan *Memorandum of Understanding* adalah terdapat dalam Pasal 1338 ayat 1 KUHPerduta yang artinya apapun yang dibuat sesuai kesepakatan kedua belah pihak, merupakan hukum yang berlaku baginya sehingga mengikat kedua belah pihak tersebut. Selain itu menurut asas kebebasan berkontrak dan asas

konsensual maka hal apa saja asalkan halal menurut hukum dan telah secara bebas disepakati maka berlaku suatu perjanjian atau jika diterapkan secara tertulis maka hal tersebut bisa dikatakan sebagai kontrak atau perjanjian.

Suatu perjanjian jika yang diatur hanya hal-hal pokok saja, maka mengikatnya pun hanya terhadap hal-hal pokok tersebut. Sama halnya jika suatu perjanjian hanya berlaku untuk suatu jangka waktu tertentu, maka mengikatnya pun hanya untuk jangka waktu tertentu tersebut. Sungguh pun para pihak tidak dapat dipaksakan untuk membuat perjanjian yang lebih rinci sebagai tindak lanjut dari *Memorandum of Understanding*, paling tidak, selama jangka waktu perjanjian itu masih berlangsung, para pihak tidak boleh membuat perjanjian yang sama dengan pihak lain. Ini tentu jika dengan tegas disebutkan untuk itu dalam *Memorandum of Understanding* tersebut.

Berdasarkan uraian tersebut diatas, maka dapat disimpulkan bahwa untuk mengetahui kedudukan dari *Memorandum of Understanding* diperlukan suatu pengamatan yang teliti terhadap substansi yang terdapat dalam *Memorandum of Understanding* tersebut, apakah materinya mengandung unsur kerugian non moral atau kerugian secara finansial apabila tidak dilakukannya pemenuhan prestasi dan apakah dalam *Memorandum of Understanding* mengandung sanksi atau tidak. Apabila menimbulkan suatu kerugian non moral yaitu material dan mengandung suatu sanksi yang jelas bagi para pihak yang mengingkarinya, maka *Memorandum of Understanding* tersebut sudah berkedudukan sebagai kontrak dan dianggap sudah setingkat dengan perjanjian berdasarkan Pasal 1338 KUHPerdara mengenai kebebasan berkontrak.

Walaupun *Memorandum of Understanding* tidak pernah disebutkan dengan tegas bahwa itu merupakan suatu kontrak, akan tetapi kenyataannya kesepakatan semacam *Memorandum of Understanding* ini memang ada seperti yang ditegaskan dalam teori kontrak yakni sudah disebut sebagai kontrak, walaupun tidak pernah disebutkan dengan tegas tetapi ada kenyataan, pada prinsipnya dapat diterima sebagai kontrak yang sempurna.

Memorandum of Understanding dalam hal ini dapat disebut sebagai suatu kontrak dengan segala macam konsekuensinya. Tetapi apabila dalam *Memorandum of Understanding* tersebut hanya mengenai suatu hal belum final dan masih membutuhkan perjanjian lain sebagai pendukungnya dan dalam *Memorandum of Understanding* tersebut tidak terdapat sanksi yang jelas terhadap pihak yang mengingkarinya, maka *Memorandum of Understanding* tersebut hanya berkedudukan dalam hal kesepakatan mengenai suatu proyek-proyek besar. Dan hal ini tentunya tidak mempunyai efek apapun terhadap kekuatan hukum suatu *Memorandum of Understanding*.

Karena adanya bermacam-macam pendapat mengenai kedudukan dan kekuatan mengikat dari *Memorandum of Understanding*, maka dikenal dua macam pendapat sebagai berikut :

1. *Gentlemen Agreement*

Pendapat ini mengajarkan bahwa *Memorandum of Understanding* hanyalah merupakan suatu *gentlemen agreement* saja. Maksudnya kekuatan mengikatnya suatu *Memorandum of Understanding* tidak sama dengan perjanjian biasa, sungguh pun *Memorandum of Understanding* dibuat dalam bentuk yang paling kuat seperti dengan akta notaris sekalipun (tetapi dalam praktek jarang *Memorandum of Understanding* dibuat secara notarial). Bahkan menurut pendapat golongan ini menyatakan bahwa *Memorandum of Understanding* mengikat sebatas pada pengakuan moral belaka, dalam arti tidak punya daya ikat secara hukum.

2. *Agreement is Agreement*

Ada juga pihak yang berpendapat bahwa sekali suatu perjanjian dibuat, apapun bentuknya. Lisan atau tertulis, pendek atau panjang, lengkap/ detil ataupun hanya diatur pokok-pokoknya saja, tetap saja merupakan suatu perjanjian, dan karenanya mempunyai kekuatan hukum mengikat layaknya suatu perjanjian, sehingga seluruh ketentuan pasal-pasal tentang hukum perjanjian telah bisa diterapkan kepadanya. Dan menurut pendapat ini untuk mencari alas yuridis yang tepat bagi penggunaan *Memorandum of Understanding* adalah

terdapat dalam pasal 1338 ayat 1 KUH Perdata yang artinya apapun yang dibuat sesuai kesepakatan kedua belah pihak, merupakan hukum yang berlaku baginya sehingga mengikat kedua belah pihak tersebut. Selain itu menurut asas kebebasan berkontrak dan asas konsensual maka hal apa saja asalkan halal menurut hukum dan telah secara bebas disepakati maka berlaku suatu perjanjian atau jika diterapkan secara tertulis maka hal tersebut bisa dikatakan sebagai kontrak.¹²

Pijakan lain dari pendapat diatas adalah dengan menggunakan suatu teori yang disebut teori *promissory estoppel*. Teori *promissory estoppel* atau disebut juga dengan *detrimental reliance* mengajarkan bahwa dianggap ada kesesuaian kehendak di antara para pihak jika pihak lawan telah melakukan sesuatu sebagai akibat dari tindakan-tindakan pihak lainnya yang dianggap merupakan tawaran untuk ikatan suatu kontrak.¹³

Doktrin lainnya adalah Teori kontrak *quasi* (*quasi contract* atau *implied in law*). Teori ini mengajarkan bahwa dalam hal-hal tertentu, apabila dipenuhi syarat-syarat tertentu, maka hukum dapat menganggap adanya kontrak di antara para pihak dengan berbagai konsekuensinya, sungguhpun dalam kenyataannya kontrak tersebut tidak pernah ada.¹⁴

Walaupun *Memorandum of Understanding* tidak pernah disebutkan dengan tegas bahwa itu merupakan suatu kontrak, akan tetapi kenyataannya kesepakatan semacam *Memorandum of Understanding* ini memang ada seperti yang ditegaskan dalam teori kontrak *de facto* (*implied in-fact*), yakni sudah disebut sebagai kontrak, walaupun tidak pernah disebutkan dengan tegas tetapi ada kenyataan, pada prinsipnya dapat diterima sebagai kontrak yang sempurna.¹⁵ *Memorandum of Understanding* dalam hal ini apabila dikaitkan dengan teori ini maka kedudukannya dapat disebut sebagai suatu kontrak dan kekuatan hukumnya akan

mengikat pihak-pihak yang melanggar dengan ketentuan wanprestasi seperti diatur dalam KUHPerdata.

Para ahli hukum sendiri dalam memandang *Memorandum of Understanding* masih banyak yang berbeda pendapat yang mana di satu sisi ada yang mengatakan bahwa *Memorandum Of Understanding* bukanlah suatu perjanjian karena isinya belum mencerminkan hakikat perjanjian. Sementara sebagian ahli hukum yang lain berpendapat bahwa MOU merupakan perjanjian karena dasar dan intisarinya dapat dianggap memenuhi persyaratan dari perjanjian sehingga tentu mengikat para pihak yang terlibat didalamnya

Untuk menilai apakah suatu MOU mengikat atau tidak terhadap para pihak yang terlibat didalamnya, maka kita perlu melihat substansi yang ada dalam klausula-klausula atau pasal-pasal yang ada didalamnya. MOU tersebut, apakah pasal-pasal yang ada di dalamnya mengatur mengenai hak-hak beserta kewajiban dari para pihak atau tidak, karena apabila MOU tersebut telah mengatur mengenai hak dan kewajiban para pihak yang terlibat di dalamnya, maka MOU tersebut jelas dapat disetarakan dengan sebuah kontrak karena terdapat suatu prestasi yang harus diberikan oleh satu pihak kepada pihak lainnya yang terikat dalam MOU tersebut. Tentunya dengan kondisi seperti ini maka terdapat unsur hukum yang melekat di dalamnya, terutama apabila terjadi penyelewengan atau ketidakmampuan untuk memenuhi prestasi sebagaimana yang tertera dalam MOU yang telah disepakati oleh para pihak, karena apabila MOU tersebut telah membahas mengenai kewajiban dan hak para pihak dan ditandatangani oleh para pihak. Maka jelas itu mengikat dan berwanprestasi apabila tidak terpenuhi.

Tolok ukur kekuatan mengikat suatu *Memorandum of Understanding*, kita harus melihat ada atau tidaknya hak dan kewajiban yang akan muncul sebagai akibat dari MOU tersebut. Jika MOU menimbulkan kewajiban seperti denda bagi pihak yang membatalkan kerja sama tersebut, maka kewajiban membayar denda tersebut mengikat, sehingga dalam pembuatannya jelas perlu dibuatkan pasal-pasal penegas yang mana isinya menyelaraskan mengenai batas berlakunya suatu MOU misalnya, jika dalam satu minggu

12 Munir Fuady, *Hukum Bisnis Dalam Teori dan Praktek Buku Kedua*, Aditya Bakti, Bandung 1999, hal. 92-94.

13 *Ibid*, hal. 8.

14 *Ibid*, hal 10.

15 *Ibid*, hal 12.

kontrak yang dimaksud tidak juga kunjung ditandatangani, maka hubungan kerja diantara para pihak batal demi hukum sehingga para pihak dengan ini menjadi tidak memiliki kewajiban untuk melaksanakan kerja sama yang telah disepakati.¹⁶

Dengan demikian, apabila MOU yang dibuat para pihak memuat hal-hal yang bersubstansi pencantuman hak dan kewajiban dalam pasal-pasalnya, maka MOU jelas dapat disejajarkan dengan kontrak atau secara implisit dapat dikatakan sebagai suatu kontrak atau perjanjian, karena suatu titel atau judul tidak mencerminkan sama sekali hak dan kewajiban yang dicantumkan pada isinya.

B. Akibat hukum jika salah satu pihak melakukan pengingkaran terhadap Klausul *Memorandum of Understanding*

Pengingkaran yang terjadi dalam substansi dari *Memorandum of Understanding* dapat dikategorikan menjadi dua bagian yaitu :

- a. Pengingkaran terhadap substansi *Memorandum of Understanding* yang tidak berkedudukan sebagai kontrak.
- b. Pengingkaran substansi *Memorandum of Understanding* yang berkedudukan sebagai kontrak atau wanprestasi.

Untuk *Memorandum of Understanding* yang sifatnya bukan merupakan suatu kontrak maka tidak ada sanksi apapun bagi pihak yang mengingkarinya kecuali sanksi moral. Upaya penyelesaian untuk masalah ini lebih pada musyawarah untuk mencari suatu jalan keluarnya. Adanya sanksi moral dalam hal ini dimisalkan bahwa pihak yang mengingkari *Memorandum of Understanding* hanya mendapatkan suatu cap buruk pada suatu hari bila ia mengadakan suatu perjanjian lagi terhadap pihak lain maka kemungkinan dia tidak akan dipercaya lagi dan tidak akan ada lagi yang akan melakukan kerjasama bisnis lagi dengannya.

Hal-hal yang dapat dituntut oleh kreditur bila terjadi wanprestasi tersebut antara lain: dapat meminta pemenuhan prestasi, dapat meminta penggantian kerugian saja, yaitu kerugian yang dideritanya, karena perjanjian tidak atau terlambat dilaksanakan, atau dilaksanakan tetapi tidak sebagaimana

mestinya, dapat menuntut pemenuhan prestasi disertai dengan penggantian kerugian yang diderita sebagai terjadinya wanprestasi, dapat meminta pembatalan perjanjian. Apabila dalam suatu kontrak ada provisi atau ketentuan Pasal yang menentukan jumlah ganti rugi yang harus dibayar oleh pihak debitur jika debitur tersebut wanprestasi, maka pembayaran ganti rugi tersebut hanya sejumlah yang ditetapkan dalam kontrak tersebut, tidak boleh dilebihi atau dikurangi (Pasal 1249 KUH Perdata). Jadi artinya harus terjadi suatu pemenuhan prestasi yang seimbang dalam kontrak tersebut. Akan tetapi jika jumlah kerugian yang disebut dalam kontrak terlalu besar, sangat memberatkan bahkan tidak masuk akal, tentu tidak masuk akal pula jika jumlah yang sangat besar tersebut harus dibayar oleh pihak debitur sebagai suatu pemenuhan prestasi sungguhpun dia sudah terbukti melakukan wanprestasi.

Akan tetapi, penentuan jumlah ganti rugi dalam suatu *Memorandum of Understanding* sebagai kontrak dapat mengundang banyak persoalan yuridis. Misalnya ganti rugi dalam bentuk apa yang diperbolehkan, apa ada batas-batasnya, dan bagaimana pula jika ganti rugi tersebut terlalu memberatkan sehingga sebenarnya sudah merupakan suatu hukuman, sehingga tidak sesuai lagi dengan teori sama nilai dimana teori ini mengajarkan bahwa suatu kontrak harus memberikan prestasinya yang seimbang atau sama nilai. Jelasnya adalah bahwa antara ganti rugi dan penalty tujuannya masing-masing berbeda.

Ketentuan sebagaimana diatur oleh Pasal 1249 tersebut harus dibaca bahwa dalam Undang-undang mengisyaratkan bahwa penentuan jumlah ganti rugi dalam kontrak oleh para pihak dalam kontrak tersebut memang dimungkinkan. Hal ini sesuai dengan prinsip kebebasan berkontrak. Untuk menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban dari kedua belah pihak dalam kontrak yang bersangkutan mengenai pemberian ganti rugi, maka dalam hukum kontrak didapatkan petunjuk-petunjuk sebagai berikut:

- a. Merupakan suatu estimasi yang masuk akal atas suatu Kompensasi yang adil.
- b. Jumlah ganti rugi tersebut harus masuk akal baik ditinjau pada saat dibuatnya suatu kontrak ataupun pada saat terjadinya wanprestasi.

¹⁶ Dadang Sukandar, *Membuat Suatu Perjanjian*, CV Andi offset, Jakarta, 2011, hal 18.

- c. Merupakan ganti rugi jika penentuan jumlah dalam kontrak tersebut merupakan usaha dengan itikad baik untuk melaksanakan estimasi yang benar. Jika tidak demikian, itu namanya *penalty*.
- d. Jumlah ganti rugi harus layak dimana jumlah ganti rugi yang disebutkan dalam kontrak tersebut harus masuk akal dan tidak boleh berlebihan.

Menurut pendapat yang sebenarnya lebih formal dan legalistis ini, kalau suatu perjanjian mengatur hal-hal yang pokok saja, maka mengikatnya pun hanya terhadap hal-hal yang pokok tersebut. Atau jika suatu perjanjian hanya berlaku untuk suatu jangka waktu tertentu, maka mengikatnya pun hanya untuk jangka waktu tersebut juga, para pihak tidak dapat dipaksakan untuk membuat perjanjian yang lebih rinci secara detail dari *Memorandum of Understanding*. Paling tidak, selama jangka waktu perjanjian itu masih berlangsung, para pihak tidak dapat membuat perjanjian yang sama dengan pihak lain. Hal ini tentu jika dengan tegas disebutkan untuk itu dalam *Memorandum of Understanding* tersebut.

Pelanggaran terhadap ketentuan ini berarti telah melakukan wanprestasi sehingga dapat digugat ke pengadilan menurut hukum yang berlaku. Apabila kita memperhatikan pandangan yang kedua, maka jelas bahwa apabila salah satu pihak tidak melaksanakan substansi *Memorandum of Understanding*, maka salah satu pihak dapat membawa persoalan itu ke pengadilan dan pengadilan dapat memerintahkan salah satu pihak untuk melaksanakan substansi *Memorandum of Understanding* secara konsisten. Dalam realitasnya, apabila salah satu pihak tidak melaksanakan substansi *Memorandum of Understanding*, maka pihak lainnya tidak pernah menggugat persoalan itu ke pengadilan. Ini berarti bahwa *Memorandum of Understanding* hanya mempunyai kekuatan mengikat secara moral. Adapun pola penyelesaian suatu bentuk atau kerangka untuk mengakhiri suatu pertikaian atau sengketa yang terjadi antara para pihak.

Pola penyelesaian sengketa dapat dibagi menjadi dua macam yaitu:

1. Melalui pengadilan.
2. Alternatif penyelesaian sengketa.

Penyelesaian sengketa melalui pengadilan (litigasi) adalah suatu pola penyelesaian sengketa yang terjadi antara para pihak yang bersangkutan melalui jalur pengadilan. Putusannya bersifat mengikat. Penggunaan sistem litigasi mempunyai keuntungan dan kekurangannya dalam penyelesaian suatu sengketa. Keuntungannya, yaitu:

1. Dalam mengambil alih keputusan dari para pihak, litigasi sekurang-kurangnya dalam batas tertentu menjamin bahwa kekuasaan tidak dapat mempengaruhi hasil dan dapat menjamin ketentraman sosial.
2. Litigasi sangat baik sekali untuk menemukan kesalahan-kesalahan dan masalah-masalah dalam posisi pihak lawan.
3. Litigasi memberikan suatu standar bagi prosedur yang adil dan memberikan peluang yang luas kepada para pihak untuk didengar keterangannya sebelum mengambil keputusan.
4. Litigasi membawa nilai-nilai masyarakat untuk penyelesaian sengketa pribadi.
5. Dalam sistem litigasi, para hakim menerapkan nilai-nilai masyarakat yang terkandung dalam hukum untuk menyelesaikan sengketa.¹⁷

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa litigasi tidak hanya menyelesaikan sengketa, tetapi lebih dari itu juga menjamin suatu bentuk ketertiban umum, yang tertuang dalam Undang-undang secara eksplisit maupun implicit. Penyelesaian sengketa melalui alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian ahli, Pasal 1 ayat 10 Undang-undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan alternatif pilihan penyelesaian sengketa.

Apabila kita mengacu pada ketentuan Pasal 1 ayat 10 Undang-undang No. 30 Tahun 1999, maka cara penyelesaian sengketa melalui alternatif penyelesaian sengketa dibagi menjadi 5 lima cara yaitu: Konsultasi, Negosiasi, Mediasi, Konsiliasi, Penilaian ahli. Di dalam literatur juga disebutkan dua pola penyelesaian

¹⁷ Salim HS., et.al, *Op. Cit*, hal. 67.

sengketa, yaitu: Suatu prosedur di dalam penyelesaian sengketa di mana putusan hakim dalam suatu perkara mengikat para pihak, Suatu proses penyelesaian sengketa, di mana putusan hakim atau putusan orang yang ditunjuk di dalam memutuskan perkara tidak mengikat para pihak.

Kedua penyelesaian sengketa itu berbeda antara satu dengan yang lainnya. Perbedaannya terletak pada kekuatan mengikat dari putusan yang dihasilkan oleh institusi tersebut. Artinya, dengan adanya putusan itu para pihak dapat menyetujui atau menolak isi putusan tersebut. Persamaan dari kedua pola penyelesaian sengketa tersebut adalah sama-sama memberikan putusan atau pemecahan dalam suatu kasus.

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Ada perbedaan pendapat tentang kekuatan mengikat dari *Memorandum of Understanding* yaitu pertama ,MOU merupakan suatu persetujuan atau kesepakatan yang tidak mempunyai akibat hukum, yang kedua MOU merupakan suatu bukti awal terjadinya suatu kesepakatan mengenai masalah-masalah pokok dan kesepakatan pendahuluan perintis lahirnya suatu kerja sama yang sebenarnya dalam bentuk formal. Kekuatan mengikat berdasarkan KUHPerdata disetarakan dengan perjanjian apabila dalam perjanjian dicantumkan klausula-klausula tentang hak dan kewajiban para pihak dan apabila tidak dilaksanakan dapat digugat di Pengadilan berdasarkan asas perjanjian.
2. Peningkaran terhadap substansi *memorandum of understanding* terhadap para pihak yang tidak berkedudukan sebagai kontrak atau perjanjian hanya sanksi moral, yang penyelesaiannya melalui musyawarah/mufakat, sedangkan yang berbentuk kontrak atau perjanjian yang formal dapat dituntut ganti kerugian sesuai dengan jumlah kerugian yang diderita dan tuntutan pemenuhan prestasi.

B. Saran

1. Agar terciptanya kejelasan dalam hukum mengenai sifat sebuah kesepakatan yang dibuat, jika apa yang disepakati adalah hal yang sangat penting maka hendaknya dibuat dihadapan notaris, karena akan memberikan legalitas pada akta yang dibuat.
2. Apabila terjadi peningkaran terhadap substansi dari *Memorandum of Understanding* yang sifatnya hanya merupakan kesepakatan biasa yang hanya mempunyai sanksi moral didalamnya, maka hendaknya seseorang yang melakukan bisnis langsung melakukan *black list* terhadap pihak yang mengingkari tersebut dan tidak melakukan deal-deal kerjasama lagi dengan pihak tersebut. Apabila terjadi peningkaran terhadap substansi dari *Memorandum of Understanding* yang sifatnya sudah merupakan kontrak atau setingkat dengan perjanjian, maka hendaknya pebisnis menyelesaikannya masalah tersebut di dalam pengadilan karena akan memberikan kepastian hukum dalam pengganti

DAFTAR PUSTAKA

- Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung 2000.
- Hamzah Andi, *Kamus Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986.
- Kitab Undang-undang Hukum Perdata
- Mariam Darus Badruzaman. *Kompilasi Hukum Perikatan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Mashudi dan Moch. Chidir Ali, *Pengertian-pengertian Elementer Hukum Perjanjian Perdata*, Mandar Maju, Bandung, 2001.
- Miru Ahmad, *Hukum Kontrak Perancangan Kontrak*, PT RajaGrafindo, Jakarta, 2010.
- Munir Fuady, *Hukum Bisnis Dalam Teori dan Praktek*, Buku Keempat, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002.
- Peter Mahmud Marzuki. *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010.
- Prodjodikoro Wirjono, *Azas-Azas Hukum Perjanjian*, Sumur Bandung, Bandung, 1993.

- Salim HS, Abdulah dan Wiwiek, *Perancangan Kontrak & Memorandum of Understanding*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007.
- Salim. H. *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*. PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004.
- Satrio. J. *Hukum Perikatan, Perikatan Pada Umumnya*, Alumni, Bandung, 1999.
- _____, *Parate Eksekusi Sebagai Sarana Menghadapi Kredit Macet*, Citra Aditya, Bandung, 1993.
- Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 2006.
- Subekti dan H Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1985.
- Subekti, *Hukum Perjanjian*, InterMasa, Jakarta, 1992.
- Sukandar Dadang, *Membuat Suatu Perjanjian*, CV Andi offset, Jakarta, 2011.
- Yahya Harahap. M. *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1986.
- Yan Pramudya Puspa, *Kamus Hukum*, CV. Aneka Ilmu, Semarang, 1977.