BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian *Memorandum of Understanding (MoU)*

Memorandum adalah suatu peringatan, lembar peringatan, atau juga suatu lembar catatan.[6] *Memorandum* juga merupakan suatu nota/ surat peringatan tak resmi yang merupakan suatu bentuk komunikasi yang berisi antara lain mengenai saran, arahan dan penerangan.[7]

Sedangkan istilah *memorandum of understanding* berasal dari dua kata, yaitu *memorandum* dan *understanding*. Secara gramatikal *memorandum of understanding* diartikan sebagai nota kesepahaman. Dalarn Black's Law Dictionary, yang diartikan *memorandum* adalah: dasar untuk memulai penyusunan kontrak secara formal pada masa datang (*is to serve as the basic of future formal contract*). *Understanding* diartikan 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 sccara lisan maupun secara tertulis.[8]

Dari terjemahan kedua kata itu, dapat dirumuskan pengertian *memorandum of understanding*. *Memorandum of understanding* adalah dasar

---

[6] Yan Pramudya Puspa, *Kamus Hukum*, CV. Aneka Ilmu, Semarang, 1977, hal. 594.
[7] Andi Hamzah, *Kamus Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986, hal.319

[8] Salim HS, *Perancangan Kontrak dan Memorandum of Understanding*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hal. 46.

penyusunan kontrak pada masa datang yang didasarkan pada hasil permufakatan para pihak, baik secara tertulis maupun lisan.

Dalam perbendaharaan kata - kata Indonesia, istilah *Memorandum of Understanding* diterjemahkan ke dalam berbagai istilah yang bervariasi, yang tampak belum begitu baku. Sebut saja misalnya istilah seperti “Nota Kesepakatan atau Nota Kesepahaman”

Sebenarnya *Memorandum of Understanding* itu sama saja dengan kesepahaman - kesepahaman lainnya. Bidangnya juga bermacam - macam, bisa mengenai perdagangan, jual - beli, perjanjian antar negara, penanaman modal, ataupun bidang - bidang lainnya. Bahkan paling tidak secara teoritis, *Memorandum of Understanding* dapat dibuat dalam bidang apapun.[9]

Munir Fuady, mengartikan *memorandum of understanding* sebagai berikut : "Perjanjian pendahuluan, dalam arti nantinya akara diikuti dan dijabarkan dalam perjanjian lain yang mengaturnya secara detail, karena itu, memorandum of understanding berisikan hal - hal yang pokok saja. Adapun mengenai lain - lain aspek dari *memorandum of understanding* relatif sama dengan perjanjian perjanjian lain."[10]

I Nyoman Sudana, dkk., mengartikan *memorandum of understanding* sebagai suatu perjanjian pendahuluan, dalam arti akan diikuti perjanjian lainnya.[11]

Perjanjian pendahuluan merupakan perjanjian awal yang dilakukan oleh para pihak. Isi memorandum of understanding mengenai hal - hal yang pokok saja, maksudnya substansi *memorandum of understanding* itu hanya berkaitan

---

[9] *Ibid*
[10] Munir Fuady I, O*p. Cit*, h. 91
[11] I. Nyoman Sudana, *Teaching Materials Penyusunan Kontrak Dagang*, Jakarta, 1998, h. 9

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.

Definisi - definisi yang dikemukakan oleh para ahli sebagaimana dikemukakan di atas hanya difokuskan pada sifat dari *memorandum of understanding*, yaitu sebagai perjanjian pendahuluan. Dalam ketiga definisi tersebut juga tidak dirumuskan tentang bagaimana hubungan para piliaknya dan yang menjadi substansi dari *memorandum of understanding* tersebut. Oleh karena definisi - definisi tersebut kurang lengkap, maka perlu dilengkapi dan disempurnakan. Menurut pendapat penyusun berdasarkan pendapat para ahli tersebut, bahwa yang diartikan dengan *memorandum of understanding* adalah "nota kesepahaman atau nota kesepakatan yang dibuat antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum lainnya, baik dalarn suatu negara maupun antarnegara untuk melakukan kerja sama dalarn berbagai aspek kehidupan dan Jangka waktunya tertentu".

Hal tersebut didasarkan pada pengertian yang berkembang di masyarakat bisnis sehari - hari terhadap suatu *Memorandum of Understanding* yang selain mengistilahkan dengan istilah lain yakni nota kesepahaman atau terkadang disebut sebagai nota kesepakatan. Tetapi, walaupun begitu istilah *Memorandum of Understanding* tetap merupakan istilah yang paling populer dan lebih bersifat internasional dibandingkan dengan istilah - istilah lainnya

Istilah lain yang sering juga dipakai untuk *Memorandum of Understanding* ini, terutama oleh negara - negara Eropa adalah apa yang disebut dengan *Head*

Agreement, *Cooperation Agreement*, dan *Gentlement Agreement* yang sebenarnya mempunyai arti yang sama saja dengan arti yang dikandung oleh istilah *Memorandum of Understanding.*[12]

Unsur - unsur yang dikandung dalam definisi tersebut, antara lain meliputi:

1. Para pihak yang membuat *memorandum of understanding* tersebut adalah subjek hukum, baik berupa badan hukum publik maupun badan hukum privat. Badan hukum publik, misalnya negara, pernerintah provinsi/kabupaten/kota. Adapun badan hukum privat, antara lain Perseroan Terbatas (PT), Koperasi, dan Yayasan.
2. Wilayah keberlakuan dari MoU itu, bisa regional, nasional, maupun internasional.
3. Substansi *memorandum of understanding* adalah kerja sama dalam berbagai aspek kehidupan; dan
4. Jangka waktunya tertentu

Para pihak yang terikat dalam *memorandum of understanding* tidak hanya badan hukum privat, tetapi juga antara negara yang satu dengan negara dengan lainnya. Pada hakikatnya substansi dari *memorandum of understanding* misalnya berisi suatu kerja sama dalam berbagai bidang kehidupan, di bidang ekonomi. pendidikan, kesehatan, pertahanan keamanan (hankam), keuangan, keahlian dan lain -lain. Dalam setiap *memorandum of understanding* juga dicantumkan tentang

[12] Munir Fuady, *Hukum Bisnis Dalam Teori dan Praktek*, Buku Keempat, PT. Citra Aditya Bakti Bandung 2002, (Selanjutnya disebut Munir Fuady II), h. 90

jangka waktunya. Jangka waktu berlakunya *memorandum of understanding* adalah berkaitan dengan lamanya kerja sama itu dilakukan misalnya, jangka waktu tiga bulan, enam bulan, setahun, dan sebagainya.

Hingga saat ini tidak dikenal pengaturan khusus tentang MoU. Hanya saja, merujuk dari definisi dan pengertian di atas, dimana MoU tidak lain adalah merupakan perjanjian pendahuluan, maka pengaturannya tunduk pada ketentuan tentang perjanjian yang tercantum dalam Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Dalam hukum perikatan mengenai perjanjian dapat digambarkan sebagai berikut: Menurut KUH Perdata pasal 1313, perjanjian adalah peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain, dimana kedua orang tersebut saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Sedangkan perikatan adalah suatu hubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu dari pihak lain, dan pihak lain berkewajiban memenuhi tuntutan itu. Perjanjian akan menerbitkan perikatan antara dua orang yang membuatnya untuk melakukan suatu hal.

Pengaturan MoU pada ketentuan buku III KUHPerdata yang sifatnya terbuka membawa konsekuensi pada materi muatan atau substansi dari MoU yang terbuka pula. Artinya para pihak diberi kebebasan untuk menentukan materi muatan MoU yang akan mengatur apa saja, sepanjang tidak bertentangan dengan hukum, dan norma kepatutan, kehati-hatian dan susila yang hidup dan diakui dalam masyarakat, serta sepanjang penyusunan MoU itu memenuhi syarat-syarat sahnya sebuah perjanjian sebagaimana tertuang dalam Pasal 1320 KUHPerdata.

B. Hukum Perikatan dan Perjanjian

Perikatan adalah salah satu bagian terpenting dari hukum perdata. Sebagaimana diatur dalam buku III kitab undang – undang hukum perdata. Di dalamnya diterangkan mengenai perjanjian, termasuk perjanjian yang dikenal secara umum di masyarakat seperti perjanjian jual beli, sewa menyewa dan lain sebagainya.

Perikatan adalah suatu hubungan hukum antara dua orang berdasarkan mana yang satu berhak menuntut hal dari pihak lain dan pihak lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu. Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal.

Pengertian perjanjian secara umum adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lainnya atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Dari peristiwa itulah maka timbul suatu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan. Dalam bentuknya perjanjian merupakan suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji – janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis. Sedangkan definisi dari perikatan adalah suatu hubungan hukum antara dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan. Perikatan adalah suatu peristiwa yang abstrak, sedangkan perjanjian adalah suatu hal yang konkret atau suatu peristiwa.

Perikatan lahir karena suatu perjanjian atau karena undang – undang. Semua perjanjian yang dibuat sesuai dengan undang – undang berlaku sebagai undang –

undang bagi mereka yang membuatnya. Perjanjian itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak, atau karena alasan – alasan yang ditentukan oleh undang – undang. Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik yaitu keinginan subyek hukum untuk berbuat sesuatu, kemudian mereka mengadakan negosiasi dengan pihak lain, dan sudah barang tentu keinginan itu sesuatu yang baik. Itikad baik yang sudah mendapat kesepakatan terdapat dalam isi perjanjian untuk ditaati oleh kedua belah pihak sebagai suatu peraturan bersama. Isi perjanjian ini disebut prestasi yang berupa penyerahan suatu barang, melakukan suatu perbuatan, dan tidak melakukan suatu perbuatan. Supaya terjadi perjanjian yang sah, perlu dipenuhi 4 syarat sesuai pasal 1320 KUHPerdata yaitu :

1. Kesepakatan mereka yang mengikatkan diri;
2. Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian;
3. Suatu pokok persoalan tertentu (hal tertentu);
4. Suatu sebab yang tidak terlarang (causa yang halal).

Dua syarat pertama disebut juga dengan syarat subyektif, sedangkan syarat ketiga dan keempat disebut syarat obyektif. Dalam hal tidak terpenuhinya unsur pertama (kesepakatan) dan unsur kedua (kecakapan) maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan. Sedangkan apabila tidak terpenuhinya unsur ketiga (suatu hal tertentu) dan unsur keempat (suatu sebab yang halal) maka perjanjian tersebut adalah batal demi hukum.

Suatu perjanjian tidak hanya mengikat apa yang dengan tegas ditentukan di dalamnya melainkan juga segala sesuatu yang menurut sifatnya perjanjian dituntut berdasarkan keadilan, kebiasaan atau undang-undang. Syarat-syarat yang selalu

diperjanjikan menurut kebiasaan, harus dianggap telah termasuk dalam suatu perjanjiuan, walaupun tidak dengan tegas dimasukkan di dalamnya.

Menurut ajaran yang lazim dianut sekarang, perjanjian harus dianggap lahir pada saat pihak yang melakukan penawaran (offerte) menerima jawaban yang termaktub dalam surat tersebut, sebab detik itulah yang dapat dianggap sebagai detik lahirnya kesepakatan. Walaupun kemudian mungkin yang bersangkutan tidak membuka surat itu, adalah menjadi tanggungannya sendiri. Seharusnya yang bersangkutan membaca surat-surat yang diterimanya dalam waktu yang sesingkat-singkatnya, karena perjanjian sudah lahir. Perjanjian yang sudah lahir tidak dapat ditarik kembali tanpa izin pihak lawan. Saat atau detik lahirnya perjanjian adalah penting untuk diketahui dan ditetapkan, berhubung adakalanya terjadi suatu perubahan undang-undang atau peraturan yang mempengaruhi nasib perjanjian tersebut, misalnya dalam pelaksanaannya atau masalah beralihnya suatu risiko dalam suatu peijanjian jual beli.

Tempat tinggal (domisili) pihak yang mengadakan penawaran (offerte) itu berlaku sebagai tempat lahirnya atau ditutupnya perjanjian. Tempat inipun menjadi hal yang penting untuk menetapkan hukum manakah yang akan berlaku. Dalam hukum pembuktian ini, alat-alat bukti dalam perkara perdata terdiri dari: bukti tulisan, bukti saksi-saksi, persangkaan-persangkaan, pengakuan dan bukti sumpah.

Perjanjian harus ada kata sepakat kedua belah pihak karena perjanjian merupakan perbuatan hukum bersegi dua atau jamak. Perjanjian adalah perbuatan-perbuatan yang untuk terjadinya disyaratkan adanya kata sepakat antara dua orang

atau lebih, jadi merupakan persetujuan. Keharusan adanya kata sepakat dalam hukum perjanjian ini dikenal dengan asas konsensualisme. asas ini adalah pada dasarnya perjanjian dan perikatan yang timbul karenanya sudah dilahirkan sejak detik tercapainya kata sepakat.

Syarat pertama di atas menunjukkan kata sepakat, maka dengan kata-kata itu perjanjian sudah sah mengenai hal-hal yang diperjanjikan. Untuk membuktikan kata sepakat ada kalanya dibuat akte baik autentik maupun tidak, tetapi tanpa itupun sebetulnya sudah terjadi perjanjian, hanya saja perjanjian yang dibuat dengan akte autentik telah memenuhi persyaratan formil.

Subyek hukum atau pribadi yang menjadi pihak-pihak dalam perjanjian atau wali/kuasa hukumnya pada saat terjadinya perjanjian dengan kata sepakat itu dikenal dengan asas kepribadian. Dalam praktek, para pihak tersebut lebih sering disebut sebagai debitur dan kreditur. Debitur adalah yang berhutang atau yang berkewajiban mengembalikan, atau menyerahkan, atau melakukan sesuatu, atau tidak melakukan sesuatu. Sedangkan kreditur adalah pihak yang berhak menagih atau meminta kembali barang, atau menuntut sesuatu untuk dilaksanakan atau tidak dilaksanakan.

Berdasar kesepakatan pula, bahwa perjanjian itu dimungkinkan tidak hanya mengikat diri dari orang yang melakukan perjanjian saja tetapi juga mengikat orang lain atau pihak ketiga, perjanjian garansi termasuk perjanjian yang mengikat pihak ketiga .

Causa dalam hukum perjanjian adalah isi dan tujuan suatu perjanjian yang menyebabkan adanya perjanjian itu. Berangkat dari causa ini maka yang harus

diperhatikan adalah apa yang menjadi isi dan tujuan sehingga perjanjian tersebut dapat dinyatakan sah. Yang dimaksud dengan causa dalam hukum perjanjian adalah suatu sebab yang halal. Pada saat terjadinya kesepakatan untuk menyerahkan suatu barang, maka barang yang akan diserahkan itu harus halal, atau perbuatan yang dijanjikan untuk dilakukan itu harus halal. Jadi setiap perjanjian pasti mempunyai causa, dan causa tersebut haruslah halal. Jika causanya palsu maka persetujuan itu tidak mempunyai kekuatan. Isi perjanjian yang dilarang atau bertentangan dengan undang-undang atau dengan kata lain tidak halal, dapat dilacak dari peraturan perundang-undangan, yang biasanya berupa pelanggaran atau kejahatan yang merugikan pihak lain sehingga bisa dituntut baik secara perdata maupun pidana. Adapun isi perjanjian yang bertentangan dengan kesusilaan cukap sukar ditentukan, sebab hal ini berkaitan dengan kebiasaan suatu masyarakat sedangkan masing-masing kelompok masyarakat mempunyai tata tertib kesusilaan yang berbeda-beda.

Secara mendasar perjanjian dibedakan menurut sifat yaitu:

1. Perjanjian Konsensuil

   Adalah perjanjian dimana adanya kata sepakat antara para pihak saja, sudah cukup untuk timbulnya perjanjian.

2. Perjanjian Riil

   Adalah perjanjian yang baru terjadi kalau barang yang menjadi pokok perjanjian telah diserahkan.

3. Perjanjian Formil

Adalah perjanjian di samping sepakat juga penuangan dalam suatu bentuk atau disertai formalitas tertentu.

Tiap perikatan dapat dipenuhi oleh siapa pun yang berkepentingan, seperti orang yang turut berutang atau penanggung utang. Suatu perikatan bahkan dapat dipenuhi oleh pihak ketiga yang tidak berkepentingan, asal pihak ketiga itu bertindak atas nama dan untuk melunasi utang debitur, atau asal ia tidak mengambil alih hak-hak kreditur sebagai pengganti jika ia bertindak atas namanya sendiri.

C. Wanprestasi Ditinjau dari Peraturan Perundangan dan Pendapat Ahli

Mengenai pengertian prestasi dalam KUH Perdata diatur dalam pasal 1234 KUH Perdata yaitu berupa :

a. Memberikan sesuatu;
b. Berbuat sesuatu;
c. Tidak berbuat sesuatu.

Suatu perjanjian dapat terlaksana dengan baik apabila para pihak telah memenuhi prestasinya masing - masing seperti yang telah diperjanjikan tanpa ada pihak yang dirugikan. Tetapi adakalanya perjanjian tersebut tidak terlaksana dengan baik karena adanya wanprestasi yang dilakukan oleh salah satu pihak atau debitur.

Perkataan wanprestasi berasal dari bahasa Belanda, yang artinya prestasi buruk. Adapun yang dimaksud wanprestasi adalah suatu keadaan yang dikarenakan kelalaian atau kesalahannya, debitur tidak dapat

memenuhi prestasi seperti yang telah ditentukan dalam perjanjian[13] dan bukan dalam keadaan memaksa.

Adapun bentuk – bentuk dari wanprestasi yaitu :[14]

1. Tidak memenuhi prestasi sama sekali;

   Sehubungan dengan debitur yang tidak memenuhi prestasinya maka dikatakan debitur tidak memenuhi prestasi sama sekali.

2. Memenuhi prestasi tetapi tidak tepat waktunya;

   Apabila prestasi debitur masih dapat diharapkan pemenuhannya, maka debitur dianggap memenuhi prestasi tetapi tidak tepat waktunya.

3. Memenuhi prestasi tetapi tidak sesuai atau keliru

   Debitur yang memenuhi prestasi tapi keliru, apabila prestasi yang keliru tersebut tidak dapat diperbaiki lagi maka debitur dikatakan tidak memenuhi prestasi sama sekali.

Sedangkan menurut Subekti, bentuk wanprestasi itu ada empat macam yaitu :[15]

1. Tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukan;
2. Melaksanakan apa yang dijanjikannya tetapi tidak sebagaimana dijanjikannya;
3. Melakukan apa yang dijanjikannya tetapi terlambat;
4. Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan.

---

[13] Nindyo Pramono, *Hukum Komersil*, Pusat Penerbitan UT, Jakarta 2003, hal. 221
[14] R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perjanjian*, Putra Abadin, cet. 6, Jakarta, 1999, hal.18
[15] Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, 1985.

untuk mengatakan bahwa seseorang melakukan wanprestasi dalam suatu perjanjian, kadang - kadang tidak mudah karena sering sekali juga tidak dijanjikan dengan tepat kapan suatu pihak diwajibkan melakukan prestasi yang diperjanjikan.