

**KEDUDUKAN DAN KEKUATAN HUKUM
MEMORANDUM OF UNDERSTANDING
DITINJAU DARI SEGI HUKUM KONTRAK¹**

Oleh: **Musdalifah Darise²**

Roosje H. Lasut³

Roy Ronny Lembong⁴

ABSTRAK

Tujuan dilakukannya penelitian ini untuk mengetahui bagaimanakah kedudukan dan kekuatan hukum dari *Memorandum of Understanding* ditinjau dari hukum kontrak dan bagaimana akibatnya jika ada salah satu pihak melakukan pengingkaran terhadap klausul *Memorandum of Understanding*. Dengan menggunakan metode penelitian yuridis normatif disimpulkan: 1. Untuk mengetahui kedudukan dari *Memorandum of Understanding* (MoU) 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 MoU mengandung sanksi atau tidak. Apabila menimbulkan suatu kerugian non moral yaitu material dan mengandung suatu sanksi yang jelas bagi para pihak yang mengingkarinya, maka MoU tersebut sudah berkedudukan sebagai kontrak dan dianggap sudah setingkat dengan perjanjian berdasarkan Pasal 1338 KUHPerdata mengenai kebebasan berkontrak. 2. MoU yang tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat layaknya suatu perjanjian maka dalam hal terjadi pengingkaran terhadap MoU tersebut tidak dapat diajukan gugatan wanprestasi, namun para pihak yang mengikatkan diri dalam kesepakatan tersebut memiliki kewajiban moral untuk dapat mentaati isi dari MoU.

Kata Kunci: Kedudukan Hukum, Kekuatan Hukum, *Memorandum Of Understanding*, Hukum Kontrak.

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Banyak pebisnis tidak menyadari bagaimana pentingnya peran seorang konsultan hukum dalam suatu negosiasi transaksi bisnis.

Sehingga, mereka baru datang ke konsultan hukum setelah timbul sengketa. Padahal dalam banyak hal, sengketa tersebut umumnya dapat dielakkan jika saja permulaan proses pembuatan kontrak sudah diikutsertakan konsultan hukum. Keadaan seperti ini sangat sering terjadi dewasa ini. Baik jika terjadi negosiasi antara sesama pebisnis.

Agar suatu negosiasi bisnis berjalan dengan baik, maka yang mesti hadir di meja negosiasi adalah mereka yang menguasai seluk-beluk bisnis disertai dengan konsultan hukum, mereka yang mewakili kepentingan bisnis akan melihat dari aspek bisnisnya, sementara konsultan hukum akan melihat aspek hukum dan formulasinya ke dalam draft kontrak. Untuk itu kepada para konsultan hukum sendiri dituntut untuk tidak hanya menguasai ilmu hukum kontrak, tetapi juga menguasai dasar-dasar bisnis yang dinegosiasinya. Disamping itu, jika salah satu pihak merupakan pihak asing, seorang konsultan hukum juga harus dituntut untuk bisa berbahasa Inggris dengan sempurna. Bahkan dewasa ini, bagi seorang konsultan hukum yang datang ke meja negosiasi diharapkan pula untuk bisa memakai komputer sendiri, sehingga jalan dan hasil negosiasi dapat lebih cepat dan mulus.⁵ Rumusan yang berlaku umum adalah semakin banyak detail dimasukkan dalam suatu kontrak, maka akan semakin baik pula kontrak tersebut. Karena kalau kepada masalah sekecil-kecilnya sudah disetujui, kemungkinan untuk timbul perselisihan di kemudian hari dapat ditekan serendah mungkin. Karena itu tidak mengherankan jika dalam dunia bisnis terdapat kontrak yang jumlah halamannya puluhan bahkan ratusan lembar. Hanya saja demi alasan praktis terkadang kontrak sengaja dibuat tipis.

Hal ini dilakukan karena yang dilakukan baru hanya ikatan dasar, di mana para pihak belum bisa berpartisipasi atau belum cukup waktu untuk memikirkan detail-detailnya dan agar ada suatu komitmen di antara para pihak, sementara detailnya dibicarakan dikemudian hari. Untuk itu disepakati dahulu prinsip-prinsip dasar dari suatu kesepakatan. Kesepakatan semacam ini sering disebut sebagai *Memorandum of Understanding*. Selanjutnya disingkat M.O.U. Sebelum transaksi bisnis berlangsung, biasanya terlebih dahulu dilakukan

¹ Artikel Skripsi

² Mahasiswa Pada Fakultas Hukum UNSRAT
NIM 18071101177

³ Fakultas Hukum UNSRAT, Magister Ilmu Hukum

⁴ Fakultas Hukum UNSRAT, Magister Ilmu Hukum

⁵Ricardo Simanjatak. *Hukum Kontrak & Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*. Cet. 2 Jakarta: Kontan Publishing. 2011, hlm 19

negosiasi awal. Negosiasi merupakan suatu proses upaya untuk mencapai kesepakatan dengan pihak lain. Dalam negosiasi inilah proses tawar menawar berlangsung. Tahapan berikutnya pembuatan *Memorandum of Understanding*.⁶

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 untuk melihat tingkatkelayakan 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.

Banyak hal yang melatarbelakangi dibuatnya *Memorandum of Understanding* salah satunya adalah karena prospek bisnis suatu usaha dirasa belum jelas benar dan dengan negosiasi yang rumit dan belum ada jalan keluarnya, sehingga dari pada tidak ada ikatan apa-apa maka dibuatlah *Memorandum of Understanding*.⁷ *Memorandum of Understanding* sebenarnya tidak dikenal dalam hukum konvensional di Indonesia, terutama dalam hukum kontrak di Indonesia. Dengan 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 KUHPerduta 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. Dalam hal ini penulis memilih skripsi dengan judul 'Kedudukan dan Kekuatan Hukum *Memorandum of Understanding* Ditinjau dari Segi Hukum Kontrak.'

B. Perumusan Masalah

1. Bagaimana kedudukan dan kekuatan hukum dari *Memorandum of Understanding* ditinjau dari hukum kontrak ?
2. Bagaimana akibatnya jika ada salah satu pihak melakukan pengingkaran terhadap klausul *Memorandum of Understanding* ?

C. Metode Penelitian

Penelitian hukum pada dasarnya merupakan suatu kegiatan ilmiah yang didasarkan pada metode, sistematis, dan pemikiran tertentu, yang bertujuan untuk mempelajari satu atau beberapa gejala hukum tertentu dengan jalan menganalisisnya. Metode Penulisan yang digunakan dalam Penulisan skripsi ini adalah sebagai berikut :

1. Pendekatan Perundang-undangan
Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan normatif. Pendekatan normatif adalah pendekatan yang hanyalah menggunakan data sekunder dengan penyusunan kerangka secara konseptual.⁸ Sedangkan Pendekatan yuridis adalah pendekatan terhadap masalah dengan cara melihat dari segi peraturan perundangan yang berlaku khususnya tentang segala segi hukum yang mengatur mengenai perjanjian.⁹
2. Sumber Bahan Hukum
Penelitian ini menggunakan jenis data sekunder. Pengertian dari data sekunder adalah data yang diperoleh dari sumber lain atau dari hasil kepustakaan antara lain buku, dokumen, artikel, serta literatur lainnya yang berhubungan dengan hak kekayaan intelektual.
3. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum
Penulisan ini dilakukan dengan studi pustaka yaitu dengan cara membaca buku-buku dan mempelajari literatur-literatur yang

⁶Salim HS, et. al, *Perancangan Kontrak & Memorandum of Understanding*, Cet. 5 Sinar Grafika, 2011, Jakarta, hlm. 46.

⁷ Budiono Herlien. *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*. Cet. 2.: PT. Citra Aditya Bakti. Bandung, 2010, hlm 9

⁸Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, Cet. 5, Raja Grafindo Persada, 2001, Jakarta, hlm.13

⁹Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, 1986, Jakarta, hlm. 79.

selanjutnya diolah dan dirumuskan secara sistematis sesuai dengan masing-masing pokok bahasanya.¹⁰

4. Analisa Bahan Hukum

Analisa bahan hukum dalam penulisan skripsi ini menggunakan metode analisis kualitatif, dalam hal ini mengkaji secara mendalam bahan hukum yang ada kemudian digabungkan dengan bahan hukum yang lain, lalu dipadukan dengan teori-teori yang mendukung dan selanjutnya ditarik kesimpulan.¹¹

PEMBAHASAN

A. Kedudukan *Memorandum of Understanding* Ditinjau Dari Hukum Kontrak

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.

Hukum kontrak 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.¹²

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 hal¹³ 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.

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.

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*

¹⁰ Sri Mamudji dan Hang Rahardjo, Teknik Menyusun Karya Tulis Ilmiah, Bahan Kuliah Metodologi Penelitian Hukum, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1999, hlm.1.

¹¹ *Ibid*, hlm.2.

¹² Lex Administratum, Vol. V/No. 9/Nov/2017

¹³ Munir Fuady I, *Op.Cit.*, hal 29-32

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.¹⁴

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 KUHPerdata 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*.

Di dalam berbagai peraturan perundang-undangan tidak kita temukan ketentuan yang khusus mengatur tentang *Memorandum of Understanding*, namun apabila kita memperhatikan substansi *Memorandum of Understanding*, maka jelaslah bahwa di dalamnya berisi kesepakatan para pihak tentang hal-hal yang bersifat umum. Ketentuan yang mengatur tentang kesepakatan telah dituangkan dalam Pasal 1320 KUH Perdata. Pasal 1320 KUH Perdata ini mengatur tentang syarat-syarat sahnya perjanjian. Salah satu syarat sahnya perjanjian itu adalah adanya konsensus para pihak.¹⁵ Di samping itu, yang dapat dijadikan dasar hukum perbuatan *Memorandum of Understanding* adalah Pasal 1338 KUH Perdata.

Pasal 1338 KUH Perdata 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: (1) membuat atau tidak membuat perjanjian; (2) mengadakan perjanjian dengan siapa pun; (3) menentukan isi perjanjian, pelaksanaan, dan persyaratannya; dan (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. Secara internasional, yang menjadi dasar hukum *Memorandum of Understanding* adalah Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional. Dalam Pasal 1 huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional telah disebutkan pengertian perjanjian Internasional.

Perjanjian Internasional adalah : "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 Umum Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional disebutkan bahwa: "Perjanjian internasional yang

¹⁵Purwakhid Patrik,. *Asas Itikad Baik dan Kepatutan Sebagai Dasar Untuk Merevisi Isi Perjanjian*. Elips Project, Jakarta, 1993, hlm 29

¹⁴ Ibid., hal.92.

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".¹⁶

Bentuk dan nama perjanjian internasional dalam praktiknya cukup beragam, antara lain: *treaty*, *convention*, *agreement*, *Memorandum of Understanding*, *protocol*, *charter*, *declaration*, *final act*, *arrangement*, *exchange of notes*, *agreed minutes*, *summary records*, *process verbal*, *modus vivendi*, dan *Letter of Intent*.

Pada umumnya bentuk dan nama perjanjian menunjukkan bahwa materi yang diatur oleh perjanjian tersebut memiliki bobot kerja sama yang berbeda tingkatannya.¹⁷ Namun demikian, secara hukum, perbedaan tersebut tidak mengurangi hak dan kewajiban para pihak yang tertuang di dalam 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. Sebagai bagian terpenting dalam proses pembuatan perjanjian, pengesahan perjanjian Internasional perlu mendapat perhatian mendalam mengingat pada tahap tersebut suatu negara secara resmi mengikatkan diri pada perjanjian itu. Dalam praktiknya, bentuk pengesahan terbagi dalam empat kategori, sebagai berikut. ratifikasi (*ratification*), apabila negara yang akan mengesahkan suatu perjanjian internasional turut menandatangani naskah perjanjian; aksesori (*accession*), apabila negara yang akan mengesahkan suatu perjanjian Internasional tidak turut menandatangani naskah perjanjian; penerimaan (*acceptance*) dan persetujuan (*approval*), pernyataan menerima atau menyetujui dari negara-negara pihak pada suatu perjanjian internasional atas perubahan perjanjian Internasional tersebut.¹⁸ Selain itu, terdapat juga perjanjian-perjanjian internasional yang tidak memerlukan pengesahan dan langsung berlaku setelah penandatanganan.

¹⁶ Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional

¹⁷Salim, H.S., *Perkembangan Hukum Kontrak Innominat di Indonesia*. Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm.152

¹⁸Yohanes Sogar Simamora,, *Hukum Perjanjian ; (Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa oleh Pemerintah)*.: LaksBang Pressindo, Yogyakarta, 2009, hlm, 61

Apabila kita perhatikan definisi dan penjelasan unism Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Pedanjian Internasional, maka perjanjian internasional dalam praktiknya disamakan dengan: *treaty* (perjanjian); *convention* (konvensi: kebiasaan internasional); *agreement* (persetujuan); *Memorandum of Understanding* (nota kesepahaman); *protocol* (protokol: 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).¹⁹

Substansi dari *Memorandum of Understanding* (MoU) berisi kesepakatan para pihak untuk melakukan kerjasama dalam bidang ekonomi, pendidikan, pasar modal dan lain sebagainya. Apabila antara para pihak telah sepakat dengan persesuaian pernyataan kehendak maka MoU tersebut dapat dibuat dan ditandatangani oleh para pihak. MoU tersebut telah mempunyai kekuatan untuk dilaksanakan, artinya MoU tersebut telah mempunyai kekuatan mengikat bagi para pihak yang telah menandatangani nota kesepahaman itu. MoU mempunyai kekuatan pembuktian sempurna, karena MoU itu dibuat oleh para pihak yang telah menyetujui klausula-klausula yang ada di dalam MoU tersebut.

Berdasarkan Pasal 1313 BW yang menegaskan bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Dengan demikian para pihak yang telah sepakat dengan MoU telah mengikatkan dirinya terhadap pihak lain, dan harus menjalankan isi dari MoU. Kesepakatan tersebut mengandung makna bahwa para pihak yang membuat perjanjian telah sepakat atau persesuaian kemauan atau saling menyetujui kehendak masing-masing. Asas kebebasan berkontrak yang diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) BW menjadi dasar untuk membuat MoU, mengadakan perjanjian pendahuluan dengan pihak mana pun, menentukan isi MoU, pelaksanaan MoU, persyaratan MoU dan menentukan bentuk dari MoU yaitu secara tertulis. Pasal 1338 ayat (1) BW, menyebutkan setiap persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.

¹⁹ Undang-undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional

Para pihak dalam MoU harus mempunyai kecakapan maksudnya kecakapan hukum, yaitu para pihak yang melakukan kesepakatan dalam MoU harus telah dewasa yaitu telah berusia 18 tahun atau telah menikah, sehat akal pikiran, dan tidak dilarang oleh suatu perbuatan perundang-undangan untuk melakukan suatu perbuatan tertentu. Suatu MoU yang dibuat secara sah mempunyai ikatan hukum yang penuh sesuai dengan asas *pacta sunt servanda* (janji itu mengikat para pihak). Pasal 1338 ayat (3) BW yang menegaskan bahwa perjanjian harus dilakukan dengan itikad baik, dalam pembuatan MoU pihak-pihak harus mempunyai itikad baik dan harus melaksanakan substansi MoU berdasarkan kepercayaan atau keyakinan yang teguh dan kemauan baik dari para pihak.

Memorandum of Understanding juga harus dibuat dengan sebab yang halal, Pasal 1335 BW menyebutkan suatu perjanjian tanpa sebab atau yang telah dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan. Suatu MoU yang dibuat oleh para pihak harus dengan sebab yang halal yang mencerminkan sikap moral baik harus menjadi motivasi bagi para pihak yang membuat dan melaksanakan isi perjanjian.

Memorandum of Understanding merupakan suatu bukti awal telah terjadinya atau tercapainya saling pengertian masalah-masalah pokok yang harus ditindaklanjuti dengan perjanjian. Kesepakatan dalam MoU bersifat ikatan moral dan juga ikatan hukum apabila ditindaklanjuti dengan perjanjian. MoU mengatur hal-hal pokok saja, maka mengikatnya pun hanya terhadap hal-hal yang pokok tersebut dan berlakunya menurut jangka waktu tertentu sesuai dengan klausula dalam MoU tersebut. Para pihak tidak dapat dipaksakan untuk membuat perjanjian yang lebih rinci dari *Memorandum of Understanding*, tetapi selama jangka waktu masih berlangsung para pihak tidak dapat membuat perjanjian yang sama dengan pihak lain. MoU yang dibuat oleh para pihak telah ditentukan jangka waktu berlakunya kerjasama itu dilakukan. Jangka waktu berlakunya MoU tergantung kesepakatan para pihak, dan jangka waktu tersebut dapat diperpanjang. Apabila jangka waktu MoU telah habis, maka MoU tersebut telah berakhir dan kekuatan mengikatnya pun telah hilang pada diri para pihak.

Sebagaimana telah disebutkan bahwa ciri dari *Memorandum of Understanding* (MoU), antara lain : Isinya ringkas, berisikan hal yang pokok saja, bersifat pendahuluan saja, yang akan diikuti oleh perjanjian lain yang lebih rinci, mempunyai jangka waktu tertentu, dan biasanya dibuat dalam bentuk perjanjian di bawah tangan serta tidak ada kewajiban yang bersifat memaksa kepada para pihak untuk membuat suatu perjanjian yang lebih detail setelah penandatanganan MoU tersebut. Berikut ini kaitan ciri-ciri tersebut dengan perjanjian menurut KUH Perdata dalam sistem hukum di Indonesia: 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 di dalam 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 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 subjektif (kesepakatan dan kecakapan) tidak terpenuhi, maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan (*vernietigbaar*). Selanjutnya dengan tidak terpenuhinya syarat-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. 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. 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".

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 itikad 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". 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". 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.²⁰

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 itikad baik sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, bahwa perjanjian itu harus dilaksanakan dengan itikad baik. Kedua, adanya *overmacht* atau *force majeure* juga membatasi daya mengikatnya perjanjian terhadap para pihak yang membuat perjanjian tersebut.²¹

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.

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 tersebut ada dan lahir pada saat atau telah 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 sipengirim surat secara patut dapat menduga

²⁰ F.X. Suhardana, *Contract Drafting (Kerangka Dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak)*. : Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2008, hlm.109

²¹ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian; Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial.*: LaksBang Mediatama, Yogyakarta, 2008, hlm.113

bahwa pihak yang menawarkan telah mengetahui akan isi surat itu.²²

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.²³

Berdasarkan Pasal 1338 BW, menyatakan semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. MoU merupakan nota kesepakatan dan termasuk perjanjian yang dibuat oleh 2 (dua) pihak yang berkepentingan untuk itu. Dengan demikian MoU yang dibuat 2 (dua) belah pihak akan mengikat kedua belah pihak tersebut, kedua belah pihak tersebut harus mematuhi semua ketentuan-ketentuan sebagaimana yang dinyatakan dalam klausula-klausula yang terdapat dalam MoU tersebut dan telah memenuhi syarat sahnya suatu perjanjian berdasarkan Pasal 1320 BW, maka kedudukan dan berlakunya MoU dapat disamakan dengan sebuah undang-undang yang mempunyai mengikat dan memaksa, tetapi hanya menyangkut dan sebatas pada hal-hal pokok yang terdapat dalam MoU.

Memorandum of Understanding pada praktiknya jarang dibuat secara akta notaris, yang dapat dijadikan akta otentik bagi para pihak, tetapi MoU secara hukum merupakan perjanjian yang mempunyai kekuatan mengikat seperti layaknya suatu perjanjian sehingga seluruh ketentuan tentang perjanjian telah dapat diterapkan kepada para pihak. Dengan demikian apabila salah satu pihak dalam MoU tersebut 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. *Memorandum of Understanding* dapat dijadikan alat bukti dalam peradilan, karena MoU mempunyai sifat pembuktian formal dan materiil. Sifat pembuktian tersebut adalah:

1. Kekuatan pembuktian formal

MoU itu membuktikan kebenaran dari apa yang disaksikan, yakni yang dilihat, didengar, dan dilaksanakan, dalam arti formal terjamin:

- a. Kebenaran tanggal MoU tersebut;
- b. Kebenaran yang terdapat dalam MoU tersebut;
- c. Kebenaran identitas dari orang-orang yang hadir; dan
- d. Kebenaran tempat di mana MoU dibuat.

2. Kekuatan pembuktian materiil.

Isi dari MoU dianggap sebagai yang benar terhadap setiap orang. Kekuatan pembuktian inilah yang dimaksud dalam Pasal 1870, Pasal 1871 dan Pasal 1875 BW. Isi keterangan yang termuat dalam akta itu berlaku sebagai yang benar di antara para pihak. Kekuatan hukum MoU dengan perjanjian adalah sama, karena MoU dibuat berdasarkan kesepakatan para pihak yang akan mengikatkan dirinya pada isi *Memorandum of Understanding*, dan dibuat dengan memenuhi syarat sahnya suatu perjanjian.

B. Akibat Hukum yang Timbul Apabila Ada Salah Satu Pihak Melakukan Wanprestasi terhadap Klausula *Memorandum of Understanding*

Para pihak dalam suatu perjanjian telah mengikatkan dirinya pada seluruh isi perjanjian dan kepatutan yang berlaku, dan para pihak pun wajib saling percaya akan kerjasama yang diperjanjikan tersebut. *Memorandum of Understanding* (MoU) dibuat sebagai note kesepahaman antara para pihak yang mempunyai asas kepastian hukum yang berlaku sebagai undang-undang bagi para pembuatnya, dan para pihak harus bisa melaksanakan substansi kontrak berdasarkan kepercayaan atau keyakinan yang teguh atau kemauan baik dari para pihak.

Salah satu pihak apabila dalam melaksanakan substansi kontrak melakukan wanprestasi, dapat membawa konsekuensi terhadap timbulnya hak pihak yang dirugikan untuk menuntut pihak yang melakukan wanprestasi untuk memberikan ganti rugi, sehingga oleh hukum diharapkan agar tidak ada satu pihak pun yang dirugikan karena wanprestasi tersebut. Pihak yang melakukan

²²*Ibid*, hal.144-145

²³*Ibid*, hlm 146

wanprestasi dalam suatu MoU karena pihak tersebut dinilai sama sekali tidak memenuhi prestasi, atau tidak tunai memenuhi prestasi, atau terlambat memenuhi prestasi, atau keliru memenuhi prestasi. Berdasarkan Pasal 1246 BW menyatakan bahwa pihak yang melakukan wanprestasi wajib membayar ganti rugi atas kerugian yang memenuhi dua syarat, yaitu:

- Kerugian yang dapat diduga atau sepatutnya diduga pada waktu perjanjian dibuat;
- Kerugian yang merupakan akibat langsung dan serta merta daripada ingkar janji.
- Pihak yang merasa dirugikan dengan demikian dapat melakukan gugatan ganti rugi, yaitu sejumlah kehilangan keuntungan yang diharapkan.

Akibat umumnya adalah pemberian ganti rugi dengan perhitungan-perhitungan tertentu, kecuali tidak dilaksanakan perjanjian tersebut karena alasan *force majeure*, yang umumnya memang membebaskan pihak yang tidak memenuhi prestasi. Setiap *Memorandum of Understanding* yang dibuat oleh para pihak selalu dicantumkan tentang pola penyelesaian sengketa. Pola sengketa merupakan bentuk atau pola untuk mengakhiri sengketa atau pertentangan yang timbul antara para pihak.²⁴ Sengketa yang timbul biasanya disebabkan salah satu pihak melakukan wanprestasi, yang mana salah satu pihak tidak sepenuhnya melaksanakan isi dari *Memorandum of Understanding* sehingga pihak yang lain merasa dirugikan.

Berdasarkan Pasal 1267 BW, pihak yang merasa dirugikan atas wanprestasi tersebut dapat menuntut pihak yang melakukan wanprestasi dengan menuntut pembatalan/pemutusan perjanjian, menuntut pemenuhan perjanjian, menuntut penggantian kerugian, menuntut pembatalan dan penggantian kerugian, menuntut pemenuhan dan penggantian kerugian. MoU yang dibuat berdasarkan kesepakatan para pihak sesuai dengan asas konsensualisme juga termasuk salah satu jenis perjanjian yang mempunyai kekuatan mengikat para pihak untuk terikat pada isi MoU tersebut.

Pihak yang merasa dirugikan apabila terjadi wanprestasi dalam MoU juga dapat melakukan penuntutan sesuai dengan Pasal 1267 BW, biasanya dalam MoU telah mengatur secara singkat akibat-akibat apabila terjadi sengketa atau wanprestasi yang dilakukan oleh para pihak.

Banyak yang menyelesaikan sengketa wanprestasi secara musyawarah, tetapi banyak juga yang menyelesaikannya secara hukum karena MoU termasuk pembuktian formal dan materiil telah terjadinya kesepakatan antara para pihak.

Pihak yang merasa dirugikan, berdasarkan Pasal 1238 BW, dapat melakukan teguran (*sommatie*) dengan cara mengirimkan Surat somasi atau juga dapat dengan lisan. Apabila sudah ada peringatan atau teguran atau ditagih janjinya, maka jika tetap tidak memenuhi prestasinya maka pihak yang melakukan wanprestasi berada dalam keadaan lalai atau alpha dan terhadap pihak yang lalai tersebut dapat dikenakan sanksi. 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

²⁴Suharnoko., *Hukum Perjanjian Teori dan Analisa Kasus.*: Kencana, Jakarta, 2007, hlm 139.

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 berikut²⁵:

- 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.
- 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

²⁵*Ibid*, 140

penyelesaian suatu sengketa. Keuntungannya, yaitu²⁶:

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.

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 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.

Sebagai *agreement is agreement*, apabila ada pihak yang melakukan pengingkaran terhadap *Memorandum of Understanding* tersebut, 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, ataukah ia akan menuntut pembatalan perjanjian, disertai penggantian biaya kerugian dan bunga". Dalam hal terjadinya wanprestasi, perjanjian tersebut 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

²⁶Salim HS. *Pengantar Hukum Perdata Tertulis*.: Sinar Grafika. Jakarta, 2001, hal 67

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. Berdasarkan rumusan dalam ketentuan Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tersebut, maka dapat ditarik simpulan mengenai unsur-unsur perbuatan melawan hukum yaitu:

1. Perbuatan itu harus melawan hukum;
2. Perbuatan itu harus menimbulkan kerugian;
3. Perbuatan itu harus dilakukan dengan kesalahan;
4. 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. 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.²⁷ 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. Salah satu bentuk ganti rugi kepada pihak yang telah dirugikan oleh pihak yang melakukan wanprestasi yaitu paksaan pelaksanaan MoU itu sendiri, yaitu paksaan lewat pengadilan agar apa-apa yang telah dijanjikan dalam MoU yang semula tidak dilaksanakan agar dilaksanakan kembali.

Ganti kerugian berupa pelaksanaan kontrak ini merupakan ganti rugi paling sempurna, sebab ganti rugi ini menempatkan kontrak dilaksanakan secara sempurna yang memberikan hak dan kewajiban para pihak dilaksanakan persis seperti yang diinginkan oleh para pihak. Kendatipun kini terdapat perkembangan yang sangat menggembirakan yaitu dengan aktifnya keterlibatan Indonesia dalam pendesainan dan penandatanganan perjanjian-perjanjian yang bersifat melindungi pelaku bisnis, seperti GATT Anti-Dumping Code, dan beberapa konvensi internasional penting lainnya seperti *Convention of the law applicable to international sales of goods* (1995) dan penandatanganan *WTO Agreement*.²⁸

Harus disadari bahwa perjanjian-perjanjian itu yang misalnya WTO sebenarnya terbatas, yaitu sebatas transaksi-transaksi bisnis yang dilakukan dalam kerangka WTO. Dalam hal penyelesaian sengketa, juga ditentukan. bahwa

²⁷ Suharnoko, . *Op Cit*, hlm 141

²⁸F.X. Suhardana, . *Contract Drafting (Kerangka Dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak)*. Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2008, hlm 127

Badan Penyelesaian Sengketa (*Disputes Settlement Body*) WTO hanya berurusan dengan sengketa-sengketa yang timbul akibat dari pelaksanaan perjanjian (*WTO Agreement*) dan sama sekali tidak berkaitan dengan perjanjian yang bersifat privat yang dibuat untuk suatu transaksi antar perusahaan. Ketentuan tersebut menunjukkan bahwa untuk masalah-masalah yang bersifat privat, yang berkaitan dengan transaksi bisnis internasional, tetap berlaku hukum kontrak. Oleh karena itu, subyek bisnis, tetap mengusahakan perlindungan sendiri melalui kontrak yang dibentuk dari akibat-akibat perilaku curang mitra bisnisnya.

Agar suatu negosiasi bisnis berjalan dengan baik, maka yang mesti hadir di meja negosiasi adalah mereka yang menguasai seluk-beluk bisnis disertai dengan konsultan hukum, mereka yang mewakili kepentingan bisnis akan melihat dari aspek bisnisnya, sementara konsultan hukum akan melihat aspek hukum dan formulasinya ke dalam draft kontrak. Untuk itu kepada para konsultan hukum sendiri dituntut untuk tidak hanya menguasai ilmu hukum kontrak, tetapi juga menguasai dasar-dasar bisnis yang dinegosiasinya. Misalnya, kalau negosiasi mengenai kontrak *joint venture* produksi barang-barang elektronik, maka konsultan hukum tersebut juga harus mengerti tentang bisnis elektronik yang bersangkutan. Tidak perlu mendetail, tetapi cukup dasar-dasarnya saja.

Disamping itu, jika salah satu pihak merupakan pihak asing, seorang konsultan hukum juga harus dituntut untuk bisa berbahasa Inggris dengan sempurna. Bahkan dewasa ini, bagi seorang konsultan hukum yang datang ke meja negosiasi diharapkan pula untuk bisa memakai komputer sendiri, sehingga jalan dan hasil negosiasi dapat lebih cepat dan mulus. Nota Kesepahaman atau juga biasa disebut dengan *Memorandum of Understanding* ("MoU") atau pra-kontrak, pada dasarnya tidak dikenal dalam hukum konvensional di Indonesia. Akan tetapi dalam praktiknya, khususnya bidang komersial, MoU sering digunakan oleh pihak yang berkaitan.

MoU merupakan suatu perbuatan hukum dari salah satu pihak (subjek hukum) untuk menyatakan maksudnya kepada pihak lainnya akan sesuatu yang ditawarkannya ataupun yang dimilikinya. Dengan kata lain, MoU pada dasarnya merupakan perjanjian pendahuluan, yang mengatur dan memberikan kesempatan kepada para pihak untuk mengadakan studi

kelayakan terlebih dahulu sebelum membuat perjanjian yang lebih terperinci dan mengikat para pihak pada nantinya. Bahwa MoU didefinisikan dalam *Black's Law Dictionary* sebagai bentuk *Letter of Intent*. Adapun *Letter of Intent* didefinisikan: "A written statement detailing the preliminary understanding of parties who plan to enter into a contract or some other agreement; a noncommittal writing preliminary to a contract. A Letter of Intent is not meant to be binding and does not hinder the parties from bargaining with a third party. Business people typically mean not to be bound by a Letter of Intent, and courts ordinarily do not enforce one, but courts occasionally find that a commitment has been made..."²⁹ (Dengan terjemahan bebasnya: "Suatu pernyataan tertulis yang menjabarkan pemahaman awal pihak yang berencana untuk masuk ke dalam kontrak atau perjanjian lainnya, suatu tulisan tanpa komitmen/tidak menjanjikan suatu apapun sebagai awal untuk kesepakatan. Suatu Letter of Intent tidak dimaksudkan untuk mengikat dan tidak menghalangi pihak dari tawar-menawar dengan pihak ketiga. Pebisnis biasanya berarti tidak terikat dengan Letter of Intent, dan pengadilan biasanya tidak menerapkan salah satu, tapi pengadilan kadang-kadang menemukan bahwa komitmen telah dibuat/disepakati...")

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat dipahami bahwa MoU melingkupi hal-hal sebagai berikut:

- 1) MoU merupakan pendahuluan perikatan (landasan kepastian);
- 2) *Content*/isi materi dari MoU hanya memuat hal-hal yang pokok-pokok saja;
- 3) Dalam MoU memiliki tenggang waktu, dengan kata lain bersifat sementara;
- 4) MoU pada kebiasaannya tidak dibuat secara formal serta tidak ada kewajiban yang memaksa untuk dibuatnya kontrak atau perjanjian terperinci; dan
- 5) Karena masih terdapatnya keraguan dari salah satu pihak kepada pihak lainnya, MoU dibuat untuk menghindari kesulitan dalam pembatalan.

Dalam Perjanjian merupakan suatu peristiwa di mana salah satu pihak (subjek hukum) berjanji kepada pihak lainnya atau yang

²⁹Black Henry Campbell. 2004. *Black's Law Dictionary*. Eighth Edition. St. Paul Minn : West Publishing Company, hlm 279

mana kedua belah dimaksud saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal, sebagaimana diatur dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata ("KUHPer"). Berdasarkan hal tersebut di atas, maka dapat dipahami bahwa suatu perjanjian mengandung unsur sebagai berikut:

a) Perbuatan

Frasa "Perbuatan" tentang Perjanjian ini lebih kepada "perbuatan hukum" atau "tindakan hukum". Hal tersebut dikarenakan perbuatan sebagaimana dilakukan oleh para pihak berdasarkan perjanjian akan membawa akibat hukum bagi para pihak yang memperjanjikan tersebut.

b) Satu orang atau lebih terhadap satu orang lain atau lebih

Perjanjian hakikatnya dilakukan paling sedikit oleh 2 (dua) pihak yang saling berhadapan dan saling memberikan pernyataan satu sama lain. Pihak tersebut adalah orang atau badan hukum (subjek hukum).

c) Mengikatkan diri

Di dalam perjanjian terdapat unsur janji yang diberikan oleh pihak yang satu kepada pihak yang lain. Artinya, terdapat akibat hukum yang muncul karena kehendaknya sendiri.

Adapun suatu Perjanjian dapat menjadi sah dan mengikat para pihak maka perjanjian dimaksud haruslah memenuhi syarat-syarat sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 1320 KUHPer, yang menyatakan:

1) Adanya kesepakatan kedua belah pihak.

Kata "sepakat" tidak boleh disebabkan adanya kekhilafan mengenai hakikat barang yang menjadi pokok persetujuan atau kekhilafan mengenai diri pihak lawannya dalam persetujuan yang dibuat terutama mengingat dirinya orang tersebut;

2) Cakap untuk membuat perikatan.

Para pihak mampu membuat suatu perjanjian, dalam hal ini tidak terqualifikasi sebagai pihak yang tidak cakap hukum untuk membuat suatu perikatan sebagaimana diatur dalam Pasal 1330 KUHPer. Dalam hal suatu perjanjian yang dibuat oleh pihak yang tidak cakap sebagaimana tersebut di atas, maka Perjanjian tersebut batal demi hukum (Pasal 1446 KUHPer).

3) Suatu hal tertentu.

Perjanjian harus menentukan jenis objek yang diperjanjikan. Dalam hal suatu perjanjian tidak menentukan jenis objek dimaksud maka perjanjian tersebut batal

demi hukum. Sebagaimana Pasal 1332 KUHPer menentukan bahwa hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan yang dapat menjadi obyek perjanjian. Selain itu, berdasarkan Pasal 1334 KUHPer barang-barang yang baru akan ada di kemudian hari dapat menjadi obyek perjanjian kecuali jika dilarang oleh undang-undang secara tegas.

4) Suatu sebab atau causa yang halal.

Sahnya causa dari suatu persetujuan ditentukan pada saat perjanjian dibuat. Perjanjian tanpa causa yang halal adalah batal demi hukum, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang. Sebagaimana Pasal 1335 KUHPer menyatakan suatu perjanjian yang tidak memakai suatu sebab yang halal, atau dibuat dengan suatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan hukum.

Sejatinya, MoU belumlah melahirkan suatu Hubungan Hukum karena MoU baru merupakan persetujuan prinsip yang dituangkan secara tertulis. Sehingga dapat ditarik kesimpulan, MoU yang dituangkan secara tertulis baru menciptakan suatu awal yang menjadi landasan penyusunan dalam melakukan hubungan hukum/perjanjian. Kekuatan mengikat dan memaksa MoU pada dasarnya sama halnya dengan perjanjian itu sendiri. Walaupun secara khusus tidak ada pengaturan tentang MoU dan materi muatan MoU itu diserahkan kepada para pihak yang membuatnya. Di samping itu, walaupun MoU merupakan perjanjian pendahuluan, *bukan berarti* MoU tersebut tidak mempunyai kekuatan mengikat dan memaksa bagi para pihak untuk mentaatinya dan/atau melaksanakannya.

Adapun *Letter of Intent* didefinisikan sebagai "Suatu pernyataan tertulis yang menjabarkan pemahaman awal pihak yang berencana untuk masuk ke dalam kontrak atau perjanjian lainnya, suatu tulisan tanpa komitmen/tidak menjanjikan suatu apapun sebagai awal untuk kesepakatan. Suatu *Letter of Intent* tidak dimaksudkan untuk mengikat dan tidak menghalangi pihak dari tawar-menawar dengan pihak ketiga. Pebisnis biasanya berarti tidak terikat dengan *Letter of Intent*, dan pengadilan biasanya tidak menerapkan salah satu, tapi pengadilan kadang-kadang menemukan bahwa komitmen telah dibuat atau disepakati".³⁰

³⁰Adi, *Kedudukan dan Kekuatan Hukum MoU Ditinjau Dari Segi Hukum Perikatan Dalam KUH Perdata*

Dari keterangan di atas, kita dapat mengetahui bahwa *Memorandum of Understanding* atau Nota Kesepahaman melingkupi hal-hal seperti berikut: *Memorandum of Understanding* merupakan pendahuluan perikatan (landasan kepastian). Isi materi dari *Memorandum of Understanding* hanya memuat hal-hal yang pokok-pokok saja.

Dalam *Memorandum of Understanding* memiliki tenggang waktu atau bersifat sementara. *Memorandum of Understanding* pada kebiasaannya tidak dibuat secara formal serta tidak ada kewajiban yang memaksa untuk dibuatnya kontrak atau perjanjian terperinci. Karena masih terdapatnya keraguan dari salah satu pihak kepada pihak lainnya, MoU dibuat untuk menghindari kesulitan dalam pembatalan.

MoU secara umum memiliki bagan atau anatomi yang terdiri atas sebagai berikut:

1. Judul Nota Kesepahaman

Judul ditentukan oleh para pihak. Dari judul yang ditentukan akan dapat diketahui para pihak dalam Nota Kesepahaman tersebut, antara siapa dengan siapa, serta sifat Nota Kesepahaman itu, apakah nasional atau internasional. Rumusan kalimat yang dipergunakan untuk menuliskan judul tidak sama antara Nota Kesepahaman yang satu dengan Nota Kesepahaman yang lainnya. Judul hendaknya menggunakan kalimat yang singkat, padat, dan mencerminkan apa yang menjadi kehendak para pihak.

Secara struktur, judul memuat instansi para pihak, nomor, tahun, dan nama Nota Kesepahaman serta judul ditulis seluruhnya dengan huruf kapital yang diletakkan di tengah margin tanpa diakhiri tanda baca. Nota Kesepahaman dapat menggunakan logo instansi yang diletakkan di kiri dan kanan atas halaman judul. logo Pihak Pertama terletak di sebelah kiri dan logo Pihak Kedua di sebelah kanan.

2. Pembukaan Nota Kesepahaman

Bagian ini ditulis setelah penulisan judul, merupakan bagian awal dari Nota Kesepahaman. Pembukaan terdiri dari: Pencantuman hari, tanggal, bulan, tahun, dan tempat penandatanganan saat terjadinya Nota Kesepahaman dibuat.

Jabatan para pihak, menggambarkan kedudukan dan kewenangan bertindak atas nama

instansi. Para pihak disebut PIHAK PERTAMA dan PIHAK KEDUA yang merupakan wakil dari masing-masing instansi. Para pihak dapat orang perorangan, dapat pula badan hukum baik badan hukum privat maupun badan hukum publik. Mereka yang menjadi pihak tersebut, mereka pula yang membuat dan menandatangani Nota Kesepahaman.

Konsiderans atau pertimbangan, memuat uraian singkat mengenai pokok-pokok pikiran yang menjadi latar belakang dan alasan pembuatan Nota Kesepahaman. Konsiderans diawali dengan kalimat "Dengan terlebih dahulu mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut ". Tiap-tiap pokok pikiran dirumuskan dalam rangkaian kalimat yang merupakan satu kesatuan pengertian. Tiap-tiap pokok pikiran diawali dengan huruf abjad dan dirumuskan dalam satu kalimat yang utuh, diawali dengan kata "bahwa" dan diakhiri dengan tanda baca titik koma.

3. Substansi Nota Kesepahaman

Para pihak yang bermaksud mengadakan Nota Kesepahaman memiliki kewenangan untuk bersama-sama menentukan apa yang akan menjadi isi Nota Kesepahaman. Isi Nota Kesepahaman menggambarkan apa yang dikehendaki oleh mereka atau kedua belah pihak. Dalam praktek, perumusan isi Nota Kesepahaman ada yang singkat, ada pula yang lengkap, tergantung pada para pihak, mana yang mereka kehendaki. Dari kedua pola tersebut yang lebih banyak digunakan adalah rumusan secara singkat. Perumusan secara lebih terperinci atau panjang lebar diwujudkan dalam isi kontrak. Realisasi Kegiatan, Realisasi kegiatan merupakan pelaksanaan dan rincian kegiatan dari Nota Kesepahaman. Jangka Waktu, Jangka waktu menunjukkan masa berlakunya Nota Kesepahaman dan jangka waktu dapat diperpanjang atas kesepakatan para pihak.³¹ Biaya Penyelenggaraan Kegiatan Biaya merupakan beban yang dikeluarkan sebagai akibat pelaksanaan kegiatan. Biaya dapat dibebankan kepada salah satu pihak atau kedua belah pihak atau sumber pembiayaan lainnya yang sah sesuai dengan kesepakatan. Aturan Peralihan Aturan Peralihan memuat perubahan yang mungkin terjadi, yang hanya dapat dilakukan atas persetujuan kedua belah pihak.

4. Penutup Nota Kesepahaman

(<http://adi'sblog.kedudukan-dankekuatan-hukum-mou-ditinjau-dari-segi-hukum-perikatan-dalamkuh.perdata.>, diakses 12 Desember 2021

³¹Salim H.S, *Perancangan Kontrak & Memorandum of understanding*.: Sinar Grafika. Jakarta, 2007, hlm 187.

Bagian ini merupakan bagian akhir dari Nota Kesepahaman dan dirumuskan dengan kalimat yang sederhana.

5. Bagian tanda tangan para pihak

Bagian ini terletak di bawah bagian penutup, dan pada bagian tersebut para pihak membubuhkan tanda tangan dan nama terang.

Pada bagian tanda tangan terdiri dari: Keabsahan Nota Kesepahaman atau Nota Kesepakatan. Keabsahan Nota Kesepahaman menunjukkan agar Nota Kesepahaman memenuhi syarat hukum yaitu harus dibubuhi dan ditandatangani para pihak di atas materai yang cukup.

Berdasarkan uraian diatas, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa :

- (1) MoU hanyalah merupakan pendahuluan kesepakatan saja. MoU dibuat dengan tujuan menjadi dasar dari suatu pendahuluan kesepakatan. Misalkan setelah rapat antara para pihak, maka para pihak membuat MoU yang berisikan kesepakatan untuk menjalin kerjasama.
- (2) Isi dari MoU hanya memuat hal-hal yang bersifat umum saja, tidak bersifat spesifik. Dalam MoU tidak terdapat harga kontrak, hak dan kewajiban para pihak, dan hal-hal lain yang bersifat spesifik.
- (3) MoU dibuat untuk jangka waktu tertentu.
- (4) Pada MoU tidak ada kewajiban yang sifatnya memaksa.

Dalam prakteknya, sering kali para pelaku bisnis membuat MoU namun dengan isi yang sangat spesifik, seperti perjanjian yang mengikat para pihak. Tidak sedikit pelaku bisnis yang beranggapan bahwa dengan telah ditandatanganinya MoU tersebut, mereka dapat menjalankan bisnis mereka dan telah melahirkan hak dan kewajiban diantara para pihak. Hal inilah yang sangat keliru. MoU belumlah melahirkan suatu hubungan hukum karena MoU baru merupakan kesepakatan bersama atau kesepakatan prinsip yang dituangkan secara tertulis atas hal-hal yang telah disepakati secara lisan. Lalu bagaimana dengan kekuatan hukum dari MoU itu sendiri? MoU memiliki kekuatan hukum, namun kekuatan hukum yang dimiliki hanyalah bukti dari suatu keinginan dari para pihak dan hanya mengikat secara moral. Meskipun demikian, MoU tetap dinilai sangat diperlukan sebagai landasan kepastian secara moral untuk melakukan suatu bisnis.

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. 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.
2. *Memorandum of Understanding (mou)* yang tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat layaknya suatu perjanjian maka dalam hal terjadi pengingkaran terhadap *Memorandum of Understanding* tersebut tidak dapat diajukan gugatan wanprestasi, namun para pihak yang mengikatkan diri dalam kesepakatan tersebut memiliki kewajiban moral untuk dapat mentaati isi dari MOU.

B. Saran

1. Perlu dibentuk suatu peraturan perundang-undangan yang secara jelas dan tegas khusus mengatur mengenai kedudukan dan kekuatan hukum *Memorandum of Understanding* di Indonesia. Hal tersebut perlu untuk menjamin terwujudnya kepastian hukum bagi para pihak yang membuat *Memorandum of Understanding*.
2. Perlu kecermatan dan ketelitian para pihak dalam membuat *Memorandum of Understanding*, karena apa yang ia buat dan tandatangani dapat saja memiliki kekuatan hukum mengikat layaknya suatu perjanjian sehingga jika salah satu pihak melakukan pengingkaran terhadap *Memorandum of Understanding* tersebut, ia dapat dituntut dengan gugatan wanprestasi, namun jikalau *Memorandum of Understanding* tersebut tidak memiliki kekuatan hukum akibat tidak terpenuhinya.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Agus Yudha Hernoko,. *Hukum Perjanjian; Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial.*: LaksBang Mediatama, Yogyakarta, 2008
- Black Henry Campbell,. *Black's Law Dictionary*. Eighth Edition. St. Paul Minn : West Publishing Company, 2004
- F.X. Suhardana,. *Contract Drafting (Kerangka Dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak)*. : Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2008
- Herlien Budiono. *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya diBidang Kenotariatan*. Cet. 2.: PT. Citra Aditya Bakti. Bandung, 2010.
- Partik Purwakhid,. *Asas Iktikad Baik dan Kepatutan Sebagai Dasar Untuk Merevisi Isi Perjanjian*. Elips Project, Jakarta, 1993
- Ricardo Simanjutak. *Hukum Kontrak & Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*. Cet. 2: Kontan Publishing. Jakarta, 2011.
- Salim, H.S,. *Perkembangan Hukum Kontrak Innominat di Indonesia*. Sinar Grafika, Jakarta, 2005
- _____, *Perancangan Kontrak & Memorandum of Understanding.*: Sinar Grafika. Jakarta, 2007
- _____, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis.*: Sinar Grafika. Jakarta, 2001.
- Soerjono Soekanto. *Pengantar Penelitian Hukum.*: UI Press. Jakrta. 1986Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif*. Cet. 5.: Raja Garfindo Persada. Jakarta, 2001.
- Sri Mamudji dan Hang Rahardjo, *Teknik Menyusun Karya Tulis Ilmiah, Bahan Kuliah Metodologi Penelitian Hukum, Fakultas Hukum Universitas Indonesia*, 1999,
- Suharnoko,. *Hukum Perjanjian Teori dan Analisa Kasus.*: Kencana, Jakarta, 2007.

Jurnal

Lex Administratum, Vol. V/No. 9/Nov/2017

Peraturan Perundang-undangan

Indonesia. Undang-undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional. Lembar Negara RI No.

185 Tahun 2000, Tambahan Lembaran Negara RI No.4012.

Kitab Undang-undang Hukum Perdata.

Kitab Undang-undang Hukum Dagang.

Website

Adi,. *Kedudukan dan Kekuatan Hukum MoU Ditinjau Dari Segi Hukum Perikatan Dalam KUH Perdata* (<http://:adi'sblog.kedudukan-dankekuatan-hukum-mou-ditinjau-dari-segi-hukum-perikatan-dalamkuh.perdata.>,