

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Era reformasi merupakan era perubahan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Era reformasi telah dimulai sejak tahun 1998 yang lalu. Latar belakang lahirnya reformasi adalah tidak berfungsinya roda pemerintahan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara terutama dibidang politik, ekonomi, dan hukum. Maka dengan adanya reformasi, penyelenggara negara berkeinginan untuk melakukan perubahan secara radikal (mendasar) dalam ketiga bidang tersebut.¹

Perkembangan tata kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia dewasa ini mengalami dinamika yang mengagumkan. Semangat perubahan ini terjadi sebagai bentuk kesadaran anak bangsa untuk mencapai sebuah Negara-Bangsa yang bermartabat dalam penyelenggaraan dan pengelolaan kehidupan bernegara yang demokratis dan berkeadilan. Perubahan ini diperlukan agar Indonesia mendapatkan pengakuan sebagai pionir demokrasi oleh bangsa-bangsa seluruh negara di dunia. maka bangsa indonesia dengan semangat reformasi terus berupaya menata tata pergaulan dan pengelolaan, serta penyelenggaraan masyarakat, berbangsa dan bernegara berlandaskan pada hukum. Namun demikian, untuk mencapai pada sasaran itu, bangsa indonesia dalam rentang sejarah yang panjang atas realitas kehidupan kenegaraan selama tiga dasawarsa

¹ Salim H.S, *Hukum Kontrak Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hlm. 1

yang lalu membuktikan terjadinya inkonsistensi dan diviasi dari konsep dasar cita-cita seluruh bangsa Indonesia.

Konsep dasar dalam kehidupan kenegaraan terutama berkaitan dengan sistem tata kelola pemerintahan yang seharusnya berlandaskan hukum tertinggi dan menjunjung tinggi prinsip *Good Governance*. Sebagai gejala sosial, hukum dimaksud untuk menciptakan dan mengusahakan adanya keseimbangan di antara ragam kepentingan yang terdapat didalam masyarakat, sehingga konflik kepentingan antar anggota masyarakat dapat dihindari. Kendati demikian, jika konflik tersebut ternyata terjadi maka hukum digunakan sebagai instrumen untuk proses penyelesaian. Oleh karena itu, agar proses pemenuhan kepentingan masing-masing manusia yang ada dalam komunitas masyarakat untuk tidak berpeluang menimbulkan konflik, maka diperlukan adanya aturan yang mengatur hak dan kewajiban masing-masing pihak dalam mengadakan kontak ataupun hubungan di antara sesamanya misal nya sebuah perjanjian yang ada hukum yang mengaturnya. aturan itu ialah hukum. Ketika hukum sebagai norma, maka mempunyai ciri kekhususan, yaitu hendak melindungi, mengatur dan memberikan perlindungan serta keseimbangan dalam menjaga kepentingan umum.

Jika ada yang melanggar ketentuan hukum dalam arti merugikan, melalaikan atau mengganggu keseimbangan kepentingan umum seperti yang dikehendaki oleh kepentingan hukum itu, maka pelanggaran nya dapat mendapatkan reaksi dari masyarakat. Dan reaksi yang diberikan berupa pengembalian ketidak seimbangan yang dilakukan dengan mengambil tindakan terhadap pelanggaran itu. Pengambilan ketidak seimbangan bagi suatu kelompok

sosial yang teratur dilakukan oleh petugas yang berwenang untuk keperluan itu dengan memberikan hukuman. Ketentuan-ketentuan yang dapat memberikan hukuman kepada seseorang karena melalaikan dan mengganggu keseimbangan kepentingan umum, adalah ketentuan hukum yang berlaku pada saat itu dalam kehidupan kelompok sosial pada saat itu dan bukan ketentuan hukum masa lalu.

Maka dari itu kehidupan manusia di dalam pergaulan masyarakat diliputi oleh norma-norma, dimana guna norma itu bagi manusia adalah untuk memberikan sebuah petunjuk bagi manusia bagaimana seseorang harus bertindak dalam masyarakat serta perbuatan-perbuatan mana yang harus dijalankan dan perbuatan mana pula yang harus di hindari. Dalam pergaulan hidup dibedakan 4 (empat) macam norma atau kaedah yaitu :

1. Norma Agama
2. Norma Kesusilaan
3. Norma Kesopanan
4. Norma Hukum²

Sebagai alat pengatur tata tertib hubungan masyarakat hukum sebagai norma merupakan petunjuk untuk kehidupan. Manusia dalam masyarakat, hukum menunjukkan mana yang baik dan mana yang buruk, hukum juga nenberi petunjuk, sehingga segala sesuatunya berjalan tertib dan teratur.³

² Mokhammad Najih dan Soimin, *Pengantar Hukum Indonesia*, Setara Press, Malang, 2012, hlm.

1

³ Zainal Asikin, *Pengantar Ilmu Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2012, Hlm. 19

Hukum dipandang sebagai aturan atau seperangkat aturan tentang tingkah laku manusia, karena tingkah laku manusia saat ini banyak yang tidak sesuai dengan norma serta banyak merugikan orang lain sebagaimana yang juga sedang diteliti oleh penulis dalam hal perbuatan melawan hukum kepemilikan sertifikat tanah. Hukum juga dikatakan sebagai seperangkat perjanjian yang dibuat oleh orang-orang dalam suatu masyarakat yang diorganisasi secara politis. Hukum juga dipandang sebagai system pedoman berdasarkan pengalaman manusia dan dengan pedoman tersebut secara individual akan merealisasikan kebebasan sebanyak mungkin⁴

Percakapan tentang hukum dalam arti sebagai ilmu hukum, berarti ilmu tentang kaidah atau *Normwissenschaft* atau *Sollenwissenschaft*, yaitu ilmu yang menelaah hukum sebagai kaidah, atau sistem kaidah-kaidah, dengan dogmatik hukum dan sistematik hukum. Maka jelaslah bahwa dalam arti ini hukum dilihatnya sebagai ilmu pengetahuan atau science yang merupakan karya manusia yang berusaha, mencari kebenaran tentang sesuatu yang memiliki ciri-ciri, sistematis, logis, empiris, metodis, umum dan akumulatif. Sebagai ilmu pengetahuan ilmu hukum dengan ciri-ciri berusaha mempelajari sistematik hukum dan kaidah-kaidah seperti rumusan kaidah, sebab terbentuk nya dan sebagainya, sedemikian rupa sehingga hukum dapat dipelajari dengan sebaik-baiknya. Semakin berkembang suatu masyarakat akan semakin menuntut perkembangan ilmu hukum, sehingga dapat secara obyektif mampu menjelaskan keadaan hukum

⁴Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009, Hlm. 124-126

pada setiap saat, demi dapat berperanya hukum sebagai sarana untuk ketertiban, keadilan dan pendorong pembangunan.⁵

Salah satu kodifikasi hukum privat di indonesia termuat dalam *Bugerlijk Wetboek* dan kitab hukum Perniagaan tidak hanya berlaku bagi beberapa golongan saja (Eropa, Tionghoa, Arab dan bangsa Timur asing lainnya) melainkan juga tidak seluruh nya berlaku bagi masing-masing golongan itu. BW hanya sebagian saja berlaku bagi orang-orang Arab dan lain lain bangsa Timur Asing.

Jadi, di Indonesia sekarang sudah ada kodifikasi yang tidak berupa unifikasi. Maka dikemudian hari, apabila kita di Indonesia melakukan langkah ke arah kodifikasi bagi orang-orang indonesia asli, bukanlah syarat mutlak. Bahwa kodifikasi itu akan merupakan unifikasi juga yang berlaku bagi segenap penduduk umumnya dan pada warga negara Indonesia khusu nya. makna kodifikasi dalam suatu negara ialah, bahwa seberapa boleh sebaiknya suatu peraturan hukum tertentu yang telah dikodifikasi. Ditetapkan berlaku bagi seluruh warga negara itu bukankah suatu alasan penting untuk kodifikasi ialah kepastian hukum.⁶

Hukum adalah peraturan-peraturan yang bersifat memaksa, yang menentukan tingkah laku setiap manusia di dalam lingkungan masyarakat yang di buat oleh badan-badan resmi yang berwajib.⁷ Hukum terbagi menjadi hukum publik dan hukum privat, yang termasuk ke dalam golongan hukum privat adalah hukum perdata dan hukum acara perdata saja. Hukum perdata adalah hukum yang

⁵Soedjono Dirdjosisworo, *Pengantar Ilmu Hukum*, PT. RajaGrafindo, Jakarta, 2007, hlm. 42

⁶Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm. 158

⁷Zainal Asikin, *Op.Cit*, Hlm. 10

memuat aturan-aturan yang mengatur hubungan hukum antara satu orang dengan orang lain dalam masyarakat. Mengatur juga hubungan hukum antara anggota masyarakat dengan pemerintah dalam hubungan atau kepentingan perorang (Privat). Bahwa hukum perdata juga mengatur dua pihak yang berbeda status hukumnya, yaitu perseorangan dan pemerintah⁸

Oleh karena sistem hukum di Indonesia sangat dipengaruhi oleh tradisi *civil law* (*civil law tradition*), maka sebagaimana halnya negara-negara dengan sistem *civil law* seperti Prancis, Jerman, dan Belanda sumber utama hukum perikatan adalah peraturan perundang-undangan (legislasi), khususnya Code Civil atau KUHPerdata. Sumber utama pengaturan hukum perikatan di Indonesia terdapat di dalam Buku ke III KUHPerdata tentang perikatan (*van verbintenissen*). Buku ke III KUHPerdata memiliki struktur sebagai berikut :

1. Bab I Tentang perikatan pada Umumnya (*van verbintenissen in het algemeen*)
2. Bab II Tentang perikatan yang timbul karena perjanjian (*van verbintenissen die uit contract of overeenkomst geboren worden*)
3. Bab III Tentang perikatan yang timbul karena Undang-undang (*van verbintenissen die uit kracht der wet geboren worden*)
4. Bab IV Tentang berakhirnya perikatan (*van het te niet gaan der verbintenissen*)

⁸Sri Harini Dwiyatmi, *Pengantar Hukum Indonesia*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2006, hlm. 26

Bab I – Bab IV Buku ke III KUHPerdara merupakan ketentuan yang bersifat umum. Bab V – XVIII Buku ke III KUHPerdara mengatur berbagai perjanjian yang termasuk dalam kategori perjanjian tertentu atau perjanjian bernama. Dalam bab tersebut di atur juga berbagai bentuk perjanjian yang sangat banyak digunakan anggota masyarakat dan sudah memiliki nama tertentu, seperti perjanjian jual-beli, tukar-menukar, sewa-menyewa, pinjam-meminjam, perjanjian pemberian kuasa, dan pinjam pakai. Berkaitan dengan pengaturan di dalam buku ke III KUHPerdara di atas, J satrio memberikan beberapa catatan sebagai berikut :

Bab I berisi tentang perikatan-perikatan yang dilahirkan dari kontrak atau persetujuan. Dari judul nya yang di duga yang di atur adalah ketentuan. umum dalam arti berlaku untuk semua perikatan baik perikatan yang lahir dari undang-undang maupun perjanjian. Ternyata, di sini yang banyak di atur adalah ketentuan yang hanya berlaku bagi perjanjian saja.

Bab II tentang perikatan-perikatan yang lahir dari kontrak atau persetujuan. Sesuai dengan judulnya, maka disini diberikan ketentuan umum tentang perikatan yang lahir dari perjanjia, dan oleh karenanya hanya berlaku untuk perikatan yang lahir karena perjanjian saja

Bab III tentang perikatan yang dilahir kan dari undang-undang. Berdasarkan apa yang ditentukan dalal bab sebelumnya orang berharap disini diletakan ketentuan umum yang mengatur tentang perikatan yang lahir karena undang-undang, tetapi ternyata, hanya memuat ketentuan umum yang mengatur tentang perikatan yang lahir karena undang-undang, tetapi ternyata, hanya

memuat 2 (dua) ketentuan umum, sedangkan selebih nya mengatur ketentuan khusus tentang perikatan yang lahir dari undang-undang. dengan demikian, di luar dua ketentuan umum tersebut, undang-undang tidak memberikan ketentuan umum lain. Ketentuan umum untuk perikatan semacam ini memang tidak diperlukan, karena undang-undang telah memberikan pengaturan yang relatif lengkap untuk masing-masing perikatan yang lahir dari undang-undang. padahal tidak ada perikatan yang lahir dari undang-undang selain yang di atur oleh undang-undang. berdasarkan hal tersebut dapat diterima alasan tidak adanya ketentuan umum yang serba lengkap hanya ketiga ketentuan khusus tersebut seharusnya di atur ditempat lain.

Bab IV tentang hapusnya perikatan. Ketentuan ini berupa ketentuan umum dalam arti berlaku baik untuk perikatan yang dari undang-undang maupun perikatan yang lahir dari perjanjian.

Dengan demikian, yang berisi tentang ketentuan umum hanya bab I dan bab IV. Bab II dan Bab III juga berisi tentang ketentuan umum, tetapi mengenai segi khusus. Kemudian, bab-bab berikutnya berturut-turut di atur tentang “perjanjian khusus” atau “perjanjian bernama”. Ini adalah perjanjian yang secara lengkap di atur dalam KUHPerdara. Selain itu ada juga perjanjian bernama yang di atur dalam kitab Undang-undang Hukum Dagang (KUHD).

Dari pengaturan hukum perdata dapat dibuat sistematisasi pengaturnya yang dapat menggambarkan kedudukan hukum perikatan. Hukum perikatan merupakan bagian dari hukum kekayaan.⁹

Perkembangan hukum yang semakin pesat telah banyak mengalami kemajuan. Dalam sistem hukum perjanjian di Indonesia juga telah banyak mengalami kemajuan baik dalam lingkup Hukum Perdata maupun Hukum Bisnis dapat terlihat dalam penggunaan dasar Perjanjian sebagai dasar hukum. Suatu perjanjian atau pengikatan hubungan hukum antar subyek hukum merupakan hal yang amat Mutlak keberadaannya guna menjamin adanya kepastian hukum. Perjanjian di atur dalam buku ke III BW Pasal 1313 KUH Perdata yang menyatakan bahwa :

“Perjanjian adalah Perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.¹⁰ Dari peristiwa ini, timbullah suatu hubungan hukum antara dua orang atau lebih yang disebut Perikatan yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban masing-masing pihak”.

Setiap mengikatkan kesepakatan antar subyek hukum pastinya sebuah perjanjian atau kontrak selalu menjadi dasar utama guna keberlangsungan hubungan hukum yang baik dan mengedepankan kepastian hukum.

⁹Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia Dalam Prespektif Perbandingan*, FH UII press, Yogyakarta, 2013, hlm. 12

¹⁰Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, hlm.

Hukum kontrak merupakan terjemahan dari bahasa Inggris yaitu *contract of law*, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan istilah *overeenscomstrecht*. Lawrence M. Friedman mengartikan hukum kontrak adalah perangkat hukum yang mengatur aspek tertentu dari pasar dan mengatur jenis perjanjian tertentu. Apabila dikaji aspek pasar, tentunya akan mengkaji dari berbagai aktivitas bisnis yang hidup dan berkembang dalam sebuah market. Di dalam berbagai market tersebut maka akan menimbulkan berbagai macam kontrak yang dilakukan oleh para pelaku usaha. Ada pelaku usaha yang mengadakan perjanjian jual-beli, sewa-menyewa, beli-sewa, leasing dan lain sebagainya. Michael D Bayles mengartikan *Contract of law* atau hukum kontrak adalah *Might then be taken to be the law pertaining to enforcement of promise or agreement*. Artinya ialah, hukum kontrak adalah sebagai aturan hukum yang berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian atau persetujuan.

Di Indonesia saat ini khususnya dalam bidang hukum bisnis yang berkaitan dengan perjanjian sangat membutuhkan suatu regulasi yang bersifat dinamis namun tetap mampu bersifat fleksibel. Perjanjian merupakan tahapan persetujuan yang mengikat para pihak dengan mengedepankan itikad baik. Sebelum diadakan perjanjian biasanya diawali dengan menyampaikan rasa kesepahaman yang tertuang dalam nota kesepahaman yang disebut dengan *memorandum of understanding* (MoU) dapat disebut juga dengan Pra-Kontrak yang belum menimbulkan akibat hukum atau awal negosiasi sebelum melakukan perjanjian yang mempunyai akibat hukum.

Negosiasi merupakan kegiatan yang tidak lagi terdengar asing di telinga kita, dan Negosiasi itu sendiri merupakan suatu proses saat dua pihak mencapai perjanjian yang dapat memenuhi kepuasan semua pihak yang berkepentingan dengan elemen-elemen kerjasama dan kompetisi. Termasuk di dalamnya, tindakan yang dilakukan ketika berkomunikasi, kerjasama atau memengaruhi orang lain dengan tujuan tertentu. Namun tidak semua negosiasi yang kita lakukan dapat berjalan sesuai kehendak, ada kala berjalan lancar dan tidak.

Negosiasi kita lakukan dari hal-hal yang kecil, misalnya, negosiasi di pasar ketika berbelanja barang kebutuhan sehari-hari sampai, kepada negosiasi yang sifatnya lebih formal dalam mewakili kepentingan organisasi, atau perusahaan tempat kita bekerja. Negosiasi yang formal lazimnya kita lakukan dalam kapasitas kita sebagai profesional yang mewakili organisasi atau perusahaan kita di meja perundingan. Misalnya sebagai pengusaha, manajer, atau tenaga profesional lainnya yang berunding secara formal dengan calon mitra bisnis kita. Namun negosiasi informal yang berkembang dalam pembicaraan yang bersifat tak resmi, dalam bentuk lobi-lobi tertentu, sering juga diperlukan untuk membuka jalan atau menunjang kelancaran proses negosiasi formal yang berlangsung di meja perundingan resmi. Sebagian besar proses pengambilan keputusan di seluruh bidang pekerjaan baik di dalam internal organisasi maupun dengan pihak luar, dapat diperlancar melalui proses negosiasi baik formal maupun informal yang efektif. Sebagian besar permasalahan bisnis di lapangan ternyata disebabkan oleh

kurangnya pemahaman para pelaku bisnis akan arti penting negosiasi dan cara melakukannya dengan benar¹¹

- Menurut Casse

Negosiasi adalah proses dimana paling sedikit ada dua pihak dengan persepsi, kebutuhan, dan motivasi yang berbeda mencoba untuk bersepakat tentang suatu hal demi kepentingan bersama.¹²

Untuk menyusun suatu perjanjian yang baik dan benar para pihak pembuat perjanjian harus memiliki persiapan dan perencanaan terlebih dahulu. Sebaiknya, penyusunan perjanjian di mulai sebelum negosiasi dilakukan, agar segala kepentingan dan keinginan para pihak bisa tertampung seluruhnya dalam perjanjian tersebut. Penyusunan suatu perjanjian meliputi beberapa tahapan sejak dari perencanaan sampai dengan penyusunan isiperjanjian. Tahap-tahap penyusunan perjanjian umumnya adalah sebagai berikut :

1. Tahap pra-perjanjian
 - a. Negosiasi, yakni suatu proses upaya untuk mencapai kesepakatan di antar pihak yang satu dengan pihak yang lain. Dari sini biasanya terjadi tawar-menawar
 - b. Nota kesepahaman (MoU) merupakan pencatatan atau pendokumentasian hasil negoisasi awal dalam bentuk tertulis.

¹¹Oxford Dictionary dalam Patrice Lumumba, *Negosiasi dalam Hubungan Internasional*, Yogyakarta, Graha Ilmu, 2013, Cet. I, hlm. 7

¹²Djoko Purwanto, *Komunikasi Bisnis*, Edisi. Keempat, Jakarta: Erlangga, 2011, hlm. 302

Walaupun dikatakan MoU belum merupakan suatu perjanjian, MoU penting sebagai pegangan untuk melakukan negosiasi lebih lanjut atau sebagai dasar untuk melakukan studi kelayakan dan pembuatan perjanjian.¹³

Seperti telah di utarakan pada pengertian kontrak di atas, terkesan adanya proses penawaran (*Offer*) dan penerimaan atas penawaran itu (*acceptance*) yang bermuara pada kesepakatan MoU (*Mutual Assent atau Mutual of Understanding*) dan ditransformasikan ke dalam bentuk tulisan.

Di sini satu pihak sebagai penawaran harus mampu menciptakan kekuatan atas apa yang ditawarkan agar diterima oleh pihak penerima penawaran tetap harus memperhatikan prinsip-prinsip komunikasi. Tingkat kekuatan penawaran (*konsiderasi*) itulah yang akan menentukan sikap dari pihak yang menerima penawaran, apakah ia akan menerima sehingga segera diikuti pembentukan kontrak, atau sebaliknya menolak karena kurangnya daya penawaran, kontra penawaran atau tanpa adanya reaksi.

Untuk meningkatkan efektifitas negosiasi, dapat digunakan beberapa konsep sebagai teknik (hubungan ilmu pengetahuan, teknologi, dan seni) sebagai berikut :

- a. 3K + 1N (kekuatan, kelemahan, kemungkinan + Niat)
- b. SWOT (*strenght, Weakness, Oppoortunnity, Threads*)
- c. MBO (*Management of Objective*)

¹³Rini Pamungkasih, *101 Draf Surat Perjanjian Kontrak*, Gradien Mediatama, Yogyakarta, 2009, hlm.19

d. *Bargained for Exchange Theory*¹⁴

Contoh janji-janji developer yang tercantum dalam brosur-brosur yang di edarkan sebagai iklan, menurut teori klasik hukum kontrak tidak dapat dituntut pertanggung jawabnya, krena janji janji tersebut adalah janji-janji pra-kontrak yang tidak tercantum dalam pengikatan jual-beli. Dengan demikian menurut teori klasik hukum kontrak, konsumen tidak dapat menuntut ganti rugi.

Menurut Jack Beatson and Daniel Friedman :

Akan tetapi, teori kontrak yang modern cenderung untuk menghapuskan syarat-syarat formal bagi kepastian hukum dan lebih menekankan kepada terpenuhinya rasa keadilan.

Jadi, mereka berpendapat keadilan nya pihak yang mengundurkan diri dari perundingan awal pembuatan kontrak atau disebut dengan Pra-kontrak tanpa alasan yang patut maka harus bertanggung jawab atas kerugian yang di derita oleh pihak lain, jika pihak yang terakhir ini telah membuka rahasi dagang, mengeluarkan biaya atau menanamkan modal, karena percaya dan menaruh harapan terhadap janji-janji yang diberikan dalam proses perundingan. Demikian pula menurut teori kontrak yang modern janji-janji Pra-Kontrak atau disebut dengan *memorandum of understanding* (MoU) pada brosur iklan mempunyai kekuatan hukum dan berakibat hukum jika janji-janji tersebut diingkari.

Contoh di negara-negara maju yang menganut sistem *civil law* sistem, seperti perancis, Belanda dan Jerman, pengadilan memberlakukan asas itikad baik

¹⁴ Syahmin, *Hukum Kontrak Internasional*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 21

bukan hanya dalam tahap penandatanganan dan pelaksanaan kontrak, tetapi juga dalam tahap perundingan (*the duty of good faith in negotiation*), sehingga janji-janji Pra-kontrak mempunyai akibat hukum dapat di tuntutan ganti rugi jika janji tersebut diingkari.

Contoh di negara yang menganut sistem *common law*, seperti di amerika pengadilan menerapkan doktrin *Promissory estoppel* untuk memberikan perlindungan hukum kepada pihak yang dirugikan karena percaya dan menaruh pengharapan terhadap janji-janji yang diberikan lawanya dalam tahap pra-kontrak

Akan tetapi beberapa putusan Pengadilan di Indonesia tidak menerapkan asas itikad baik dalam proses negosiasi, karena menurut teori klasik jika suatu perjanjian belum memenuhi syarat tertentu, maka belum ada suatu perjanjian sehingga belum lahir suatu perikatan yang mempunyai akibat hukum bagi para pihak.

Dalam hukum, perkataan orang (*persoon*) berarti pembawa hak atau subyek di dalam hukum. Sekarang ini boleh dikatakan, bahwa setiap manusia itu pembawa hak.¹⁵ Berdasarkan pendapat tersebut bukan berarti orang yang mempunyai hak bisa melakukan suatu perbuatan dengan sebebaskan-bebas nya, karena ada peraturan-peraturan yang harus dipatuhi yang apabila di langgar bisa dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum.

Menurut penulis seiring berkembang nya Bisnis di Indonesia yang tentu nya membutuhkan kepastian sistem hukum perjanjian di Indonesia, maka perlu

¹⁵Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, PT. Intermas, Jakarta, 2001, hlm 19

adanya kepastian hukum terhadap sebuah Teori yg akan digunakan dalam menentukan suatu hal tertentu terkait dengan hukum perjanjian di Indonesia. Penulis melihat bahwa *Memorandum of Understanding* MoU yang selama ini disebut sebagai tahap awal untuk terjadinya sebuah perjanjian atau dengan kata lain tahap Pra-kontrak telah mengalami perbedaan penafsiran di kalangan praktisi hukum, ada yang mengatakan bahwa MoU dapat menimbulkan Akibat Hukum dan ada juga yang mengatakan bahwa MoU tetap tidak dapat dijadikan sebagai perjanjian. Bahkan ada yang sampai melakukan gugatan terhadap *Memorandum of Understanding* MoU tersebut yang menurut teori klasik tidak mempunyai Akibat Hukum. Menurut penulis sistematika dalam hal Pembuatan Kontrak sudah jelas harus melalui tahapan yang sudah di laksanakan dari dahulu.

Menurut penulis bahwa perbedaan pendapat yang terjadi saat ini terutama dalam sistem hukum perjanjian di indonesia adalah hal yang biasa, mengingat bahwa warga negara Indonesia bebas untuk mengeluarkan pendapat, akan tetapi pendapat yang dikemukakan sudah seharusnya mempunyai dasar teoritis dan tersusun secara sistematis, pemikiran-pemikiran yang membawa kepada dampak suatu perubahan terhadap teori sudah seharusnya dikaji, melalui penelitian sebagaimana mestinya.

Menurut Salim HS, ada tiga tahapan dalam membuat perjanjian adalah :

1. Tahap *pracontractual*, yaitu adanya penawaran dan penerimaan
2. Tahap *contractual*, yaitu adanya persesuaian pernyataan kehendak antara para pihak,

3. Tahap *post contractual*, yaitu pelaksanaan perjanjian¹⁶

Penulis merasa tertarik untuk melakukan penelitian terhadap perbedaan paham teori *Memorandum of Understanding* (Mou) yang menjadi awal tahapan dalam sebuah perjanjian khususnya di wilayah hukum Indonesia. Penulis tertarik untuk melakukan penelitian bagaimana sebenarnya kedudukan *Memorandum of Understanding* dalam sistem Hukum Perjanjian di Indonesia.

Penulis merasa perlu meneliti serta mengkaji mengenai perbedaan paham yang terjadi terhadap pra-kontrak atau disebut dengan *Memorandum of understanding* (MoU). Mengingat teori merupakan dasar untuk menjadi pedoman bagi pelaksana peraturan maupun pelaksana teori tersebut. Agar subyek teori mampu mendapatkan arah kerangka berpikir tentang suatu permasalahan terkait *Memorandum of Understanding* (MoU). Terutama bagi kalangan aparat penegak hukum serta praktisi-praktisi hukum yang gemar beradu argument.

Penulis tertarik dengan dasar nilai filosofis, Nilai yang di maksud adalah sesuatu yang dimiliki manusia untuk melakukan berbagai pertimbangan tentang apa yang di nilai¹⁷. Teori tentang nilai dalam filsafat mengacu pada permasalahan etika dan estetika yang juga sebagai pertimbangan dilakukan nya penelitian ini, mengingat teori merupakan dasar berpikir bagi siapapun, mengingat untuk berprakteklah dengan tetap berlandaskan akan teori yang benar, dan tidak diragukan kebenarannya. serta tidak menimbulkan Penafsiran yang berbeda dalam merumuskan suatu persoalan hukum.

¹⁶Salim Hs, *Op.Cit*, hlm. 26

¹⁷Mustasyir, dkk, *Filsafat Ilmu*, Yogyakarta , Pusataka Pelajar, 2013, hlm 66

Penulis melihat banyak sekali perbedaan pendapat terhadap Kedudukan Hukum *Memorandum of Understanding* sehingga penulis tertarik untuk melakukan penelitian, kemauan untuk melakukan penelitian pada penulisan ini semakin kuat setelah penulis menemukan kasus Gugatan terhadap Memorandum of Understanding (MoU) yang bahkan telah sampai pada tahap Kasasi di Mahkamah Agung dalam Nomor 1788 K/Pdt/2014, bahkan Hakim Mahkamah menyatakan bahwa Memorandum of Understanding antara PT. BALI TOURISM DEVELOPMENT dengan PT. JAYA MAKMUR BERSAMA adalah termasuk kedalam perjanjian yang mempunyai akibat hukum.

Menurut Erman Rajagukguk :

Mengartikan *Memorandum of Understanding* adalah Dokumen yang memuat saling pengertian di antara para pihak sebelum perjanjian dibuat, isi *dari Memorandum of Understanding* harus dimasukkan kedalam kontrak, sehingga ia mempunyai kekuatan mengikat.¹⁸

Menurut Munir Fuady :

Tujuan *Memorandum of Understanding* untuk menghindari kesulitan pembatalan *Agreement* nantinya, dalam hal prospek bisnisnya belum jelas dan benar, dalam arti blm bisa dipastikan apakah *deal* kerja sama tersebut akan

¹⁸Salim, Abdullah, Wiwiek Wahyuningsih, *Perancangan Kontrak dan Memorandum of Understanding*, Jakarta, Sinar Grafika, 2008, hlm 46

ditindak lanjuti, sehingga dibuatlah *Memorandum of Understanding* yang mudah dibatalkan.¹⁹

Berdasarkan pemaparan dari latar belakang di atas, penulis tertarik dan bermaksud untuk melakukan penelitian lebih lanjut tentang Kedudukan *Memorandum of Understanding* (MoU) Dalam Sistem Hukum Perjanjian di Indonesia yang mulai mengalami pergeseran makna di tataran teoritis. Maka dari itu penulis mengambil judul “Kedudukan *Memorandum of Understanding* dalam Sistem Hukum Perjanjian di Indonesia”

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang sebagaimana di uraikan sebelumnya, maka dapat dirumuskan permasalahan hukum yang berkaitan dengan penelitian ini sebagai berikut :

1. Bagaimanakah Kedudukan *Memorandum of Understanding* (MoU) Dalam Sistem Hukum Perjanjian di Indonesia ?
2. Bagaimanakah Praktek Penerapan *Memorandum of Understanding* (MoU) di Indonesia ?

C. Tujuan dan Manfaat penelitian

a. Tujuan penelitian

Adapun yang menjadi tujuan dari penelitian ini, ialah antara lain :

¹⁹*Ibid*, hlm 52

1. Untuk mengetahui Kedudukan *Memorandum of Understanding* (MoU) Dalam Sistem Hukum Perjanjian di Indonesia
2. Untuk mengetahui Praktek Penerapan *Memorandum of Understanding* (MoU) di Indonesia

b. Manfaat Penelitian

Manfaat yang ingin diperoleh dari penelitian ini, antara lain adalah :

1. Diharapkan dalam penelitian ini dapat menambah dan memperluas pengetahuan penulis secara teoritis maupun praktek, khususnya mengenai Kedudukan *Memorandum of Understanding* (MoU) Dalam Sistem Hukum Perjanjian di Indonesia.
2. Untuk menjadi tambahan refrensi kepustakaan Universitas Islam Riau dan hendaknya dapat menjadi acuan bagi pembaca dan peneliti selanjutnya sebagai bahan tambahan dalam penulisan karya ilmiah.

D. Kerangka Teori

Agar pembahasan dalam penelitian ini dapat lebih jelas dan bermakna, sesuai dengan apa yang diharapkan, penulis memberikan batasan-batasan penelitian yang berkenaan dengan arti dan maksud judul penelitian sebagai berikut :

Asas-asas hukum berfungsi sebagai pembangunan sistem. Asas-asas itu tidak hanya mempengaruhi hukum positif, tetapi juga dalam banyak hal menciptakan suatu sistem. Suatu sistem tidak akan ada tanpa adanya asas.²⁰

Asas-asas itu membentuk satu dengan lainnya suatu sistem *check and balance*. Asas-asas ini sering menunjuk ke arah yang berlawanan, apa yang kiranya menjadi rintangan ketentuan-ketentuan hukum. Oleh karena menunjuk ke arah yang berlawanan, maka asas-asas itu saling keang mengeang sehingga ada keseimbangan.

Hukum adalah rangkaian peraturan-peraturan mengenai tingkah laku orang-orang sebagai anggota masyarakat dan bertujuan mengadakan tata tertib di antara anggota-anggota masyarakat itu. Dalam hal suatu perhubungan hukum mengenai suatu benda, Hukum B.W membedakan hak terhadap benda (*zekelijk recht*) dari pada hak terhadap orang (*persoon lijk recht*), sedemikian rupa bahwa, perjanjian itu tetap merupakan hubungan hukum antara orang dan orang, lebih tegas lagi antara seseorang tertentu dan orang lain tertentu.²¹

Hukum di artikan sebuah sistem konseptual kaedah-kaedah hukum dan keputusan-keputusan hukum (*rechtsbesslissingen*). Teori hukum ditentukan lebih jauh sebagai suatu keseluruhan pernyataan-pernyataan yang saling berkaitan dengan hukum.

Hukum adalah himpunan petunjuk hidup, perintah-perintah dan larangan-larangan yang mengatur tata tertib dalam suatu masyarakat, dan seharusnya di

²⁰Ridwan Khairandy, *Op.Cit*, hlm. 83

²¹Wirjono Prodjodikoro, *Op.Cit*, hlm. 7

taati oleh anggota masyarakat yang bersangkutan, oleh karena pelanggaran petunjuk hidup tersebut dapat menimbulkan tindakan dari pihak pemerintah.

Soedirman Kartohadiprodo menyatakan hukum adalah pikiran atau anggapan orang adil atau tidak adil mengenai hubungan antara manusia.²²

Sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut. Kesatuan tersebut diterapkan terhadap kompleksitas unsur-unsur yuridis seperti peraturan hukum, asas-asas hukum dan pengertian hukum.²³

Setiap sistem mengandung asas-asas yang menjadi pedoman dalam pembentukannya dan dapat dikatakan bahwa suatu sistem tidak terlepas dari asas-asas yang mendukungnya.²⁴

Bentuk sistem hukum Indonesia secara garis besar sistem hukum yang sering menjadi ciri pada bentuk hukum ialah dengan sistem terbuka dan tertutup. Sistem tertutup ialah sistem yang terisolir sama sekali dari lingkungan. Batas-batasnya tertutup bagi pertukaran informasi dan energi yang ada pada lingkungan sosial.

Sistem hukum terbuka menurut Sudikno Mertokusumo ialah mempunyai hubungan timbal balik dengan lingkungannya. merupakan suatu kesatuan unsur-unsur yakni berupa peraturan dan penetapan yang dipengaruhi oleh faktor-faktor kebudayaan, sosial, ekonomi sejarah dan sebagainya. Dengan demikian dapat

²² Mokhammad Najih, *Op, Cit*, hlm. 7

²³ *Ibid*, hlm. 67

²⁴ *Ibid*, hlm 68

dikatakan bahwa sistem hukum Indonesia sistem terbuka. Hukum perserikatan sistem nya terbuka setiap orang bebas untuk membuat jenis perjanjian apapun diluar yang ditentukan oleh undang-undang.²⁵

Suatu kontrak atau perjanjian harus memenuhi syarat sahnya perjanjian, yaitu kata sepakat, kecakapan, hal tertentu, dan suatu sebab yang halal, sebagaimana ditentukan dalam pasal 1320 Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Dengan dipenuhinya empat syarat sahnya suatu perjanjian tersebut, maka suatu perjanjian menjadi sah dan mengikat secara hukum bagi para pihak yang membuatnya. maka dari itu sebelum mengadakan perjanjian harus mengadakan negosiasi yang mengupayakan kesepakatan.²⁶

Hukum perjanjian adalah bagian dari hukum perdata yang berlaku di indonesia. Janji adalah suatu sendi yang amat penting dalam hukum perdata. Oleh karena nya hukum perdata banyak mengandung peraturan-peraturan hukum yang berdasar atas janji seseorang.²⁷

peraturan dibentuk untuk timbul nya suatu kepastian hukum serta akibat hukum yang menguntungkan bagi kedua belah pihak subyek perjanjian. Berbeda dengan pra-kontrak yang tidak mempunyai akibat hukum karena pra-kontrak atau *Memorandum of Understanding* adalah awal proses untuk terjadinya sebuah perjanjian telah menjadi budaya dari zaman teori klasik. Sehingga penafsiran yang

²⁵ *Ibid*, hlm. 70

²⁶ Suharnoko, *Op.Cit*, hlm. 1

²⁷ Wirjono Prodjodikoro, *Op.Cit*, hlm. 2

timbul saat ini dalam teori modern berusaha mengenyampingkan teori klasik yang padahal masih relevan untuk di pergunakan.

Negosiasi merupakan upaya awal untuk terjadinya kesepakatan antar kedua belah pihak ataupun lebih. Tahapan negosiasi di ibaratkan sebagai tahapan Pra-kontrak ialah awal dalam melakukan sebuah perjanjian, yang tentu nya belum mempunyai akibat hukum yang mengikat para pihak. Nama lain dari pra kontrak ialah *Memorandum of Understanding* (MoU)

Negosiasi adalah sebuah bentuk interaksi sosial saat pihak - pihak yang terlibat berusaha untuk saling menyelesaikan tujuan yang berbeda dan bertentangan. Menurut kamus Oxford, negosiasi adalah suatu cara untuk mencapai suatu kesepakatan melalui diskusi formal. Negosiasi merupakan suatu proses saat dua pihak mencapai perjanjian yang dapat memenuhi kepuasan semua pihak yang berkepentingan dengan elemen-elemen kerjasama dan kompetisi. Termasuk di dalamnya, tindakan yang dilakukan ketika berkomunikasi, kerjasama atau memengaruhi orang lain dengan tujuan tertentu²⁸

Tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu(1233) KUH Perdata.²⁹

1320 syarat sah suatu perjanjian diperlukan empat syarat :

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya.
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan.

²⁸Djoko Purwanto, *Op.Cit*, hlm. 302

²⁹Pasal 1233 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, hlm. 323

3. Suatu hal tertentu.
4. Suatu sebab yang halal³⁰

E. Konsep Operasional

Analisis yuridis adalah cara melihat atau meninjau serta mempelajari suatu masalah secara mendalam terhadap masalah tersebut berdasarkan undang-undang maupun doktrin-doktrin dari pendapat hukum para ahli sehingga menghasilkan suatu pendapat yang mana sesudah menyelidiki fakta-fakta dan mempelajari suatu proses melalui langkah-langkah yang tersusun secara sistematis untuk mencari jalan keluar terhadap persoalan yang sedang hendak diteliti.

Memorandum of Understanding (MoU) adalah tahapan Negosiasi tawar-menawar sebelum terjadinya kesepakatan terhadap perjanjian yang akan menimbulkan Akibat Hukum.

Berarti Tinjauan Yuridis dalam Penelitian ini ialah Pandangan Terhadap kedudukan *Memorandum of Understanding* (MoU) dalam sistem Hukum Perjanjian di Indonesia yang kian hari semakin mengalami penafsiran teori yang berbeda, pergeseran inilah yang menjadi ketertarikan penulis dalam melakukan Penelitian Terhadap fenomena ini. sumber yang akan penulis ambil untuk mendukung penulisan ini alah berdasarkan pendapat para ahli, teori-teori, asas-asas serta peraturan-peraturan Hukum seperti KUH Perdata.

³⁰Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, hlm. 339

F. Metode Penelitian

Dalam melakukan penelitian tesis ini, penulis menggunakan metode penelitian sebagai berikut :

1. Jenis dan Sifat Penelitian

Jika dilihat dari jenis nya, penelitian ini termasuk kedalam penelitian Hukum Normatif.³¹ dengan cara studi kasus yaitu dengan cara mempelajari asas-asas hukum, teori-teori hukum, sistematika hukum, serta taraf sinkronisasi hukum.

Sedangkan jika dilihat dari sifatnya, penulisan penelitian ini bersifat deskriptif yaitu penelitian yang dimaksud untuk memberikan gambaran secara rinci, jelas serta sistematis tentang permasalahan pokok penelitian.

2. Data dan Sumber Data

Data yang dikumpulkan dalam penelitian ini adalah berupa data sekunder yang terdiri dari :

a. Bahan hukum primer, dalam penelitian ini adalah Teori-teori hukum, Asas-asas hukum guna melakukan penemuan terhadap taraf sinkronisasi hukum tentang Kedudukan Pra-kontrak *Memorandum of Understanding* Terhadap Sistem Hukum Perjanjian di Indonesia, Yurisprudensi, Serta peraturan-peraturan hukum (KUH Perdata).

³¹Soerjono Soekanto, Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, PT. RajaGrafindo, jakarta, 2011, Hlm. 13

b. Bahan hukum sekunder, bahan-bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan-bahan hukum primer berupa literatur atau buku-buku, hasil penelitian skripsi, tesis dan disertasi, makalah-makalah seminar baik nasional maupun internasional, jurnal/majalah ilmiah serta pendapat para ahli mengenai Hukum Perikatan/Perjanjian dan *Memorandum of Understanding* (MoU) serta tesis terdahulu yang berkaitan dengan objek penelitian ini.

3. Analisis Data

Setelah terutama data yang penulis peroleh dari Teori-teori hukum dalam hal teori perjanjian, khususnya tahapan Pra-kontrak *Memorandum of Understanding*, lalu penulis mengumpulkan data, mengklasifikasikan sesuai dengan kedua belah masalah pokok yang ada, mengolah data tersebut dengan menguraikan dalam bentuk rangkaian-rangkaian kalimat yang jelas dan menyajikan secara rinci. Kemudian dilakukan pembahasan dengan memperhatikan undang-undang, teori-teori hukum, asas-asas hukum, yurisprudensi, dan data lainnya serta dengan membandingkan dengan pendapat para ahli yang mendukung untuk hadirnya penelitian ini.

Adapun cara pengambilan kesimpulan yang penulis pilih dari penelitian ini adalah berpedoman pada cara deduktif, yaitu penyimpulan dari hal-hal yang bersifat umum kepada hal-hal yang bersifat khusus.

BAB II

TINJAUAN UMUM

A. Tinjauan Umum Hukum Perikatan Indonesia

Pembangunan hukum merupakan hal yang mutlak karena di dalam kehidupan masyarakat terus-menerus terjadi perubahan sehingga hukum membutuhkan pembaruan. Ciri-ciri hukum nasional dapat merujuk pada Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang menentukan jenis, hierarki, dan materi muatannya terdapat dalam Pasal 5 dan 7. Pasal 2 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 menentukan sebagai berikut :

“Pancasila merupakan segala sumber hukum negara”

Sedangkan dalam pasal 7 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 menentukan sebagai berikut :

1. Jenis hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas :
 - a. Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia
 - b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat
 - c. Undang-undang / Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang
 - d. Peraturan pemerintah
 - e. Peraturan Presiden
 - f. Peraturan Daerah / Provinsi dan
 - g. Peraturan daerah Kabupaten / Kota

2. Kekuatan hukum Peraturan Perundang-undangan sesuai dengan hierarki sebagaimana dimaksud ayat (1)

KUH Perdata Indonesia (*Burgerlijk wetboek van Indonesia*) diundangkan pada tanggal 30 April 1847 (LNRI Tahun 1847 Nomor 23) KUH Perdata ini terdiri dari empat buku, yaitu :

- Buku kesatu tentang orang
- Buku kedua tentang kebendaan
- Buku ketiga tentang perikatan
- Buku keempat tentang pembuktian dan daluarsa

Pada tahun 1945, kemerdekaan Indonesia diproklamasikan ke seluruh dunia. Di dalam pasal II peraturan peralihan uud 1945 ditentukan bahwa hukum yang berasal dari zaman Hindia Belanda tetap akan berlaku dengan terlebih dahulu dinilai dari Undang-undang Dasar 1945. Perubahan-perubahan yang terjadi di dalam kehidupan masyarakat mendorong untuk dilakukannya perubahan KUH Perdata. Pada tahun 1981 di dalam simposium pembaharuan Hukum Perdata yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum UGM bekerja sama dengan Badan Pembinaan Hukum Nasional disepakati bahwa Pembaharuan tidak dilakukan dalam bentuk Kodifikasi, tetapi dalam bentuk parsial.³²

Sejak pembaharuan Hukum Perdata dilakukan secara parsial, hukum nasional terus berkembangan, antara lain, dalam perjanjian bernama dan perjanjian ini

³² Mariam Darus Badruzaman, *Hukum Perikatan Dalam KUH Perdata*, PT Citra dtya Bakti, Bandung, 2015, Hlm. 1

bersifat hukum publik. Sekalipun buku III KUH Perdata mempergunakan judul tentang perikatan, namun tidak satu pasal pun yang menguraikan apa sebenarnya yang dimaksud dengan perikatan. Baik code *civil law* prancis maupun KUH Perdata belanda yang merupakan *concordantie* KUH Perdata kita tidak pula menjelaskan hal tersebut.

Menurut sejarahnya “*verbintenis*” berasal dari perkataan perancis “*obligation*” yang terdapat dalam *code civil law* perancis, yang selanjutnya merupakan terjemahan dari perkataan *obligatio* yang terdapat dalam huku romawi *corpus iuris civilis* dimana penjelasannya terdapat dalam *institutiones Justianus*. “*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicius solvendae rei secundum nostrae civitas wara*”

Definisi ini mengandung bebarapa kekurangan antara lain tidak menyebutkan tentang hak dari pada kreditur atas sesuatu prestasi, bahkan hanya menonjolkan aspek pasif dari pada perikatan atau kewajiban debitur untuk melakukan prestasi.

Dalam perkembangannya pengertian perikatan tersebut telah mengalami perubahan dan dapat dilihat dari definisi Hofmann: perikatan adalah suatu hubungan hukum antara sejumlah terbatas subjek-subjek hukum sehubungan dengan itu seseorang atau beberapa orang dari padanya (debitur dan kreditur)

mengikatkan diri nya untuk bersikap menurut cara tertentu terhadap pihak lain yang berhak atas sikap yang demikian itu³³

Hukum perikatan adalah subsistem dari hukum perdata *Burgerlijk wetboek*.³⁴ Perikatan (*verbinten*) adalah hubungan hukum antara dua pihak di dalam lapangan harta kekayaan, dimana pihak yang satu (kreditur) berhak atas suatu prestasi, dan pihak yang lain (debitur) berkewajiban memenuhi prestasi itu. Oleh karena itu, dalam setiap perikatan terdapat “hak” di satu pihak dan “kewajiban” di pihak yang lain.³⁵

Hukum perikatan (*verbintenissenrecht, law of obligation*) merupakan konsep hukum yang khas dalam sistem *civil law*. Lembaga hukum ini berasal dari tradisi hukum Romawi (*Roman legal tradition*). Hukum perikatan di dalam sistem *civil law*, seperti yang di anut Perancis, Jerman, Belanda dan Spanyol, dan Indonesia merupakan satu kesatuan yang mencakup hukum kontrak dan perbuatan melawan huku. Kedua bidang hukum tersebut ditempatkan pada kategori yang umum, yakni hukum perikatan.

Sistem *common law* tidak mengenal penyatuan tersebut. Hukum modern Inggris menempatkan bidang kontrak (*contract*), restitusi (*restitution*), dan perbuatan melawan hukum (*tort*) kedalam tiga bidang atau kompartemen yang terpisah. Di dalam hukum inggris ada dikotomi yang tegas antara kontrak dengan perbuatan melawan hukum.

³³ Abd Thalib dan Admiral, *Hukum Keluarga dan Perikatan*, Uir Press, Pekanbaru, 2008, Hlm. 117

³⁴ *Ibid.* Hlm. 2

³⁵ I Ketut Oka Setiawan, *Hukum Perikatan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2016, Hlm. 1

Menurut subekti di dalam bukunya I Ketut Oka Setiawan, perikatan dikatakan sebagai hubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut suatu hal dari pihak yang lain dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu. Lebih lanjut dikatakan bahwa pihak yang berhak menuntut sesuatu dinamakan kreditur atau si berpiutang, sedangkan pihak yang berkewajiban memenuhi tuntutan itu dinamakan debitur atau si berutang.

Oleh karena hubungan antara debitur dengan kreditur itu merupakan hubungan hukum, maka ini berarti bahwa hak si kreditur itu dijamin oleh hukum (Undang-undang). Hal ini dipertegas lagi berdasarkan ketentuan pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang menyatakan bahwa semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Berdasarkan hal itu maka salah satu pihak tidak memenuhi ketentuan lawannya secara sukarela, kreditur dapat menuntutnya di pengadilan.

Di dalam sistem hukum Indonesia perikatan ditempatkan dalam buku III Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Makna kata perikatan atau *verbinten* atau *obligation* dapat ditelusuri sumber lama dalam hukum Romawi. Istilah pertama yang digunakan adalah *obligare*. Kemudian dikenal pula istilah *obligatio*. Secara literatur *obligatio* bermakna “seseorang mengikatkan diri”. Dewasa ini kata *obligatio* tersebut bermakna luas. Kata tersebut mengacu pada suatu hubungan yang bertimbal balik yang melihatkan seseorang memiliki hak personal untuk menuntut dari orang lain sebagai suatu kewajiban yang harus dipenuhi. Pihak yang memiliki kewajiban tersebut disebut sebagai debitur, sedangkan pihak

lainnya yang berhak untuk menuntut pemenuhan kewajiban tersebut adalah kreditur.

Dalam hukum romawi, *obligatio* dapat mengindikasikan *vinculum iuris* yang dapat dilihat dari arah manapun, dapat merujuk pada hak kreditur dan kewajiban debitur. Hal ini membuat kesulitan dalam mengartikan gagasan romawi tersebut kedalam bahasa inggris. Dalam bahasa inggris *obligation* semata-mata berorientasi kepada kewajiban seseorang, bukan kepada hak seseorang. Dengan kata “*my obligation*” hanya berarti kewajiban saya bukan hak saya.

Berkaitan kata kewajiban atau ikatan hukum itu, bahasa perancis hanya mengenal satu kata yaitu *obligation*. Bahasa belanda menggunakan dua kata yang berbeda, yakni *verbinten* (perikatan) dan *verplichting* atau *rechtsplicht* (kewajiban hukum). Jadi, tidak semua kewajiban hukum adalah perikatan. *Obligation* ini dalam bahasa belanda dikenal dengan *verbinten*. *Verbinten* berasal dari kata kerja *verbinden* yang bermakna mengikat. Dengan demikian *verbinten* bermakna ikatan atau perikatan. Istilah *verbinten* oleh R. Subekti dan J. Satrio disepadankan dengan istilah perikatan. Sri Soedewi Masjchoen Sofwan menggunakan istilah yang lain, yakni perutusan. Wirjono Prodjodikoro menggunakan istilah perjanjian sebagai padanan *verbinten*.³⁶

Buku ke III KUH Perdata tentang perikatan, tidak memberikan suatu rumusan dari perikatan itu sendiri, maka dari itu pemahaman perikatan senantiasa didasarkan atas doktrin (ilmu pengetahuan). Menurut badruzaman perikatan ialah

³⁶ Ridwan Khairandy, *Op.Cit*, Hlm. 3

hubungan yang terjadi di antara dua orang atau lebih yang terletak di dalam harta kekayaan dimana pihak yang satu berhak atas prestasi dan pihak yang lainnya wajib memenuhi prestasi itu. Dalam hal ini Badruzaman, menyatakan ditinjau dari isinya bahwa perikatan itu ada selama seseorang itu (debitur) harus melakukan sesuatu prestasi yang mungkin dapat dipaksakan terhadap kreditur, kalau perlu dengan bantuan hakim.

Perikatan adalah suatu hubungan hukum, yang artinya hubungan yang di atur dan di akui oleh hukum. Hubungan hukum ini perlu dibedakan dengan hubungan-hubungan yang terjadi dalam pergaulan hidup berdasarkan kesopanan, kepatutan, dan kesusilaan. Pengikaran terhadap hubungan-hubungan semacam itu, tidak akan menimbulkan akibat-akibat hukum misalnya, janji untuk kekampus bersama. Jadi hubungan yang berada di luar lingkungan hukum bukan merupakan perikatan.

Untuk menentukan bahwa suatu hubungan itu merupakan perikatan, pada mulanya para sarjana menggunakan, ukuran dapat “dinilai dengan uang”. Suatu hubungan di anggap dapat dinilai dengan uang, jika kerugian yang diderita seseorang dapat dinilai dengan uang. Akan tetapi nyatanya ukuran tersebut tidak dapat memberikan pembatasan, karena dalam kehidupan masyarakat. Seringkali terdapat hubungan-hubungan yang sulit untuk dinilai dengan uang misalnya, cacat badaniah akibat perbuatan seseorang.

Jika sekiranya hubungan-hubungan seperti ini tidak di indahkan oleh hukum akan menimbulkan ketidakadilan, yang menyebabkan terganggunya

kehidupan masyarakat. Sehingga dengan demikian pernyataan dapat di ilai dengan uang tidak lagi dipergunakan sebagai suatu kriterium untuk menentukan adanya suatu perikatan. Walaupun ukuran tersebut sudah ditinggalkan, akan tetapi ini tidak berarti bahwa pernyataan dapat dinilai dengan uang tidak relevan, karena setiap perbuatan hukum yang dapat dinilai dengan uang selalu merupakan perikatan.³⁷

Dari rumusan di atas maka unsur unsur dari suatu perikatan terdiri atas adanya hubungan hukum, kekayaan, pihak-pihak, dan prestasi. Adapun penting nya menyoalkan unsur-unsur tersebut adalah untuk mempertegas bahwa hukum melekatkan “hak” pada satu pihak dan melekatkan “kewajiban” pada pihak yang lainnya dalam hubungan-hubungan lainnya yang terjadi di masyarakat. Apabila ada salah satu pihak yang melanggar hubungan tadi maka hukum dapat memaksakan supaya hubungan itu dilaksanakan.³⁸

Dari definisi-definisi tersebut dapat disimpulkan, bahwa perikatan merupakan hubungan satu atau dua atau lebih dua orang yang mengikatkan diri nya kedalam persetujuan dan sehingga dalam suatu perikatan paling sedikit terdapat satu hak dan kewajiban suatu persetujuan dapat menimbulkan satu atau beberapa perikatan tergantung dari pada jenis persetujuan yang dibuat para pihak.³⁹

³⁷ Abd Thalib dan Admiral, *Op.Cit*, Hlm. 118

³⁸ I Ketut Oka Setiawan, *Op.Cit*, Hlm. 1

³⁹ Abd Thalib dan Admiral, *Loc.Cit*

1. Sistem Hukum perikatan

Apabila hukum benda mempunyai sistem tertutup, dan di atur dalam buku ke II KUH perdata maka hukum perikatan memiliki sistem terbuka yang di atur dalam buku ke III KUH Perdata. Dalam hukum benda, macam-macam hak atas benda adalah terbatas dan aturan-aturan mengenai hak atas benda itu juga bersifat memaksa.

Lain halnya dalam hukum perikatan yang memberikan kebebasan seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perikatan-perikatan (perjanjian) yang berisi apa saja, asalkan tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan. Inilah yang dikenal dengan hukum perikatan sebagai hukum pelengkap (*optional law*), yang artinya pasal-pasal itu boleh disingkirkan manakala dikehendaki oleh pihak-pihak yang membuat janji itu. Mereka boleh mengatur sendiri kepentingan mereka dalam janji yang mereka buat.⁴⁰

Bila mereka tidak mengatur sendiri kemauannya dalam perjanjian itu, berarti mereka akan tunduk terhadap undang-undang. Misalnya mereka, yang berjanji dalam jual beli hanya menetapkan soal harga dan barang, sedangkan yang lainnya seperti tempat penyerahan, risiko, biaya antar, tidak dituangkan dalam perjanjian jual beli mereka maka selain perihal harga dan barangnya berlaku yang ada dalam buku ke III KUH Perdata.

⁴⁰*Ibid*, Hlm. 3

Sistem terbuka yang disebutkan di atas lazim disimpulkan dari pasal-pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang menyatakan bahwa semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Menurut pembuat Undang-undang kata “semua” dalam pasal tersebut menunjukkan bahwa perjanjian yang dimaksud bukan semata-mata perjanjian bernama, tetapi juga meliputi perjanjian tidak bernama.

Selain itu juga dikatakan bahwa kata “semua” itu terkandung suatu asas *partij autonomie*. Beda halnya dengan subekti, soal kata “semua” dalam pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata itu dimaknai sebagai suatu kebolehan bagi masyarakat untuk membuat janji yang berupa dan berisi apa saja dan janji itu mengikat mereka yang membuatnya seperti layaknya Undang-undang.

Dengan kata lain, dalam perjanjian kita boleh membuat Undang-undang bagi kita sendiri. Misalnya, dalam jual beli, risiko mengenai barang yang dijual belikan menurut hukum dipikul oleh si pembeli sejak saat janji itu ditutup. Akan tetapi apabila para pihak menghendaki lain, hal ini dibolehkan. Mengenai istilah “secara sah” pembuat Undang-undang menunjukkan bahwa pembuatan perjanjian harus menurut hukum. Semua persetujuan yang dibuat menurut hukum atau secara sah adalah mengikat, pernyataan ini menunjukkan adanya asas kepastian hukum.

Dalam hukum perikatan dikenal adanya konsesualisme ialah suatu perikatan yang lahir sejak detik tercapainya kesepakatan. Dengan demikian perjanjian itu sudah sah bila sudah sepakat tentang hal hal yang pokok dan tidak

diperlukan suatu formalitas. Misalnya, dalam jual beli hal yang pokok dalam kesepakatan adalah barang dan harga. Pengecualian terhadap konsesualisme adalah perjanjian formal, perjanjian riil dan lain-lainya.

Kecuali yang disebutkan di atas, sistem hukum perikatan yang di atur dalam buku III KUH Perdata terdiri atas dua bagian, yaitu bagian umum yang memuat aturan yang berlaku bagi perikatan umum. Misalnya, mengenai kapan perikatan lahir, kapan perikatan hapus dan lain-lainya. Bagian khusus memuat aturan mengenai perjanjian-perjanjian yang sudah banyak dikenal oleh masyarakat dan sudah memiliki nama tertentu misalnya jual-beli, sewa-menyewa, perjanjian perburuhan dan lain-lainya.⁴¹

2. Sumber Hukum Perikatan

Buku ketiga KUH Perdata tidak memberikan suatu definisi dari hukum perikatan. Menurut ilmu pengetahuan hukum, di anut definisi bahwa perikatan adalah hubungan hukum yang terjadi di antara dua orang atau lebih, yang terletak di dalam lapangan harta kekayaan, dimana pihak yang satu berhak atas prestasi dan pihak lainnya wajib memenuhi prestasi tersebut maka dari itu timbulah hak dan kewajiban dalam persoalan tersebut.

Menurut Pitlo, perikatan itu adalah suatu ikatan hukum harta kekayaan antara dua orang atau lebih orang tertentu berdasarkan mana pihak yang satu berhak dan pihak yang lainnya mempunyai kewajiban terhadap sesuatu. Ikatan harta kekayaan ini merupakan akibat hukum dari perjanjian peristiwa hukum.

⁴¹*Ibid*, Hlm. 4

Menurut Hofmann, perikatan adalah hubungan hukum antara beberapa objek hukum tertentu, yang berakibat bahwa satu dari beberapa debitur wajib melaksanakan hal-hal yang disepakati di antara mereka para pihak.⁴²

Pasal 1233 KUH Perdata menyebutkan bahwa perikatan dapat lahir dari perjanjian atau dari Undang-undang (*verbintenissen ontstaan uit overeenkomst, of uit de wet*). Dengan ketentuan ini terlihat bahwa KUH Perdata membedakan perikatan ke dalam perikatan yang lahir dari perjanjian dan perikatan yang lahir dari Undang-undang.⁴³

a. Perjanjian Sebagai Sumber Perikatan.

Pengantar, pasal 1313 KUH Perdata mengatur tentang definisi dari pada perjanjian. Menurut ketentuan itu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Para sarjana hukum perdata berpendapat bahwa definisi dari apa yang terdapat di dalam ketentuan tersebut tidaklah lengkap, dan terlalu luas. Sebabnya ialah karena yang dirumuskan itu hanya mengenai perjanjian sepihak saja, dan yang termasuk istilah perbuatan juga tindakan-tindakan seperti perbuatan melawan hukum, yang menimbulkan perikatan yang bersumber dari undang-undang.

Definisi itu dikatakan terlalu luas karena mencakup hal-hal yang mengenai perjanjian kawin, yaitu perbuatan di dalam lapangan hukum keluarga yang menimbulkan perjanjian juga, namun istimewa nya sifat ini karena dikuasai oleh ketentuan-ketentuan sendiri sehingga buku III KUH Perdata secara langsung tidak

⁴²Mariam Darus Badruzaman, *Op. Cit*, Hlm. 9

⁴³Ridwan Khairndy, *Op. Cit*, Hlm. 17

berlaku terhadap nya. pada umum nya perjanjian tidak terikat kepada suatu bentuk tertentu jadi dapat dibuat secara lisan dan andai kata dibuat secara tertulis maka ini bersifat sebagai alat pembuktian apabila terjadi perselisihan.

Untuk beberapa perjanjian tertentu undang-undang menentukan suatu bentuk, sehingga apabila bentuk itu tertulis tadi tidaklah hanya semata-mata merupakan alat pembuktian saja tetapi juga merupakan syarat untuk adanya (*besaan waarde*) perjanjian itu. Misalnya perjanjian mendirikan perseroan terbatas harus dengan akte notaris (pasal 38 KUHD).⁴⁴

Jenis-jenis perjanjian dapat dibedakan menurut berbagai cara pembedaan tersebut adalah :

1. Perjanjian timbal balik, perjanjian timbal balik ialah perjanjian yang menimbulkan kewajiban kewajiban pokok bagi kedua belah pihak. Misalnya perjanjian jual beli.
2. Perjanjian Cuma Cuma dan perjanjian atas beban, memberikan keuntungan bagi salah satu pihak saja. Misalnya, hibah. Perjanjian atas beban adalah perjanjian dimana terhadap para prestasi dari pihak yang satu selalu terdapat kontra prestasi dari pihak lain, dan antara kedua prestasi itu ada hubungan nya menurut hukum. Berhubungan dengan pembedaan di atas perlu dibicarakan perjanjian campuran

Perjanjian campuran ialah perjanjian yang mengandung berbagai unsur perjanjian, misalnya pemilik hotel yang me yewakan kamar (sewa menyewa) tapi pula

⁴⁴ Abd Thalib dan Admiral, *Op. Cit*, Hlm. 134

menyajikan makanan (jual beli) dan juga memberikan pelayanan perjanjian u tuk melakukan saja. Tentang ketentuan mana yang ditempatkan terhadap perjanjian campuran itu ada berbagai faham yakni :

- Faham I : mengatakan bahwa ketentuan-ketentuan yang bersangkutan mengenai perjanjian khusus paling banyak hanya diterapkan secara analogis (*contractussui generis*)
- Faham II : ketentuan ketentuan yang dipakai adalah ketentuan-ketentuan dari perjanjian yang paling menentukan (teori absorpsi)
- Faham III : ketentuan-ketentuan undang-undang yang diterapkan terhadap perjanjian campuran itu adalah ketentuan-ketentuan undang-undang yang berlaku untuk itu (teori *combinatie*)⁴⁵

Undang-undang dalam pasal 1233 mengatakan, bahwa tiap-tiap perikatan dilahirkan, baik karena persetujuan baik karena undang-undang. Bahwa sumber perikatan adalah perjanjian dan undang-undang pada prinsip nya berdasarkan KUH Perdata perjanjian yang kita kenal merupakan perjanjian obligatoir, kecuali undang-undang menentukan lain. Perjanjian bersifat *obligatoir* berarti, bahwa dengan ditutup nya perjanjian itu pada asas nya baru melahirkan perikatan-perikatan saja, dalam arti bahwa hak atas objek perjanjian belum beralih, untuk terjadinya peralihan tersebut masih diperlukan adanya *livering* (penyerahan). Dengan demikian pada prinsip nya orang bisa membedakan antara saat lahirnya perjanjian obligatoirnya dengan saat penyerahan prestasi/hak nya, sekalipun pada

⁴⁵*Ibid*, Hlm. 135

jual beli-tunai yang langsung diikuti dengan penyerahan bendanya, kedua momen itu jatuh secara bersamaan.

Dikatakan di depan, bahwa perjanjian melahirkan perikatan-perikatan, karena memang perjanjian sering kali bahkan kebanyakan melahirkan sekelompok perikatan. Sebagai contoh seperti perjanjian jual-beli sebagai perjanjian obligatoir yang paling umum muncul yaitu :

Pasal 1457 mengatakan, bahwa jual-beli adalah suatu persetujuan, dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk menyerahkan suatu kebendaan dan pihak yang lain membayar sejumlah harga yang telah dijanjikan.

Dari ketentuan tersebut dapat diketahui, bahwa dalam suatu persetujuan jual-beli, antara pihak penjual dan pihak pembeli baru ada saling mengikatkan diri untuk, yang satu menyerahkan suatu benda yang lain membayar dan juga menyerahkan sejumlah uang. Mereka baru saling berjanji, tetapi perjanjian jual beli sendiri sudah lahir dengan adanya kesepakatan di depan. Bahkan pembuat undang-undang merasa perlu untuk menegaskan dalam pasal berikutnya yaitu pasal 1458 yang menyatakan :

Jual beli itu di anggap sudah terjadi antara kedua belah pihak, seketika setelah orang-orang ini mencapai sepakat tentang kebendaan tersebut beserta harganya, meskipun benda tersebut belum diserahkan maupun harganya belum dibayar.

Dengan demikian, karena dua-duanya telah saling sepakat untuk saling mengikatkan diri yang satu terhadap yang lain, untuk memberikan suatu prestasi tertentu, maka antara telah terjadi perikatan, dimana pada pihak yang satu ada hak dan yang satunya lagi ada kewajiban. Karena hak dan kewajiban itu mempunyai nilai ekonomis dan karenanya terletak dalam lapangan hukum kekayaan maka disinilah dapat kita lihat ada perikatan.

Itulah yang dimaksud oleh buku ke III KUH perdata dapat dilihat perikatan yang muncul dari perjanjian jual-beli, jadi kesimpulannya :

- Pihak penjual berhak menuntut uang pembayaran dari pembeli atau sebaliknya pembeli berkewajiban untuk membayar harga yang telah disepakati (sebuah perikatan)
- Pihak pembeli berhak untuk menuntut penyerahan benda objek jual-beli atau sebaliknya penjual berkewajiban untuk menyerahkan benda objek jual beli kepada pembeli (perikatan)
- Pihak penjual berkewajiban untuk menanggung terhadap adanya cacat tersembunyi atau sebaliknya pembeli berhak untuk menuntut jaminan seperti itu.

Jadi dapat dilihat bahwa perjanjian melahirkan atau menjadi sumber perikatan bahkan perjanjian dapat menimbulkan banyak perikatan. Perikatan yang lahir dari perjanjian mendapat kekuatan hukum berdasarkan kehendak bersama antara kreditur dan debitur, sedangkan pada sisi lain perikatan terjadi karena

ditentukan oleh undang-undang. Kesepakatan di antara pihak tidak diperlukan atau tidak merupakan syarat.⁴⁶

b. Undang-undang Sebagai Sumber Perikatan

Perikatan yang timbul dari undang-undang terdapat dalam berbagai peraturan perundang-undangan, baik dalam KUH Perdata maupun dalam peraturan perundang-undangan lainnya. Ketentuan-ketentuan tersebut dalam pasal 1352 dan 1353 KUH Perdata bukan merupakan ketentuan umum dari perikatan yang terjadi karena undang-undang. Akan tetapi hanya pendahuluan daripada ketentuan-ketentuan berikutnya dan bertujuan untuk menggolongkan tiga macam sumber perikatan.

Pasal 1352 KUH Perdata menentukan bahwasanya perikatan-perikatan yang dilahirkan demi undang-undang sebagai akibat dari perbuatan orang. Sehubungan dengan hal ini hendaknya diperhatikan bahwa dari undang-undang saja tidak akan timbul perikatan. Untuk terjadinya perikatan berdasarkan undang-undang harus selalu dikaitkan dengan suatu kenyataan atau peristiwa tertentu.

Dengan kata lain untuk timbulnya perikatan selalu diisyaratkan terdapatnya kenyataan hukum (*rechtfait*). Perbedaan yang dilakukan oleh pasal 1352 hanya dimaksudkan untuk menjelaskan bahwa berdasarkan undang-undang dapat timbul perikatan sebagai akibat perbuatan manusia dan peristiwa hukum. Misalnya, kematian dan kelahiran. Selanjutnya pasal 1353, membedakan

⁴⁶Mariam Darus Badruzaman, *Op. Cit*, Hlm. 10

perikatan perikatan yang timbul dari undang-undang karena perbuatan manusia menurut hukum dan melawan hukum.⁴⁷

Doktrin pada umum nya sependapat bahwa sumber perikatan sebagaimana yang diatur dalam pasal 1233 KUH Perdata kurang lengkap. Diluar dari apa yang tercantum dalam pasal 1233 KUH Perdata itu, masih banyak lagi sumber perikatan, yaitu ilmu pengetahuan hukum perdata, hukum yang tidak tertulis, dan keputusan hakim (*yurisprudensi*).

Perikatan yang bersumber dari Undang-undang semata-mata adalah perikatan yang dengan terjadi nya peristiwa-peristiwa tertentu, ditetapkan melahirkan sebuah hubungan hukum (perikatan) di antara pihak-pihak yang bersangkutan, terlepas dari kemauan pihak-pihak tersebut.⁴⁸

Jika undang-undang dapat dikatakan sebagai sumber perikatan adalah bahwa lain daripada perjanjian yang melahirkan perikatan, maka disini dapat dikatakan perikatan itu lahir antara orang/pihak yang satu dengan pihak yang lainnya, tanpa orang-orang yang bersangkutan menghendaknya, bahwa perikatan itu dapat timbul walapun orang/pihak tidak melakukan suatu perbuatan tertentu secara langsung. Perikatan dapat lahir karena kedua pihak berada dalam keadaan tertentu atau mempunyai kedudukan tertentu sebagai contoh dapat dilihat dalam 321 yang berbunyi :

⁴⁷Abd Thalib dan Admiral, *Op. Cit*, Hlm. 124

⁴⁸Mariam Darus Badrulzaman, *Loc. Cit*

Tiap-tiap anak berwajib memberi nafkah kepada orang tuanya dan kepada keluarga sedarahnya dalam garis ke atas, apabila mereka dalam keadaan miskin.

Jadi dalam peristiwa seperti di atas dapat dilihat perikatan muncul. Mereka kebetulan berkedudukan sebagai anak dan orang tua serta keluarga sedarah dan undang-undang menentukan begitu.

Sebagai contoh perikatan yang lahir karena undang-undang disertai dengan perbuatan manusia yang bersifat *rechtmatic* (tidak melawan hukum) adalah apa yang di atur dalam pasal 1354 *zaakwaarneming* dan pembayaran terhutang pasal 1359, sedangkan contoh perikatan yang lahir karena undang-undang disertai dengan ulah manusia yang bersifat melawan hukum adalah *onrechtmaticgedaad* yang pengaturannya terdapat dalam pasal 1365 KUH Perdata dan selanjutnya diluar KUH Perdata seperti pasal 534 KUHD.⁴⁹

Perikatan yang bersumber dari undang-undang sebagai akibat perbuatan manusia maksud nya ialah ahwa telah dilakukanya serangkaian tingkah laku oleh seseorang, maka undang-undang melekatkan akibat hukum berupa perikatan terhadap orang tersebut. Tingkah laku seseorang tadi mungkin merupakan perbuatan yang menurut hukum (dibolehkan undang-undang) sah atau mungkin pula merupakan perbuatan yang tidak diperbolehkan oleh undang-undang.⁵⁰

Perikatan yang lahir dari perbuatan hukum yang sah, sebagai akibat nya undang-undang menetapkan hak dan kewajiban para pihak, tanpa kesepakatan

⁴⁹ J Satrio, *Hukum Perikatan perikatan pada umum nya*, PT. Alumni, Bandung, 1999, Hlm. 38

⁵⁰ Mariam Darus Badrulzaman, *Op. Cit*, Hlm. 11

para pihak tersebut, misalnya mengurus kepentingan orang lain secara sukarela (pasal 1534 KUH Perdata) dan dari perbuatan melawan hukum pasal 1365 KUH Perdata)⁵¹

Perikatan yang bersumber dari undang-undang menurut pasal 1352 KUH Perdata dibedakan atas perikatan dari undang-undang saja (*uit de wet allen*) dan perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia (*uit de wet ten gevolge van's menschen toedoen*). Kemudian pasal 1353 KUH Perdata membedakan perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia kedalam perbuatan yang sesuai dengan hukum (*rechmatige*) dan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*). Perikatan yang sesuai dengan hukum tersebut antara lain mencakup perwakilan sukarela (*zaakwaarneming*) dan pembayaran tidak terutang (*onverschuldigde betaling*). Sebagaimana telah dijelaskan di atas bahwa sistem common law, tidak dikenal hukum perikatan, dengan demikian antara perjanjian atau kontrak dan perbuatan melawan hukum adalah dua hal yang terpisah atau berdiri sendiri.⁵²

Dari perkataan pasal tersebut seolah-olah termasuk kedalam perikatan yang timbul dari perbuatan manusia yang menurut hukum juga persetujuan. Akan tetapi melihat kepada pasal 1233 yang secara tegas memisahkan persetujuan dari pada undang-undang maka tentunya yang dimaksud oleh pembentuk undang-undang adalah perbuatan-perbuatan yang menurut hukum yang bukan persetujuan.

⁵¹ Pasal 1534 dan 1365 KUHperdata. Hlm. 346

⁵² Ridwan Khairandy, *Op.Cit*, Hlm. 17

Pembentuk undang-undang mengemukakan beberapa figur dari perikatan perikatan yang lahir dari undang-undang, karena perbuatan manusia, yang halal yaitu :

1. Mewakili urusan orang lain (*zaakwarneming*)
2. Pembayaran hutang yang tidak diwajibkan (pasal 1359 KUH Perdata)
3. Perikatan wajar (*natuurlijke verbintenis* pasal 1359 KUH Perdata)
4. Perbuatan melawan hukum (*onrechmatige daad* pasal 1365 KUH Perdata)

Bahwa untuk terjadinya perikatan tersebut diatas undang-undang tidak mewajibkan dipenuhi syarat, syarat sebagaimana yang ditentukan untuk terjadinya perjanjian (pasal 1320 KUH Perdata), oleh karena perikatan ini bersumber dari undang-undang, sehingga terlepas dari kemauan para pihak. Apabila ada suatu perbuatan hukum yang memenuhi beberapa unsur tertentu, undang-undang lalu menetapkan perbuatan hukum itu adalah suatu perikatan.⁵³

3. Unsur-unsur Dalam Perikatan

Dari rumusan di atas dapat dilihat bahwa unsur-unsur dari perikatan terdiri dari empat komponen yaitu :

- a. Subjek hukum.
- b. Hubungan hukum

⁵³ Abd Thalib dan Admiral, *Op. Cit*, Hlm. 125

- c. Kekayaan
- d. Objek hukum.⁵⁴

a. Subjek Hukum

Para pihak di dalam perikatan menjadi subjek perikatan. Subjek perikatan ini terdiri dari dua pihak, yakni kreditur dan debitur. Debitur adalah pihak yang memiliki kewajiban untuk melaksanakan sesuatu prestasi, sedangkan kreditur adalah pihak yang memiliki hak atas pemenuhan suatu prestasi dari debitur nya. pihak dalam perikatan tidak selalu identik dengan orang. Dalam konteks hukum perdata orang dapat berarti makhluk pribadi (*natuurlijkepersoon atau natural person*) juga dapat mencakup badan hukum (*rechtspersoon atau legal persoon*). Seorang kreditur atau debitur dapat terdiri dari beberapa orang atau badan hukum. Dapat saja didalam suatu perikatan debitur dan kreditur terdiri atas dua orang atau lebih,, tetapi di dalam perikatan tetap dua yakni kreditur dan debitur.

Debitur harus selalu dikenal atau diketahui, karena ini penting untuk menuntut pemenuhan prestasi. Berlainan dengan kedudukan kreditur yang tidak saja dapat diganti secara sepihak, misalnya, cessie, akan tetapi juga dalam beberapa hal, teristimewa dalam lalu lintas perdagangan kreditur apriori dapat diganti dengan menggunakan klausula atas tunjuk dan atas bawa.

Penggantian debitur secara sepihak pada umum nya tidak pernah terjadi bahkan memang hampir tidak ad karena bagi kreditur bonafiditas daripada debitur

⁵⁴Mariam Darus Badrulzaman, *Op. Cit*, Hlm. 12

adalah penting, maka penggantianpun harus melalui tahapan persetujuan oleh kreditur terlebih dahulu⁵⁵

b. Hubungan Hukum

Hubungan hukum adalah hubungan yang di atur dan di akui oleh hukum. Hubungan hukum ini pada akhirnya akan menimbulkan akibat hukum tertentu. Di dalam hubungan hukum, hubungan antara dua pihak yang didalamnya melekat hak pada satu pihak dan kewajiban pada pihak lain. Hubungan hukum ini di atur dan memiliki akibat hukum tertentu. Hak dan kewajiban para pihak ini dapat dipertahankan di depan pengadilan.⁵⁶ Hubungan hukum terjadi dalam lalu lintas masyarakat apabila salah satu pihak tidak mengindahkan ataupun melanggar hubungan tadi, lalu hukum memaksakan supaya hubungan tersebut dipenuhi ataupun dipulihkan kembali.

Misalnya : A berjanji menjual sepeda kepada B. Akibat dari janji itu, A wajib menyerahkan sepeda miliknya kepada B dan berhak menuntut harganya sedangkan B wajib menyerahkan harga sepeda itu dan berhak untuk menuntut penyerahan sepeda

Jadi apabila salah satu pihak tidak memenuhi tugas dan kewajibannya , hukum dapat memaksakan agar kewajiban-kewajiban tadi dipenuhi.⁵⁷

⁵⁵ Abd Thalib dan Admiral, *Op. Cit*, Hlm. 122

⁵⁶ Ridwan Khairandy, *Op.Cit*, Hlm. 6

⁵⁷ Mariam Darus Badruzaman, *Op. Cit*, Hlm. 16

c. Kekayaan

Yang dimaksud dengan kriteria kekayaan itu adalah ukuran-ukuran yang dipergunakan terhadap suatu hubungan hukum sehingga hubungan-hubungan hukum itu dapat disebutkan suatu perikatan. Didalam perkembangan sejarah apa yang dipakai sebagai kriteria itu tidak tetap. Dahulu yang menjadi kriteria ialah apakah sesuatu hubungan hukum itu dapat dinilai dengan uang maka hubungan hukum itu merupakan suatu perikatan.

Kriteria itu semakin lama semakin sukar untuk dipertahankan karena di dalam masyarakat terdapat juga hubungan hukum yang tidak dapat dinilai dengan uang, namun jika terhadap hal itu tidak diberikan akibat hukum, maka timbulah pemikiran bahwa rasa keadilan tidak terpenuhi. Dan ini sangat bertentangan dengan tujuan hukum yaitu mencapai suatu keadilan. Oleh karena itu sekarang kriteria di atas tidak lagi dipertahankan sebagai kriteria. Maka, ditentukan bahwa sekalipun suatu hubungan hukum itu tidak dapat dinilai dengan uang, tetapi kalau masyarakat atau rasa keadilan menghendaki agar suatu hubungan itu diberi akibat hukum, hukum pun akan melekatkan akibat hukum.⁵⁸

Hukum kekayaan (*vermogensrecht*) adalah ketentuan hukum yang berkaitan dengan hak dan kewajiban yang juga dapat dinilai dengan kekayaan. Jadi, hubungan hukum para pihak dalam perikatan harus merupakan hubungan hukum dalam bidang hukum kekayaan agar dapat diminta ganti kerugian jikalau melakukan Wanprestasi. Hubungan hukum dalam harta kekayaan adalah hubungan

⁵⁸*Ibid*, Hlm. 17

hukum yang timbul dari perikatan berupa hak dan kewajiban itu harus memiliki nilai uang atau setidaknya dapat dijabarkan dengan sejumlah uang tertentu, jadi untuk menentukan apakah hubungan hukum itu merupakan, tolak ukur yang dipakai adalah hubungan tersebut harus dapat diilai dengan sejumlah uang.⁵⁹

Maka dapat dilihat J. Satrio memberikan sebuah ilustrasi, “jika seorang debitur wanprestasi, kreditur harus mengemukakan adanya kerugian secara finansial agar dapat untuk menuntut debitur berdasarkan buku ke tiga KUHperdata”.⁶⁰ Maka dari itu untuk membuktikan akan hal tersebut diperlukan adanya pembuktian, hukum pembuktian (*law of evidence*) merupakan bagian yang sangat kompleks dalam berpekerja pada proses litigasi. Keadaan kompleksitasnya karena berkaitan dengan merekonstruksi kejadian masa lalu.⁶¹

d. Objek Hukum Perikatan

Objek perikatan atau prestasi berupa memberikan sesuatu, berbuat maupun tidak berbuat sesuatu. Pada perikatan untuk memberikan sesuatu, prestasinya berupa menyerahkan sesuatu barang atau memberikan kenikmatan, atas suatu barang misalnya, penjual berkewajiban menyerahkan barangnya atau orang yang menyewakan berkewajiban memberikan kenikmatan atas barang yang disewakan, berbuat sesuatu adalah sebuah prestasi untuk melakukan sesuatu, yang bukan memberikan sesuatu, melukis, dan tidak berbuat sesuatu, adalah jika debitur

⁵⁹ Ridwan Khairandy, *Op. Cit*, Hlm. 7

⁶⁰ J. Satrio, *Op. Cit*, Hlm. 15

⁶¹ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatn, Persidangan, penyitaan pembuktia, dan Putusan Pengadilan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm. 496

berjanji untuk tidak melakukan perbuatan tertentu misalnya, tidak akan membangun suatu rumah.⁶²

Yang merupakan objek dari hukum perikatan adalah sesuatu yang merupakan hak kreditur dan kewajiban debitur. Objek perikatan ini dinamakan prestasi. Prestasi di atur dalam pasal 1234 KUH Perdata.⁶³ Prestasi merupakan objek perikatan. Prestasi sendiri merupakan suatu utang atau kewajiban yang harus dilaksanakan dalam suatu perikatan. Pasal 1234 KUH Perdata memberikan klasifikasi prestasi sebagai berikut :

- a. Memberikan sesuatu
- b. Berbuat sesuatu atau
- c. Tidak berbuat sesuatu

Kemudian prestasi sebagai objek perikatan harus memenuhi syarat-syarat tertentu yang akan menjadikan prestasi itu menjadi lebih baik untuk dimaknai sebagai prestasi, sehingga penafsiran terhadap prestasi tidak terlalu lebar dalam melakukan penafsiran terhadap prestasi itu sendiri maka dari itu prestasi mempunyai beberapa syarat, yaitu :

- a. Harus tertentu atau setidaknya dapat ditentukan
- b. Objeknya diperkenankan oleh hukum dan
- c. Prestasi itu harus mungkin dilaksanakan.⁶⁴

⁶² Abd Thalib dan Admiral, *Op. Cit*, Hlm. 119

⁶³ Mariam Darus Badruzaman, *Op. Cit*, Hlm. 17

⁶⁴ Ridwan Khairandy, *Op. Cit*, Hlm. 8

B. Tinjauan Umum Bentuk Hukum Perjanjian Berdasarkan Nama

Suatu perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada seseorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Timbulah suatu hubungan antara dua orang yang dinamakan dengan perikatan. Perjanjian tersebut menerbitkan suatu perikatan antara dua orang yang membuatnya. dalam bentuk nya, perjanjian itu berupa suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau ke sanggup an yang di ucapkan atau ditulis.

Dengan demikian, hubungan antara perikatan dengan perjanjian adalah bahwa perjanjian itu menerbitkan perikatan. Perjanjian adalah sumber dari timbulnya perikatan, disamping na sumber-sumber lain. Suatu perjanjian juga dinamakan dengan persetujuan, karena dua pihak itu telah setuju untuk melakukan sesuatu. Dapat dikatakan bahwa dua perkataan perjanjian atau persetujuan itu adalah sama artinya. Perkataan kontrak, lebih sempit karena ditujukan kepada perjanjian atau persetujuan yang tertulis.⁶⁵

Buku ketiga KUH Perdata menganut sistem terbuka (*open system*), artinya para pihak bebas untuk mengadakan kontrak dengan siapapun, menentukan syarat-syaratnya, pelaksanaanya, dan bentuk kontrak, baik berbentuk lisan maupun tertulis. Disamping itu, kita diperkenankan untuk membuat kontrak, baik yang telah dikenal dalam KUH Perdata maupun di luar KUH Perdata. Pada prinsip nya, kontrak dari aspek nama nya dapat digolongkan menjadi 2 (dua) macam, yaitu :

⁶⁵ Subekti, *Hukum Perjanjian*, PT Intermedia, Jakarta, 2005, Hlm. 1

1. Kontrak *nominaat* dan
2. Kontrak *innominaat*.

a. Kontrak Nominaat

Istilah kontrak *nominaat* merupakan terjemahan dari *nominat contract*. Kontrak *nominaat* sama artinya dengan perjanjian bernama atau *benoemde* dalam bahasa belanda. Kontrak *nominaat* merupakan perjanjian yang dikenal dan terdapat dalam pasal 1319 KUH Perdata. Pasal 1319 KUH Perdata berbunyi :

“semua perjanjian, baik yang mempunyai nama khusus, maupun yang tidak dikenal dengan suatu nama tertentu, tunduk pada peraturan umum yang termuat dalam bab ini dan bab yang lalu”

Di dalam pasal 1319 KUH Perdata perjanjian dibedakan dalam dua macam yaitu perjanjian bernama (*nominaat*) dan tidak bernama (*innominaat*). Perjanjian bernama maupun tidak bernama tunduk pada buku ke III KUH Perdata. Maksud pembedaan dalam pasal 1319 KUH Perdata adalah bahwa ada perjanjian-perjanjian yang tidak dikuasai oleh ajaran umum sebagaimana terdapat dalam titel-titel I, II, dan IV. Pasal 1319 KUH Perdata tidak lupa menyebutkan titel IV, melainkan juga di atur oleh ketentuan-ketentuan khusus yang tunduk untuk sebagian menyimpang dari ketentuan umum tadi, terutama yang dimaksudkan adalah isi dari titel-titel V sampai dengan XVIII. Ketentuan-ketentuan dalam titel

ini yang dalam praktik lazim disebut dengan perjanjian khusus atau perjanjian bernama.⁶⁶

Perjanjian bernama (*nominaat*) adalah perjanjian yang mempunyai nama sendiri. Maksud nya bahwa ia bernama karena perjanjian-perjanjian tersebut di atur dan diberi nama oleh pembentuk undang-undang, berdasarkan type yang paling banyak terjadi sehari-hari perjanjian-perjanjian bernama itu juga disebut perjanjian khusus (titel V s/d XVIII KUH Perdata).⁶⁷ Kontrak *nominaat* merupakan kontrak-kontrak atau perjanjian yang dikenal di dalam KUHperdata, seperti jual beli, tukar-menukar, sewa-menyewa, persekutuan perdata, hibah, penitipan barang, pinjam pakai, pinjam-meminjam, pemberian kuasa, penanggungan utang, perjanjian untung-untungan, dan perdamaian.

b. Jenis-jenis Kontrak Nominaat

Kontrak *nominaat* di atur dalam Buku ke III KUH Perdata, yang dimulai dari Bab 5 sampai dengan Bab 18. Jumlah pasal yang mengatur tentang kontrak *nominaat* ini sebanyak 394 pasal. Di dalam KUH Perdata ada lima belas jenis kontrak *nominaat* yaitu :

1. Jual beli
2. Tukar-menukar
3. Sewa-menyewa
4. Perjanjian melakukan pekerjaan
5. Persekutuan perdata
6. Badan hukum

⁶⁶ Salim HS, *Op. Cit*, Hlm. 47

⁶⁷ Abd Thalib dan Admiral, *Op. Cit*, Hlm. 136

7. Hibah
8. Penitipan barang
9. Pinjam pakai
10. Pinjam meminjam
11. Pemberi kuasa
12. Bunga tetap atau abadi
13. Perjanjian untung-untungan
14. Penanggungan utang dan
15. perdamaian

dari ke 15 (lima belas) jenis kontrak *nominaat* di atas, yang akan penulis sajikan dalam penelitian ini hanya 3 (tiga) jenis, mengingat ketiga jenis tersebut sangat sering untuk dilakukan perhubungan hukum nya, dan mengingat tiga jenis tersebut sangat cepat tumbuh dan berkembang di tengah-tengah kehidupan masyarakat.⁶⁸

c. Jual Beli

Istilah perjanjian jual beli berasal dari terjemahan dari *Contract of sale*. Perjanjian jual beli di atur dalam pasal 1457 s.d pasal 1450 KUH Perdata. Yang dimaksud dengan jual beli adalah suatu persetujuan, dengan mana pihak satu mengikatkan diri nya untuk menyerahkan suatu kebendaan, dan pihak lain untuk membayar harga yang dijanjikan (pasal 1457 KUH Perdata). Esensi dari definisi ini penyerahan benda dan membayar harga.

Definisi ini ada kesamaannya dengan definisi yang tercantum dalam Artikel 1493 NBW. Perjanjian jual beli adalah persetujuan dimana penjual mengikatkan

⁶⁸ Salim HS, *Loc. Cit*

dirinya untuk menyerahkan kepada pembeli suatu barang sebagai milik (*en egeindom te leveren*) dan menjaminya (*vrijwaring*) pembeli mengikat diri untuk membayar harga yang diperjanjikan. Ada tiga hal yang tercantum dalam definisi ini, yaitu mengikatkan dirinya untuk menyerahkan barang kepada pembeli dan menjaminya, serta membayar harga.

Berdasarkan ketentuan pasal 1457 di atas tadi, jual beli ditegaskan sebagai suatu perjanjian, dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk menyerahkan suatu kebendaan, subekti dalam bukunya I Ketut Oka Setiawan menyatakan bahwa perjanjian jual beli dengan mana pihak yang mengikatkan dirinya tadi untuk dapat menyerahkan hak milik atas suatu barang dan pihak lain untuk membayar harga yang telah diperjanjikan⁶⁹

Di dalam hukum Inggris, perjanjian jual beli dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu *sale (actual sale)* dan *agreement to sell*, hal ini terlihat dalam *Section 1 ayat (3)* dari *Sale Of Goods Act 1893*. *Sale* adalah suatu perjanjian sekaligus dengan pemindahan hak milik (*compeance*). Sedangkan *Agreement to sell* adalah tidak lebih dari suatu *koop overeenkomst* (perjanjian jual beli) biasa menurut KUHperdata. Apabila dalam suatu *sale* si penjual melakukan wanpretasi maka si pembeli dapat menggunakan semua upaya dari seorang pemilik, sedangkan dari *Agreement to sell*, si pembeli hanya memiliki *personal remedy* (kesalahan perorangan) terhadap si penjual yang masih merupakan pemilik dari barangnya (penjual) jatuh pailit, barang itu masuk *boedel* kepailitan.

⁶⁹ I Ketut Oka Setiawan, *Op. Cit*, Hlm. 158

Dari hukum Inggris di atas terlihat, bahwa ada perbedaan prinsip antara *sale* dan *agreement sale*. *Sale* terdiri atas perjanjian jual beli dan pemindahan hak milik, *agreement to sell* belum tentu ada penyerahan hak milik.

Dari berbagai definisi tersebut dapat diklasifikasikan menjadi suatu bentuk definisi perjanjian, dapat penulis formulasikan definisi perjanjian jual beli secara lengkap, perjanjian jual beli adalah :

“suatu perjanjian yang dibuat antara pihak penjual dan pembeli. Di dalam perjanjian itu pihak penjual berkewajiban untuk menyerahkan objek jual beli kepada pembeli dan berhak menerima harga dan pembeli berkewajiban untuk membayar harga dan berhak menerima objek tersebut”

Unsur-unsur yang tercantum dalam kedua definisi di atas adalah :

1. Adanya subjek hukum, yaitu penjual dan pembeli
2. Adanya kesepakatan antara penjual dan pembeli tentang barang dan harga
3. Adanya hak dan kewajiban yang timbul antara pihak penjual dan pembeli sebagai akibat perhubungan hukum

Pihak penjual berjanji menyerahkan atau memindahkan hak milik atas barang yang ditawarkan, sedangkan pihak pembeli menjanjikan membayar harga yang telah disetujuinya⁷⁰. Di dalam KUH Perdata tidak ditentukan secara tegas tentang bentuk perjanjian jual-beli. Bentuk perjanjian jual beli dapat dilakukan secara lisan maupun tertulis. Perjanjian jual beli secara lisan cukup dilakukan berdasarkan konsensus para pihak tentang barang dan harga. Sedangkan

⁷⁰ I Ketut Oka Setiwan, *Loc. Cit*

perjanjian jual beli secara tertulis merupakan perjanjian yang dibuat oleh para pihak dalam bentuk tertulis, apakah itu dalam bentuk akta dibawah tangan maupun akta autentik.⁷¹

Pada intinya dalam poses perhubungan hukum jual beli harus ada penyerahan yang wajar dan dapat disepakati oleh para pihak, maka dari itu mengenai hal penyerahan harus di perhatikan secara detail dan seksama untuk meminimalisir terjadinya kesalahan dalam praktik jual beli, mengenai “penyerahan” juga dapat dijelaskan bahwa yang diserahkan penjual kepada pembeli bukan hanya kekuasaan terhadap barang tersebut melainkan juga hak milik atas barang tersebut. Perkataan jual beli menunjukkan bahwa satu pihak melakukan perbuatan yang dinamakan “menjual” sedangkan pihak yang lain dinamakan melakukan perbuatan “membeli”⁷²

Yang harus dilakukan adalah “penyerahan” atau “*levering*” secara yuridis, bukanya penyerahan *feitelijk* dan sebagaimana telah diketahui maka menilik macam-macam barang, menurut hukum perdata ada tiga macam penyerahan yuridis itu sebagai berikut :

1. Penyerahan barang bergerak
2. Penyerahan barang tak bergerak dan
3. Penyerahan piutang atas nama yang masing-masing mempunyai cara-caranya sendiri.⁷³

⁷¹ Salim HS, *Op. Cit*, Hlm. 48

⁷² I Ketut Oka Setiwan, *Op. Cit*, Hlm. 159

⁷³ Subekti, *Op. Cit*, Hlm. 79

d. Tukar-Menukar

Tukar menukar diatur dalam pasal 1541 sampai dengan pasal 1546 KUH Perdata. Yang dimaksud dengan perjanjian tukar-menukar adalah :

“suatu persetujuan dengan mana kedua belah pihak mengikatkan dirinya untuk saling memberikan suatu barang secara bertimbal balik sebagai suatu ganti barang lainnya (pasal 1451 KUH Perdata)”

Algra mengartikan perjanjian tukar menukar adalah, “suatu perjanjian dimana pihak-pihak mengikatkan diri untuk saling memberikan benda kepada satu sama lain”

Berdasarkan definisi tersebut, tukar-menukar merupakan perjanjian yang bersifat konsensual, artinya pihak-pihak telah terikat pada saat mereka sepakat tentang barang yang mejadi objek perjanjian, selain itu tukar-menukar juga merupakan perjanjian obligatoir, seperti yang berlaku dalam perjanjian jual beli, artinya dengan kesepakatan mereka tentang barang yang menjadi objek barter belum memindahkan kepemilikannya, kecuali baru melahirkan hak bagi kedua belah pihak secara timbal balik.⁷⁴

Definisi ini terlalu singkat, karena yang ditonjolkan adalah saling memberikan benda antara satu sama lain. Akan tetapi menurut hemat penulis, perjanjian tukar menukar adalah suatu perjanjian yang dibuat antara pihak yang satu dengan pihak lainnya, dalam perjanjian itu pihak yang satu berkewajiban menyerahkan barang yang ditukar, begitu juga pihak lainnya berhak menerima

⁷⁴ I Ketut Oka Setiawan, *Op. Cit*, Hlm. 176

barang yang ditukar barang yang ditukar oleh para pihak, dapat berupa barang bergerak maupun barang tidak bergerak. Penyerahan barang bergerak cukup penyerahan nyata, sedangkan barang tidak bergerak menggunakan penyerahan secara yuridis formal.

Dalam masyarakat yang belum mengenal uang maka perjanjian tukar-menukar ini merupakan transaksi utama, sedangkan bagi masyarakat yang sudah mengenal uang maka tukar-menukar langka untuk dilakukan. Danum demikian, dalam hal nilai mata uangnya mengalami keguncangan transaksi tukar-menukar bisa saja menjadi penting dalam masyarakat tersebut.⁷⁵

Unsur unsur yang terdapat dalam kedua definisi di atas dapat disimpulkan kedalam beberapa unsur ialah :

1. Adanya subjek hukum
2. Adanya kesepakatan subjek hukum
3. Adanya objek, yaitu barang bergerak maupun barang tidak bergerak dan
4. Masing-masing subjek hukum menerima barang yang menjadi objek tukar-menukar⁷⁶

Pada prinsip nya untuk dapat melakukan tukar menukar, masing-masing pihak harus menjadi pemilik barang yang mereka janjikan untuk diserahkan dalam

⁷⁵I Ketut Oka Setiawan, *Op. Cit*, Hlm. 177

⁷⁶Salim HS, *Op. Cit*, Hlm. 57

tukar-menukar itu syarat ini baru berlaku pada saat pihak yang bersangkutan menyerahkan barang nya tepat nya saat menyerahkan hak milik atas barang nya.⁷⁷

e. Sewa-Menyewa

Sewa-menyewa ialah suatu perjanjian dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk memberikan kepada pihak yang lain berupa kenikmatan dari sesuatu barang, selama suatu waktu tertentu dengan pembayaran sesuatu harga yang oleh pihak terakhir disanggupi. Sewa menyewa sama seperti halnya perjanjian lainnya seperti jual-beli dan perjanjian lain pada umum nya, adalah suatu perjanjian konsesnsuil⁷⁸

Sewa-menyewa di atur dalam pasal 1548 sampai dengan pasal 1600 KUH Perdata. Sewa-menyewa adalah suatu persetujuan, dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk memberikan kenikmatan suatu barang kepada pihak lain selama waktu tertentu, dengan pembayaran suatu harga yang disanggupi oleh pihak yang terakhir itu (pasal 1548 KUH Perdata). Definisi lainnya menyebutkan bahwa perjanjian sewa-menyewa adalah :

“persetujuan untuk pemakaian sementara suatu benda, baik bergerak maupun tidak bergerak, dengan pembayaran suatu harga tertentu”

Pada dasarnya sewa menyewa dilakukan untuk waktu tertentu sedangkan sewa menyewa tanpa waktu tertentu tidak diperkenankan. Persewaan tidak berakhir dengan meninggalnya orang yang menyewakan atau penyewa. Begitu

⁷⁷I Ketut Oka Setiawan, *Loc. Cit*

⁷⁸Subekti, *Op. Cit*, Hlm. 90

juga karena barang yang disewakan dipindah tangankan. Disini berlaku asas bahwa jual-beli tidak memutuskan sewa-menyewa

Dari uraian di atas, dapat dikemukakan unsur-unsur yang tercantum dalam perjanjian sewa menyewa adalah :

1. Adanya pihak yang menyewakan dan pihak penyewa
2. Adanya konsensus antara kedua belah pihak
3. Adanya objek sewa menyewa, yaitu barang, baik barang bergerak maupun barang tidak bergerak.
4. Adanya kewajiban dari pihak yang menyewakan untuk menyerahkan kenikmatan kepada pihak penyewa atas suatu benda dan
5. Adanya kewajiban dari penyewa untuk menyerahkan uang pembayaran kepada pihak yang menyewakan.

Di dalam KUH Perdata tidak ditentukan secara tegas tentang bentuk perjanjian sewa-menyewa yang dibuat oleh para pihak. Oleh karena itu, perjanjian sewa-menyewa dapat dibuat dalam bentuk tertulis maupun lisan.⁷⁹

Jadi pada prinsipnya barang yang dimaksud dalam sewa-menyewa itu diserahkan tidak untuk dimiliki, tetapi hanya untuk dipakai, dinikmati kegunaannya. Dengan demikian penyerahan tadi hanya bersifat menyerahkan kekuasaan belaka atas barang yang disewa itu. Namun, jika seorang disertai

⁷⁹ Salim HS, *Op. Cit*, Hlm. 58

barang untuk dipakainya, tanpa kewajiban membayar itu adalah suatu perjanjian pijam pakai.⁸⁰

a. Kontrak Innominaat

Kontrak *innominaat* merupakan kontrak-kontrak yang timbul, tumbuh dan berkembang di dalam praktik. Timbulnya kontrak ini dikarenakan adanya asas kebebasan berkontrak sebagaimana yang tercantum dalam pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata. Diluar KUH Perdata kini telah berkembang berbagai kontrak-kontrak baru, seperti kontrak *production sharing*, *joint venture*, kontrak karya, kontrak konstruksi, *leasing*, beli sewa, *franchise*, *surrogate mother*, manajemen kontrak, *technical assistance contract*.⁸¹

Kontrak *Innominaat* adalah kontrak yang timbul dan berkembang dalam masyarakat. Jenis kontrak ini belum dikenal pada saat KUH Perdata diundangkanya. Masih ada beberapa kontrak yang termasuk ke dalam kontrak innominat selain yang disebutkan di atas seperti, kontrak surogasi, kontrak tarapeutik, perjanjian kredit, standar kontrak, perjanjian kemitraan, perjanjian perusahaan pertambangan batu bara kontrak pengadaan barang yang juga terjadi dalam perhubungan hukum masyarakat.⁸²

Perjanjian tak bernama ini adalah perjanjian-perjanjian yang tidak di atur dalam KUH Perdata, tetapi hidup didalam kehidupan masyarakat. Maka dari itu jumlah perjanjian tidak bernama ini adalah tak terbatas, lahirnya perjanjian ini di

⁸⁰ Subekti, *Loc. Cit*

⁸¹ Salim HS, *Perkembangan Hukum Kontrak Innominat di Indonesia*, Buku Kesatu, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, Hlm. 1

⁸² Salim HS dan Erlies septiana Nurbani, *Perkembangan Kontrak Innominaat di Indonesia*, Buku Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, Hlm. 1

dalam praktek adalah berdasarkan akan kebebasan mengadakan perjanjian atau parti otonomi yang berlaku di dalam hukum perikatan. Salah satu contoh perjanjian tak bernama yang sering di gunakan ialah perjanjian sewa beli.⁸³

Kontrak-kontrak ini telah dilaksanakan di indonesia. Dari aspek pengaturanya, kontrak ini dapat digolongkan menjadi 3 macam yaitu sebagai berikut :

1. Kontrak *innominaat* yang telah di atur secara khusus dan dituangkan dalam bentuk undang-undang dan atau telah di atur dalam pasal-pasal tersendiri
2. Kontrak *innominaat* yang telah di atur dalam peraturan pemerintah
3. Kontrak *innominaat* yang belum ada undang-undang nya di Indonesia.

Kontrak *innominaat* yang telah di atur dalam bentuk undang-undang adalah sebagai berikut :

1. Kontrak *production sharing*, yang di atur dalam Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.
2. Kontrak *joint venture*, diatur dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang PMA
3. Kontrak karya, di atur dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Pertambangan
4. Kontrak konstruksi, yang diatur dalam Undang-undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi

⁸³Abd Thalib dan Admiral, *Loc. Cit*

Kontrak-kontrak *innominaat* yang telah diatur dalam Peraturan Pemerintah atau keputusan Menteri, yaitu :

1. Peraturan Pemerintah Nomor Tahun 1967 tentang Waralaba (*franchise*)
2. Surat Keputusan bersama Menteri Keuangan, Perindustrian dan Perdagangan Nomor: Kep-122/MK/IV/2/1974, Nomor: 32/M/SK/2/1974, dan Nomor: 30 KPB/I 1974 tentang Perizinan Usaha *Leasing*

Kontrak *innominaat* yang belum ada pengaturannya di Indonesia, yaitu kontrak rahim (*surrogate mother*). Kontrak ini muncul di Amerika Serikat dan Inggris.⁸⁴

Akibat dari adanya program kontrak rahim maka dari itu timbulah kontrak surogasi, latar belakang timbul nya kontrak surogasi adalah karena adanya program *fertilisasi in vitro*. Salah satu jenis *fertilisasi in vitro* ini menggunakan sperma dan ovum dari pasangan suami istri kemudian embrionya dipindahkan ke rahim ibu pengganti inilah yang disebut dengan *surrogate mother*. Kontrak surogasi merupakan kontrak atau perjanjian yang dibuat antara orang tua pemesan dengan ibu surogat, dimana ibu surogat akan mengandung, melahirkan dan menyerahkan anak tersebut kepada orang tua pemesan, sedangkan orang tua pemesan berkewajiban untuk menanggung biaya yang timbul pada masa mengandung dan melahirkan, serta hak nya menerima bayi yang dilahirkan ibu surogat, sesuai dengan jangka waktu yang telah disepakati kedua nya⁸⁵

⁸⁴ Salim HS, Buku Kesatu, *Op. Cit*, Hlm. 2

⁸⁵ Salim HS dan Erlies septiana Nurbani, Buku Kedua, *Loc. Cit*

Namun para ahli tidak ada kesamaan pandangan tentang legalitas dari kontrak surogasi ini. Ada yang berpendapat bahwa kontrak surogasi tidak sah karena tidak terpenuhi syarat yang ditentukan dalam pasal 1320 KUH Perdata, yang berkaitan dengan syarat yang keempat, yaitu adanya causa yang halal. Kontrak ini bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum dan kesusilaan yang baik. Pendapat yang kedua menyatakan bahwa kontrak surogasi dapat sah karena dapat dibuat secara bebas oleh para pihak berdasarkan asas kebebasan berkontrak sebagaimana yang diatur dalam pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata dan didasarkan atas putusan Pengadilan New Jersey, Amerika Serikat.⁸⁶

Hukum kontrak *innominaat* merupakan keseluruhan kaidah hukum yang mengkaji berbagai kontrak yang timbul, tumbuh, dan hidup dalam masyarakat dan kontrak belum dikenal pada saat KUH Perdata di undangkan. Kontrak-kontrak yang muncul dan berkembang dalam masyarakat adalah, seperti kontrak *Producing sharing*, *Joint venture*, kontrak karya, *leasing*, beli sewa, *franchise*, kontrak konstruksi, kontrak rahim dan lain-lain. Kontrak ini belum dikenal pada saat KUH Perdata diundangkan.

Keseluruhan kaidah-kaidah hukum yang mengatur hubungan hukum antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum yang lain dalam hubungannya dengan kontrak *innominaat* berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum⁸⁷

⁸⁶*Ibid*, Hlm. 2

⁸⁷Salim HS, Buku Kesatu, *Op. Cit*, Hlm. 4

1. Unsur-unsur yang tercantum dalam hukum kontrak *Innominaat*

- a. Adanya kaidah hukum, Kaidah hukum dapat dibedakan menjadi 2 (dua) macam, yaitu kaidah hukum Kontrak *innominaat* tertulis dan tidak tertulis.
- b. Adanya subyek hukum, subjek hukum yaitu pendukung hak dan kewajiban. Subjek hukum dalam kontrak *innominaat* adalah debitur dan kreditur. Badan pelaksana dengan badan usaha atau usaha tetap, pengguna jasa dan penyedia jasa.
- c. Adanya objek hukum, objek hukum erat kaitanya dengan prestasi. Pokok prestasi dalam kontrak *innominaat* tergantung pada jenis kontrak yang dibuat oleh para pihak. Dalam kontrak karya, misalnya yang menjadi pokok prestasinya adalah melakukan eksplorasi dan eksploitasi dalam bidang pertambangan, khusus nya emas dan tembaga
- d. Adanya kata sepakat, kata sepakat lazim disebut dengan konsensus. Kata sepakat ini merupakan persesuaian pernyataan kehendak para pihak tentang substansi dan objek kontrak
- e. Akibat hukum, akibat hukum berkaitan dengan timbulnya hak dan kewajiban dari para pihak.⁸⁸

2. Ruang Lingkup Kajian dan Sifat Hukum Kontrak *Innominaat*

Ruang lingkup kajian hukum kontrak *innominaat* adalah berbagai kontrak yang muncul dan berkembang dalam masyarakat, seperti kontrak *production sharing*, *joint venture*, kontrak karya, leasing, beli sewa, *franchise*, kontrak

⁸⁸*Ibid*, Hlm. 5

konstruksi, kontrak rahim. Hukum kontrak *innominaat* bersifat khusus, sedangkan hukum kontrak atau hukum perdata merupakan hukum yang bersifat umum. Artinya, bahwa kontrak-kontrak *innominaat* berlaku terhadap peraturan yang bersifat khusus, sebagaimana yang tercantum dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. apabila dalam undang-undang khusus tidak di atur maka kita mengacu pada peraturan yang bersifat umum, sebagaimana yang tercantum dalam buku ke III KUH Perdata.

3. Tempat Pengaturan Hukum Kontrak *Innominaat*

Hukum kontrak *innominaat* diatur didalam buku ke III KUH Perdata. Di dalam buku ke III KUH Perdata, hanya ada satu pasal yang mengatur tentang kontrak *Innominaat*, yaitu pasal 1319 KUH Perdata. Pasal 1319 KUH Perdata berbunyi sebagai berikut :

“semua perjanjian, baik yang mempunyai nama khusus maupun tidak dikenal dengan suatu nama tertentu tunduk pada peratura umum yang termuat dalam bab ini maupun bab yang lalu”⁸⁹

Ketentuan ini mengisyaratkan bahwa perjanjian, baik yang mempunyai nama dalam KUH perdata maupun yang tidak dikenal dengan suatu nama tertentu (tidak bernama) tunduk pada buku ke III KUH Perdata. Dengan demikian, para pihak yang mengadakan kontrak *innominaat* tidak hanya tunduk pada berbagai

⁸⁹Salim HS, Buku Kesatu, *Loc. Cit*

peraturan yang mengaturnya, tetapi para pihak juga tunduk pada ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam KUH Perdata. mengatur⁹⁰

4. Asas-asas Hukum Kontrak *Innominaat*

Sebagaimana disebutkan dalam pasal 1319 KUH Perdata bahwa semua perjanjian, baik yang mempunyai nama khusus maupun yang tidak dikenal dengan suatu nama tertentu tunduk pada peraturan umum yang termuat dalam bab ini dan bab yang lalu. Dengan demikian asas-asas hukum kontrak *Innominaat* pun mengikuti asas-asas yang tercantum dalam buku ke III KUH Perdata.

Dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang hukum kontrak *innominaat*, telah ditemukan asas-asas penting di dalamnya. pasal 2 undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi telah ditentukan asas-asas hukum dalam penyelenggaraan kegiatan usaha minyak dan gas bumi. Dalam penyelenggaraan kegiatan usaha minyak dan gas bumi didasarkan pada kontrak *Production sharing*. Asas-asas itu meliputi :

- a. Asas ekonomi kerakyatan
- b. Asas keterpaduan
- c. Asas manfaat
- d. Asas keadilan
- e. Asas keseimbangan
- f. Asas pemerataan
- g. Asas kemakmuran
- h. Asas bersama dan kesejahteraan rakyat banyak.
- i. Asas keamanan

⁹⁰*Ibid*, Hlm. 7

- j. Asas keselamatan dan
- k. Asas kepastian hukum.

Pada prinsip nya kontrak *nominaat* dan *innominaat* mengenal Lima asas penting yang terdapat dala buku ke III KUH Perdata, yaitu asas kebebasan berkontrak, asas konsensualisme, asas *pacta sunt servanda*, asas itikad baik, dan asas kepribadian.⁹¹



⁹¹*Ibid*, Hlm. 7

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Kedudukan *Memorandum of Understanding* (MoU) Dalam Sistem Hukum Perjanjian

Pada dasarnya manusia harus berusaha dan berupaya untuk mempertahankan keberlangsungan hidupnya, yaitu dengan cara melakukan kegiatan ekonomi atau bisnis. Tentu dalam menjalankan bisnis nya manusia dituntut untuk mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya. Mencari keuntungan merupakan usaha yang sah-sah saja, tetapi yang terpenting dalam menjalankan usaha tersebut tidak mengenyampingkan hukum, melanggar hukum atau sering disebut dengan istilah *legal or illegal*.

Aspek hukum yang menjadi dasar dari penyelenggaraan berbagai sistem bidang kegiatan ekonomi nasional, pada hakekatnya berlandaskan dasar hukum pasal 33 UUD 1945. Kosekuensinya adalah menjadi hak negara untuk mengatur prekonomian nasional, dan hak tersebut bersumber dari hukum dasar.⁹²Banyak faktor yang mempengaruhi dan menentukan kegiatan bisnis. Guna menjelaskan kekhususan aspek etis ini. Dalam suatu pendekatan, pertama harus membandingkan dulu dengan aspek-aspek lain terutama aspek ekonomi dan hukum.⁹³

⁹² Faisal Santiago, *Pengantar Hukum Bisnis*, Mitra Wacana Media, Jakarta, 2012, Hlm. 13

⁹³ Abd Thalib, *Perkembangan Hukum Kontrak Modern*, Uir Press, Pekanbaru, 2016, Hlm. 69

Istilah hukum bisnis “hukum bisnis” sebagai terjemahan dari istilah “*Business Law*” sangat banyak dipakai dewasa ini, baik dikalangan akademisi maupun dikalangan praktisi. Meskipun begitu, banyak istilah lain yang sungguh pun tidak sama persis sama artinya, tetapi mempunyai ruang lingkup yang mirip-mirip istilah hukumbisnis. Istilah hukum bisnis tersebut sebagai berikut:

1. Hukum Dagang (*Trade Law*)
2. Hukum Perniagaan (*Comercial Law*)
3. Hukum Ekonomi (*Economic Law*)⁹⁴

Dengan demikian yang dimaksud dengan hukum bisnis adalah suatu perangkat kaidah hukum (termasuk *enforcement* nya) yang mengatur tentang tata cara pelaksanaan urusan atau kegiatan dagang industri atau keuangan yang dihubungkan dengan produksi atau pertukaran barang atau jasa dengan menempatkan uang dari para *entrepreneur* dalam resiko tertentu dengan usaha tertentu dengan motif dari *entrepreneur* tersebut adalah untuk mendapatkan keuntungan tertentu.

Biasanya dalam menjalin hubungan bisnis di awal dengan kesepakatan atau kesepahaman. Dengan sepakat atau juga dinamakan perizinan, dimaksudkan bahwa kedua subyek yang mengadakan perjanjian itu harus bersepakat, setuju atau seia-sekata mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian yang di adakan itu⁹⁵. Dari salah satu unsur 1320 KUH Perdata tersebut maka timbulah kesepahaman, kesepahaman untuk bertindak serta melakukan perhubungan hukum yang

⁹⁴*Ibid.* Hlm. 86

⁹⁵ Subekti, *Op. Cit.*, Hlm. 17

biasanya dituangkan dalam Nota Kesepahaman yang disebut dengan *Memorandum of Understanding*(MoU).

Penyusunan atau pembuatan suatu kontrak atau perjanjian oleh para pihak di dasarkan karena adanya suatu kepentingan untuk mewujudkan sesuatu. Pembuatan atau penyusunan kontrak pada umumnya di mulai dengan adanya proses negosiasi (*preliminary negotiation*). Pada umumnya negosiasi tetap dilakukan meskipun dalam bentuk yang sangat sederhana. Contohnya, seseorang yang akan membeli 1 kilogram buah mangga di pasar, biasanya selalumengadakan tawar menawar denganpenjualnya mengenai harga 1 kilogrammangga. Namun demikian tidak semuakontrak selalu dilakukan dengan negosiasikarena sudah ada kepastian tentang barangdan harga yang tidak dimungkinkan adanya tawar-menawar harga barang. Contohnya: membeli barang di pusat perbelanjaan tidakperlu adanya negosiasi atau tawar menawarharga.

Penyusunan kontrak yang menyangkut nilai yang sangat besar, tindakan negosiasi merupakan hal yang wajib dilakukan karena memperoleh kepastian dan perlindungan kepentingan nya. negosiasi dapat dilakukan secara rinci maupun secara sederhana, tergantung kepentingan dan kesepakatan para pihak.

Tujuan diadakanya negosiasi adalah untuk mempertemukan dua kepentingan yang berbeda. Skala yang lebih besar, negosiasi sangat diperlukan untuk mencari titik temu yang kemudian menghasilkan apa yang disebut dengan

memorandum of understanding(MoU). Neogosiasi merupakan tahapan awal sebelum masuk kedalam fase perjanjian maupun fase prakontraktual.⁹⁶

Memorandum of understanding merupakan bagian dari sebuah perjanjian/kontrak. Michael D Bayles mengartikan *contract of law* atau hukum kontrak adalah *Might then be taken to be the law pertaining to enporcement of promise or agreemnt*. Artinya, hukum kontrak adalah sebagai aturan hukum yang berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian atau persetujuan. Pendapat ahli ini mengkaji hukum kontrak dari dimensi pelaksanaan perjanjian yang dibuat oleh para pihak, namun Michael D Bayles tidak melihat pada tahap-tahap prakontraktual dan kontraktual, padahal hakikat nya sebuah perjanjian harus melalui proses, prakontraktual sebagai awal dalam sebuah perjanjian.⁹⁷

Memorandum of Understanding(MoU) merupakan proses kelanjutan dari negosiasi-negosiasi yang telah dilakukan oleh para pihak. KUHPerdara tidak mengenal, baik istilah maupun pengertian *Memorandum of Understanding*. Istilah dan pemakaian *Memorandum of understanding* dalam kontrak-kontrak bisnis atau perdagangan adalah hal yang biasa digunakan baik sebagai tahap awal sebelum kontrak bisnis dilakukan dan bahkan dianggap cukup untuk melaksanakan kontrak. Keberadaan *memorandum of understanding* didasarkan pada pasal 1338 KUHPerdara dan pasal 1320 KUHPerdara terutama yang menyangkut kesepakatan para pihak.⁹⁸

⁹⁶ Sigit Irianto, "Negosiasi dan Memorandum of Understanding (MoU) Dalam Penyusunan Kontrak", Jurnal Hukum UNTAG Semarang, Vol. 12 No. 1 Tahun 2014, Hlm. 2

⁹⁷ Salim Hs, *Op. Cit*, Hlm. 3

⁹⁸ Sigit Irianto, *Op. Cit*, Hlm. 71

Dalam praktiknya istilah kontrak atau perjanjian terkadang masih dipahami secara rancu. Banyak pelaku bisnis mencampur adukan kedua istilah tersebut seolah-olah merupakan pengertian yang berbeda. *Burgerlijk wetboek* juga disebut KUH Perdata menggunakan istilah *overeenkomst* dan *contract* untuk pengertian yang sama. Hal ini secara jelas di atur dalm nuku III titel kedua tentang “perikatan-perikatan yang lahir dari kontrak atau perjanjian” yang dalam bahasa aslinya (bahasa belanda) yaitu : “*van verbintenissen die uit contract of overeenkomst geboren worden*”.⁹⁹

Roscoe Found menyatakan bahwa “memenuhi janji” adalah sesuatu yang terpenting dala kehidupan sosial. Hukum kontrak berkaitan dengan pembentukan dan melaksanakan suatu perjanjian. Suatu janjia adalah suatu pernyataan tentang sesuatu kehendak yang akan terjadi atau tidak terjadi pada masa yang akan datang. Dalam makna yang lain, dapat dikatakan bahwa janji merupakan pernyataan yang dibuat oleh seseorang kepada orang lain yang menyatakan suatu keadaan tertentu atau yang terjadi, atau akan melakukan suatu perbuatan tertentu. Orang terikat pada janji nya sendiri, yakni janji yang diberikan kepada pihak lain dalam perjanjian. Maka janji itu mengikat dan janji itu menibulkan utang yang harus dipenuhi.¹⁰⁰

Kontrak pada dasarnya merupakan bagian penting dari suatu proses bisnis yang syarat dengan pertukaran kepentingan di anantara para pelakunya. Merancang suatu kontrak pada hakikatnya “menuangkan proses bisnis ke dalam format

⁹⁹ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian, Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Kencana, Jakarta, 2010, Hlm. 13

¹⁰⁰ Ridwan Khairandy, *Op. Cit*, Hlm. 57

hukum.” Mengandaikan hubungan yang sinergis-korelatif antara aspek bisnis dengan hukum (kontrak), ibarat lokomotif dan gerbongnya sebagai personifikasi aspek bisnis sedang bantalan rel dimana lokomotif dan gerbong itu berjalan menuju tujuannya sebagai personifikasi aspek hukumnya (kontrak). Oleh karena itu, keberhasilan bisnis antara lain juga akan ditentukan oleh struktur atau bangunan kontrak yang dirancang dan disusun oleh para pihak. Namun patut disayangkan para pelaku bisnis merumuskan proses bisnisnya dalam format kontrak yang asal-asalan, sehingga tidak memperhatikan proses, prosedur serta norma perancangan kontrak yang benar (*drafting contract process*)¹⁰¹

Charles L. Knapp and Nathan M. Crystal mengartikan *law of contract is: our society's legal mechanism for protecting the expectations that arise from the making of agreements for the future exchange of various types of performance, such as the conveyance of property (tangible and intangible), the performance of services, and the payment of money.* Artinya hukum kontrak adalah mekanisme hukum dalam masyarakat untuk melindungi harapan-harapan yang timbul dalam pembuatan persetujuan demi perubahan masa datang yang bervariasi kinerja seperti pengangkutan kekayaan (yang nyata maupun tidak nyata), kinerja pelayanan, dan pembayaran dengan uang.¹⁰² sehingga dari pernyataan-pernyataan di atas tersebut tampak bahwa perjanjian akan mengakibatkan adanya akibat hukum jika tidak dipenuhi.

¹⁰¹ Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit*, Hl m. 147

¹⁰² Salim Hs, *Op. Cit*, Hlm. 3-4

Dari berbagai definisi di atas, dapat dikemukakan unsur-unsur yang tercantum dalam hukum kontrak, adalah sebagai berikut :

1. Adanya kaidah hukum

Kaidah dalam hukum kontrak dapat dibagi kedalam dua macam, yaitu tertulis dan tidak tertulis. Kaidah hukum kontrak tertulis adalah kaidah-kaidah hukum yang terdapat di dalam peraturan perundang-undangan seperti, traktat, yurisprudensi. Sedangkan kaidah hukum kontrak tidak tertulis adalah kaidah-kaidah hukum yang timbul, tumbuh, dan hidup dalam masyarakat. Contoh jual beli lepas, jual beli tahunan. Konsep hukum ini berasal dari hukum adat.¹⁰³

2. Subjek hukum

Istilah lain dari subjek hukum adalah *rechtsperson*. *Rechtsperson* diartikan sebagai pendukung hak dan kewajiban. Yang menjadi subjek hukum dalam hukum kontrak adalah kreditur dan debitur. Kreditur adalah orang yang berpiutang, sedangkan debitur orang yang berutang.

3. Adanya prestasi

Yang dimaksud dengan Prestasi adalah apa yang menjadi hak kreditur dan kewajiban debitur. Maka timbulah hak dan kewajiban di antara para pihak. Yang apabila di antara salah satu dari pihak tidak memenuhi prestasi tersebut maka dapat mempunyai akibat hukum, baik akibat hukum yang ditimbulkan dari kreditur maupun debitur Prestasi terdiri dari :

¹⁰³*Ibid*, Hlm. 4

- a. Memberikan sesuatu
- b. Berbuat sesuatu dan
- c. Tidak berbuat sesuatu

4. Kata sepakat

Di dalam pasal 1320 KUH Perdata ditentukan empat syarat sahnya suatu perjanjian. Salah satunya adalah kata sepakat (*konsensus*). Kesepakatan adalah persesuaian pernyataan kehendak antara para pihak.

5. Akibat hukum

Setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak akan menimbulkan akibat hukum. Akibat hukum adalah timbulnya hak dan kewajiban. Hak adalah suatu kenikmatan dan kewajiban adalah suatu beban.¹⁰⁴

Sistem pengaturan hukum kontrak adalah sistem terbuka (*open system*). Artinya bahwa setiap orang bebas untuk mengadakan suatu perjanjian, baik yang sudah di atur maupun yang belum di atur di dalam undang-undang.¹⁰⁵ Hal ini dapat disimpulkan dari ketentuan yang tercantum dalam pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, yang berbunyi :”semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”.¹⁰⁶

Ketentuan pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata memberikan kebebasan kepada para pihak untuk :

¹⁰⁴ *Ibid*, Hlm. 5

¹⁰⁵ *Ibid*, Hlm. 7

¹⁰⁶ Pasal 1338 Kitab Undang-undang Hukum Perdata

1. Membuat atau tidak membuat perjanjian
2. Mengadakan perjanjian dengan siapapun
3. Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan dan persyaratanya
4. Menentukan bentuk nya perjanjian, yaitu tertulis ataupun lisan.¹⁰⁷

Pada prinsip nya kontrak terdiri dari satu atau serangkaian janji yang dibuat oleh para pihak dalam kontrak. Esensi dari kontrak itu sendiri adalah kesepakatan (*agreement*).¹⁰⁸ Atas dasar itu, subekti mendefinisikan bahwa kontrak sebagai peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain dimana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu.¹⁰⁹

Memorandum of Understanding atau yang biasa disingkat dengan MoU tampak nya telah menjadi tren pengikatan kerjasama oleh banyak pihak. Penggunaan MoU, kini tidak hanya dilakukan pada lingkup bisnis semata, tetapi juga pada lingkup lainnya, baik oleh sektor swasta maupun oleh instansi pemerintah dan kelembagaan formal maupun non formal.¹¹⁰

Apa yang nama nya *memorandum of understanding* atau sering disingkat dengan MoU, sebenarnya tidak dikenal dalam hukum konvensional di Indonesia. Tetapi dewasa ini sangat sering dipraktekan dengan meniru apa yang sering dipraktekan di luar negeri atau dipraktekan secara internasional. Jadi sebenarnya

¹⁰⁷ Salim HS. *Op. Cit*, Hlm. 8

¹⁰⁸ Ridwan Khairandy, *Loc. Cit*.

¹⁰⁹ Subekti, *Op. Cit*, Hlm. 36

¹¹⁰ Admiral. *Memahami MoU sebagai ikatan pra kontraktual*, Koran Tribun Pekanbaru, 2 Oktober 2017, Hlm. 9

dengan memberlakukan MoU itu berarti telah memperkaya khasanah pranata hukum di Indonesia.¹¹¹

Masuknya istilah MoU ini, dikarenakan sistem hukum privat Indonesia menganut sistem hukum terbuka, pasal 1338 KUH Perdata menjadi dasar untuk kedudukan MoU di Indonesia, bahwa MoU telah menjadi bahagian dari sistem hukum privat di Indonesia tepat nya pada buku ke III KUH Perdata. Kedudukan MoU di Indonesia ada dan menjadi bagian dari hukum perjanjian.

Istilah *Memorandum of Understanding* berasal dari dua kata, yaitu *Memorandum* dan *Understanding*. Secara gramatikal *Memorandum of Understanding* di artikan sebagai nota kesepahaman. Dalam black's Law Dictionary, yang di artikan *Memorandum* adalah : “dasar untuk penyusunan kontrak secara formal untuk masa yang akan datang (*is to serve as the basis of future formal contract*). *Understanding* di artikan sebagai : *An implied agreement resulting from the express term of another agreement, whether written or oral*. Artinya, pernyataan persetujuan secara tidak langsung terhadap hubungannya dengan persetujuan lain, baik secara lisan maupun tertulis. Dari terjemahan kedua kata kata itu, dapat dirumuskan pengertian *Memorandum of Understanding*, *memorandum of understanding* adalah sebuah dasar untuk penyusunan kontrak pada masa datang yang didasarkan pada hasil pemufakatan para pihak, baik secara tertulis maupun lisan.¹¹²

¹¹¹ Munir Fuady, *Hukum Bisnis Dalam Teori dan Praktek*, Buku Keempat, PT. Citra Aditya Bakti Bandung, 2002, Hlm. 89

¹¹² Salim HS, Abdullah, dan Wiwiek Wahyuningsih, *Loc. Cit*

Menurut Hikmahanto Juwana, *Memorandum of Understanding* adalah :

Memorandum of understanding (MoU) masih bersifat kesepakatan pendahuluan dan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat sebagaimana layaknya perjanjian, dan *Memorandum of Understanding* (MoU) biasanya mengatur hak dan kewajiban akan tetapi sifatnya hanya menggiring para pihak yang nantinya akan dituangkan dalam perjanjian¹¹³

Menurut Munir Fuady tujuan *Memorandum of Understanding* adalah:

Tujuan *Memorandum of Understanding* untuk menghindari kesulitan pembatalan *Agreement* nantinya, dalam hal prospek bisnisnya belum jelas dan benar, dalam arti blm bisa dipastikan apakah deal kerja sama tersebut akan ditindak lanjuti, sehingga dibuatlah *Memorandum of Understanding* yang mudah dibatalkan¹¹⁴

Bahwa *memorandum of understanding* sebagai kesepakatan pendahuluan sangat berperan penting dalam hubungannya dengan pembentukan kontrak/perjanjian dimasa datang. Mengingat agar perjanjian/kontrak dapat berjalan dengan baik sebagaimana mestinya, tentunya para pihak harus terlebih dahulu mempunyai rasa seia-sekata yang disebut dengan perjanjian pendahuluan.

Kedudukan MoU dalam sistem hukum perjanjian di Indonesia adalah bagian dari hukum perjanjian itu sendiri, dengan melihat definisi dari MoU, berarti MoU merupakan bahagian dari hukum perjanjian yang merupakan pintu

¹¹³ Pendapat Hikmahanto Juwana, Tentang *Memorandum of Understanding* dalam Putusan Nomor 126/pdt/2013/pt.Dps, Hlm. 6

¹¹⁴Salim HS, Abdullah, dan Wiwiek Wahyuningsih, *Loc. Cit*

awal untuk mengadakan perjanjian yang dapat mempunyai kekuatan mengikat. Dapat dikatakan bahwa MoU adalah pintu untuk memulai perjanjian. Jadi pada hakikatnya MoU adalah perjanjian pendahuluan. Pada hakikatnya, MoU merupakan suatu perjanjian pendahuluan, dalam arti nanti akan diikuti oleh dan dijabarkan dalam perjanjian lain yang mengatur nya secara lebih detail. Karena itu, dalam MoU hanya berisikan hal-hal yang pokok saja.¹¹⁵

Perjanjian pendahuluan yang di maksud merupakan perjanjian awal yang dilakukan oleh para pihak, isi *memorandum of understanding* mengenai hal-hal yang pokok saja, maksud nya ialah bahwa substansi *memorandum of understanding* itu hanya berkaitan dengan hal-hal yang sangat prinsip. Substansi *memorandum of understanding* ini nantinya akan menjadi substansi kontrak yang dibuat secara lengkap dan detail oleh para pihak.¹¹⁶

Menrut Salim *Memorandum of Understanding* adalah :

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 dan jangka waktunya tertentu.¹¹⁷

Pada prinsip nya, setiap *Memorandum of Understanding* yang dibuat oleh para pihak, tentunya mempunyai ujuan tertentu. Munir Fuady telah

¹¹⁵Munir Fuady, *Op. Cit*, Hlm. 91

¹¹⁶Salim HS, Abdullah, dan Wiwiek Wahyuningsih, *Op. Cit*, Hlm. 47

¹¹⁷*Ibid*, Hlm. 46

mengemukakan tujuan dari dibentuk nya *Memorandum of understanding*. Tujuan dari pembentukan *memorandum of understanding* adalah :

1. Untuk menghindari kesulitan pembatalan suatu agreement nanti nya, dalam hal prospek bisnis nya belum jelas benar, dalam arti belum bisa dipastikan apakah deal kerja sama tersebut akan ditindak lanjuti, sehingga dibuat lah *memorandum of understanding* yang mudah dibatalkan.
2. Penanda tangan kontrak masih lama karena masih dilakukan negosiasi yang alot. Karena itu, daripada tidak ada ikatan apa-apa sebelum ditanda tangani nya kontrak tersebut, dibuatlah *memorandum of understanding* yang akan berlaku sementara waktu.
3. Adanya keraguan para pihak dan masih perlu waktu untu berpikir-pikir dalam hal penanda tangan suatu kontrak, sehingga untuk sementara dibuatlah *memorandum of understanding*.
4. *Memorandum of understanding* dibuat dan ditanda tangani oleh pihak eksekutif teras dari suatu perusahaan, sehingga untuk suatu perjanjian yang lebih rinci mesti dirancang dan dinegosiasi khusus oleh staf-staf yang lebih rendah tetapi lebih menguasai secara teknis.¹¹⁸

Adapun yang menjadi ciri-ciri dari *memorandum of understanding* adalah sebagai berikut :

1. Isinya ringkas bahkan sering satu halaman saja
2. Berisikan hal yang pokok saja

¹¹⁸ Munir Fuady, Op. Cit, Hlm. 91

3. Berisikan pendahuluan saja, yang akan diikuti oleh perjanjian lain yang lebih rinci
4. Mempunyai jangka waktu, misalnya satu bulan, enam bulan, atau setahun. Apabila dalam jangka waktu tersebut tidak ditindak lanjuti dengan suatu perjanjian yang lebih rinci, perjanjian tersebut akan batal, kecuali diperpanjang oleh para pihak
5. Biasanya dibuat dalam bentuk perjanjian dibawah tangan dan
6. Biasanya tidak ada kewajiban yang bersifat memaksa kepada para pihak untuk membuat suatu perjanjian yang lebih detail setelah penandatanganan memorandum of understanding, karena secara resonable barang kali kedua belah pihak punya rintangan untuk membuat dan menandatangani perjanjian yang detail tersebut.¹¹⁹

Berdasarkan pemaparan penulis di atas menurut penulis bahwa, *memorandum of understanding* merupakan nota kesepahaman, pengutaraan rasa seia-sekata, untuk mengikat hubungan kerjasama yang di kemudian waktu akan dituangkan kedalam perjanjian yang lebih rinci, serta yang nanti nya akan mempunyai akibat hukum jika tidak dilaksanakan oleh para pihak. Maka dari itu dapat dikatakan pada dasar nya *memorandum of understanding* tidak mempunyai kekuatan mengikat yang dapat mempunyai akibat hukum jika tidak dilaksanakan. Dan biasanya MoU hanya dilakukan dibawah tangan saja, karena itu hanya masih langkah awal maka dari itu isi substansi nya juga singkat.

¹¹⁹ Ibid, Hlm. 92

Karena pada dasarnya tidak ada aturan khusus mengenai *memorandum of understanding* sehingga timbul banyak pertanyaan serta keraguan untuk penerapan MoU itu sendiri. Sehingga ada yang menafsirkan bahwasanya *Memorandum of Understanding* mempunyai kekuatan mengikat sehingga dapat menimbulkan akibat hukum. Dan ada juga yang mengatakan bahwa *memorandum of understanding* hanya nota kesepahaman yang tidak mengikat dan tidak mempunyai akibat hukum. Perbedaan penafsiran inilah yang membuat keberadaan *Memorandum of understanding* ramai di perbincangkan terutama pada kalangan pembisnis yang sering untuk melakukan kesepakatan yang dituangkan dalam *memorandum of understanding*.

Dari pemaparan penulis di atas, dapat terlihat karena tidak ada aturan khusus yang mengatur tentang MoU ini, maka banyak yang mempertanyakan bagaimana kedudukan dari MoU itu sendiri. Walaupun tidak ada yang mengatur kedudukan dari MoU ini secara aturan, namun kedudukan *Memorandum of Understanding* pada sistem hukum perjanjian di Indonesia cukup jelas. Semestinya *Memorandum of understanding* merupakan perjanjian pendahuluan yang tidak mempunyai akibat hukum, pengikatanya hanya sebatas pengikatan secara moral tidak secara hukum yang dapat menimbulkan akibat hukum.

I nyonya Sudana, dkk, mengartikan *Memorandum of understanding* sebagai suatu perjanjian pendahuluan, dalam arti akan diikuti dengan perjanjian lainnya. Dari definisi ini terkandung beberapa unsur adalah sebagai berikut:

1. *Memorandum of understanding* sebagai perjanjian pendahuluan

2. Isi *memorandum of understanding* adalah mengenai hal-hal yang pokok dan
3. Isimemorandum of understanding dimasukkan kedalam kontrak.¹²⁰

Wiliam F. Fox Jr. Juga mengemukakan ciri dari *Memorandum of understanding*. Ia mengemukakan ada enam ciri dari *Memorandum of understanding* yaitu :

1. Bentuk dan isinya terbatas
2. Untuk mengikat pihak lainya terhadap persoalan, untuk menemukan dan mempelajari tentang beberapa persoalan
3. Sifat nya sementara dengan batas waktu tertentu
4. Dapat digunakan sebagai dasar untuk mendatangkan keuntungan selama tercapainya kesepakatan
5. Menghindari timbulnya tanggung jawab dan ganti rugi, dan
6. Sebagai dasar untuk membuat perjanjian untuk kepentingan berbagai pihak, yaitu kredit, investor, pemerintah, dan pemegang saham.

Ciri utama dari *Memorandum of understanding* adalah sebagai dasar untuk membuat kontrak pada masa yang akan datang, isinya singkat dan jangka waktunya tertentu.¹²¹ Bahwasanya *Memorandum of understanding* pada hakikatnya bukanlah sebuah perjanjian yang mempunyai kekuatan mengikat, akan tetapi merupakan perjanjian pendahuluan, dan baru hanya bagian dari perjanjian

¹²⁰Salim HS, Abdullah, dan Wiwiek Wahyuningsih, *Loc. Cit*

¹²¹*Ibid*, Hlm. 53

tersebut, yang belum mempunyai akibat hukum jika salah satu pihak tidak memenuhi Nota kesepahaman tersebut. Sehingga tidak ada permasalahan jika pun tidak diteruskan ke tingkat selanjut nya yaitu perjanjian.kontrak.

Pada prinsip nya, suatu MoU dalam praktek hukum di anggap hanya sebuah kontrak yang simpel saja. Karena itu biasanya tidak dibuat secara terlalu formalistis. Hanya saja karena MoU juga di anggap sebagai suatu “say Hello” untuk suatu kesepakatan dalam hal akan dilakukan suatu proyek besar misalnya, maka terkadang penandatanganan suatu MoU juga dibuat secara seremonial. Dan ini tetu wajar-wajar saja dan tidak mempunyai efek terhadap kekuatan hukum suatu MoU.¹²²

Dapat dilihat bahwa kedudukan *memorandum of understanding* (MoU) dan sistem perjanjian adalah dua hal yang berbeda namun sangat dekat posisi nya, dapat dikatakan bisa saling mengisi satu sama lain, dapat dilihat dari pengelompokan nya sebagai apa yang yang dimaksud dengan MoU dan perjanjian,yaitu :

Tabel III. 1
Perbedaan *Memorandum of Understanding* dengan Perjanjian/Kontrak

No		Memorandum of understanding	kontrak
1.	Pengertian	-Nota kesepahaman yang dibuat antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum lainnya, baik dalam suatu negara maupun antarnegara untuk melakukan kerjasama dalam berbagai aspek kehidupan dan jangka	-Suatu perbuatan dengan mana satu pihak atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.(Pasal 1313 KUH Perdata).

¹²² Munir Fuady, *Op. Cit*, Hlm. 89

		<p>waktunya tertentu.</p> <p>-Dasar penyusunan kontrak pada masa datang yang didasarkan pada hasil permufakatan para pihak, baik secara tertulis maupun secara lisan. (Black's Law Dictionary)</p> <p>-Perjanjian pendahuluan, dalam arti nantinya akan diikuti dan dijabarkan dalam perjanjian lain yang mengaturnya secara detail, karena itu, memorandum of understanding berisikan hal-hal yang pokok saja. (Munir Fuady)</p> <p>-Dokumen yang memuat saling pengertian di antara para pihak sebelum perjanjian dibuat. Isi dari memorandum of understanding harus dimasukkan ke dalam kontrak, sehingga ia mempunyai kekuatan mengikat.(Erman Rajagukguk).</p> <p>-Suatu perjanjian pendahuluan, dalam arti akan diikuti perjanjian lainnya.(I.Nyoman Sudana)</p>	<p>-Suatu perjanjian antara dua orang atau lebih yang menciptakan kewajiban untuk berbuat atau tidak berbuat suatu hal yang khusus (Black's Law Dictionary).</p>
2.	Sumber hukum	<p>-Pasal 1320 KUHPerdara</p> <p>-Pasal 1338 KUHPerdara</p> <p>-UU No 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional</p> <p>Catatan : ketentuan-ketentuan tersebut tidak menyebutkan secara tegas mengenai pengertian atau substansi Memorandum of Understanding..</p> <p>-Doktrin</p> <p>-Kebiasaan</p>	<p>-Pasal 1320KUHPerdara</p> <p>-Pasal 1338 KUHPerdara</p> <p>Catatan : Kedua ketentuan Undang-Undang tersebut mengatur secara tegas mengenai substansi kontrak.</p> <p>-KUHD</p> <p>-Undang-Undang lainnya</p> <p>-Doktrin</p> <p>-Kebiasaan</p>

3.	Jenis	<p>-MoU menurut negara yang membuatnya.</p> <p>1.MoU yang bersifat nasional</p> <p>2.MoU yang bersifat internasional</p> <p>-MoU menurut kehendak para pihak</p> <p>1.MoU dengan maksud untuk membina ikatan moral saja diantara mereka, dan karena itu tidak ada pengikatan secara yuridis di antara mereka.</p> <p>2.MoU dengan maksud agar para pihak menginginkan dirinya terikat dalam suatu kontrak, tetapi baru ingin mengatur kesepakatan-kesepakatan umum saja yang kemudian akan diatur secara mendetail dalam kontrak yang lebih lengkap</p> <p>3.MoU dengan maksud agar para pihak memang berniat untuk mengikatkan diri satu sama lain dalam suatu kontrak, tapi hal itu belum dapat dipastikan, mengingat adanya keadaan-keadaan atau kondisi-kondisi tertentu yang belum dapat dipastikan.</p>	<p>b. Kontrak menurut namanya</p> <p>1.Kontrak nominaat / kontrak bernama. (Jual beli,tukarmenukar,sewa-menyewa, hibah, pemberian kuasa)</p> <p>2.Kontrak innominaat / kontrak tidak bernama. (Leasing, belisewa,franchise, joint venture)</p> <p>3.Kontrak campuran.</p> <p>c. Kontrak menurut bentuknya</p> <p>1. Tertulis</p> <p>2. Tidak Tertulis</p> <p>d.Kontrak timbal balik</p> <p>1. Kontrak timbal balik sempurna</p> <p>2. Kontrak sepihak</p> <p>e. Kontrak berdasarkan sifatnya</p> <p>1. Kontrak kebendaan</p> <p>2. Kontrak obligatoir</p>
4.	Subjek/ pihak	<p>a. Pihak yang berlaku secara nasional</p> <p>1.Badan hukum privat Indonesia dengan badan hukum privat Indonesia lainnya.</p> <p>2.Badan hukum privat Indonesia dengan pemerintah provinsi/kabupaten/ kota.</p> <p>3.Badan hukum privat Indonesia dengan penegak hukum</p> <p>4.Badan hukum publik dengan badan hukum publik lainnya</p> <p>b. Pihak yang berlaku secara</p>	<p>a. Kreditur, yaitu pihak yang berhak atas sesuatu dari pihak lain</p> <p>b. Debitur, yaitu pihak yang berkewajiban memenuhi sesuatu kepada kreditur</p>

		internasional 1.Pemerintah Indonesia dengan pemerintah negara asing 2.Badan hukum privat Indonesia dengan badan hukum privat negara asing	
5.	Objek	Kerjasama dalam berbagai bidang kehidupan, seperti bidang ekonomi, perhutanan, kehutanan dan lain-lain.	a. Menyerahkan sesuatu b. Melakukan sesuatu c.Tidak melakukan sesuatu
6.	Wilayah berlakunya	a. Publik 1. Secara nasional 2. Secara internasional b. Privat	Privat
7.	Jangka waktu	Harus ditentukan secara jelas kapan mulai dan berakhirnya tergantung kesepakatan para pihak dan dapat diperpanjang.	Mulai berlakunya suatu kontrak harus ditentukan secara jelas tetapi berakhirnya dapat tidak ditentukan waktunya, sesuai dengan kesepakatan para pihak yang membuatnya. jadi kekuatan jangka waktu kontrak dapat terbatas maupun tidak terbatas.
8.	struktur	a.Titel / Judul b.Pembukaan c.Para pihak yang membuat d.Substansi e.Penutup / Closing f.Tanda tangan para pihak	a.Judul b.Pembukaan c.Komparasi / para pihak d.Premis / dasar / pertimbangan e.Isi f.Penutup g.Tanda tangan para pihak h.Lampiran
9.	Kekuatan	Tidak mempunyai akibat/	Mempunyai

	mengikat	sanksi hukum yang tegas karena hanya merupakan ikatan moral.	akibat/sanksi hukum yang tegas.
10.	Materi	Hanya memuat hal-hal yang pokok saja	Memuat ketentuan-ketentuan yang diperjanjikan secara terperinci. ¹²³

Dari tabel di atas jika dilihat secara sepintas, hampir tidak tampak perbedaan antara *Memorandum of Understanding* dengan Perjanjian/Kontrak, karena sama-sama dibuat berdasarkan pasal 1338 KUH Perdata, dengan mengedepankan unsur asas kebebasan berkontrak, namun jika dilihat secara detail dari tabel di atas, penulis menemukan, bahwa tampak perbedaan yang sangat mendasar antara *Memorandum of Understanding* dengan Perjanjian, salah satu contohnya mengenai dasar hukum/sumber hukum, terlihat bahwa ketentuan mengenai MoU itu tidak tertuang diperaturan manapun sedangkan perjanjian itu jelas mempunyai sumber hukum yang mengaturnya.

Walaupun pembentukan MoU maupun kontrak mengacu pada asas kebebasan berkontrak namun harus tetap mengedepankan asas keseimbangan. Sehingga tidak lupa dalam kegiatan pembuatan baik itu MoU maupun Perjanjian/kontrak harus tetap mengedepankan asas itikad baik, yang akan membawa para pihak dalam ketertiban hukum dan terhindar dari perselisihan.

Untuk mempertajam analisis penelitian ini, Sebagai contoh, penulis membuat contoh draft MoU dan Perjanjian sehingga dapat diketahui apa saja perbedaan mendasar dari MoU dan Perjanjian, sebagai berikut :

¹²³<http://e-dokumen.kemenag.go.id/files/9zWBqE8j1287460394.pdf> di akses pada tanggal 17 Oktober pada pukul 09.00 WIB

**MEMORANDUM OF UNDERSTANDING
(NOTA KESEPAHAMAN)**

ANTARA

PT. GORDYN RAYA

dengan

PT. AMADILA ART

Pada hari ini Senin, tanggal 30 bulan April tahun 2012 (30-4-2012) bertempat di PT. Gordyn Raya, berikut pihak-pihak yang bertanda-tangan di bawah ini :

1. Rininda Dhaneawara, selaku pimpinan perusahaan dalam hal ini bertindak sebagai **PIHAK PERTAMA** dan atas nama PT. Gordyn Raya yang berkedudukan di Jl. Armagedon No.200 Bandung – Jawa Barat.
2. Rian Larasati, selaku pimpinan perusahaan dalam hal ini bertindak sebagai **PIHAK KEDUA** dan atas nama PT. Amadila Art yang berkedudukan di Jl. Bacang No. 48 Bandung.

Berikut pertimbangan yang akan kami sampaikan :

- **PIHAK PERTAMA** adalah suatu perusahaan, yang berbadan hukum yang berbentuk Perusahaan yang bergerak di bidang pembuatan gordyn.
- **PIHAK KEDUA** adalah suatu perusahaan yang berbadan hukum yang berbentuk perusahaan yang bergerak di bidang pembuatan desain motif berbagai macam kain.
- Bahwa **PARA PIHAK** dalam hal ini bermaksud melakukan kerjasama pembuatan gordyn bermotif khusus yang akan launching bulan September 2012

Atas dasar pertimbangan yang diuraikan tersebut di atas, **PARA PIHAK** selanjutnya menerangkan dengan ini telah sepakat dan setuju untuk mengadakan Memorandum of Understanding/Nota Kesepahaman kerjasama yang saling menguntungkan dengan ketentuan-ketentuan dan syarat-syarat sebagai berikut :

PASAL 1

Nota Kesepahaman ini adalah sebagai langkah awal dalam rangka usaha kerjasama yang saling menguntungkan dengan memanfaatkan potensi, keahlian dan fasilitas yang dimiliki masing-masing pihak dalam rangka pembuatan desain gordyn yang bermotif khusus mengikuti pemasaran yang sedang berkembang dan akan diluncurkan pada bulan September mendatang. Dengan hal ini diharapkan akan adanya perubahan visit pada masing-masing perusahaan.

PASAL 2

Ruang lingkup pekerjaan yang disepakati dalam Nota Kesepahaman ini adalah sebagai berikut :

1. Masing-masing perusahaan memaksimalkan pembuatan gordyn maupun desain motif khusus yang berbeda dari biasanya.
2. Masing-masing perusahaan tetap mengelola ranah pekerjaan masing-masing namun tetap berfokus pada kegiatan usaha bersama yang akan selesai dalam kurun waktu yang telah ditentukan.
3. Perusahaan yang telah bersepakat dalam kegiatan bersama mengoptimalkan penjualan gordyn bermotif khusus ini akan mencapai visit yang setinggi-tingginya dengan kualitas yang baik.

PASAL 3

Untuk melaksanakan satuan pekerjaan pada pasal 2 di atas, **PARA PIHAK** akan membuat perjanjian Kerjasama yang memuat hak dan kewajiban, kedudukan serta peran dan fungsi masing masing pihak.

PASAL 4

Biaya yang timbul atas pelaksanaan Nota Kesepahaman ini akan ditanggung bersama oleh masing-masing PIHAK dalam Nota Kesepahaman ini.

PASAL 5

Pembagian hasil yang disepakati kedua belah pihak adalah saling mendapatkan keuntungan satu sama lain. Yaitu dengan system 50 : 50 sehingga pembagian keuntungan dirasa sudah merasa adil satu sama lain. Sejak ditanda tangannya Nota Kesepahaman ini

PASAL 6

1. Nota Kesepahaman ini berlaku untuk jangka waktu 12/1 (bulan/tahun), terhitung mulai sejak Nota Kesepahaman ini ditandatangani dan dapat diperpanjang untuk jangka waktu tertentu yang disepakati oleh **PARA PIHAK**, sebelum atau setelah Nota Kesepakatan ini berakhir.
2. Apabila ketentuan mengenai jangka waktu sebagaimana dimaksud ayat (1) diatas tidak segera ditindaklanjuti sebagaimana pelaksanaan ketentuan Pasal 3 dalam Nota Kesepahaman ini, maka dengan sendirinya kesepakatan kerjasama saling menguntungkan ini batal dan/atau berakhir.

Demikian Memorandum of Understanding/Nota Kesepahaman ini dibuat rangkap 2 (dua), disepakati dan ditandatangani oleh **PARA PIHAK** dalam keadaan sadar, sehat jasmani dan rohani, tanpa ada tekanan, pengaruh, paksaan dari pihak manapun, dengan bermaterai cukup, dan berlaku sejak ditanda-tangani.

PIHAK PERTAMA,

Rininda Dhaneswara

PIHAK KEDUA

Rian Larasati



PEMERINTAH KABUPATEN BLITAR
BADAN PERENCANAAN PEMBANGUNAN DAERAH
Jalan Semeru No. 40 Telp. (0342) 808165 Fax. (0342) 806275
BLITAR

SURAT PERJANJIAN KERJASAMA
PELAKSANAAN PEKERJAAN/KEGIATAN SWAKELOLA
OLEH INSTANSI PEMERINTAH LAIN PELAKSANA SWAKELOLA

Nomor : 03.29/IV/PPK-Bappeda/2013

Pada hari ini **Senin** tanggal **Dua Puluh Sembilan** bulan **April** tahun **Dua Ribu Tiga Belas**, kami yang bertandatangan dibawah ini:

1. Nama : HERY WIDYATMOKO, SPt
NIP : 19720115 199803 1 006
Jabatan : Pejabat Pembuat Komitmen pada BAPPEDA Kabupaten Blitar
Alamat : Jalan Semeru Nomor 40 Blitar

Dalam hal ini bertindak untuk dan atas nama Pemerintah Kabupaten Blitar, selanjutnya disebut **PIHAK PERTAMA**;

2. Nama : Prof. Dr. Ir. SITI CHUZAEMI, MS
NIP : 19530514 198002 2 001
Jabatan : Ketua LPPM Universitas Brawijaya Malang
Alamat : Jl. Veteran Malang

Dalam hal ini bertindak untuk dan atas nama instansi pemerintah lain pelaksana swakelola Lembaga Penelitian dan Pengabdian Kepada Masyarakat (LPPM) Universitas Brawijaya berkedudukan di Malang, selanjutnya disebut **PIHAK KEDUA**;

Dengan ini kedua belah pihak sepakat untuk mengadakan Surat Perjanjian Kerjasama, dalam rangka pelaksanaan kegiatan/pekerjaan Studi Analisis Dampak Sosial Ekonomi Program Putri Kencana Kabupaten Blitar dan sebagai ketua pelaksana Siti Kholifah, M.Si., PhD. dengan ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

Pasal 1

KETENTUAN UMUM

1. Yang dimaksud dengan Surat Perjanjian Kerjasama ini adalah perjanjian dimana **PIHAK PERTAMA** mengikat **PIHAK KEDUA** sebagaimana pula **PIHAK KEDUA** telah sepakat untuk melaksanakan ketentuan-ketentuan dalam Surat Perjanjian Kerjasama ini.
2. Surat Perjanjian Kerjasama ini ditandatangani berdasarkan kesepakatan **PIHAK PERTAMA** dan **PIHAK KEDUA** tanpa ada unsur paksaan.

Pasal 2

LINGKUP PEKERJAAN

PIHAK PERTAMA mengadakan kerjasama dengan **PIHAK KEDUA**, dengan lingkup pekerjaan sebagai berikut:

- (1) Melaksanakan pekerjaan Studi Analisis Dampak Sosial Ekonomi Program Putri Kencana Kabupaten Blitar berdasarkan Kerangka Acuan Kerja (KAK), Jadwal Pelaksanaan dan Rincian Anggaran Biaya yang telah disepakati;

- (2) Output kegiatan yang harus diserahkan **PIHAK KEDUA** kepada **PIHAK PERTAMA** berupa dokumen/master Studi Analisis Dampak Sosial Ekonomi Program Putri Kencana Kabupaten Blitar beserta *soft copy* yang siap digandakan dalam 4 (empat) bentuk media, yaitu:
 - a. Laporan Pendahuluan sebanyak sebanyak 5 Eksemplar;
 - b. Laporan Antara sebanyak 5 Eksemplar;
 - c. Laporan Akhir sebanyak 25 Eksemplar;
 - d. Eksecutive Summary sebanyak 15 Eksemplar.
 - e. Data Berbentuk Compact Disk/DVD 5 Buah
- (3) **PIHAK KEDUA** berkewajiban melaksanakan tahapan-tahapan, melaporkan kemajuan pekerjaan, dan melaksanakan seminar di setiap tahapan dalam penyusunan setidaknya 2 (dua) kali seminar yaitu seminar awal dan seminar akhir. Seminar awal dilaksanakan pada Pertengahan Bulan Mei 2013.
- (4) **PIHAK KEDUA** akan melaksanakan pekerjaannya dengan segala kemampuan, keahlian dan mencapai hasil yang optimal sehingga dapat memberikan hasil pekerjaan yang bermanfaat sesuai harapan dan bertanggung jawab atas isi dokumen publikasi;
- (5) **PIHAK KEDUA** bertanggung jawab atas pengumpulan data, klasifikasi dan pengolahan data serta menganalisa dan menyusun dalam bentuk *soft copy* sebagai master dokumen publikasi;
- (6) **PIHAK KEDUA** bertanggung jawab atas kebenaran karya pekerjaan yang dihasilkan dan berkewajiban memperbaiki dan menyempurnakan kesalahan/kekurangan yang disampaikan Tim Perencana, Tim Pengawas dan Panitia Pelaksana Kegiatan setelah laporan pendahuluan dan laporan akhir diserahkan.

Pelaksanaan pekerjaan dimaksud pada ayat 1 dan 2 wajib diselesaikan oleh **PIHAK KEDUA** berdasarkan KAK dan Proposal yang telah disepakati oleh kedua belah pihak dan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Perjanjian ini;

Pasal 3

DASAR PELAKSANAAN

- (1) Pelaksanaan Surat Perjanjian Kerjasama ini didasarkan pada:
 - a. Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah;
 - b. MoU antara Pemerintah Kabupaten Blitar dengan Universitas Brawijaya Malang Nomor 04A/UN10/DN/2012; Nomor 050/30.1/409.201/2012 tanggal 24 Januari 2012
 - c. MoU antara Pengguna Anggaran Kabupaten Blitar dengan LPPM Universitas Brawijaya Malang Nomor 050/43.5/409.201/2013; Nomor 97/UN10.21/DN/2013 tanggal 1 Februari 2013;
 - d. Surat Penawaran Pelaksanaan Pekerjaan Nomor 01.15/IV/PPK-Bappeda/2012 tanggal 15 April 2013;
 - e. Surat Ketua LPPM Universitas Brawijaya Malang, tanggal 18 April 2013 Nomor 409/UN10.21/DN/2013 perihal Kesanggupan Melaksanakan Pekerjaan;
 - f. Surat Ketua LPPM Universitas Brawijaya Malang, tanggal 18 April 2013 Nomor: 408/UN10.21/DN/2013 perihal Pengajuan Proposal;

- (2) Apabila terdapat ketidaksesuaian antara dokumen yang satu dengan yang lain, maka masing-masing mempunyai kekuatan hukum dengan urutan sebagai berikut:
- Surat Perjanjian Kerjasama
 - Rencana Kerja dan Syarat-Syarat (RKS)/Kerangka Acuan Kerja (KAK)
 - Surat Kesanggupan Melaksanakan Pekerjaan
 - Jadwal Waktu Pelaksanaan pekerjaan

Pasal 4

PERENCANAAN DAN PENGAWASAN PEKERJAAN

Perencanaan dan pengawasan pekerjaan dilaksanakan oleh Tim Perencana dan Tim Pengawas yang telah dibentuk dan disahkan oleh Pejabat Pembuat Komitmen pada Bappeda Kabupaten Blitar, bersama Tim Teknis Pengelola Kegiatan yang dibentuk berdasarkan Surat Keputusan Pejabat Pembuat Komitmen Bappeda Kabupaten Blitar Nomor: 01.29/IV/PPK-Bappeda/2013.

Pasal 5

JANGKA WAKTU PELAKSANAAN PEKERJAAN

- Pekerjaan Studi Analisis Dampak Sosial Ekonomi Program Putri Kencana Kabupaten Blitar sebagaimana dimaksud Pasal 1 dilaksanakan dalam jangka waktu 155 (seratus lima puluh lima) hari kalender dimulai sejak tanggal penandatanganan Surat Perjanjian Kerjasama Pelaksanaan Pekerjaan/Kegiatan Swakelola Non Swadana Kegiatan ini, atau tanggal 29 April 2013 harus sudah dimulai dan harus sudah selesai selambat-lambatnya 30 September 2013, dengan hasil yang dapat diterima dengan baik dan disetujui oleh PIHAK PERTAMA;
- Jangka waktu pelaksanaan yang ditentukan pada ayat (1) dapat diperpanjang atas persetujuan PIHAK PERTAMA secara tertulis;
- Persetujuan PIHAK PERTAMA sebagaimana dimaksud pada ayat (2) didasarkan pada:
 - Surat permohonan perpanjangan jangka waktu pemutakhiran pelaksanaan pekerjaan sebagaimana tersebut pada Pasal 1 yang diajukan oleh PIHAK KEDUA sebelum jangka waktu pelaksanaan habis (jatuh tempo) dan;
 - Alasan yang dapat dipertanggungjawabkan oleh PIHAK KEDUA yang dimuat pada surat permohonan perpanjangan waktu;

Pasal 6

BIAYA PEKERJAAN

Biaya pelaksanaan pekerjaan dalam perjanjian ini ditetapkan sebesar Rp. 75.000.000,- (Tujuh Puluh Lima Juta Rupiah) yang dibebankan pada Dokumen Pelaksanaan Anggaran (DPA) APBD Bappeda Kabupaten Blitar Tahun 2013 :

Kode Rekening : 1.06.1.06.01.22.12.5.2.2.21.01

Kegiatan : Studi Analisis Dampak Sosial Ekonomi Program Putri Kencana Kabupaten Blitar

Biaya pelaksanaan pekerjaan tersebut dimasukkan pada rekening Bank Jatim Cabang Malang atas nama Warkum Sumitro, SH, MH nomor rekening 041036133.

Pasal 7**CARA PEMBAYARAN**

Biaya pekerjaan sesuai Pasal 7 diatur dan akan dibayarkan dalam 2 (**dua**) tahap yaitu:

- a. sebesar 40% dari biaya pelaksanaan atau sebesar Rp. 30.000.000 (Tiga Puluh Juta Rupiah), dapat dilakukan PIHAK PERTAMA kepada PIHAK KEDUA setelah Surat Perjanjian Kerjasama Pelaksanaan Pekerjaan/Kegiatan secara swakelola oleh instansi pemerintah lain pelaksana swakelola kegiatan ini ditandatangani oleh Kedua belah pihak, dan PIHAK KEDUA menyerahkan Laporan Pendahuluan Sebanyak 5 Eksemplar;
- b. sebesar 60% dari biaya pelaksanaan atau sebesar Rp. 45.000.000 (Empat Puluh Lima Juta Rupiah), dapat dilakukan PIHAK PERTAMA kepada PIHAK KEDUA setelah PIHAK KEDUA menyerahkan Laporan Antara Sebanyak 5 Eksemplar, Laporan Akhir Sebanyak 25 Eksemplar, Executive Summary Sebanyak 15 Eksemplar, dan data berbentuk Compact Disk/DVD sebanyak 5 Buah;

Pasal 8**SANKSI ATAU DENDA**

Apabila batas waktu penyelesaian tugas sesuai yang dimaksud pada Pasal 5 dilampaui, maka PIHAK KEDUA diwajibkan segera melaporkan kepada PIHAK PERTAMA mengenai sebab-sebab kelambatan tersebut, dan PIHAK KEDUA akan dikenakan sanksi berupa denda sebesar 0,1% dari biaya pelaksanaan setiap hari kelambatan dan sebanyak-banyaknya 5% dari biaya pelaksanaan;

Pasal 9**KEADAAN MEMAKSA (FORCE MAJEURE)**

1. Yang dimaksud keadaan memaksa (Force Majeure) adalah peristiwa-peristiwa seperti:
 - a. Bencana Alam (gempa bumi, tanah longsor, banjir)
 - b. Kebakaran
 - c. Perang, huru-hara, pemogokan, pemberontakan dan epidemi yang secara keseluruhan ada hubungan langsung dengan penyelesaian pekerjaan;
2. Apabila terjadi kelambatan pelaksanaan pekerjaan yang disebabkan oleh hal-hal tersebut diluar kekuasaan PIHAK KEDUA (Force Majeure), maka kedua belah pihak setuju meninjau kembali perjanjian dan pelaksanaan pekerjaan ini;

Pasal 10**PENYELESAIAN PERSELISIHAN**

1. Jika terjadi perselisihan antara kedua belah pihak, maka pada dasarnya akan diselesaikan secara musyawarah
2. Jika perselisihan tidak dapat diselesaikan secara musyawarah, maka akan diselesaikan oleh suatu panitia pendamai yang berfungsi sebagai mediator yang dibentuk dan diangkat oleh kedua belah pihak, yang terdiri dari:
 - Seorang wakil PIHAK PERTAMA sebagai anggota
 - Seorang wakil PIHAK KEDUA sebagai anggota
 - Seorang wakil Pihak III yang ahli sebagai Ketua yang telah disetujui oleh kedua belah pihak
3. Keputusan panitia pendamai ini mengikat kedua belah pihak, dan biaya penyelesaian perselisihan yang dikeluarkan akan dipikul secara bersama
4. Jika keputusan sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) pasal ini tidak dapat diterima oleh kedua belah pihak, maka perselisihan akan diteruskan melalui Pengadilan Negeri Blitar.



Dari contoh draft MoU dan Perjanjian di atas tampak bahwa MoU hanya mengatur hal-hal yang bersifat umum saja, mengatur hal-hl pokok tanpa membuat hak dan kewajiban para pihak yang harus dipenuhi. Berbeda dengan perjanjian yang membuat pernyataan mulai dari hal-hal umum sampai dengan hak dan kewajiban para pihak serta tempat dimana penyelesaian perselisihan jika terjadi konflik antar para pihak. Sehingga ada baik nya para pihak untuk memahami perhubungan hukum seperti apa yang hendak mereka buat sehingga meminimalisir untuk terjadi nya konflik.

Untuk mengetahui kedudukan MoU sehingga dapat diketahui apakah suatu MoU bisa dikatakan kontrak atau bukan, ada beberapa hal yang harus diperhatikan yaitu :

1. Materi/ substansi dalam MoU

Mengetahui materi atau substansi yang diatur dalam pasal-pasal MoU sangat penting, karena apakah dalam materi yang terdapat dalam MoU tersebut ada unsur-unsur yang akan membuat salah satu pihak dirugikan, apabila ada salah satu materi dalam MoU tersebut yang diingkari. 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 MoU yang telah secara rinci dibuat, maka MoU yang telah dibuat tersebut dapat dikategorikan suatu kontrak atau setingkat dengan perjanjian berdasarkan pasal 1338 KUH Perdata. Dan misalnya lagi ketika hendak melakukan kerjasama untuk membangun sebuah jembatan, dimana kedua belah pihak saling menyetujui untuk saling bekerja sama dalam membangun jembatan, namun ketika ditengah perjalanan salah satu pihak membatalkan dan situasi seperti ini jelas telah merugikan pihak lainnya karena telah ada situasi untung dan rugi disitu. Maka dalam hal ini berdasarkan teori Wanprestasi tadi maka berkaitan dengan untung rugi yang menimbulkan akibat hukum.

Akan tetapi lain halnya jika dalam materi MoU hanya mengatur mengenai ulasan-ulasan pokok saja dimana dalam pasal MoU yang dibuat para pihak tersebut disebutkan bahwa kerjasama mengenai kegiatan-kegiatan yang dilakukan antar pihak akan ditentukan dalam perjanjian pelaksanaan

yang akan ditentukan oleh masing-masing pihak. Dan jika ditentukan pula dalam salah satu pasal lain bahwa untuk pembiayaan akan diatur pula dalam perjanjian lain yang lebih detil. Apabila substansi dalam MoU mengatur hal-hal yang demikian, maka berdasarkan asas hukum kontrak bahwa dapat disebut kontrak apabila suatu perjanjian itu bersifat final, maka MoU semacam ini berdasarkan asas obligator tidak bisa dikatakan suatu kontrak, karena belum final dalam pembuatannya, Karena masih dimungkinkan untuk di adakan nya suatu perjanjian lebih lanjut atas dasar nota kesepahaman tersebut, hal-hal pokok inilah yang menjadikan MoU dapat dikatakan sebagai MoU, maka dari itu isi muatan materi dari sebuah MoU dapat menentukan apakah MoU hanya sebatas *Gentlement Agreement* atau *Agreement is Agreement*, tergantung para pihak yang membuat nya.¹²⁴

2. Ada tidaknya sanksi

Untuk menentukan suatu MoU itu suatu kontrak atau bukan maka harus dilihat apakah MoU tersebut telah memuat sanksi atau tidak. Kalau dalam MoU tidak memuat suatu sanksi yang tegas maka MoU tersebut tidak dapat dikatakan suatu kontrak. Dan kalau hanya memuat sanksi moral maka MoU tidak bisa dikatakan suatu kontrak berdasarkan Teori Holmes yang menyatakan bahwa tidak ada sanksi moral dalam suatu kontrak. Karena pada dasar nya kontrak

¹²⁴Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, PT. Citra Aditya, Bandung, 2001, Hlm. 92

hanya memiliki sanksi tegas apakah itu nanti nya bermuara pada perbuatan wanprestasi taupun perbuatan melawan hukum¹²⁵

Kedudukan dari *memorandum of understanding* bahwa hanya merupakan sebatas nota kesepahaman yang dibuat oleh para pihak, sehingga untuk menentukan apakah MoU mempunyai kekuatan mengikat harus memperhatikan substansi dari MoU itu sendiri. Namun, kesalahan yang kerap terjadi ialah, banyak pihak yang memandang MoU ini lebih dari nota kesepahaman yang menjadikan MoU bisa mempunyai akibat hukum ketika tidak dilaksanakan, padahal pada dasarnya MoU merupakan nota kesepahaman yang akan diteruskan ke dalam sebuah perjanjian lebih lanjut.

Sebagai contoh, penulis membuat contoh draft MoU dan Perjanjian sehingga dapat diketahui apa saja perbedaan mendasar dari MoU dan Perjanjian, sebagai berikut :

B. Praktek Penerapan *Memorandum of Understanding* dalam sistem Hukum perjanjian di Indonesia

Sistem Hukum perjanjian di Indonesia mempunyai sistem hukum yang terbuka (*open system*). Apabila hukum benda mempunyai sistem tertutup, dan di atur dalam Buku II KUH Perdata maka hukum perikatan memiliki sistem terbuka yang di atur dalam buku III KUH Perdata. Dalam hukum benda, macam-macam hak atas benda adalah terbatas dan aturan-aturan mengenai hak atas benda itu juga bersifat memaksa.

¹²⁵ Munir Fuady, *Op. Cit*, Hlm. 92-94

Berbeda halnya dalam hukum perikatan yang memberikan kebebasan-nya dan seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perikatan (perjanjian) yang berisi apa saja, asalkan tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan. Inilah yang dikenal dengan hukum perikatan sebagai hukum pelengkap (*optional law*), yang artinya pasal-pasal itu boleh disingkirkan manakala dikehendaki oleh pihak-pihak yang membuat janji itu. Mereka boleh mengatur sendiri kepentingan mereka dalam janji yang mereka buat. Bila mereka tidak mengatur sendiri kemauannya dalam perjanjian itu, berarti mereka akan tunduk kepada undang-undang.

Sistem terbuka yang disebutkan di atas lazim disimpulkan dari pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang menyatakan bahwa semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.¹²⁶

Henry P. Pangabean menyatakan bahwa, pengkajian asas-asas perjanjian memiliki peran penting untuk memahami berbagai undang-undang mengenai sahnya suatu perjanjian. Perkembangan yang terjadi terhadap suatu ketentuan undang-undang akan lebih mudah dipahami setelah mengetahui asas-asas yang berkaitan dengan masalah tersebut.

Nieuwenhuis menjelaskan hubungan fungsional antara asas dan ketentuan hukum sebagai berikut :

1. Asas-asas hukum berfungsi sebagai pembangunan sistem.. asas-asas itu tidak hanya mempengaruhi hukum positif, tetapi juga dalam bayak

¹²⁶ I Ketut Oka Setiawan, *Op. Cit*, Hlm. 3

hak menciptakan suatu sistem. Suatu sistem tidak akan ada tanpa adanya asas-asas.

2. Asas-asas itu membentuk satu dengan lainnya suatu sistem check and balance. Asas-asas ini sering menunjuk ke arah yang berlawanan, apa yang kiranya menjadi merupakan rintangan ketentuan-ketentuan hukum. Oleh karena menunjuk ke arah yang berlawanan, maka asas-asas itu saling kekang mengekang sehingga ada keseimbangan¹²⁷

Hingga saat ini tidak ada aturan spesifik yang mengatur tentang *Memorandum of Understanding* yang merupakan bagian dari hukum perjanjian tersebut. Menurut penulis sistem hukum terbuka lah yang membawa MoU dapat masuk ke Sistem hukum di Indonesia saat ini. Kosekuensi inilah sebenar nya yang menimbulkan perbedaan pendapat serta pandangan terhadap kedudukan *Memorandum of Understanding* di Indonesia. Ada yang menganggap bahwasanya MoU memiliki akibat hukum serta ada juga yang berpendapat bahwa MoU tidak memiliki akibat hukum.

Akibat dari adanya sistem hukum terbuka di Indonesia telah menciptakan keunikan dalam penerapan *Memorandum of Understanding*. Inilah fenomena yang terjadi di Indonesia pada saat ini terkait dengan *Memorandum of Understanding*. Menurut penulis, perbedaan pendapat serta cara pandang para ahli hukum di Indonesia terkait MoU ini, di akibat kan adanya sistem hukum terbuka (*open system*). Jadi akibat adanya kebebasan dalam melakukan penerapan hukum maka membawa kosekuensi bebas pula dalam menafsirkan hukum.

¹²⁷ Ridwan khairandy, *Op. Cit*, Hlm. 84

Sebelum melihat bagaimana bentuk dari penerapan *Memorandum of Understanding* di Indonesia maka dari itu dapat di perhatikan terlebih dahulu mengenai asas-asas pokok dalam hukum perjanjian Indonesia yaitu :

1. Asas konsensualisme

Asas konsensualisme sering di artikan bahwa dibutuhkan kesepakatan untuk lahirnya kesepakatan. Sebenarnya pengertian ini kurang tepat karena maksud dari asas ini ialah bahwa lahirnya kontrak ialah pada saat terjadinya kesepakatan.¹²⁸ Maka dari itu perjanjian akan lahir jika ada sepakat atau persesuaian kehendak di antara para pihak yang membuat perjanjian tersebut. Tidak ada kata sepakat tidak ada kontrak (*no consent no contract*)¹²⁹

2. Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan berkontrak merupakan salah satu asas yang sangat penting dalam hukum kontrak. Kebebasan berkontrak ini oleh sebagian sarjana hukum biasanya didasarkan pada pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku bagaikan undang-undang bagi mereka yang membuatnya. demikian pula ada yang mendasarkan pada pasal 1320 KUH Perdata yang menerangkan tentang syarat sah nya suatu perjanjian.¹³⁰ Kebebasan berkontrak dilatar belakangi oleh paham individualisme yang secara embrional lahir di zaman Yunani, yang menyatakan bahwa setiap orang bebas untuk memperoleh apa yang dikehendakinya, dalam hukum perjanjian falsafah ini

¹²⁸ Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak Perancangan Kontrak*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011, Hlm. 3

¹²⁹ Ridwan Khairandy, *Op. Cit*, Hlm. 90

¹³⁰ Ahmadi Miru, *Op. Cit*, Hlm. 4

diwujudkan dalam kebebasan berkontrak dan hal ini menurut teori *laissez fair*, di anggap sebagai *the invisible hand*.¹³¹ Kebebasan berkontrak memberikan jaminan kebebasan kepada seseorang untuk secara bebas dalam beberapa hal yang berkaitan dengan perjanjian¹³²

3. Asas Daya Mengikat Kontrak (*pacta sunt servanda*)

Asas *pacta sunt servanda* atau disebut juga dengan asas kepastian hukum. Asas ini berhubungan dengan akibat dari perjanjian. Asas *pacta sunt servanda* merupakan asas bahwa hakim atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, sebagaimana layak nya sebuah undang-undang. Mereka tidak boleh melakukan intervensi terhadap substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak.

Asas *pacta sut servanda* dapat disimpulkan dalam pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang berbunyi “perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang.”¹³³

Menurut Agus Yudha Hernoko dalam bukunya Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial, bahwa asas *pacta sunt servanda* dapat juga dikatakan atau dapat disamakan dengan “Asas Daya Mengikat Kontrak” dengan mengemukakan alasan sebagai berikut :

- a. Asas daya mengikat kontrak (*the binding force of contract*) dipahami sebagai mengikatnya kewajiban kontraktual (terkait isi perjanjian-prestasi)

¹³¹ I Ketut Oka Setiawan, *Op. Cit*, Hlm. 45

¹³² Ahmadi Miru, *Loc. Cit*

¹³³ Salim HS, *Op. Cit*, Hlm. 10

yang harus dilaksanakan para pihak. Jadi pertama-tama makna daya mengikat kontrak tertuju pada isi atau prestasi kontraktual nya.

- b. Pada dasar nya janji itu mengikat (*pacta sunt servanda*) sehingga perlu diberikan kekuatan untuk berlakunya. Untuk memberikan kekuatan daya berlaku atau daya mengikat kontrak, maka kontrak yang dibuat secara sah mengikat serta dikualifikasikan mempunyai kekuatan mengikat setara dengan daya berlaku dan mengikat nya undang-undang
- c. Asas *pacta sunt servanda* merupakan kosekuensi logis dari efek berlakunya kekuatan mengikat kontrak
- d. Kekuatan mengikat kontrak pada dasar nya hanya menjangkau sebatas para pihak yang membuatnya.¹³⁴

4. Asas Itikad Baik

Asas itikad baik merupakan salah satu asas yang dikenal dalam hukum perjanjian. Ketentuan tentang itikad baik ini di atur dalam pasal 1338 ayat (3) KUHperdata bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik.¹³⁵ Itikad baik dalam kontrak dapat dibedakan antara itikad baik pra-kontrak (*precontractual good faith*) dan itikad baik pelaksanaan kontrak (*good faith on contract performance*). Kedua macam itikad baik tersebut memiliki makna yang berbeda.

Itikad baik dalam fase pra-kontraktual disebut juga sebagai itikad baik subjektif. Kemudian itikad baik dalam fase pelaksanaan kontrak disebut itikad baik objektif. Itikad baik pra-kontrak adalah itikad yang harus ada pada saat para

¹³⁴ Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit*, Hlm. 123

¹³⁵ Ahmadi Miru, *Op. Cit*, Hlm. 5

pihak melakukan negosiasi. Itikad baik pra-kontrak ini bermakna sebagai kejujuran (*honesty*). Maka dari itu itikad baik ini disebut sebagai itikad baik yang bersifat subjektif, karena didasarkan atas kejujurn para pihak.

Itikad baik dalam pelaksanaan kontrak merupakan lembaga hukum yang berasal dari hukum romawi yang kemudian diserap oleh *civil law*. Asas ini ditempatkan sebagai asas yang paling penting (*super eminent principle*) dalam kontrak. Ia menjadi suatu ketentuan fundamental dalam hukum kontrak, serta mengikat para pihak dalam kontrak¹³⁶

Penerapan MoU di Indonesia pada saat ini terbagi menjadi dua, ada yang menerapkan MoU sebagaimana hanya nota kesepahaman, ada pula yang menerapkan MoU sebagai sebuah perjanjian yang memiliki kosekuensi hukum apabila tidak di laksanakan. Buku ke III KUH Perdata yang pada sifatnya terbuka membawa kosekuensi terhadap keberlaksanaan MoU itu sendiri khususnya terhadap isi dari substansi MoU yang juga dapat terbuka. Menurut penulis ini adalah sebuah fenomena yang dihasilkan dari sistem hukum (*privat*) Indonesia yang menganut sistem hukum terbuka.

Menurut penulis, dikarenakan sistem hukum (*privat*) di Indonesia menganut sistem hukum terbuka Khusus nya buku ke III KUH Perdata maka di Indonesia keberadaan Mou ini telah terbagi menjadi dua bentuk. Ada yang menganggap MoU ini sebagai *Gentlement Agreement* ada juga yang menganggap sebagai *Agreement is Agreement*.

¹³⁶ Ridwan Khairandy *Op. Cit*, Hlm. 91

Juga berkaitan dengan pasal 1319 KUH Perdata yang menyebutkan “semua perjanjian baik yang mempunyai suatu nama khusus, maupun dengan tidak terkenal dengan suatu nama tertentu. Tunduk pada peraturan-peraturan umum, yang termuat di dalam bab ini dan bab yang lalu.

Di Indonesia pada saat ini, permasalahan yang kerap terjadi adalah kekeliruan dalam menerapkan MoU itu sendiri, yakni tidak jarang MoU justru digunakan tidak sebagaimana *genuine concept* nya sebagai *gentlement agreement*. Tidak sedikit MoU yang dibuat malah bersifat spesifik dengan menyebutkan rincian hak dan kewajiban layaknya sebuah kontrak sehingga MoU tidak lagi bersifat sebagaimana perjanjian pendahuluan.

Pada dasarnya penggunaan MoU adalah pilihan, sebab tidak ada keharusan untuk membuat kontrak yang di dahului oleh MoU. Tren penggunaan MoU sebagai perjanjian pendahuluan sebelum adanya kontrak adalah justru karena kebutuhan para pihak itu sendiri dalam memanfaatkan momentum peluang untuk melakukan kerjasama.

Namun demikian penting sekali untuk menggunakan MoU dengan pemahaman yang sama-sama dapat diterima, terutama oleh para pihak yang membuatnya, sehingga tidak menimbulkan akibat hukum yang bisa saja merugikan salah satu maupun kedua belah pihak, yakni pilihan memandang MoU sebagai *gentlement agreement* atau justru *agreement is agreement*.¹³⁷

¹³⁷Admiral.Memahami MoU sebagai ikatan pra kontraktual, Koran Tribun Pekanbaru, 2 Oktober 2017, Hlm. 15

Penulis menemukan bahwa di Indonesia mempunyai dua pandangan dalam praktek penerapan yang berbeda terhadap penerapan *Memorandum of Understanding*, maka dikenal dua macam pendapat serta penerapan yang dapat di tujukan terhadap MoU, pendapat tersebut ialah :

1. *Gentlement Agreement*

Pendapat ini mengajarkan bahwa MoU hanyalah merupakan suatu *Gentlement Agreement* saja. Maksud nya adalah, kekuatan mengikat nya suatu MoU tidak sama dengan perjanjian biasa, sungguh pun MoU di buat dalam bentuk paling kuat seperti dengan akta notaris sekalipun bahkan ujung ekstrem dari pendapat golongan ini berpendapat ahwa MoU mengikat hanya sebatas pengikatan moral belaka, dalam arti tidak *enforceable* secara hukum, dan pihak yang wanprestasi misal nya, dia tidak dapat digugat ke pengadilan. Sebagai ikatan moral, tentu jika ia wanprestasi, dia di anggap tidak bermoral, dan ikut jatuh reputasinya dikalangan bisnis.

2. *Agreement is Agreement*

Ada juga pihak yang berpendapat bahwa sekali suatu perjanjian dibuat, apapun bentuknya, lisan atau tertulis, pendek atau panjang, lengkap/detail ataupun hanya di atur pokok-pokok nya saja, tetap saja merupakan perjanjian, dan karenanya mempunyai kekuatan mengikat seperti layak nya suatu perjanjian, sehingga

seluruh ketentuan pasal-pasal tentang hukum perjanjian telah bisa diterapkan kepadanya.¹³⁸

Ketika MoU dipandang sebagai *agreement is agreement* tentu nya mempunyai kosekuensi hukum jika salah satu pihak tidak menjalankan MoU tersebut, inilah fenomena yang terjadi di dalam sistem hukum perjanjian di Indonesia bahwa MoU dapat sebagai *gentlement agreement* maupun *agreement is agreement*. Ketika di Indonesia MoU dipandang sebagai *Agreement is Agreement* maka tentu saja mempunyai kedudukan yang cukup jelas, di antara nya ialah :

a. Tempat Pengaturan *Memorandum of Understanding*

Sebagaimana yang telah penulis paparkan pada tulisan sebelum nya, di dalam berbagai peraturan perundang-undangan tidak ditemukan ketentuan-ketentuan baik umum maupun yang khusus mengatur tentang *Memorandum of understanding*, namun apabila diperhatikan substansi dari *memorandum of understanding*, maka jelaslah bahwa didalam nya berisi kesepakatan para pihak tentang hal-hal yang bersifat umum. Ketentuan yang mengatur tentang kesepakatan telah dituangkan dalam pasal 1320 KUHPerdata. Pasal 1320 KUHPerdata mengatur tentang syarat-syarat sah nya suatu perjanjian. Salah satu syarat sah nya itu adalah adanya konsensurs para pihak. Disamping itu yang dapat dijadikan dasar hukum pembuatan *memorandum of understanding* adalah pasal 1338 KUH Perdata. Paal 1338 KUH Perdata berbunyi “*semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuat*

¹³⁸ Munir Fuady, *Op. Cit*, Hlm. 93

nya”. Asas kebebasan berkontrak, adalah suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk :

1. Membuat atau tidak membuat perjanjian
2. Mengadakan perjanjian dengan siapapun
3. Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan dan persyaratannya
4. Menentukan bentuk dari perjanjian baik tertulis maupun tidak tertulis.

Asas ini merupakan asas yang sangat penting dalam pembuatan *memorandum of understanding*, karena asas ini memperkenankan para pihak, apakah itu, badan hukum maupun individu untuk melakukan atau membuat *memorandum of understanding* yang sesuai dengan keinginan para pihak.

Secara internasional, yang menjadi dasar hukum adanya *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 di atur dalam hukum internasional, yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik”*¹³⁹

b. Jenis-jenis *Memorandum Of Understanding*

¹³⁹ Salim HS, Abdullah, Wiwiek Wahyuningsih, Op. Cit, Hlm. 48

Memorandum of understanding dapat dibagi menurut negara dan kehendak para pihak, *memorandum of understanding* menurut negaranya merupakan MoU yang dibuat antara negara yang satu dengan negara yang lainnya. *Memorandum of understanding* menurut negara yang membuatnya dapat dibagi menjadi dua jenis, yaitu :

1. *Memorandum of understanding* yang bersifat nasional dan,
2. *Memorandum of understanding* yang bersifat internasional.

Memorandum of understanding yang bersifat nasional merupakan MoU , yaitu kedua belah pihak nya adalah warga negara atau badan hukum Indonesia dengan badan hukum Indonesia lainnya, atau antara PT dengan pemerintah daerah. *Memorandum of understanding* menurut kehendak para pihak yang membuatnya merupakan MoU yang dibuat oleh para pihak yang sejak awal telah menyetujui kekuatan mengikat dari MoU tersebut.

MoU berdasarkan kehendak para pihak dibagi menjadi 3 macam, yaitu sebagai berikut :

1. Para pihak membuat MoU dengan maksud untuk membina “ikatan moral” saja di antara mereka , karena itu tidak ada pengikatan secara yuridis di antara mereka. Di dalam MoU ditegaskan bahwa MoU sebenarnya merupakan bukti adanya niat para pihak untuk berunding di kemudian hari untuk membuat kontrak, sebagai contoh: “para pihak sepakat bahwa *memorandum of understanding* ini hanya dimaksudkan sebagai pernyataan bersama tentang komitmen moral di antara para

pihak, tanpa ikatan hukum apa pun, untuk dikemudian hari melaksanakan perjanjian ekspor produk-produk buatan sebuah PT kepada pemerintah daerah di Indonesia”

2. Para pihak ingin mengikat kan diri dalam suatu kontrak, tetapi baru ingin mengatur kesepakatan-kesepakatan yang umum saja, dengan pengertian bahwa hal-hal yang mendetail akan di atur dikemudian hari dalam kontrak yang lengkap. Sebaiknya dalam MoU dibuat pernyataan tegas bahwa dengan di tanda tangannya MoU oleh para pihak, maka para pihak telah mengikatkan dirinya untuk membuat kontrak yang lengkap untuk mengatur transaksi mereka dikemudian haru
3. Para pihak memang berniat untuk mengikatkan diri satu sama lain dalam suatu kontrak, tetapi hal itu belum dapat dipastikan, mengingat adanya keadaan-keadaan atau kondisi-kondisi tertentu yang belum dapat dipastikan. Dalam MoU seperti ini, harus dirumuskan klausul *condition precedent* atau kondisi tertentu yang harus terjadi di kemudian hari sebelum para pihak terikat satu sama lain.¹⁴⁰

c. Para Pihak dan Objek *Memorandum of Understanding*

Memorandum of undersatnding tidak hanya dibuat oleh badan hukum privat semata-mata, tetapi juga oleh badan hukum publik. Begitu juga, MoU itu tidak hanya berlaku secara nasional tetapi juga internasional. Berdasarkan pernyataan di atas, maka yang menjadi para pihak dalam MoU, dapat dipilah

¹⁴⁰*Ibid*, Hlm. 51

berdasarkan area keberlakuanya. Para pihak dalam MoU yang berlaku secara nasional adalah :

1. Badan hukum privat Indonesia dengan badan hukum privat Indonesia lainnya, misalnya antara PT Sari Melati dengan PT Sekar Alam
2. Badan hukum privat Indonesia dengan pemerintah provinsi/kabupaten/kota, misalnya antara PT Sabalong Agrofamindo jakarta dengan pemerintah kabupaten Sumbawa
3. Badan hukum privat Indonesia dengan penegak hukum, misalnya antara PT Lapindo Brantas dengan Mabes Polri
4. Badan hukum publik dengan badan hukum publik lainnya. Contohnya, antara Departemen Perhubungan RI dengan Pemerintah Kota Malang, Komisi Yudisial dengan Fakultas Hukum Universitas Mataram, dan lain-lain

Yang menjadi objek dalam *memorandum of understanding* adalah kerja sama dalam berbagai bidang kehidupan, seperti bidang ekonomi, perdagangan, kehutanan dan lain-lain.¹⁴¹

d. Kekutan Mengikat *Memorandum of Understanding*

Seperti yang telah penulis jelaskan pada tulisan sebelumnya, dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata maupundalam peraturan lainnya, tidak ada suatu ketentuan yang mengatur secara khusus tentang *memorandum of understanding*, yang ada hanya ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengan syarat sahnya suatu

¹⁴¹*Ibid*, Hlm. 53

perjanjian. Apabila mengkaji serta menganalisis substansi *memorandum of understanding*, tampaklah bahwa substansinya berisi kesepakatan para pihak untuk melakukan kerjasama dalam berbagai bidang kehidupan, seperti kerja sama dalam bidang ekonomi, pendidikan, pasar modal dan bidang-bidang lainnya. Apabila telah terjadi persesuaian pernyataan kehendak dan telah ditandatangani kerjasama itu, maka *memorandum of understanding* telah mempunyai kekuatan mengikat. Akan tetapi dalam praktiknya, apabila salah satu pihak tidak melaksanakan isi dari *memorandum of understanding* itu, maka salah satu pihak tidak pernah mempersoalkan hal itu atau menggugat ke pengadilan. Salah satu pihak akan mengatakan bahwasanya *memorandum of understanding* itu dalam keadaan tidur. *Dus*, tidak pernah mempersoalkan hal itu secara hukum, namun para ahli tidak dapat memberikan jawaban yang pasti tentang kekuatan mengikat *memorandum of understanding*. Ray Wijaya mengemukakan kekuatan mengikat dari *memorandum of understanding* sebagai berikut :

“dari sudut pandang Indonesia, tampaknya para ahli hukum Indonesia masih berbeda pendapat tentang makna dari memorandum of understanding tersebut. Satu pihak berpendapat bahwa memorandum of understanding hanya merupakan suatu gentlemen agreement yang tidak mempunyai akibat hukum, sedangkan pihak yang lain menganggap bahwa MoU itu merupakan bukti awal telah terjadi atau tercapainya suatu saling pengertian mengenai masalah- masalah pokok. Artinya, telah terjadi pemahaman awal antara para pihak yang bernegosiasi sebagaimana yang dituangkan dalam memorandum of understanding oleh para pihak untuk

melakukan kerja sama. Oleh karenanya, kesepakatan awal i i merupakan pendahuluan untuk merintis lahirnya suatu kerja sama yang sebenarnya yang kemudian baru di atur dan dituangkan secara lebih rinci dalam perjaia kerja sama atau joint venture dalam bentuk yang lebih formal”¹⁴².

Maka dari itu MoU sebagai *gentlement agreement* adalah menjadikan MoU sebagai ikatan pra kontraktual, hal ini akan dapat dilihat secara konsisten dari penamaan nya maupun klausul di dalam MoU itu sendiri. Pelaksanaan MoU sebagai *gentlement agreement* selanjut nya akan berada pada pilihan melanjutkan atau bahkan tidak melanjutkan MoU kepada MoA atau kontrak. Pilihan-pilihan tersebut sepenuhnya bergantung pada kebutuhan dan kesepakatan para pihak.

Jika MoU berlanjut pada dibuat nya MoA atau kontrak, maka dapat dikatakan bahwa MoU telah berperan dengan sangat baik sebagai perjanjian pendahuluan. Sementara itu MoU sebagai *agreement is agreement* adalah menjadikan MoU hanya sebatas nama, namun isi nya justru adalah tidak ubah nya MoA atau kontrak. MoU sebagai *agreement is agreement* dalam hal ini akan memiliki akibat hukum yang sama degan sebuah MoA atau kontrak.

Untuk menterjemahkan penggunaan MoU dalah kehidupan sehari-hari sebagai *gentlement agreement*, barang kali dapat digunakan analogi pertunangan dan pernikahan, dimana MoU adalah pertunangan sementara MoA atau kontrak adalah pernikahan. Para pihak yang akan menikah dapat mendahului pernikahan dengan melakukan pertunangan. Pertunangan menjadi tidak diperlukan,

¹⁴²*Ibid*, Hlm. 55

manakalah pihak yang akan menikah justru menganggap persiapan yang dilakukan telah matang.¹⁴³

Di dalam berbagai peraturan perundang-undangan di Indonesia tidak ditemukan ketentuan yang khusus mengatur tentang *Memorandum of Understanding*, namun akibat dari sistem terbuka yang di anut dalam peraturan hukum *privat*, apabila diperhatikan bahwa substansi *Memorandum of understanding*, bahwa di dalam nya berisi kesepakatan para pihak tentang hal-hal yang bersifat umum. Ketentuan yang mengatur tentang kesepakatan telah dituangkan di dalam pasal 1320 KUH Perdata. Pasal 1320 ini mengatur tentang syarat-syarat sah nya suatu perjanjian. Salah satu syarat sah nya perjanjian itu adalah adanya konsensus para pihak. Disamping itu sebagian ahli hukum (*privat*) mengemukakan yang dapat dijadikan dasar hukum pembuatan memorandum of understanding adalah pasal 1338 KUH Perdata. Sebagaimana bunyi pasal 1338 KUH Perdata : “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuat nya”¹⁴⁴

Menurut penulis Pendapat tersebut lah yang dijadikan dasar hukum bagi kekuatan mengikat MoU, sehingga pada saat ini sebagian ahli hukum (*privat*) menyatakan bahwa MoU memiliki kekuatan mengikat jika mengacu pada pasal 1338 (1) KUH Perdata serta pasal 1320 KUH Perdata tentang syarat sah suatu perjanjian, sebagian ahli menyatakan kesepakatan yang ada di dalam MoU dapat di jadikan alasan untuk terpenuhi nya unsur syarat sah suatu perjanjiann tersebut.

¹⁴³ Admiral. *Memahami MoU sebagai ikatan pra kontraktual*, Koran Tribun Pekanbaru, 2 Oktober 2017, Hlm. 15

¹⁴⁴ Salim HS, Abdullah, Wiwiek Wahyuningsih, *Op. Cit*, Hlm. 48

Sutan Remy Sjahdeini menyimpulkan ruang lingkup asas kebebasan berkontrak sebagai berikut :

1. Kebebasan untuk membuat, atau tidak membuat perjanjian
2. Kebebasan untuk memilih dengan pihak siapapun ia ingin membuat perjanjian
3. Kebebasan untuk memilih causa perjanjian yang akan dibuat nya
4. Kebebasan untuk menentukan objek perjanjian
5. Kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian
6. Kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional.¹⁴⁵

Asas ini juga merupakan asas yang dapat dijadikan dasar kekuatan mengikat oleh sebagian ahli hukum terkait mengenai kekuatan mengikat dari MoU itu sendiri karena menurut sebagian ahli, mereka berpendapat yang sangat penting dalam pembuatan *Memorandum of Understanding* adalah asas kebebasan berkontrak, karena asas ini memperkenankan para pihak, apakah itu, badan hukum ataupun individu untuk melakukan atau membuat *Memorandum of Understanding* yang sesuai dengan keinginan para pihak¹⁴⁶

Ray Wijaya dalam bukunya Salim mengemukakan dua pandangan tentang kekuatan mengikat dari *Memorandum of Understanding* yang menurut penulis

¹⁴⁵ Ridwan Kharandy, *Op. Cit*, Hlm. 87

¹⁴⁶ Salim HS, *Loc. Cit*.

juga menyatakan bahwa MoU itu tidak mempunyai kekuatan mengikat, pandangan tersebut ialah :

1. Bahwa *Memorandum of Understanding* hanya merupakan suatu *gentlement agreement* yang tidak mempunyai akibat hukum
2. Bahwa MoU itu merupakan suatu bukti awal telah terjadi atau tercapainya saling pengertian mengenai masalah-masalah pokok.¹⁴⁷

Dari berbagai pandangan ahli, salah satunya, Ray Wijaya juga mengatakan bahwa MoU pada prinsipnya ialah perjanjian pendahuluan yang tidak mempunyai akibat hukum dan MoU dapat dijadikan sebagai bukti awal telah terjadi kesepakatan seia-sekata saling pengertian terhadap masalah pokok.

Maka dari itu terbuka nya ruang untuk perdebatan mengenai MoU sangat mungkin terjadi dikarenakan sistem terbuka yang di anut oleh buku III hukum privat di Indonesia, sehingga menimbulkan banyak penafsiran terhadap MoU itu sendiri, sebagaimana yang telah penulis jelaskan di atas bahwa ada yang memandang MoU sebagai *gentlement agreement* ada juga yang memandang sebagai *agreement is agreement*.

Bahwa penulis berpendapat, *Memorandum of Understanding* pada dasarnya merupakan perjanjian pendahuluan yang akan masih bisa diteruskan kepada perjanjian sebagaimana perjanjian padan umumnya. sebagaimana pendapat Hikmahanto Juwana dalam bukunya Salim HS mengatakan bahwa *Memorandum of Understanding* adalah :

¹⁴⁷ Salim HS, Abdullah, Wiwiek Whyuningsih, *Op. Cit*, Hlm. 55

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

Menurut penulis jika tujuan awalnya sudah MoU maka para pihak harus mengikuti proses selanjutnya yaitu ketahap pembuatan kontrak mengingat MoU adalah perjanjian pendahuluan. Jika pembuatan awal kesepakatan bunyinya sudah MoU namun isinya substansi dapat berupa MoA atau kontrak menurut penulis hal tersebut telah menimbulkan hal yang tidak baik dalam tataran penggunaan teori, penting sekali dalam memaknai teori agar tidak menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda terhadap sebuah teori. Pada dasarnya MoU adalah perjanjian pendahuluan. Bagaimana bisa menyalakan kendaraan jika tidak memiliki kuncinya. Jadi MoU sebenarnya harus dipandang sebagai perjanjian pendahuluan yang harus dibudayakan sebagai perjanjian pendahuluan untuk terciptanya tertib dalam memaknai sebuah teori. Ibarat hierarki suatu peraturan, maka MoU adalah peraturan dasar sebelum jika ingin membuat peraturan di atas peraturan dasar tersebut dalam hal ini ialah MoU.

Maka pembuatan MoU pada dasarnya hanya untuk membina “ikatan moral” saja di antara mereka, dan karena itu tidak ada pengikatan secara yuridis di

antara mereka. Di dalam MoU juga ditegaskan bahwa MoU sebenarnya hanya merupakan bukti adanya niat para pihak untuk berunding di kemudian hari untuk membuat kontrak.¹⁴⁸

Pada prinsipnya terlepas dari adanya perbedaan pandangan MoU sebagai *gentlement agreement* maupun *agreement is agreement*, yang perlu diperhatikan oleh para pihak yang membuat atau menyepakati MoU adalah adanya itikad baik dari para pihak yang membuatnya serta itikad baik dalam melaksanakan MoU itu sendiri. Karena perjanjian yang dibuat secara sah adalah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.¹⁴⁹

Sistem hukum terbuka (*open system*) yang di anut oleh buku ke III KUH Perdata (pasal 1338 KUH Perdata) membawa kosekuensi bahwa seseorang dapat melakukan perhubungan hukum (Perikatan) sepanjang memenuhi syarat sah suatu perjanjian (pasal 1320 KUH Perdata) dan tentunya sepanjang tidak melanggar norma-norma hukum yang ada. Dengan adanya sistem hukum terbuka tersebut, membawa kosekuensi terhadap penerapan MoU di Indonesia. Penulis menemukan bahwa penerapan MoU di Indonesia terbagi menjadi dua bentuk penerapan, dua bentuk tersebut ialah :

1. MoU sebagai *Gentlement Agreement* dan
2. MoU sebagai *Agreement is Agreement*

¹⁴⁸ Salim HS, *Op. Cit*, Hlm. 51

¹⁴⁹ Admiral. *Memahami MoU sebagai ikatan pra kontraktual*, Koran Tribun Pekanbaru, 2 Oktober 2017, Hlm. 15

Dalam hal ini para pihak dapat bebas memandang MoU baik sebagai *Gentlement Agreement* ataupun *Agreement is Agreement* Tergantung kesepakatan dari para pihak itu sendiri. Ketika para pihak memilih salah satu dari pandangan tersebut untuk diterapkan, tentu nya akan membawa kosekuensi terhadap para pihak itu sendiri.

Ketika para pihak menganggap MoU itu sebagai *Gentlement Agreement*, maka tidak ada sanksi hukum yang dapat menjerat nya. Sehingga pada penelitian ini penulis dapat kan bahwa, pada hakikat nya MoU adalah sebuah nota kesepahaman, juga disebut sebagai perjanjian pendahuluan, yang tidak mempunyai akibat hukum. Menurut Munir Fuady, ikatan yang terdapat pada *memorandum of understanding* jika memandang MoU sebagai *Gentlement Agreement* ialah hanya sebatas pada ikatan moral saja, tidak ikatan hukum yang mempunyai sanksi, dan jika salah satu pihak tidak menjalankan MoU tersebut Munir menyatakan bahwa dapat dikatakan bahwa seseorang tersebut tidak bermoral.

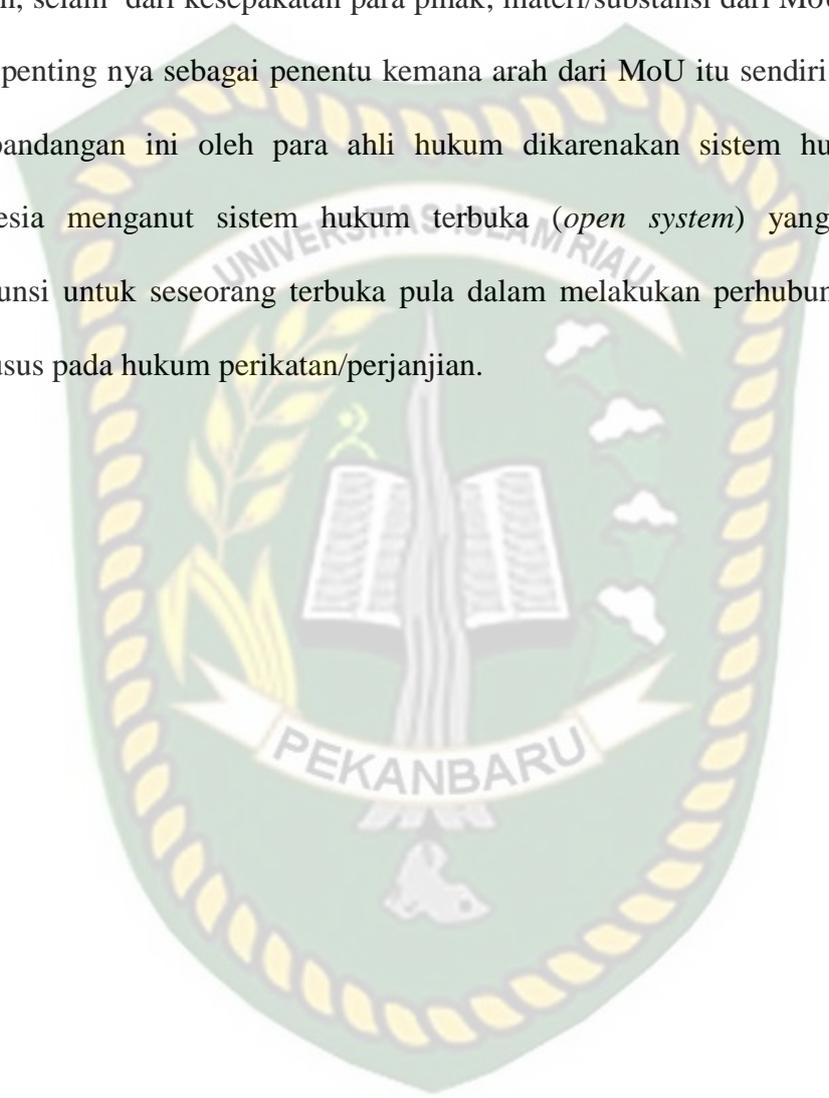
Berbeda hal nya ketika para pihak memandang MoU sebagai *Agreement is Agreement* (perjanjian) tentu nya akan membawa kosekuensi bahwa para pihak terikat akan MoU tersebut, karena para pihak telah menganggap MoU tersebut sebagai suatu perjanjian. Sebagaimana apabila salah satu pihak tidak menjalankan perjanjian tersebut, maka tentu nya dapat menimbulkan akibat hukum apakah Wanprestasi maupun Perbuatan Melawan Hukum. Di Indonesia pada saat ini banyak para pihak yang memandang MoU sebagai *Agreement is Agreement* karena di anggap penting guna keberlangsungan suatu kegiatan yang akan mereka jalani.

Pada prinsip nya untuk memandang MoU sebagai *Gentlement Agreement* ataupun *Agreement is Agreement* selain dari kesepakatan para pihak dalam memandang MoU itu, juga dapat terlihat pada materi/substansi dari MoU itu sendiri. Materi/substansi dari MoU inilah juga sebagai penentu kemana arah dari MoU itu sendiri, dari hal inilah dapat di tentukan apakah MoU sebagai *Gentlement Agreement* ataupun *Agreement is Agreement*. Karena penting sekali dalam melihat isi dari materi/substansi dari MoU itu sendiri, dikarenakan untuk melihat apakah ada unsur-unsur yang dapat menimbulkan kerugian terhadap salah satu pihak. Maka dari itu para pihak harus jeli memperhatikan pasal demi pasal guna meminimalisir untuk terjadinya salah pengertian dalam pembentukan MoU itu sendiri.

Para pihak juga harus memperhatikan ada tidaknya sanksi dalam materi/substansi dari MoU itu sendiri. Memperhatikan ada tidaknya sanksi sangat diperlukan guna menentukan apakah MoU itu hanya sebagai *Gentlement Agreement* atau *Agreement is Agreement*. Seperti yang telah penulis sebut di atas bahwa ketika para pihak hanya memandang MoU sebagai *Gentlement Agreement* maka sanksi nya hanya sebatas sanksi moral saja. Ketika sanksi moral tersebut tidak dijalankan maka di anggap salah satu pihak tidak bermoral. Namun ketika ditemukan adanya sanksi yang unsur nya juga terdapat didalam KUH Perdata maka dapat dikatakan MoU tersebut sebagai *Agreement is Agreement* (perjanjian) maka MoU tidak lagi sebagai Nota kesepahaman.

Sehingga penulis dapati bahwa Penerapan MoU di Indonesia mengenal dua pandangan yaitu MoU sebagai *Gentlement Agreement* dan MoU sebagai

Agreement is Agreement. Untuk menentukan pandangan mana yang hendak dipergunakan para pihak dapat terlihat dari kesepakatan para pihak itu sendiri. Namun, selain dari kesepakatan para pihak, materi/substansi dari MoU juga tidak kalah penting nya sebagai penentu kemana arah dari MoU itu sendiri, terjadi nya dua pandangan ini oleh para ahli hukum dikarenakan sistem hukum privat indonesia menganut sistem hukum terbuka (*open system*) yang membawa kosekusi untuk seseorang terbuka pula dalam melakukan perhubungan hukum terkhusus pada hukum perikatan/perjanjian.



BAB IV PENUTUP

A. Kesimpulan

Adapun kesimpulan dari penulisan tesis ini adalah :

1. Sistem hukum privat di Indonesia secara tidak langsung tanpa disadari telah membawa kosekuensi untuk adanya *Memorandum of Understanding*. Akhir-akhir ini bahagian dari hukum perjanjian ini telah menjadi perdebatan di kalangan ahli hukum privat di Indonesia. Perdebatan tersebut tertuju pada kedudukan dari *Memorandum of Understanding* itu sendiri, sebagian ahli hukum menyatakan bahwa *Memorandum of Understanding* merupakan *gentlement agreement* ialah nota kesepahaman berupa perjanjian pendahuluan untuk memulai suatu perjanjian lebih lanjut, dan tidak mempunyai daya mengikat sebagai mana layak nya perjanjian pada umum nya. Disisi lain sebagian ahli hukum privat menyatakan bahwa *Memorandum of Understanding* adalah *agreement is agreement* ia mempunyai kekuatan mengikat sama seperti perjanjian-perjanjian lainnya.
2. Pada hakikat nya *memoradum of understanding* merupakan perjanjian pendahuluan, pandangan teori klasik ini menyatakan bahwa MoU hanya sebatas perjanjian Pra-perjanjian atau dikatakan *gentlement agreement*. Tetapi akhir-akhir ini banyak yang menguatarakan pandangan bahwa MoU memiliki kekuatan mengikat dengan dasar sistem hukum privat di

Indonesia menganut sistem hukum terbuka (*open system*). Pasal 1338 KUH Perdata menjadi dasar utama sebagian para ahli hukum untuk dapat menyatakan bahwa MoU memiliki kekuatan mengikat dan dapat digugat ketika salah satu pihak wanprestasi.

Keberadaan MoU di Indonesia ada dan nyata telah dipergunakan sebagai dasar para pihak dalam mengutarakan rasa-seia sekata untuk proses perjanjian lanjutan dikemudian hari. Namun permasalahannya ialah banyak para pihak yang salah dalam mengartikan apa sebenarnya MoU tersebut. Pada prinsipnya bahwa MoU adalah sebuah teori yang dahulu dikenal dalam teori klasik. Jadi menurut penulis, penting sekali dalam memaknai sebuah teori, bukan hanya memahami membaca dari teori itu tetapi penting untuk mengetahui serta memahami isi serta jiwa dari apa yang dikatakan *Memorandum of understanding* tersebut. Agar tidak salah dalam mengartikannya.

Bahkan dalam penerapannya di Indonesia juga demikian, pada awalnya membuat kesepakatan penanda tangan MoU namun muatan isi substansi dari MoU itu sendiri dibuat malah bersifat spesifik dengan menyebutkan rincian hak dan kewajiban layaknya sebuah kontrak sehingga MoU tidak lagi bersifat sebagaimana perjanjian pendahuluan. Pada hakikatnya *Memorandum of Understanding* merupakan perjanjian pendahuluan, pandangan teori klasik ini menyatakan bahwa MoU hanya sebatas perjanjian Pra-perjanjian atau dikatakan *gentlemen agreement*. Tetapi akhir-akhir ini banyak yang mengutarakan pandangan bahwa MoU

memiliki kekuatan mengikat dengan dasar sistem hukum privat di Indonesia menganut sistem hukum terbuka (*open system*). Pasal 1338 KUH Perdata menjadi dasar utama sebagian para ahli hukum untuk dapat menyatakan bahwa MoU memiliki kekuatan mengikat dan dapat digugat ketika salah satu pihak tidak melaksanakannya.

B. Saran

Adapun saran untuk penyempurnaan tesis ini adalah

1. Perbedaan pandangan terhadap kedudukan dari *Memorandum of Understanding* (MoU) sebaiknya jangan dijadikan momok bagi sistem Hukum Perjanjian di Indonesia. Namun Sebaiknya perbedaan tersebut dapat lebih memacu semangat dalam menemukan sistem hukum yang baik terkhusus pada sistem hukum perjanjian di Indonesia. Perbedaan pandangan adalah hal yang biasa sepanjang masih dapat diterima oleh akal dan logika. Tentunya perbedaan pandangan tersebut sebaiknya dibarengi oleh alasan-alasan yang logis yang dapat menambah wawasan. Dan diharapkan dengan adanya perbedaan dalam memandang MoU akan memunculkan sistem hukum yang baru yang tentunya akan bermanfaat bagi orang banyak.
2. Pengaruh MoU sangat besar terhadap keberlangsungan suatu kegiatan, terutama kegiatan yang berorientasi terhadap suatu sistem perjanjian, walaupun MoU tidak diatur di dalam KUH Perdata maupun peraturan perundang-undangan mana pun, namun keberadaan MoU sangat mungkin

untuk di pertimbangkan. Hendak nya perbedaan yang terjadi pada makna dari MoU itu sendiri jangan dijadikan suatu hambatan dalam pelaksanaannya. Namun, sebaiknya perbedaan tersebut dijadikan pelengkap oleh para pihak. Karena sistem hukum terbuka mengisyaratkan bahwa para pihak boleh bebas untuk melakukan perhubungan hukum dalam hal ini perikatan/Perjanjian sepanjang tidak bertentangan dengan norma-norma hukum, maka dari itu para pihak dapat menjadikan perbedaan tersebut sebagai pilihan, pilihan yang menurut para pihak relevan untuk dipergunakan guna kelancaran suatu kegiatan yang hendak di jalani, dan tentu nya pilihan untuk memandang MoU sebagai *Gentlement Agreement* atau MoU sebagai *Agreement is Agreement*

Dokumen ini adalah Arsip Miilik :

Perpustakaan Universitas Islam Riau

DAFTAR PUSTAKA

A. BUKU-BUKU

- Abd Thalib dan Admiral, *Hukum Keluarga dan Perikatan*, Uir Press, Pekanbaru, 2008
- Abd Thalib, *Perkembangan Hukum Kontrak Modern*, Uir Press, Pekanbaru, 2016
- Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian, Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Kencana, Jakarta, 2010
- Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak Perancangan Kontrak*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011
- Djoko Purwanto, *Komunikasi Bisnis*, Edisi Keempat, Erlangga Jakarta, 2011
- Faisal Santiago, *Pengantar Hukum Bisnis*, Mitra Wacana Media, Jakarta, 2012
- I Ketut Oka Setiawan, *Hukum Perikatan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2016, Hlm. 1
- J. Satrio, *Hukum Perikatan perikatan pada umum nya*, PT. Alumni, Bandung, 1999
- M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatn, Persidangan, penyitaan pembuktia, dan Putusan Pengadilan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005
- Mariam Darus Badruzaman, *Hukum Perikatan Dalam KUH Perdata*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2015
- Mokhammad Najih dan Soimin, *Pengantar Hukum Indonesia*, Setara Press, Malang, 2012
- Munir Fuady, *Hukum Bisnis Dalam Teori dan Praktek*, Buku Keempat, PT. Citra Aditya Bakti Bandung, 2002
- Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, PT. Citra Aditya, Bandung, 2001
- Mustasyir, Rizal dan Munir, *Filsafat Ilmu*, Pusataka Pelajar, Yogyakarta, 2013

- Oxford Dictionary dalam Patrice Lumumba, *Negosiasi dalam Hubungan Internasional*, Graha Ilmu. Cet. I7, Yogyakarta, 2013
- Pendapat Hikmahanto Juwana, *Tentang Memorandum of Understanding* dalam Putusan Nomor 126/pdt/2013/pt.Dps
- Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009
- Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia Dalam Prespektif Perbandingan*, FH UII press, Yogyakarta, 2013
- Rini Pamungkasih, *101 Draf Surat Perjanjian Kontrak*, Gradien Mediatama, Yogyakarta, 2009
- Salim H.S, *Hukum Kontrak Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003
- Salim HS dan Erlies septiana Nurbani, *Perkembangan Kontrak Innominaat di Indonesia*, Buku Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 2014
- Salim HS, Abdullah, Wiwiek Wahyuningsih, *Perancangan Kontrak dan Memorandum of Understanding*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008
- Salim HS, *Perkembangan Hukum Kontrak Innominat di Indonesia*, Buku Kesatu, Sinar Grafika, Jakarta, 2003
- Soedjono Dirdjosisworo, *Pengantar Ilmu Hukum*, PT. RajaGrafindo, Jakarta, 2007
- Soerjono Soekanto, Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, PT. RajaGrafindo, Jakarta, 2011
- Sri Harini Dwiyatmi, *Pengantar Hukum Indonesia*, Ghalia Indonesia. Bogor, 2006
- Subekti, *Hukum Perjanjian*, PT. Intermasa, Jakarta, 2005
- Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, PT. Intermas, Jakarta, 2001
- Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Mandar Maju, Bandung, 2000
- Zainal Asikin, *Pengantar Ilmu Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2012

B. SURAT KABAR

Admiral, *Memahami MoU Sebagai Ikatan Pra Kontraktual*, Koran Tribun Pekanbaru, 2 Oktober 2017

E. JURNAL

Sigit Irianto, "*Negosiasi dan Memorandum of Understanding (MoU) Dalam Penyusunan Kontrak*", Jurnal Hukum UNTAG Semarang, Vol. 12 No. 1 Tahun 2014

D. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Kitab Undang-undang Hukum Perdatam (KUH Perdata)

C. INTERNET

<http://e-dokumen.kemenag.go.id/files/9zWBqE8j1287460394.pdf>
Tentang Perbedaan MoU dan Kontrak

Catatan:

<https://www.slideshare.net/Rininda/memorandum-of-understanding-17020983>tentang draft MoU

Abstrak

Memorandum of Understanding (MoU) merupakan bahagian dari hukum perjanjian di Indonesia. *Memorandum of Understanding* (MoU) merupakan Nota kesepahaman yang dikenal juga dengan sebutan perjanjian pendahuluan (*gentlement agreement*). MoU berisikan hal-hal yang pokok saja, berbeda dengan perjanjian yang berisikan hal-hal yang lebih terperinci. Dalam pelaksanaannya MoU tidak hanya digunakan pada kegiatan yang berorientasi pada lingkungan bisnis (Privat) tetapi juga pada lembaga maupun instansi pemerintahan (Publik). Saat ini MoU banyak dipergunakan sebagai langkah awal pengutaran rasa seia-sekata untuk menjalin kerja sama yang dikemudian waktu akan diikuti oleh perjanjian. Namun belakangan ini terjadi Perbedaan pandangan oleh sebagian ahli hukum terhadap kedudukan MoU di Indonesia sehingga menimbulkan keraguan dalam melakukan penerapan MoU itu sendiri. Masalah pokok dalam penelitian ini yaitu, Bagaimanakah Kedudukan *Memorandum of Understanding* (MoU) Dalam Sistem Hukum Perjanjian di Indonesia, dan Bagaimanakah Praktek Penerapan *Memorandum of Understanding* (MoU) di Indonesia.

Penelitian ini termasuk kedalam penelitian Hukum Normatif. Dengan sifat penelitian deskriptif. Pendekatan masalah yang digunakan adalah yuridis teoritis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah berupa data sekunder yang terdiri dari Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mengikat seperti peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan penelitian ini, dan bahan hukum sekunder, metode pengumpulan data yang digunakan adalah dengan cara studi kepustakaan. metode pengolahan data dengan cara seleksi data, klasifikasi data dan sistematisasi data. Analisis data dilakukan dengan cara kualitatif untuk kemudian melakukan penarikan kesimpulan dengan menggunakan metode deduktif

Hasil penelitian menunjukkan bahwa Sistem Hukum perjanjian di Indonesia mempunyai sistem hukum yang terbuka (*open system*) yang membawa Kosekuensi untuk terjadinya perbedaan paham dalam memaknai MoU itu sendiri. Kedudukan MoU pada hakikatnya ialah sebagai *gentlement agreement* disebut juga sebagai perjanjian pendahuluan. Permasalahannya ialah, di Indonesia banyak yang salah dalam mengartikan apa sebenarnya yang disebut dengan *Memorandum of Understanding* (MoU). Di Indonesia saat ini ada yang memandang MoU sebagai *gentlement agreement* dan ada juga yang memandang MoU sebagai *agreement is agreement*. Bahkan dalam penerapannya di Indonesia juga demikian, pada awalnya membuat kesepakatan penanda tangan MoU namun muatan isi substansi dari MoU itu sendiri dibuat malah bersifat spesifik dengan menyebutkan rincian hak dan kewajiban layaknya sebuah kontrak sehingga MoU tidak lagi bersifat sebagaimana perjanjian pendahuluan.

kata Kunci : Kedudukan *Memorandum Of Understanding* (MoU), Sistem Hukum Perjanjian, Praktek Penerapan MoU



Dokumen ini adalah Arsip Miik :

Perpustakaan Universitas Islam Riau