

Kajian Yuridis Kekuatan Hukum *Memorandum Of Understanding* (MoU) Indonesia-Singapura Tentang Kerjasama Kawasan Ekonomi Khusus

Juridical Analysis Force Of Law The Memorandum Of Understanding (MoU) Indonesia-Singapore About Special Economic Cooperation Region

Oleh : Fajar Sandi Wijaya, I Wayan Yasa, & Emi Zulaika
Jurusan Perdata Ekonomi Fakultas Hukum Universitas Jember
Jl. Kalimantan No.37 Jember 68121
Email : rosita.indrayati@yahoo.com

Abstrak

Memorandum of Understanding atau disingkat MoU merupakan pencatatan atau pendokumentasian hasil negosiasi awal dalam bentuk tertulis. Memorandum of understanding penting sebagai pegangan untuk digunakan lebih lanjut di dalam negosiasi lanjutan atau sebagai dasar untuk melakukan studi kelayakan. Tidak diaturnya Memorandum of Understanding di dalam hukum konvensional kita, maka banyak menimbulkan kesimpangsiuran dalam prakteknya, misalnya apakah Memorandum of Understanding sesuai dengan peraturan hukum positif di Indonesia, atau apakah Memorandum of Understanding bisa dikategorikan setingkat dengan perjanjian yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan siapa yang bertanggung jawab apabila terjadi suatu pengingkaran di dalam kesepakatan semacam ini, juga yang paling ekstrim adalah ada yang mempertanyakan apakah Memorandum of Understanding merupakan suatu kontrak, mengingat Memorandum of Understanding hanya merupakan suatu nota-nota kesepakatan saja.

Kata Kunci : Kekuatan Hukum, Memorandum of Understanding, Indonesia-Singapura

Abstract

Memorandum of Understanding or MoU is abbreviated recording or documenting the results of the initial negotiations in writing. Memorandum of understanding is important as a handle for further use in advanced negotiations or as a basis to conduct a feasibility study. Not arranged in a Memorandum of Understanding in our conventional law, many leading to confusion in practice, for example, whether a Memorandum of Understanding in accordance with the regulations in Indonesian positive law, or whether the Memorandum of Understanding can be considered on par with the agreement set out in the Code of Civil and who is responsible in the event of a denial in this kind of deal, it is also the most extreme is no question that the Memorandum of Understanding is a contract, given the Memorandum of Understanding is only a memorandum of understanding memorandum-only.

Keywords : The Law Strong, Memorandum of Understanding, Indonesian-Singapore

Pendahuluan

Memorandum of Understanding atau disingkat MoU merupakan pencatatan atau pendokumentasian hasil negosiasi awal dalam bentuk tertulis. *Memorandum of understanding* penting sebagai pegangan untuk digunakan lebih lanjut di dalam negosiasi lanjutan atau sebagai dasar untuk melakukan studi kelayakan. Sebagai studi kelayakan bahwa setelah pihak-pihak memperoleh *Memorandum of Understanding* sebagai pegangan atau pedoman awal, baru dilanjutkan dengan tahapan studi kelayakan (*feasibility study, due diligent*) untuk melihat tingkat kelayakan dan prospek transaksi bisnis tersebut dari berbagai sudut pandang yang diperlukan misalnya ekonomi, keuangan,

pemasaran, teknik, lingkungan, sosial budaya dan hukum.¹

Hasil studi kelayakan ini diperlukan dalam menilai apakah perlu atau tidaknya melanjutkan transaksi atau negosiasi lanjutan. Berdasarkan asas kebebasan berkontrak, maka para pihak diberi kebebasan untuk menentukan materi muatan atau substansi *Memorandum of Understanding* akan mengatur apa saja, sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum, serta sepanjang penyusunan *Memorandum of Understanding* itu memenuhi syarat-syarat sahnya sebuah perjanjian sebagaimana tertuang dalam Pasal 1320 Kitab Undang-

¹ Sumber internet <http://herman-notary.blogspot.com/2009/07> diakses tanggal 20 April 2013

Undang Hukum Perdata. *Memorandum of understanding* sebenarnya tidak dikenal dalam hukum konvensional di Indonesia, terutama dalam hukum kontrak di Indonesia. Di dalam peraturan perundang-undangan Indonesia, tidak ada ketentuan yang secara khusus mengatur mengenai *memorandum of understanding*.

Adapun dasar berlakunya *memorandum of understanding* di Indonesia adalah didasarkan pada asas kebebasan berkontrak. Selain asas kebebasan berkontrak, salah satu asas yang menjadi dasar berlakunya *memorandum of understanding* di Indonesia adalah asas kebiasaan. Yang dimaksud dengan asas kebiasaan bahwa suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk apa yang secara tegas diatur, akan tetapi juga hal-hal yang menurut kebiasaan lazim diikuti. Tidak diaturnya *Memorandum of Understanding* di dalam hukum konvensional kita, maka banyak menimbulkan kesimpangsiuran dalam prakteknya, misalnya apakah *Memorandum of Understanding* sesuai dengan peraturan hukum positif di Indonesia, atau apakah *Memorandum of Understanding* bisa dikategorikan setingkat dengan perjanjian yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan siapa yang bertanggung jawab apabila terjadi suatu pengingkaran di dalam kesepakatan semacam ini, juga yang paling ekstrim adalah ada yang mempertanyakan apakah *Memorandum of Understanding* merupakan suatu kontrak, mengingat *Memorandum of Understanding* hanya merupakan suatu nota-nota kesepakatan saja.

Atas beberapa hal tersebut di atas, penulis tertarik untuk mengkaji dan mempelajari lebih dalam mengenai hal-hal yang dikemukakan di atas dan memformulasikannya dalam bentuk proposal skripsi hukum dengan judul : *Kekuatan Hukum Memorandum of Understanding (Mou) Dalam Sistem Hukum Di Indonesia*

Rumusan masalah yang diangkat dalam penulisan jurnal hukum ini adalah : (1) Bagaimanakah kedudukan *Memorandum of Understanding* (MoU) dalam sistem hukum di Indonesia ? (2) Apakah MoU memiliki ciri hukum perjanjian dalam sistem hukum Indonesia ? dan (3) Apakah MoU memiliki kekuatan hukum dalam sistem hukum Indonesia ?

Metode Penelitian

Metode yang digunakan dalam skripsi ini adalah tipe penelitian yuridis normatif. Pendekatan masalah yang digunakan adalah pendekatan undang-undang (*statute approach*) pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*). Skripsi ini menggunakan tiga macam sumber bahan hukum, yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan non hukum. Analisis bahan hukum dengan pengumpulan bahan-bahan hukum dan non hukum sekiranya dipandang mempunyai relevansi, melakukan telaah atas isu hukum yang diajukan berdasarkan bahan-bahan yang telah dikumpulkan, menarik kesimpulan dalam bentuk argumentasi dalam menjawab isu hukum, dan memberikan preskripsi berdasarkan argumentasi yang telah dibangun di dalam kesimpulan.²

² Peter Mahmud Marzuki, 2010, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm.194

Pembahasan

1. Kedudukan *Memorandum of Understanding* (MoU) dalam Sistem Hukum di Indonesia

Memorandum of Understanding atau disingkat MoU sebagaimana telah diuraikan merupakan pencatatan atau pendokumentasian hasil negosiasi awal dalam bentuk tertulis. *Memorandum of understanding* penting sebagai pegangan untuk digunakan lebih lanjut di dalam negosiasi lanjutan atau sebagai dasar untuk melakukan studi kelayakan. Sebagai studi kelayakan bahwa setelah pihak-pihak memperoleh *Memorandum of Understanding* sebagai pegangan atau pedoman awal, baru dilanjutkan dengan tahapan studi kelayakan (*feasibility study, due diligent*) untuk melihat tingkat kelayakan dan prospek transaksi bisnis tersebut dari berbagai sudut pandang yang diperlukan misalnya ekonomi, keuangan, pemasaran, teknik, lingkungan, sosial budaya dan hukum.³ Hasil studi kelayakan ini diperlukan dalam menilai apakah perlu atau tidaknya melanjutkan transaksi atau negosiasi lanjutan.

Pada prinsipnya, setiap *memorandum of understanding* mempunyai tujuan tertentu. Tujuan dibentuknya *memorandum of understanding* adalah untuk menghindari kesulitan pembatalan suatu *agreement* nantinya, dalam hal prospek bisnisnya belum jelas benar ; dalam arti belum bisa dipastikan *deal* atau kesepakatan kerja sama tersebut akan ditindaklanjuti, sehingga dibuatlah *memorandum of understanding* tersebut. Selanjutnya dalam hal penandatanganan kontrak masih lama karena masih terjadi negosiasi. Karena itu daripada nggak ada ikatan apa-apa sebelum ditandatanganinya kontrak tersebut, maka dibuatlah *memorandum of understanding* yang akan berlaku untuk sementara waktu.

Adanya keraguan para pihak dan masih perlu waktu untuk pikir-pikir dalam hal penandatanganan suatu kontrak sehingga untuk sementara waktu dibuatlah *memorandum of understanding* ; *Memorandum of understanding* dibuat dan ditandatangani oleh pihak eksekutif teras dari suatu perusahaan ; sehingga untuk suatu perjanjian yang lebih rinci mesti dirancang dan dinegosiasi secara khusus lagi oleh staf-staf yang lebih rendah tetapi lebih menguasai secara teknis. Sedangkan ciri utama dari *memorandum of understanding* adalah sebagai dasar untuk membuat kontrak pada masa yang akan datang yang isinya singkat dan jangka waktu tertentu saja.

Memorandum of understanding 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, tetapi juga secara internasional. Berdasarkan pernyataan tersebut di atas, maka yang menjadi para pihak dalam *memorandum of understanding* dapat dipilah berdasarkan area keberlakuannya. Sesuai dengan pembahasan dalam tesis ini *memorandum of understanding* lebih difokuskan secara internasional, dimana pemerintah Indonesia selama ini telah menandatangani berbagai *memorandum of understanding* dengan negara lain ; Yang menjadi objek dalam *memorandum of understanding* tersebut adalah kerja sama

³ Sumber internet <http://herman-notary.blogspot.com/2009/07> diakses tanggal 20 April 2013

dalam berbagai bidang kehidupan, seperti bidang ekonomi, perdagangan, kehutanan, dan lain sebagainya.

Dalam Kitab Undang Undang Hukum Perdata maupun dalam peraturan perundang-undangan lainnya, tidak ada suatu ketentuan yang mengatur secara khusus tentang *memorandum of understanding*; yang ada hanya ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengan syarat-syarat sahnya kontrak. Apabila dikaji dan dianalisis substansi dari *memorandum of understanding*; tampaklah bahwa substansinya berisi kesepakatan para pihak untuk melakukan kerja sama dalam berbagai bidang kehidupan, seperti kerjasama dalam bidang ekonomi, pendidikan, penanaman modal, dan lain sebagainya.

Apabila telah terjadi persesuaian pernyataan kehendak dan telah ditandatangani kerja sama tersebut, maka *memorandum of understanding* telah mempunyai kekuatan untuk dapat dilaksanakan. Artinya bahwa *memorandum of understanding* tersebut mempunyai kekuatan yang mengikat; akan tetapi dalam praktiknya, apabila salah satu pihak tidak melaksanakan *memorandum of understanding* itu, maka salah satu pihak tidak akan pernah mempersoalkan hal tersebut atau menggugat ke pengadilan. Namun demikian, para ahli hukum tidak dapat memberikan jawaban yang pasti tentang kekuatan mengikat dari *memorandum of understanding* tersebut.

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

Perjanjian atau kontrak merupakan bagian yang melekat dari transaksi bisnis baik dalam skala besar maupun kecil, baik domestik maupun internasional. Fungsi kontrak sangat penting dalam menjamin bahwa seluruh harapan yang dibentuk dari janji-janji para pihak dapat terlaksana dan dipenuhi. Dalam hal terjadi pelanggaran, maka terdapat kompensasi yang harus dibayar dan konsekuensi hukum yang harus ditanggung. Dalam dunia bisnis, waktu dan kepastian merupakan faktor yang penting. Hukum kontrak dalam hal ini memberikan sarana yang memungkinkan para pihak mengakomodasi seluruh kepentingannya. Kontrak merupakan janji yang mengikat dan janji-janji tersebut menimbulkan harapan-harapan yang layak. Hukum kontrak

dalam hal ini merupakan instrumen hukum yang berfungsi untuk menjamin pelaksanaan janji dan harapan itu.

Sebelum transaksi bisnis berlangsung, biasanya terlebih dahulu dilakukan negosiasi awal. Negosiasi merupakan suatu proses upaya untuk mencapai kesepakatan dengan pihak lain. Negosiasi juga merupakan instrumen yang menjembatani pelbagai kepentingan pelaku bisnis dalam merumuskan hak dan kewajibannya. Dalam negosiasi inilah proses tawar menawar berlangsung. Tahapan berikutnya adalah pembuatan *memorandum of understanding*.

Memorandum of understanding merupakan pencatatan atau pendokumentasian hasil negosiasi awal tersebut dalam bentuk tertulis. *Memorandum of understanding* penting sebagai pegangan untuk digunakan lebih lanjut di dalam negosiasi lanjutan atau sebagai dasar untuk melakukan studi kelayakan. Maksudnya sebagai studi kelayakan adalah setelah pihak-pihak memperoleh *memorandum of understanding* sebagai pegangan atau pedoman awal, baru dilanjutkan dengan tahapan studi kelayakan (*feasibility study, due diligent*) untuk melihat tingkat kelayakan dan prospek transaksi bisnis tersebut dari berbagai sudut pandang yang diperlukan misalnya ekonomi, keuangan, pemasaran, teknik, lingkungan, sosial budaya dan hukum. Hasil studi kelayakan ini sangat diperlukan dalam menilai apakah perlu atau tidaknya melanjutkan transaksi atau negosiasi lanjutan

Berdasarkan asas kebebasan berkontrak, maka para pihak tersebut diberikan kebebasan untuk menentukan materi muatan atau substansi *memorandum of understanding* akan mengatur apa saja, sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesucilaan, dan ketertiban umum, serta sepanjang penyusunan *memorandum of understanding* itu memenuhi syarat-syarat sahnya sebuah perjanjian sebagaimana tertuang dalam ketentuan Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

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

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

bertanggung jawab apabila terjadi pengingkaran terhadap *memorandum of understanding*.

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

Mengenai kedudukan *memorandum of understanding*, para ahli belum mempunyai kesepakatan. Sebagian ahli hukum memandang *memorandum of understanding* bukan sebagai perjanjian karena isinya belum mencerminkan hakikat perjanjian, melainkan baru merupakan tindakan pendahuluan yang masih akan ditindaklanjuti dengan perjanjian yang sesungguhnya. Jadi dalam hal ini *memorandum of understanding* bukan merupakan perjanjian karena perjanjiannya sendiri belum terbentuk. Sementara sebagian ahli hukum yang lain berpendapat bahwa *memorandum of understanding* merupakan perjanjian karena elemen-elemennya dapat dianggap memenuhi persyaratan dan memiliki elemen perjanjian. Dalam *memorandum of understanding* ada kesepakatan diantara para pihak mengenai hal-hal pokok sehingga melahirkan perjanjian serta menimbulkan kekuatan mengikat.^[3] *Memorandum of understanding* ini akan menjadi sah jika memenuhi syarat sahnya suatu perjanjian sebagaimana tercantum dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

2. MoU Menurut Ciri Hukum Perjanjian dalam Sistem Hukum Indonesia

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 tersebut harus dipenuhi yaitu kesepakatan, kecakapan, hal tertentu dan causa yang diperbolehkan. Syarat sahnya perjanjian tersebut merupakan satu kesatuan, artinya seluruh persyaratan tersebut harus dipenuhi agar suatu perjanjian menjadi sah dan mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dengan konsekuensi bahwa tidak dipenuhinya satu atau lebih persyaratan yang dimaksud, maka akan menyebabkan suatu perjanjian menjadi tidak sah dan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat.

Apabila tidak ada kesepakatan diantara para pihak, maka perjanjian itu tidak akan ada (non eksistensi). Apabila syarat subyektif (kesepakatan dan kecakapan) tidak terpenuhi, maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan (*vernietigbaar*). 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, kesucilaan 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 kesucilaan 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 kesucilaan; causanya bertentangan dengan ketertiban umum. Dengan kata lain, bahwa apa yang hendak dicapai oleh para pihak dalam suatu perjanjian harus disertai dengan suatu iktikad baik.

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

Selain faktor *otonom* yang bersumber dari diri para pihak, terdapat juga faktor *heteronom* yaitu faktor yang bersumber dari luar para pihak dalam menentukan daya mengikatnya suatu perjanjian. Faktor *heteronom* tersebut dapat ditelusuri pada ketentuan Pasal 1339 dan Pasal 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Pasal 1339 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menegaskan bahwa, "Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang". 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 (*streking*) berlaku hanya sebatas kepada para pihak yang membuatnya, hal ini menunjukkan bahwa hak yang lahir adalah hak perorangan (*persoonlijk*) dan bersifat relatif.⁴

Niewenhuis dalam Agus Yudha Hernoko menyatakan bahwa : Kekuatan mengikat dari perjanjian yang muncul seiring dengan asas kebebasan berkontrak yang memberikan kebebasan dan kemandirian pada para pihak, pada situasi tertentu daya berlakunya dibatasi. Pertama, daya mengikat perjanjian itu dibatasi oleh iktikad baik sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, bahwa perjanjian itu harus dilaksanakan dengan iktikad baik. Kedua, adanya *overmacht* atau *force meajure* juga membatasi daya mengikatnya perjanjian terhadap para pihak yang membuat perjanjian tersebut⁵

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.

⁴ F.X. Suhardana. 2008. *Contract Drafting (Kerangka Dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak)*. Yogyakarta : Universitas Atma Jaya, hal.109

⁵ Agus Yudha Hernoko. 2008. *Hukum Perjanjian; Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*. Yogyakarta : LaksBang Mediatama, hal.113

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 si pengirim surat secara patut dapat menduga bahwa pihak yang menawarkan telah mengetahui akan isi surat itu.⁶

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.

3. Kekuatan Hukum MoU dalam Sistem Hukum di Indonesia dan Penyelesaian Jika Terjadi Pelanggaran Terhadap Isi MoU

Munir Fuady mengemukakan dua pandangan yang membahas mengenai kekuatan hukum dari *memorandum of understanding*, yaitu *memorandum of understanding* sebagai suatu *gentlement agreement* dan *memorandum of understanding* sebagai suatu *agreement is agreement*⁷. *Memorandum of understanding* sebagai suatu *gentlement agreement*, berarti bahwa *memorandum of understanding* mengikat hanya sebatas ikatan moral belaka. Sebagai *gentlement agreement memorandum of understanding* tidak mengikat secara hukum dan pihak yang melakukan pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* tidak dapat digugat ke pengadilan. Sebagai ikatan moral, jika ada pihak yang melakukan pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* maka di kalangan bisnis reputasinya akan jatuh. Kekuatan mengikatnya suatu *memorandum of understanding* sebagai *gentlement agreement* tidak dapat disejajarkan dengan perjanjian pada umumnya, walaupun *memorandum of understanding* dibuat dalam bentuk yang paling kuat seperti dengan akta notaris sekalipun.

Memorandum of understanding sebagai *agreement is agreement* berarti apabila suatu perjanjian sudah dibuat, apapun bentuknya, baik lisan maupun tertulis, baik pendek

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

Sebagai *agreement is agreement*, apabila ada pihak yang melakukan pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* 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 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

⁶ Ibid, hal.144-145

⁷ Endang Mintorowati. 1999. *Hukum Perjanjian*. Surakarta : UNS Press, hal.25-26

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

Hal tersebut juga berlaku bagi *memorandum of understanding*. Dalam arti bahwa pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* yang mempunyai kekuatan hukum mengikat, akan menyebabkan pihak yang mengingkari *memorandum of understanding* tersebut dituntut di muka pengadilan dengan dasar gugatan wanprestasi. Dasar hukumnya adalah Pasal 1243 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Gugatan wanprestasi harus didasarkan pada adanya hubungan kontraktual diantara para pihak.

Dalam hal ini harus terdapat hubungan sebab akibat antara peristiwa yang menjadi penyebab wanprestasi dengan kerugian yang ditimbulkan akibat peristiwa tersebut.

Gugatan wanprestasi yang ditujukan kepada pihak yang melakukan pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* dapat menimbulkan akibat hukum atau kewajiban hukum bagi pihak yang melakukan pengingkaran tersebut, antara lain pemenuhan isi kesepakatan dalam *memorandum of understanding*; pemenuhan isi kesepakatan dalam *memorandum of understanding* ditambah dengan ganti rugi; ganti rugi; pembatalan *memorandum of understanding*; atau pembatalan *memorandum of understanding* ditambah dengan ganti rugi.

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

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

Didalam sistem hukum *common law* juga tidak terdapat keseragaman pendapat mengenai perjanjian pendahuluan. Menurut Atiyah dan Treitel dalam Yohanes Sogar Simamora, apa yang tertuang dalam perjanjian pendahuluan pada prinsipnya dipahami bukan sebagai kontrak yang mengikat. Apa yang teruang dalam perjanjian pendahuluan merupakan kemauan berkontrak yang negatif (*negative contractual intention*). Namun demikian tidak tertutup kemungkinan substansi yang termuat dalam perjanjian pendahuluan itu dapat dinilai sebagai kontrak yang mengikat. Penilaian yang demikian itu terjadi bilamana substansi yang termuat didalamnya menunjukkan adanya niat untuk terikat yang ditandai dengan perumusan yang spesifik tentang janji-janji yang dipertukarkan, atau jika para pihak telah melakukan tindakan-tindakan yang didasarkan pada perjanjian pendahuluan dan untuk itu mereka telah mengeluarkan sejumlah pengeluaran. [10] Dalam situasi ini sekalipun para pihak menyepakati untuk menindaklanjuti kesepakatan dalam perjanjian pendahuluan itu dengan kontrak, namun terhadap apa yang telah dilaksanakan oleh para pihak tidak dapat dikesampingkan sebagai suatu kontrak yang mengikat.

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

apakah *Letter of Intend* atau *Memorandum of Agreement* akan mengikat secara hukum atau tidak, tergantung pada beberapa faktor sebagai berikut :

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

Dalam sistem hukum *civil law*, faktor-faktor tersebut juga digunakan. Di dalam prakteknya sering terjadi ketidaksesuaian antara substansi dengan judul perjanjiannya, dalam arti judulnya menunjukkan jenis perjanjian pendahuluan tetapi substansinya telah mencerminkan suatu perjanjian yang sebenarnya. Apa yang mengikat para pihak adalah apa yang telah disepakati. Kewajiban yang dipertukarkan dalam perjanjian itulah yang merupakan kesepakatan yang mengikat. Dengan demikian yang mengikat adalah isi perjanjiannya dan bukan judulnya. Sekalipun dari judul perjanjian tercermin jenisnya perjanjian pendahuluan, misalnya *memorandum of understanding*, namun apabila substansinya telah mencerminkan suatu perjanjian, dalam arti telah jelas diatur hubungan hukum diantara para pihak dan telah jelas pula hak dan kewajiban masing-masing maka tidak ada alasan untuk mengatakan bahwa persetujuan yang demikian bukanlah suatu perjanjian.

Pemahaman demikian penting tidak saja untuk mendapatkan kepastian hukum tetapi juga untuk mencegah praktek penyalahgunaan perjanjian pendahuluan, yaitu dengan memberi judul misalnya *memorandum of understanding* untuk hubungan hukum yang sesungguhnya sudah merupakan perjanjian yang mengikat dan melahirkan kewajiban-kewajiban bagi kedua belah atau para pihak dalam perjanjian tersebut. Richard Burton Simatupang menyebutkan bahwa : Pada dasarnya apa yang dimaksud dengan asas kebebasan berkontrak adalah meliputi bentuk dan isi dari perjanjian. Bentuk perjanjian berupa kata sepakat atau konsensus saja sudah cukup, dan apabila dituangkan dalam suatu akta hanyalah dimaksud sekedar sebagai alat pembuktian semata saja. Sedangkan mengenai isinya, para pihak bebas menentukan sendiri apa yang mereka ingin tuangkan.[12]¹⁾

Yang dimaksud dengan akta adalah semua tulisan yang memang sengaja dibuat untuk dijadikan bukti tentang suatu peristiwa dan ditandatangani. Dari definisi tersebut dapat disimpulkan bahwa akta itu selalu berbentuk tertulis. Namun, tidak semua tulisan merupakan akta. Untuk dapat disebut sebagai akta, maka tulisan tersebut harus memenuhi unsur sengaja dibuat untuk pembuktian tertulis atas hak dan kewajiban, dan ditandatangani oleh para pihak yang membuatnya. [13]¹⁾ Unsur-unsur akta antara lain adalah, merupakan tulisan atau surat yang ditandatangani; tulisan atau surat tersebut memuat peristiwa hukum yang menjadi dasar hak dan kewajiban; dan tulisan atau surat tersebut sengaja dibuat sebagai alat pembuktian.

Mengingat sifat dari *memorandum of understanding* sebagai perjanjian pendahuluan, maka

substansi dari *memorandum of understanding* hanya mengatur hal-hal yang bersifat pokok saja. Demikian pula mengenai bentuknya, biasanya *memorandum of understanding* dibuat dalam bentuk yang sederhana dan tidak terlalu formal. Hal ini mengakibatkan *memorandum of understanding* baru mempunyai kekuatan pembuktian formil dan materiil apabila tanda tangan pada *memorandum of understanding* tersebut tidak dipungkiri oleh para pihak. *Memorandum of understanding* yang dibuat hanya mengikat terhadap para pihak yang membuatnya dan tidak berlaku bagi pihak ketiga. Tak jarang *memorandum of understanding* yang dituangkan dalam sebuah suatu perjanjian tertulis karena sewaktu-waktu diperlukan sebagai alat pembuktian untuk membuktikan apa yang pernah disepakati para pihak. Dalam hal ini kita harus menafsirkan isi atau substansi yang terkandung dalam *memorandum of understanding* tersebut. Apabila materi muatan atau substansi yang termuat dalam *memorandum of understanding* sudah mencerminkan perjanjian yang sesungguhnya, maka *memorandum of understanding* tersebut mempunyai kekuatan hukum dan oleh karenanya mengikat bagi para pihak yang membuatnya. Sehingga para pihak yang melakukan pengingkaran terhadap isi dari *memorandum of understanding* tersebut dapat dituntut dengan gugatan wanprestasi sebagaimana diatur dalam Pasal 1243 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

Suatu perjanjian mempunyai kaitan yang sangat erat dengan asas-asas perjanjian, antara lain asas konsensualisme, asas kebebasan berkontrak, asas kepercayaan, asas *pacta sunt servanda*, dan asas iktikad baik. Demikian pula dengan *memorandum of understanding* yang telah mempunyai kekuatan hukum mengikat, maka ia mempunyai keterkaitan yang sangat erat dengan asas-asas perjanjian tersebut. Asas-asas perjanjian tersebut pada dasarnya tidak terpisah satu sama lainnya, namun dalam berbagai hal saling mengisi dan melengkapi. Dengan kata lain, masing-masing asas tersebut tidak berdiri sendiri-sendiri namun saling melingkupi dan melengkapi suatu perjanjian.

Menurut Peter Mahmud Marzuki, aturan-aturan hukum yang menguasai kontrak sebenarnya merupakan penjelmaan dari dasar-dasar filosofis yang terdapat pada asas-asas hukum secara umum. Asas-asas hukum ini bersifat sangat umum dan menjadi landasan berfikir yaitu dasar ideologis aturan-aturan hukum. Asas hukum merupakan landasan bagi norma hukum. Dengan demikian, asas hukum sebagai landasan norma menjadi alat uji bagi norma hukum yang ada, dalam arti norma hukum tersebut pada akhirnya harus dapat dikembalikan pada asas hukum yang menjiwainya.[14]¹⁾ Oleh karena itu pembuatan *memorandum of understanding* harus selalu dikaitkan dan didasarkan pada asas-asas perjanjian sebagaimana tersebut diatas.

Asas konsensualisme berkaitan dengan terbentuknya suatu perjanjian. Asas konsensualisme tertuang dalam ketentuan Pasal 1320 angka (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Asas konsensualisme menyatakan bahwa suatu perjanjian itu telah lahir sejak detik tercapainya kata sepakat diantara para pihak. Atau suatu perjanjian telah dianggap sah dalam arti sudah mengikat apabila sudah tercapai kesepakatan mengenai hal-hal yang pokok dari

perjanjian itu. Prinsip konsensualisme merupakan syarat mutlak dalam setiap perjanjian dan berfungsi untuk menjamin kepastian hukum. Disini yang ditekankan adalah adanya persesuaian kehendak (*meeting of mind*) diantara para pihak. Namun asas konsensualisme ini hendaknya tidak diartikan secara gramatikal, dalam arti bahwa kesepakatan saja tanpa didukung terpenuhinya syarat-syarat sahnya perjanjian yang lain maka hal ini akan menyebabkan perjanjian menjadi tidak sah dan tidak mempunyai kekuatan mengikat. Esensi dari *memorandum of understanding* adalah kesepakatan bersama diantara para pihak untuk membuat perjanjian. Asas konsensualisme dapat dijadikan sebagai dasar berlakunya *memorandum of understanding*, dalam arti bahwa momentum terjadinya *memorandum of understanding* adalah pada saat detik tercapainya kata sepakat diantara para pihak yang ditandai dengan penandatanganan *memorandum of understanding* oleh para pihak yang berkepentingan.

Asas kebebasan berkontrak berkaitan dengan isi perjanjian. Asas kebebasan berkontrak tertuang dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Asas kebebasan berkontrak memberikan kebebasan kepada para pihak untuk membuat atau tidak membuat perjanjian; mengadakan perjanjian dengan siapapun; menentukan isi perjanjian; menentukan bentuk perjanjian; dan menerima atau menyimpangi hukum perjanjian yang bersifat hukum pelengkap (*aanvullendrecht*). Asas kebebasan berkontrak memang memberikan kebebasan kepada para pihak, namun kebebasan tersebut tidaklah bersifat mutlak. Asas kebebasan berkontrak dapat pula disimpulkan bahwa setiap orang bebas untuk mengadakan perjanjian apa saja baik yang sudah diatur dalam maupun yang belum diatur dalam undang-undang. Di Indonesia landasan hukum yang digunakan sebagai dasar berlakunya *memorandum of understanding* adalah asas kebebasan berkontrak.

Meskipun *memorandum of understanding* tidak diatur dalam hukum positif di Indonesia, namun dengan adanya asas kebebasan berkontrak maka *memorandum of understanding* dapat tetap berlaku. Akan tetapi kekuatan hukum dari *memorandum of understanding* tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Kalimat tersebut mengandung pengertian bahwa pembuatan *memorandum of understanding* harus selalu didasarkan dan dibatasi oleh ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, serta harus selalu memperhatikan batas-batas kebebasan berkontrak.

Menurut Prof. Supomo, asas kebebasan berkontrak dibatasi oleh tanggung jawab para pihak. Kebebasan berkontrak sebagai asas, diberi sifat sebagai asas kebebasan berkontrak yang bertanggung jawab. Asas ini mendukung kedudukan yang seimbang diantara para pihak, sehingga sebuah kontrak akan memberikan keuntungan bagi kedua pihak.^[15] Kebebasan berkontrak pada dasarnya merupakan perwujudan dari kehendak bebas dan hak asasi manusia. Berdasarkan asas kebebasan berkontrak seseorang pada umumnya mempunyai pilihan bebas untuk mengadakan perjanjian. Namun kebebasan tersebut bukanlah kebebasan yang bersifat mutlak, akan tetapi merupakan kebebasan yang

bertanggungjawab. Dalam hal ini asas kebebasan berkontrak harus dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Dalam pelaksanaannya, asas kebebasan berkontrak telah dibatasi oleh hal-hal lain, antara lain :

- a) Kebebasan berkontrak dibatasi oleh syarat sahnya perjanjian sebagaimana tertuang dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yaitu : kesepakatan diantara para pihak; kecakapan para pihak yang mengadakan perjanjian; adanya suatu hal tertentu yang diperjanjikan; dan adanya suatu sebab yang halal.
- b) Kebebasan berkontrak para pihak dalam menentukan isi perjanjian dibatasi oleh Pasal 1335 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan bahwa suatu perjanjian harus mempunyai sebab dan dalam perjanjian tersebut tidak mengandung sebab yang palsu atau dilarang undang-undang.
- c) Kebebasan berkontrak juga dibatasi oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku, kesesuaian baik dan ketertiban umum (Pasal 1337 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).
- d) Kebebasan berkontrak dibatasi oleh kepatutan (Pasal 1339 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).
- e) Kebebasan berkontrak dibatasi oleh iktikad baik dari masing-masing pihak (1338 ayat 3 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata), artinya bahwa kebebasan untuk mengadakan perjanjian dalam bentuk apapun, menentukan isi perjanjian, dan lain-lain haruslah didasarkan pada iktikad baik masing-masing pihak untuk melaksanakan apa yang telah diperjanjikan itu.
- f) Kebebasan berkontrak harus sesuai dengan kebiasaan yang berlaku ditempat dimana perjanjian tersebut dibuat. Suatu perjanjian tidak hanya mengikat terhadap apa yang diperjanjikan, melainkan juga mengikat terhadap hal-hal yang merupakan kebiasaan (Pasal 1339 jo. Pasal 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).
- g) Kebebasan berkontrak dibatasi oleh *force majeure* atau *overmacht*, kekuatan mengikat dari perjanjian yang muncul seiring dengan asas kebebasan berkontrak, daya mengikatnya dibatasi oleh keadaan memaksa. Dalam arti kalau memang salah satu pihak tidak dapat melaksanakan perjanjiannya karena suatu keadaan yang memaksa, maka perjanjian dapat disimpangi dengan mencari alternatif penyelesaian antara para pihak.
- h) Kebebasan berkontrak dibatasi oleh tanggung jawab para pihak.
- i) Kebebasan berkontrak dibatasi oleh kewenangan hakim dalam menilai isi setiap perjanjian. Dalam keadaan tertentu hakim berwenang melakukan penafsiran untuk meneliti, menilai serta menyatakan bahwa kedudukan para pihak dalam suatu perjanjian berada dalam keadaan yang tidak seimbang sedemikian rupa, sehingga salah satu

pihak dianggap tidak bebas untuk menyatakan kehendaknya.

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

Momentum lahirnya *memorandum of understanding* terjadi pada saat detik tercapainya kata sepakat diantara para pihak untuk melakukan suatu kerja sama yang kemudian dituangkan dalam sebuah *memorandum of understanding*. Kesepakatan para pihak tersebut ditandai dengan penandatanganan akta *memorandum of understanding*. Oleh karena itu, asas konsensualisme juga dapat dijadikan sebagai dasar berlakunya *memorandum of understanding*.

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

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

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

suatu perjanjian sebagaimana tercantum dalam Pasal 1335, 1337, 1339, dan 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, maka *memorandum of understanding* yang dimaksud tidak ada bedanya dengan perjanjian yang sesungguhnya.

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

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

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

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

Kesimpulan dan Saran

Kedudukan *memorandum of understanding*, belum ada kesepahaman yang baku menurut pendapat para ahli hukum. Sebagian ahli hukum memandang *memorandum of understanding* bukan sebagai perjanjian karena isinya belum mencerminkan hakikat perjanjian, melainkan baru merupakan tindakan pendahuluan yang masih akan ditindaklanjuti dengan perjanjian yang sesungguhnya. Jadi dalam hal ini *memorandum of understanding* bukan merupakan perjanjian karena perjanjiannya sendiri belum terbentuk. Sementara sebagian ahli hukum yang lain berpendapat bahwa *memorandum of understanding* merupakan perjanjian karena elemen-elemennya dapat dianggap memenuhi persyaratan dan memiliki elemen perjanjian. 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. Dalam *memorandum of understanding* ada kesepakatan diantara para pihak mengenai hal-hal pokok sehingga melahirkan perjanjian serta menimbulkan kekuatan mengikat. Suatu *memorandum of understanding* ini akan menjadi sah jika memenuhi syarat sahnya suatu perjanjian sebagaimana tercantum dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. *Memorandum of understanding* sebagai suatu *gentlement agreement*, berarti bahwa *memorandum of understanding* mengikat hanya sebatas ikatan moral belaka. Sebagai *gentlement agreement memorandum of understanding* tidak mengikat secara hukum dan pihak yang melakukan pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* tidak dapat digugat ke pengadilan. Sebagai

ikatan moral, jika ada pihak yang melakukan pengingkaran terhadap *memorandum of understanding* maka di kalangan bisnis reputasinya akan jatuh. Kekuatan mengikatnya suatu *memorandum of understanding* sebagai *gentlement agreement* tidak dapat disejajarkan dengan perjanjian pada umumnya, walaupun *memorandum of understanding* dibuat dalam bentuk yang paling kuat seperti dengan akta notaris sekalipun

Daftar Pustaka

Buku Bacaan :

- Erman Rajagukguk, 1994, *Kontrak Dagang Internasional dalam Praktik di Indonesia*, Jakarta, Universitas Indonesia.
- Harold F.Lusk, 1996, *Business Law : Priciples and Case*, Richard D.Irwin, Illinois.
- J. Soedradjat Djiwandono, 2002, *Perdagangan dan Pembangunan*, Pustaka LP3ES, Jakarta.
- Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, 2003, *Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Munir Fuady, 2003, *Hukum Kontrak ; Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*, Buku Kedua, Bandung, Citra Aditya Bhakti
- Peter Mahmud Marzuki, 2010, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta
- Peraturan Perundang-undangan :
- Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- Kitab Undang Undang Hukum Perdata (BW)
- Undang Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 116