BAB II

ASPEK HUKUM TENTANG *MEMORANDUM OF UNDERSTANDING* DAN PERJANJIAN

A. Dasar Hukum *Memorandum Of Understanding*

Berdasarkan Pembukaan Undang-undang Dasar 1945 alinea keempat yang berbunyi :

> "Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia…"

Merupakan landasan hukum dalam upaya melindungi segenap bangsa Indonesia, tidak terkecuali orang-orang yang melakukan perbuatan hukum tertentu seperti membuat *memorandum of understanding* dengan pihak lainnya dalam suatu perjanjian. Indonesia merupakan negara hukum sehingga setiap warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-undang Dasar 1945.

Menurut Pasal II Aturan Peralihan Undang-undang Dasar 1945, disebutkan bahwa segala badan negara dan peraturan yang ada masih tetap berlaku sebelum diadakan yang baru menurut undang-undang dasar ini. Ketentuan tersebut mengandung arti bahwa peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia masih tetap berlaku seperti *Burgerlijke Wetboek* (BW) dan peraturan perundang-undangan lainnya

apabila ketentuan termaksud tersebut belum diubah atau dibuat yang baru.

Memorandum of understanding berasal dari kata *memorandum* dan *understanding. Memorandum* didefinisikan sebagai *a brief written statement outlining the terms of agreement or transaction* (sebuah ringkasan pernyataan tertulis yang menguraikan persyaratan sebuah perjanjian atau transaksi), sedangkan *understanding* adalah *an implied agreement resulting from the express terms of another agreement, whether written or oral; atau a valid contract engagement of a somewhat informal character; atau a loose and ambiguous terms, unless it is accompanied by some expression that it is constituted a meeting of the minds of parties upon something respecting which they intended to be bound* (sebuah perjanjian yang berisi pernyataan persetujuan tidak langsung atas perjanjian lainnya atau pengikatan kontrak yang sah atas suatu materi yang bersifat informal atau persyaratan yang longgar, kecuali pernyataan tersebut disertai atau merupakan hasil persetujuan atau kesepakatan pemikiran dari para pihak yang dikehendaki oleh keduanya untuk mengikat) [8]. Berdasarkan definisi di atas dapat disimpulkan pengertian MoU adalah perjanjian pendahuluan yang selanjutnya akan diikuti dan dijabarkan dalam perjanjian lain yang mengaturnya secara terperinci, karena itu MoU berisikan hal-hal pokok saja.

[8] http://defantri.blogspot.com/2009/02/memorandum-ounderstanding.html, diakses pada hari Sabtu, tanggal 26 Maret 2011, pukul 18.26 WIB

Berdasarkan definisi MoU di atas dapat disimpulkan unsur-unsur yang terdapat dalam MoU, antara lain:

1. Merupakan perjanjian pendahuluan;
2. Muatan materi berisikan hal-hal pokok;
3. Muatan materi akan dituangkan dalam suatu perjanjian atau kontrak.

Berbicara mengenai *memorandum of understanding,* tidak terlepas dari konsep perjanjian secara mendasar sebagaimana termuat dalam Pasal 1313 BW yang menegaskan bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Ketentuan yang mangatur tentang perjanjian terdapat dalam Buku III BW, memiliki sifat terbuka yang artinya ketentuan-ketentuannya dapat dikesampingkan, sehingga hanya berfungsi mengatur saja. Sifat terbuka ini termuat dalam Pasal 1338 ayat (1) BW yang mengandung asas Kebebasan Berkontrak, artinya setiap orang bebas menentukan bentuk, macam dan isi perjanjian asalkan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

MoU merupakan dan termasuk suatu perjanjian yang dibuat oleh 2 (dua) pihak yang berkepentingan dalam suatu nota kesepahaman. Pasal 1338 BW menyatakan bahwa setiap perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Dengan demikian jika MoU telah dibuat secara sah, memenuhi syarat sahnya suatu perjanjian berdasarkan Pasal 1320 BW, maka kedudukan dan berlakunya MoU dapat disamakan dengan sebuah undang-undang yang

mempunyai kekuatan mengikat dan memaksa, tetapi hanya menyangkut dan sebatas pada hal-hal pokok yang terdapat dalam MoU. Kedua belah pihak dalam MoU harus melaksanakan ketentuan-ketentuan sebagaimana dinyatakan dalam klausula-klausula yang terdapat dalam MoU tersebut.

MoU sebagai perjanjian pendahuluan, yang mengikat pihak-pihak dan sebagai suatu kesepakatan yang memuat hal-hal pokok, serta yang harus diikuti oleh perjanjian lain, maka walaupun pengaturan MoU tunduk pada ketentuan perikatan dalam *Burgerlijke Wetboek*, kekuatan mengikat MoU hanya sebatas moral saja. Dengan kata lain pula MoU merupakan *gentlement agreement*.

Penggunaan istilah MoU harus dibedakan dari segi teoritis dan praktis. Secara teoritis dokumen MoU bukan merupakan dokumen yang mengikat para pihak, dan mengikat secara hukum, harus ditindaklanjuti dengan perjanjian. Kesepakatan dalam MoU hanya bersifat ikatan moral. Secara praktis MoU disejajarkan dengan perjanjian. Ikatan yang terjadi tidak hanya bersifat moral, tetapi juga hukum.

Memorandum of Understanding (MoU) atau nota kesepahaman menjelaskan bahwa kedua pihak secara prinsip sudah memahami dan akan melakukan sesuatu untuk tujuan tertentu sesuai isi dari MoU tersebut. Sanksi dari tidak dipenuhinya/pengingkaran dari sebuah MoU sifatnya moral dan bukan denda atau hukuman. Hal ini berbeda dengan perjanjian (kontrak) yang merupakan perbuatan hukum yang dibuat antar pihak yang menimbulkan hak dan kewajiban dan berakibat pada sanksi

bagi pihak yang mengingkari atau lalai dalam melaksanakan perjanjian tersebut.

Persetujuan yang disepakati para pihak baik dalam suatu MoU maupun dalam perjanjian harus dijalankan dengan itikad baik dan tanpa paksaan dari salah satu pihak, dan apabila syarat tersebut tidak dipenuhi atau dilanggar oleh salah satu pihak maka perikatan perjanjian menjadi batal demi hukum.

Beberapa hal mendasar mengenai Nota Kesepahaman atau *Memorandum of Understanding* (MoU) sebagai berikut, yaitu :

1. Nota kesepahaman yang dibuat antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum lainnya, baik dalam suatu negara maupun antar negara untuk melakukan kerjasama dalam berbagai aspek kehidupan untuk jangka waktu tertentu.
2. MoU menjadi dasar penyusunan kontrak pada masa datang yang didasarkan dengan memuat hasil permufakatan para pihak, baik secara tertulis maupun secara lisan.
3. MoU merupakan kesepakatan awal/pendahuluan, dalam arti nantinya akan diikuti dan dijabarkan dalam sebuah perjanjian yang pengaturannya lebih rinci (detail), karena itu MoU berisikan hal-hal yang pokok saja.
4. MoU menjadi dokumen yang memuat saling pengertian di antara para pihak sebelum perjanjian dibuat. Isi MoU harus dimasukkan ke dalam perjanjian, sehingga mempunyai kekuatan mengikat dan ditambah pasal tentang sanksi serta

pilihan hukum pengadilan mana yang akan memeriksa bila terjadi wanprestasi.

B. Tinjauan Teori Tentang Perjanjian

Pasal 1313 BW yang menegaskan bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Ketentuan yang mangatur tentang perjanjian terdapat dalam Buku III BW. Perjanjian berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya, yang saling mengikatkan diri serta mengakibatkan timbulnya suatu hubungan antara dua pihak tersebut yang dinamakan perikatan. Perikatan adalah hubungan hukum antara dua pihak di dalam harta kekayaan, dimana pihak yang satu (kreditur) berhak atas prestasi dan pihak yang lain (debitur) berkewajiban memenuhi prestasi. Perikatan tersebut menimbulkan suatu hak dan kewajiban dipihak lain. Jadi, dalam perjanjian timbal-balik dimana hak dan kewajiban disatu pihak saling berhadapan di pihak lain terdapat dua perikatan.

Syarat sahnya perjanjian sebagaimana termuat dalam Pasal 1320 BW yang mengatakan bahwa syarat sahnya perjanjian adalah sebagai berikut :

1. Kesepakatan para pihak dalam perjanjian
2. Kecakapan para pihak dalam perjanjian
3. Suatu hal tertentu
4. Suatu sebab yang halal

Kesepakatan mengandung makna bahwa para pihak yang membuat perjanjian telah sepakat atau persesuaian kemauan atau saling menyetujui kehendak masing-masing sehingga dalam melakukan perjanjian tidak boleh ada paksaan, kekhilapan, dan penipuan (*dwang, dwaling, bedrog).*

Kecakapan maksudnya kecakapan hukum, yaitu para pihak yang melakukan perjanjian harus telah dewasa yaitu telah berusia 18 tahun atau telah menikah, sehat akal pikiran, dan tidak dilarang oleh suatu peraturan perundang-undangan untuk melakukan suatu perbuatan tertentu [9]. Apabila orang yang belum dewasa hendak melakukan sebuah perjanjian, maka dapat diwakili oleh orang tua atau walinya sedangkan orang yang cacat mental dapat diwakili oleh pengampu atau curatornya.

Suatu hal tertentu dalam perjanjian adalah barang yang menjadi obyek suatu perjanjian. Menurut Pasal 1333 BW barang yang menjadi obyek suatu perjanjian ini harus tertentu, setidak-tidaknya harus ditentukan jenisnya, sedangkan jumlahnya tidak perlu ditentukan, asalkan saja kemudian dapat ditentukan atau diperhitungkan

Suatu sebab yang halal maksudnya perjanjian termaksud harus dilakukan berdasarkan itikad baik. Berdasarkan Pasal 1335 BW, suatu perjanjian tanpa sebab tidak mempunyai kekuatan.

Kesepakatan para pihak dan kecakapan para pihak merupakan syarat sahnya suatu perjanjian yang bersifat subyektif. Apabila tidak

[9] Riduan Syahrini, *Op.Cit*, hlm 209

tepenuhi, maka perjanjian dapat dibatalkan artinya selama dan sepanjang para pihak tidak membatal perjanjian maka perjanjian masih tetap berlaku. Sementara itu, suatu hal tertentu dan sebab yang halal merupakan syarat sahnya suatu perjanjian yang bersifat obyektif, maksudnya apabila tidak terpenuhi, maka perjanjian batal demi hukum artinya sejak semula perjanjian tidak dianggap ada.

Pada kenyataannya, banyak perjanjian tidak memenuhi syarat sahnya suatu perjanjian secara keseluruhan, misalnya unsur kesepakatan sebagai persesuaian kehendak para pihak yang membuat perjanjian pada saat ini telah mengalami pergeseran dalam prakteknya.

Pada dasarnya suatu perjanjian harus memuat unsur-unsur perjanjian, yaitu [10]:

1. Unsur *Esentialia*, sebagai unsur pokok yang wajib ada dalam perjanjian, seperti identitas para pihak yang harus dicantumkan dalam suatu perjanjian, termasuk dalam MoU.
2. Unsur *Naturalia*, merupakan unsur yang dianggap ada dalam perjanjian walaupun tidak dituangkan secara tegas dalam perjanjian, seperti itikad baik dari masing-masing pihak dalam perjanjian.
3. Unsur *Accedentialia*, yaitu unsur tambahan yang diberikan oleh para pihak dalam perjanjian, seperti klausula tambahan yang berbunyi “barang sudah dibeli tidak dapat dikembalikan”

[10] R. Subekti, *Aneka Perjanjian*, Cet.VII, Alumni, Bandung, 1985, hlm 20

Pada suatu perjanjian harus diperhatikan pula beberapa macam asas yang dapat diterapkan, antara lain :

1. Asas Konsensualisme, yaitu asas kesepakatan, dimana suatu perjanjian dianggap ada seketika setelah ada kata sepakat.
2. Asas Kepercayaan, yang harus ditanamkan diantara para pihak yang membuat perjanjian.
3. Asas Kekuatan Mengikat, maksudnya para pihak yang membuat perjanjian terikat pada seluruh isi perjanjian dan kepatutan yang berlaku.
4. Asas Persamaan Hukum, yaitu setiap orang dalam hal ini para pihak dalam perjanjian mempunyai kedudukan yang sama dalam hukum.
5. Asas Keseimbangan, yaitu bahwa dalam melaksanakan perjanjian harus ada keseimbangan hak dan kewajiban dari masing-masing pihak sesuai dengan apa yang diperjanjikan.
6. Asas Moral, adalah sikap moral yang baik harus menjadi motivasi bagi para pihak yang membuat dan melaksanakan perjanjian.
7. Asas Kepastian Hukum, adalah perjanjian yang dibuat oleh para pihak berlaku sebagai undang-undang bagi para pembuatnya.
8. Asas Kepatutan, maksudnya bahwa isi perjanjian tidak hanya harus sesuai dengan peraturan perundang-undangan tetapi harus sesuai dengan kepatutan.

9. Asas Kebiasaan, maksudnya bahwa perjanjian harus mengikuti kebiasaan yang lazim dilakukan, sesuai dengan isi Pasal 1347 BW yang berbunyi hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan dianggap secara diam-diam dimasukan dalam perjanjian meskipun tidak dengan tegas dinyatakan. Hal tersebut merupakan perwujudan dari unsur *Naturalia* dalam perjanjian.
10. Asas Kebebasan Berkontrak, asas kebebasan berkontrak diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) BW yang menyebutkan Setiap persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Asas Kebebasan berkontrak dapat di analisis dari ketentuan pasal 1338 BW. Berdasarkan pasal tersebut ada beberapa kebebasan kepada para pihak untuk [11] :
    a. Membuat atau tidak membuat perjanjian;
    b. Mengadakan perjanjian dengan pihak mana pun;
    c. Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan dan persyaratannya;
    d. Menentukan bentuknya, yaitu tertulis atau tidak tertulis.
11. Asas Itikad Baik (*Goede Trouw*)

    Berdasarkan Pasal 1338 ayat (3) BW yang berbunyi: Perjanjian harus dilakukan dengan itikad baik. Asas itikad baik merupakan asas bahwa para pihak yaitu pihak kreditur dan debitur harus bisa melaksanakan substansi kontrak

[11] Salim HS, *Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hlm 9

berdasarkan kepercayaan atau keyakinan yang teguh atau kemauan baik dari para pihak.

12. Asas Kepribadian

    Asas ini menentukan bahwa seorang yang akan melakukan atau membuat kontrak hanya untuk kepentingan perseorangan saja. Hal ini dapat dilihat dari Pasal 1315 dan pasal 1340 BW. Pasal 1315 BW berbunyi Pada umumnya seseorang tidak mengadakan perikatan selain untuk dirinya sendiri. Pasal 1340 BW berbunyi, Perjanjian hanya berlaku antara para pihak yang membuatnya.

Suatu perjanjian dalam prakteknya juga dapat berakhir, perjanjian berakhir karena:

1. Ditentukan oleh para pihak berlaku untuk waktu tertentu;
2. Undang-undang menentukan batas berlakunya undang-undang;
3. Para pihak atau undang-undang menentukan bahwa dengan terjadinya peristiwa tertentu maka persetujuan akan dihapus, peristiwa tertentu yang dimaksud adalah keadaan memaksa *(overmacht)* yang diatur dalam Pasal 1244 dan 1245 BW. Keadaan memaksa adalah suatu keadaan dimana debitur tidak dapat melakukan prestasinya kepada kreditur disebabkan karena adanya kejadian dilaur kuasanya, misalnya kerena adanya gempa bumi, banjir, gunung meletus dan lain-lain. Keadaan memaksa dapat dibagi menjadi dua macam, yaitu:

a. Keadaan memaksa absolut adalah keadaan dimana debitur sama sekali tidak dapat memenuhi perutangannya kepada kreditur, oleh adanya gempa bumi, banjir bandang dan adanya lahar (*force majure*). Akibat keadaan memaksa absolut adalah:
    1) Debitur tidak perlu membayar ganti rugi sesuai dengan Pasal 1244 BW;
    2) Kreditur tidak berhak atas pemenuhan prestasi, tetapi sekaligus demi hukum bebas dari kewajiban untuk menyerahakan kontrak prestasi kecuali untuk yang disebut dalam Pasal 1460 BW.

b. Keadaan memaksa relative adalah suatu keadaan yang menyebabkan debitur masih mungkin untuk melaksanakan prestasinya, tetapi pelaksanaan prestasi itu harus dilakukan dengan memberikan korban besar yang tidak seimbang atau menggunakan kekuatan jiwa yang di luar kemampuan manusia atau kemungkinan tertimpa bahaya kerugian yang sangat besar. Keadaan memaksa ini tidak mengakibatkan beban resiko apapun, hanya masalah waktu pelaksanaan hak dan kewajiban kreditur dan debitur.

4. Pernyataan menghentikan persetujuan (*opzegging*) yang dapat dilakukan oleh kedua belah pihak atau salah satu pihak dalam perjanjian yang bersifat semantara, misalnya dalam perjanjian kontrak;

5. Putusan hakim;
6. Tujuan perjanjian telah tercapai;
7. Dengan persetujuan para pihak (*herroeping).*

Apabila dilihat dari sudut pandang hukum Publik, perjanjian menunjuk kepada Perjanjian Internasional*.* Saat ini pada masyarakat internasional, perjanjian internasional memainkan peranan yang sangat penting dalam mengatur kehidupan dan pergaulan antar negara. Perjanjian Internasional pada hakekatnya merupakan sumber hukum internasional yang utama untuk mengatur kegiatan negara-negara atau subjek hukum internasional lainnya.

Berbeda dengan perjanjian dalam hukum privat yang sah dan mengikat para pihak sejak adanya kata sepakat, namun dalam hukum publik kata sepakat hanya menunjukkan kesaksian naskah perjanjian, bukan keabsahan perjanjian, dan setelah perjanjian itu sah, tidak serta merta mengikat para pihak apabila para pihak belum melakukan ratifikasi.

Perjanjian, baik ditinjau dari sudut hukum privat maupun publik, sama-sama memiliki kekuatan mengikat bagi para pihak yang memperjanjikan jika sudah memenuhi syarat-syarat yang ditentukan untuk dinyatakan sah. Namun berbeda dengan perjanjian yang berlaku dalam lapangan hukum privat yang hanya mengikat kedua belah pihak, dalam lapangan hukum publik perjanjian mengikat bukan hanya kedua belah pihak namun juga pihak ketiga.