

BAB II

KEDUDUKAN HUKUM DARI *MEMORANDUM OF UNDERSTANDING*

DITINJAU DARI HUKUM KONTRAK

Hukum kontrak merupakan bagian hukum privat. Hukum ini memusatkan perhatian pada kewajiban untuk melaksanakan kewajiban sendiri (*self imposed obligation*). Dipandang sebagai hukum privat karena pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban yang ditentukan dalam kontrak, murni menjadi urusan pihak-pihak yang berkontrak.

Kontrak dalam bentuk yang paling klasik, dipandang sebagai ekspresi kebebasan manusia untuk memilih dan mengadakan perjanjian.

Paradigma baru hukum kontrak timbul dan dua dalil di bawah ini :³

1. Setiap perjanjian kontraktual yang diadakan adalah sah (*geoorloofd*); dan
2. Setiap perjanjian kontraktual yang diadakan secara bebas adalah adil dan memerlukan sanksi undang-undang.

Pada abad sembilan belas hukum kontrak klasik secara mendasar terbentuk. Terbentuknya teori ini merupakan reaksi dan kritik terhadap tradisi abad pertengahan mengenai substantive justice. Para hakim dan sarjana hukum di Inggris dan Amerika Serikat kemudian menolak kepercayaan yang telah berlangsung lama mengenai justifikasi kewajiban kontraktual yang diderivasi dari inherent justice atau *fairnes of an exchange*. Mereka kemudian mengatakan bahwa sumber kewajiban kontraktual adalah bertemunya kehendak (*convergence of the*

³ Ridwan Khairandi, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*. (Jakarta: Pascasarjana FH-UI, 2003). hlm. 81

wills) atau konsensus para pihak yang membuat kontrak.

Pada abad sembilan belas tersebut, para teoretikus hukum kontrak memiliki kecenderungan untuk memperlakukan atau menempatkan pilihan individual (individual choice) tidak hanya sebagai suatu elemen kontrak, tetapi seperti yang dinyatakan ahli hukum Perancis adalah kontrak itu sendiri. Mereka memiliki kecenderungan mengidentifikasi pilihan tersebut dengan kebebasan, dan kebebasan tersebut menjadi tujuan tertinggi keberadaan individu.⁴

Dalam paradigma baru ini, moral dan hukum harus secara tegas dipisahkan. Di sini muncul adagium *summum jus summa injuria* (hukum tertinggi dapat berarti ketidakadilan yang terbesar). Konsep seperti *justum pretum laesio* enomis (harga yang adil dapat berarti kerugian terbesar) atau penyalahgunaan hak, tidak memiliki tempat dalam doktrin ini. Apabila seseorang dirugikan oleh suatu perjanjian disebabkan kesalahannya sendiri, harus memikulnya sendiri karena ia menerima kewajiban itu secara sukarela (*volenti non fit injuria*), harus dipenuhi meskipun orang itu mengalami kerugian, perjanjian tetap berlaku sebagai Undang-Undang bagi para pihak yang membuatnya.

Pradigma baru dengan kecenderungan ekonomi liberal *laissez faire* di mana isi kontrak ditentukan oleh konsensus ini banyak merubah konsep hukum kontrak yang telah ada sebelumnya. Kontrak dalam sistem hukum barat dipandang sebagai perangkat konsep dasar dan doktrin yang memberikan effect terhadap perjanjian sukarela sesuai dengan maksud para pihak. Konsep ini mengadaptasi perkembangan situasi ekonomi baru pada abad sembilan belas.

⁴ Ridwan Khairandi, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*. (Jakarta: Pascasarjana FH-UI, 2003) him. 82.

Dalam paradigma baru ini, dalam kontrak timbul dua aspek: pertama, kebebasan (sebanyak mungkin) untuk mengadakan suatu kontrak. Kedua, kontrak tersebut harus diperlakukan sakral oleh pengadilan, karena pihak secara bebas dan tidak ada pembatasan dalam mengadakan kontrak.

A. Pengertian Kontrak

Kontrak adalah suatu tindakan yang dilakukan oleh dua atau lebih pihak dimana masing-masing pihak yang ada di dalamnya dituntut untuk melakukan satu atau lebih prestasi. Dalam pengertian demikian kontrak merupakan perjanjian. Namun demikian kontrak merupakan perjanjian yang berbentuk tertulis.⁵

Dalam black's law dictionary disebutkan :⁶

"Contract: An agreement between two or more persons which creates an obligation to do or not to do a peculiar thing".

Dengan demikian maka dalam kontrak mengandung unsur-unsur:

1. Pihak-pihak yang berkompeten,
2. Pokok yang disetujui,
3. Pertimbangan hukum,
4. Persetujuan timbal balik, dan
5. Kewajiban timbal balik.

Ciri kontrak yang utama adalah dia merupakan satu tulisan yang memuat persetujuan dari para pihak, lengkap dengan syarat-syarat, serta yang

⁵ Hikmahanto Juwana, Teknik Pembuatan dan Penelaahan Kontrak Bisnis. (Jakarta: Pascasarjana FH-UI) hlm. 1.

⁶ Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary. (USA: West Publishing CO, 1991) 6th edition. Hlm. 224.

berfungsi sebagai alat bukti tentang adanya kewajiban. Unsur-unsur kontrak seperti dirinci di atas, secara tegas memberikan gambaran yang membedakan antara kontrak dengan pernyataan sepihak.

Akhirnya secara singkat dapat dikatakan bahwa kontrak adalah persetujuan yang dibuat secara tertulis yang melahirkan hak dan kewajiban para pihak yang membuat kontrak.

Kontrak dalam bahasa Indonesia sering disebut sebagai "perjanjian". Meskipun demikian, apa yang dalam bahasa Indonesia disebut perjanjian, dalam bahasa Inggris tidak selalu sepadan dengan contract.⁷

Istilah contract digunakan dalam kerangka hukum nasional atau internasional yang bersifat perdata. Dalam kerangka hukum internasional publik, yang kita sebut "perjanjian", dalam bahasa Inggris seringkali disebut treaty atau kadang-kadang juga covenant. Sejauh yang dapat kita ketahui, tidak pernah ada dua pihak swasta atau lebih membuat treaty atau covenant, sebaliknya, tidak pernah terekam dua negara yang diwakili oleh pemerintah masing-masing membuat suatu contract.⁸

B. Kontrak Dalam Sistem Hukum Internasional

Perlindungan hukum terhadap hubungan antar orang atau antar perusahaan yang bersifat lintas batas negara dapat dilakukan secara public maupun privat. Perlindungan secara publik dilakukan dengan

⁷ Anggiat Simamora, *Legal Drafting : Draft Kontrak*, makalah disampaikan dalam bimbingan profesi Sarjana Hukum Pertamina, (Jakarta : 2001) hlm. 2.

⁸ *Ibid*, hlm 2.

cara memanfaatkan fasilitas perlindungan yang disediakan oleh ketentuan- ketentuan yang bersifat publik, seperti peraturan perundang-undangan domestik dan perjanjian-perjanjian internasional, bilateral maupun universal, yang dimaksudkan demikian. perlindungan secara privat dapat dilakukan dengan cara memanfaatkan fasilitas perlindungan hukum yang bersifat privat, yaitu dengan cara berkontrak yang cermat.

Dalam dunia bisnis, jenis hukum privat merupakan pilihan yang paling populer. Jenis ini digunakan secara luas oleh masyarakat bisnis yang terlibat dalam transaksi lintas batas negara. Beberapa alasan yang mengakibatkan penggunaan seperti adalah: pertama; berubahnya orientasi masyarakat dunia setelah perang Dunia II ke arah pembangunan ekonomi global. Kedua; pesatnya pertumbuhan kebijakan, bentuk dan materi transaksi bisnis internasional. Ketiga; kurang lengkapnya materi hukum publik (sistem perundang-undangan) berkaitan dengan variasi bentuk dan materi transaksi.⁹

Sebelum menjalin kontrak dengan seseorang yang berkewarganegaraan lain, terlebih dahulu harus memahami sistem hukum yang mempengaruhi kontrak di negara tersebut. Juga harus memahami perbedaan sistem hukum di negara masing-masing. Pengetahuan ini sama pentingnya dengan mengecek latar belakang calon mitra masing-masing, karena dua alasan. Pertama, hukum di kedua negara akan menentukan aspek tertentu dalam hubungan kontraktual. Kedua, hukum di salah satu

⁹ Ida Bagus Wyasa Putra, Aspek-aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional. (Bandung: Refika Aditama, 2000) hlm. 61.

negara mungkin lebih menguntungkan dari pada di negara lain.

Setelah mengetahui kesulitan yang dihadapi oleh pihak-pihak yang menjalin kontrak lintas negara, masyarakat internasional mulai mengadopsi sistem hukum dan peraturan yang bisa diterapkan dalam transaksi pihak-pihak yang berlokasi di negara yang berbeda. Tujuan dari pengadopsian hukum internasional yang seragam adalah untuk memastikan bahwa semua pihak yang melakukan transaksi lintas batas negara menjadi subjek seperangkat peraturan yang sama, tidak peduli bahwa hukum yang berlaku di negaranya masing-masing berbeda.

Secara umum sangatlah tidak bijaksana mendasarkan persyaratan kontrak pada hukum, bahkan hukum internasional sekalipun.¹⁰ Penerapan hukum internasional untuk menafsirkan sebuah kontrak bisa mengarah pada hasil yang tidak diduga dan tidak diinginkan.

Misalnya, dalam suatu kontrak jual beli internasional, penjual gagal memenuhi batas waktu pengiriman yang ditetapkan. Kemudian pembeli menuntut penjual karena kegagalan memenuhi batas waktu pengiriman satu bulan. Di negara pembeli, kontrak tersebut mungkin dianggap tidak valid karena ada persyaratan penting yang tidak dimasukkan. Tetapi jika di pengadilan menerapkan hukum internasional, berdasarkan praktek yang biasa berjalan dalam industri tersebut mungkin akan menetapkan dua bulan sebagai waktu penyerahan yang masuk akal sehingga mungkin bisa menegakkan kontrak tersebut.

¹⁰ Karla C. Shippey. *Menyusun Kontrak Bisnis Internasional*. (Jakarta: PPM, 2001) hlm. 3.

Untuk menghindari hasil yang tidak menyenangkan dan di duga, ketika melakukan kontrak dengan pihak negara lain, harus didefinisikan dengan tepat hak dan kewajiban dalam kontrak tertulis. Kontrak harus menyatakan secara jelas persyaratan-persyaratannya sehingga kedua pihak akan memahami apa yang harus dilakukan dan apa yang harus diterima.

Kontrak yang di konsep dengan baik akan sangat membantu memastikan bahwa pihak-pihak yang memiliki latar belakang budaya berbeda mencapai pemahaman bersama dengan mempertimbangkan hak dan kewajiban masing-masing. Semua pihak yang menjalin kontrak hadir dengan ekspektasi masing-masing, yang pada gilirannya mewarnai pemahaman mereka terhadap persyaratan-persyaratan yang di cantumkan dalam kontrak. Sesuatu yang masuk akal bagi satu pihak, mungkin tidak bisa diterima akal pihak lain, hal mana perlu di bicarakan bersama sehingga muncul pemahaman yang sama. Hal ini merupakan elemen penting dalam pembuatan sebuah kontrak agar bisa dijalankan dan ditegakkan.

Kontrak yang mencerminkan ekspektasi budaya masing-masing pihak kemungkinan besar bisa dijalankan secara memuaskan bagi kedua pihak. Pemahaman bersama tidak sekedar berarti bahwa masing-masing pihak memahami hak dan kewajibannya sebelum membubuhkan tanda tangan, tetapi pihak-pihak tersebut harus memiliki kesepakatan yang tuntas mengenai hak dan kewajiban. Persengketaan biasanya muncul ketika salah satu pihak menafsirkan hak dan kewajiban dengan cara yang berbeda dengan pihak lain.

Ada kecenderungan hukum di banyak negara dan sudah pasti pada

gilirannya hukum internasional di antara berbagai negara- untuk mengakui kontrak sebagai basis transaksi bisnis, meskipun kontrak tersebut tidak mencakup seluruh persyaratan yang esensial. Jika muncul persengketaan dan terayata persyaratan yang esensial tersebut ada yang tidak tercakup, atau tidak jelas maksud dari masing-masing pihak, bisa didasarkan pada praktek perdagangan atau keuangan yang sudah biasa di lakukan.¹¹

Pada dasarnya, hakim, arbitrator, pembuat peraturan, dan pembuat hukum lebih menyukai kesepakatan bisnis yang dibuat berdasarkan kebiasaan praktek bisnis. Ada anggapan apabila individu atau konsumen berada dalam payung adat istiadat berbisnis, mereka lebih terlindungi dari kesepakatan yang merugikan akibat kontrak yang dibuatnya tidak mencantumkan seluruh persyaratan esensial. Tetapi untuk amannya, setiap kali melakukan transaksi jangan mendasarkan pada kontrak kebiasaan semata tetapi harus selalu menyatakan maksud dalam persyaratan yang jelas dan tertulis.

C. Kedudukan hukum dari *Memorandum of Understanding* ditinjau dari hukum kontrak.

Untuk mengetahui kedudukan hukum dan *Memorandum of Understanding* ditinjau dari hukum kontrak dapat dijelaskan perbedaan antara *Memorandum of Understanding* dan hukum Kontrak sebagai berikut :

1. Dari Segi Pengertian

Memorandum of Understanding (MOU) dapat diartikan sebagai

¹¹ Ibid, hlm 8.

berikut:

- a. 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.
- b. Dasar penyusunan kontrak pada masa datang yang didasarkan pada hasil permufakatan para pihak, baik secara tertulis maupun secara lisan.
- c. 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.
- d. Dokumen yang memuat saling pengertian di antara para pihak sebelum perjanjian dibuat. Jadi dari *memorandum of understanding* harus dimasukkan ke dalam kontrak, sehingga ia mempunyai kekuatan mengikat.
- e. Suatu perjanjian pendahuluan, dalam arti akan diikuti perjanjian lainnya.

Sedangkan kontrak dapat diartikan sebagai berikut:

- a. Suatu perbuatan dengan mana satu pihak atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. (Pasal 1313 KUH Perdata).
- b. Suatu perjanjian antara dua orang atau lebih yang menciptakan kewajiban untuk berbuat atau tidak berbuat suatu hal yang khusus

(Black's Law Dictionary)

2. Sumber Hukum

Adapun yang menjadi sumber Hukum dari *Memorandum of Understanding* adalah sebagai berikut:

- a. Pasal 1320 KUHPerdata
- b. Pasal 1338 KUHPerdata
- c. Undang Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional

Catatan:

Ketentuan-ketentuan tersebut tidak menyebutkan secara tegas mengenai pengertian atau substansi *Memorandum of Understanding*.

- d. Doktrin
- e. Kebiasaan

Sedangkan yang menjadi sumber hukum kontrak adalah:

- a. Pasal 1320 KUHPerdata
- b. Pasal 1338 KUHPerdata

Catatan:

Kedua ketentuan Undang-Undang tersebut mengatur secara tegas mengenai substansi kontrak.

- c. KUHD
- d. Undang-Undang lainnya
- e. Doktrin
- f. Kebiasaan

3. Jenis

Dilihat dari jenis *Memorandum of Understanding* memiliki hal-hal sebagai berikut:

- a. *Memorandum of Understanding* menurut negara yang membuatnya.
 1. *Memorandum of Understanding* yang bersifat nasional
 2. *Memorandum of Understanding* yang bersifat internasional
- b. *Memorandum of Understanding* menurut kehendak para pihak
 1. *Memorandum of Understanding* dengan maksud untuk membina ikatan moral saja diantara mereka, dan karena itu tidak ada peningkatan secara yuridis di antara mereka.
 2. *Memorandum of Understanding* 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.
 3. *Memorandum of Understanding* 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.

Sedangkan kontrak

- a. Kontrak menurut sumbernya
 1. Kontrak yang bersumber dari hukum keluarga.

2. Kontrak yang berasal dari kebendaan, yaitu yang berhubungan dengan peralihan hukum benda,
 3. Kontrak obligatoir, yaitu kontrak yang menimbulkan kewajiban
 4. Kontrak yang berasal dari hukum acara (*bewijsovereenkoms*)
 5. Kontrak yang berasal dari hukum publik (*publiekrechtelijke overeenkoms*)
- b. Kontrak menurut namanya
1. Kontrak nominaat / kontrak bernama. (Jual beli, tukar menukar, sewa-menyewa, hibah, pemberian kuasa)
 2. Kontrak innominaat / kontrak tidak bernama. (*Leasing, beli sewa, franchise, joint venture*)
 3. Kontrak campuran.
- c. Kontrak menurut bentuknya
1. Tertulis
 1. Tidak Tertulis
- d. Kontrak timbal balik
1. Kontrak timbal balik sempurna
 2. Kontrak sepihak
- e. Kontrak berdasarkan sifatnya
1. Kontrak kebendaan
 2. Kontrak obligatoir
4. Subjek atau Para Pihak

Subyek atau para pihak yang terlibat dalam Memorandum of

Understanding adalah

- a. Pihak yang berlaku secara nasional
 1. Badan hukum privat Indonesia dengan badan hukum privat Indonesia lainnya.
 2. Badan hukum privat Indonesia dengan pemerintah provinsi/kabupaten/kota.
 3. Badan hukum privat Indonesia dengan penegak hukum.
 4. Badan hukum publik dengan badan hukum publik lainnya.
- b. Pihak yang berlaku secara internasional
 1. Pemerintah Indonesia dengan pemerintah negara asing.
 2. Badan hukum privat Indonesia dengan badan hukum privat Negara asing.

Sedangkan dalam kontrak pada pihak yang terlibat adalah:

- a. Kreditur, yaitu pihak yang berhak atas sesuatu dari pihak lain,
- b. Debitur, yaitu pihak yang berkewajiban memenuhi sesuatu kepada kreditur.

5. Objek

Di dalam *Memorandum of Understanding* obyek Kerjasama dalam berbagai bidang kehidupan, seperti bidang ekonomi, perhutanan, kehutanan dan lain-lain.

Sedangkan obyek dalam kontrak adalah meliputi objek sebagai berikut yang dilakukan dengan cara:

- a. Menyerahkan sesuatu

- b. Melakukan sesuatu
 - c. Tidak melakukan sesuatu
6. Wilayah berlakunya
- a. Publik
 - 1. Secara nasional
 - 2. Secara internasional
 - b. Privat

Sedangkan hukum kontrak merupakan bagian hukum privat. Hukum ini memusatkan perhatian pada kewajiban untuk melaksanakan kewajiban sendiri (self imposed obligation). Dipandang sebagai hukum privat karena pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban yang ditentukan dalam kontrak, murni menjadi urusan pihak- pihak yang berkontrak.

7. Jangka Waktu

Memorandum of Understanding harus ditentukan secara jelas kapan mulai dan berakhirnya tergantung kesepakatan para pihak dan dapat diperpanjang.

Sedangkan kontrak 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

Struktur sebuah *Memorandum of Understanding* umumnya memiliki bagian-bagian yang biasanya terdiri dari:

- a. Titel/Judul
- b. Pembukaan
- c. Para pihak yang membuat
- d. Substansi
- e. Penutup / Closing
- f. Tanda tangan para pihak

Sedangkan struktur sebuah kontrak umumnya memiliki bagian-bagian sebagai berikut:

- 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 Mengikat

Dalam sebuah *Memorandum of Understanding* tidak mempunyai akibat/sanksi hukum yang tegas karena hanya merupakan ikatan moral.

Sedangkan kontrak karena biasanya sudah lebih rinci dan detail dalam melakukan perikatan maka biasanya mempunyai akibat/sanksi hukum yang tegas apabila terjadi pelanggaran atau wanprestasi.

10. Materi

Materi sebuah Memorandum of Understanding biasanya hanya memuat hal-hal yang pokok saja. Sedangkan kontrak sudah memuat ketentuan- ketentuan yang diperjanjikan secara terperinci.

Istilah perjanjian atau kontrak diatur dalam Buku III KUHPerdara mengenai perikatan yaitu dalam pasal 1313 yang berbunyi "Perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu pihak atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih". Selain itu ketentuan yang terkait dengan permasalahan di atas adalah pasal 1320 mengenai syarat sahnya perjanjian dan pasal 1338 mengenai asas kebebasan berkontrak.

Bila dilihat dari isinya ketiga pasal tersebut dapat menjadi dasar terbentuknya berbagai macam dan bentuk perjanjian atau kontrak dalam berbagai bidang kehidupan selama tidak melanggar peraturan yang berlaku.

Dalam hubungan antara lembaga pada saat ini dikenal bentuk-bentuk perjanjian kerjasama baik dalam bentuk kontrak ataupun dalam bentuk Memorandum of Understanding. Dari kedua bentuk perjanjian kerjasama tersebut memiliki kelebihan dan kelemahan masing-masing.