

BAB 2

TEORI PENYUSUNAN PERJANJIAN

2.1 SEJARAH HUKUM PERJANJIAN

Seperti diketahui bersama bahwa Hukum Perjanjian adalah bagian hukum perdata (privat). Hukum ini memusatkan perhatian pada kewajiban untuk melaksanakan kewajiban sendiri (*self imposed obligation*). Disebut sebagai bagian dari hukum perdata disebabkan karena pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban yang ditentukan dalam kontrak, murni menjadi urusan pihak-pihak yang berkontrak.²⁷ Sejak abad ke-19 prinsip-prinsip itu mengalami perkembangan dan berbagai pergeseran penting. Pergeseran demikian disebabkan oleh: *pertama*, tumbuhnya bentuk-bentuk kontrak standar; *kedua*, berkurangnya makna kebebasan memilih dan kehendak para pihak, sebagai akibat meluasnya campur tangan pemerintah dalam kehidupan rakyat; *ketiga*, masuknya konsumen sebagai pihak dalam berkontrak.²⁸ Oleh karena itu penulis berkenan untuk membahas sejarah dari hukum perdata yang juga merupakan sejarah dalam hukum perjanjian di Indonesia.

Sistem hukum di Indonesia banyak dipengaruhi oleh Belanda yang telah menancapkan pilar-pilar ketentuan yang mengikat antara masyarakat dengan penguasa maupun masyarakat dengan masyarakat sendiri. Sistem hukum yang dimaksud adalah sistem hukum Eropa atau disebut juga sistem hukum Romawi Jerman. Adapun sumber dari sistem hukum Eropa atau Romawi Jerman ini adalah

²⁷ Atiyah, “*The Law of Contract*,” (London: Clarendon Press, 1983), hal. 1.

²⁸ *Ibid.*, hal. 13.

hukum Romawi kuno yang dikembangkan di benua Eropa (Eropa Kontinental) oleh negara-negara seperti Prancis, Spanyol, Portugis dan lain-lain. Berkembangnya sistem hukum Romawi Jerman adalah berkat usaha dari Napoleon Bonaparte yang berusaha menyusun *Code Civil* atau *Code Napoleon* dengan sumber berasal dari hukum Romawi. Sistem hukum ini pertama kali berkembang dalam hukum perdatanya atau *private law* atau *civil law* yaitu hukum yang mengatur hubungan sesama anggota masyarakat. Oleh karena itu, sistem hukum Romawi Jerman ini lebih terkenal dengan nama sistem hukum *civil law*.²⁹

Selain sistem *civil law*, juga dikenal dengan adanya sistem *common law*. Rene David dan John E.C. Brierley menyebutkan terdapat tiga sistem hukum yang dominan yakni sistem hukum: *civil law*, *common law*, dan *socialist law*. Namun, dalam perkembangannya sistem *socialist law* ini ternyata banyak dipengaruhi oleh sistem *civil law* dimana negara-negara sosialis banyak menganut sistem *civil law*. Sehubungan dengan hal tersebut diatas maka dapat dikatakan bahwa sistem hukum yang dominan hanya dua yaitu sistem hukum *civil law* dan *common law*.³⁰

Sistem *common law* bersumber dari hukum Inggris yang berkembang dari ketentuan atau hukum yang ditetapkan oleh Hakim (*Judge*) dalam keputusan-keputusan yang telah diambilnya (*judge made law*). Umumnya di negara dengan sistem hukum *common law* terdapat ketidakpastian hukum dan untuk menghindari hal tersebut maka sejak abad ke-19 dipegang asas hukum yang bernama *the rule of precedent* yaitu keputusan-keputusan hakim yang sudah ada harus dijadikan pegangan atau keputusan hakim itu harus mengikuti keputusan hakim sebelumnya.

²⁹ Rene David and John. E.C. Brierley: "*Major Legal Systems in the World Today*," Second Edition, (London: Stevens & Sons, 1978), hal. 21.

³⁰ *Ibid.*, hal. 25.

The rule of precedent sering disebut juga sebagai doktrin *stare decisis* yang berarti sebagai *to stand by (previous) decisions* (berpegang/berpatokan pada putusan-putusan sebelumnya).³¹

Sistem hukum *common law* ini dianut oleh negara-negara yang berbahasa Inggris beserta dengan persemakmurannya, seperti negara Inggris, Amerika Serikat, Kanada dan Australia. Kecuali negara bagian Louisiana di Amerika Serikat dan provinsi Quebec di Kanada yang menganut sistem hukum *civil law*. Sekilas mengenai perbedaan antara *civil law* (Eropa Continental) dengan *common law* (Anglosaxon) dapat dilihat dari segi perkembangan keduanya. Perkembangan sistem *civil law* diilhami oleh para ahli hukum yang terdapat pada universitas-universitas, yang menentukan atau membuat peraturan hukum secara sistematis dan utuh. Sedangkan perkembangan sistem *common law* terletak pada putusan-putusan hakim, yang bukan hanya menerapkan hukum tetapi juga menetapkan hukum.³²

Hukum di negara dengan sistem *civil law* pada umumnya ditujukan untuk menetapkan suatu kaidah atau norma yang berada di suatu lingkungan masyarakat untuk diikuti dan dipatuhi oleh masyarakat itu sendiri. Dengan demikian, hukum merupakan bagian integral dari kehidupan bersama yang mengatur dan menguasai sesama manusia. Jadi dapat dikatakan hukum terdapat dalam masyarakat manusia sehingga dalam setiap masyarakat selalu ada sistem hukum. Hal ini sesuai adagium: *ubi societas ibi jus* yang artinya (dimana) ada masyarakat (disitu) ada hukum. Berbeda dengan sistem hukum *common law* yang tidak mengenal pembagian secara prinsipil atas hukum publik dan hukum perdata, maka pada

³¹ Hardijan Rusli, "*Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law*," Cet. Kedua, (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1996), hal. 16.

³² *Loc. cit.*

sistem hukum *civil law* pembagian hukum publik dan hukum perdata (*privat*) merupakan hal yang sangat esensial. Hukum Publik lazimnya dirumuskan sebagai hukum yang mengatur kepentingan umum dan mengatur hubungan penguasa dengan warga negaranya. Pelaksanaan peraturan hukum publik dilakukan oleh penguasa. Sedangkan Hukum Perdata adalah hukum antar perorangan yang mengatur hak dan kewajiban perorangan yang satu terhadap yang lain di dalam hubungan keluarga dan di dalam pergaulan masyarakat. Pelaksanaannya diserahkan kepada masing-masing pihak. Perkataan “Hukum Perdata” dalam arti yang luas meliputi semua hukum *privat materiil*, yaitu segala hukum pokok yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan. Keberadaan hukum perdata yang mengatur hubungan sesama manusia atau masyarakat merupakan warisan peninggalan politik Pemerintah Hindia Belanda. Pedoman politik bagi Pemerintah Hindia Belanda terhadap hukum di Indonesia dituliskan dalam pasal 131 Indische Staatsregeling, yang dalam pokoknya sebagai berikut:³³

- (a) Hukum Perdata dan Dagang (begitu pula dengan Hukum Pidana beserta hukum Acara perdata dan Pidana) harus diletakkan dalam kitab-kitab atau undang-undang, yaitu yaitu dikodifisir.
- (b) Untuk golongan bangsa Eropa dianut (dicontoh) perundang-undangan yang berlaku di Negeri Belanda (asas konkordansi).
- (c) Untuk golongan bangsa Indonesia asli dan Timur Asing (Tiong Hoa, Arab, India dan sebagainya), jika ternyata “kebutuhan kemasyarakatan” mereka menghendaknya, dapatlah peraturan-peraturan untuk bangsa Eropa dinyatakan berlaku bagi mereka, baik seutuhnya maupun dengan perubahan-perubahan dan juga diperbolehkan membuat suatu peraturan baru bersama, untuk selainnya harus diindahkan aturan-aturan yang berlaku di kalangan mereka,

³³ Subekti, “Pokok-pokok Hukum Perdata,” Cet. XXVI, (Jakarta: PT. Intermasa, 1994), hal. 11.

dan boleh diadakan penyimpangan jika diminta oleh kepentingan umum atau kebutuhan masyarakat mereka (ayat 2).

- (d) Orang Indonesia asli dan Timur Asing, sepanjang mereka belum ditundukkan dibawah suatu peraturan bersama dengan bangsa Eropa, diperbolehkan “menundukkan diri: pada hukum yang berlaku untuk bangsa eropa. Penundukan ini boleh dilakukan baik secara umum maupun secara hanya mengenai suatu perbuatan tertentu saja (ayat 4).
- (e) Sebelum hukum untuk bangsa Indonesia ditulis didalam undang-undang, bagi mereka itu akan tetap berlaku hukum yang sekarang berlaku bagi mereka, yaitu “Hukum Adat: (ayat 6).

Dengan adanya ketentuan tersebut diatas, maka pengaturan untuk tunduk terhadap hukum perdata dapat diklasifikasikan sehingga jelas aturan hukum yang mengatur hubungan antar sesama masyarakat. Namun, seiring dengan perkembangan waktu dan sosial bangsa Indonesia saat itu, dapat pula kemungkinan terjadinya penundukan diri pada Hukum Eropa yang telah diatur dalam *Staatsblaad 1917 No. 12*. Peraturan ini mengenal empat macam penundukan, antara lain:³⁴

- (a) Penundukan pada seluruh Hukum Perdata Eropa;
- (b) Penundukan pada sebagian hukum Perdata Eropa, yakni hanya pada hukum kekayaan harta benda saja (*vermogensrecht*), seperti yang dinyatakan berlaku bagi golongan Timur Asing bukan Tiong Hoa;
- (c) Penundukan secara “diam-diam”, yang mengandung maksud jika seorang bangsa Indonesia asli melakukan suatu perbuatan hukum yang tidak dikenal

³⁴ *Ibid.*, hal. 12.

didalam hukumnya sendiri, ia dianggap secara diam-diam menundukkan dirinya pada hukum Eropa.

Pemerintah Hindia Belanda melakukan kodifikasi atas hukum perdata dengan memuat sekumpulan peraturan perundang-undangan dalam suatu kitab yang bernama "*Burgerlijk Wetboek*" yang sekarang dikenal dengan istilah Kitab Undang-undang Hukum Perdata, selanjutnya disebut KUH Perdata Kitab hasil peninggalan warisan pemerintah Hindia Belanda ini hingga kini masih berlaku sebagai pedoman hukum materil. Adapun sistematika yang dipakai oleh KUH Perdata yang terdiri atas empat buku ini adalah sebagai berikut:

- Buku I yang berkepal "Perihal Orang", memuat hukum tentang diri seseorang dan Hukum Keluarga.
- Buku II yang berkepal "Perihal Benda", memuat hukum perbendaan serta Hukum Waris.
- Buku III yang berkepal "Perihal Perikatan", memuat hukum kekayaan yang mengenai hak-hak dan kewajiban yang berlaku terhadap orang-orang atau pihak-pihak tertentu.
- Buku IV yang berkepal "perihal pembuktian dan Lewat Waktu (Daluarsa), memuat perihal alat-alat pembuktian dan akibat lewat terhadap hubungan-hubungan hukum. Sedangkan Hukum Perdata menurut ilmu hukum sekarang ini, lazimnya dibagi dalam empat bagian, yaitu: ³⁵

(a) Hukum tentang Diri Seseorang; memuat peraturan-peraturan tentang manusia sebagai subyek dalam hukum, peraturan-peraturan perihal kecakapan untuk memiliki hak-hak dan kecakapan untuk bertindak

³⁵ *Ibid.*, hal. 16.

sendiri melaksanakan hak-haknya itu serta hal-hal yang mempengaruhi kecakapan-kecakapan itu.

- (b) Hukum Kekeluargaan; mengatur perihal hubungan-hubungan hukum yang timbul dari hubungan kekeluargaan.
- (c) Hukum Kekayaan; mengatur perihal hubungan-hubungan hukum yang dapat dinilai dengan uang.
- (d) Hukum Warisan; mengatur hal ikhwal tentang benda atau kekayaan seseorang jikalau ia meninggal.

2.2 PENGERTIAN PERJANJIAN

2.2.1. Pengertian Perjanjian

Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.³⁶ Berdasarkan definisi tersebut, maka dapat terlihat bahwa timbul hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan. Berdasarkan peristiwa tersebut, timbullah suatu hubungan antara dua orang atau dua pihak yang dinamakan perikatan, perjanjian itu menerbitkan suatu perikatan antara dua orang atau dua pihak yang membuatnya.³⁷

Menurut Prof. Subekti S.H., Perikatan adalah suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan tersebut. Sedangkan perikatan menurut Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) adalah suatu hubungan hukum

³⁶ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet.12, (Jakarta : PT. Intermasa, 1990) , hal.1.

³⁷ Dhaniswara K. Harjono, *Aspek Hukum Dalam Bisnis*, (Jakarta: Pusat Pengembangan Hukum dan Bisnis Indonesia, 2009), hal. 7.

antara dua orang yang memberi hak pada yang satu untuk menuntut barang sesuatu dari yang lainnya, sedangkan orang yang lainnya diwajibkan memenuhi tuntutan itu. Pihak yang berhak menuntut dinamakan pihak berpiutang atau “kreditur”, sedangkan pihak yang wajib memenuhi tuntutan dinamakan pihak berhutang atau “debitur”. Adapun barang yang dapat dituntut dinamakan “prestasi” yang menurut undang-undang dapat berupa:

1. Menyerahkan suatu barang
2. Melakukan perbuatan
3. Tidak melakukan suatu perbuatan

Suatu perikatan dapat lahir dari undang-undang dan dapat pula lahir dari perjanjian.³⁸

Hubungan antara perikatan dan perjanjian adalah perikatan sebagai bagian dari perjanjian, maka perjanjian akan mempunyai arti sebagai hubungan hukum atau perbuatan hukum yang mengikat antara dua orang atau lebih, yang salah satu pihak mempunyai hak atas pemenuhan prestasi sedangkan pihak lain mempunyai hak untuk memenuhi prestasi tersebut. Bila salah satu pihak dari pihak yang melakukan perjanjian tidak melaksanakan ataupun terlambat melaksanakan prestasi yang disepakatinya tersebut (wanprestasi), maka pihak yang dirugikan akibat dari wanprestasi tersebut dapat menuntut ganti rugi dalam bentuk biaya dan bunga yang pelunasannya di peroleh dari harta debiturnya. Pelaksanaan hak kreditur tersebut dapat dilakukan melalui putusan pengadilan.

Prof. Subekti, S.H., tidak membedakan pengertian perjanjian dengan persetujuan yang dalam bahasa Belanda lebih dikenal dengan nama *overeenkomst*, sebab menurut beliau, perjanjian dan persetujuan sama-sama mempunyai

³⁸ R. Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, cet.27, (Jakarta : PT. Intermasa, 1995), hal.22.

pengertian bahwa kedua belah pihak tersebut setuju untuk melakukan sesuatu yang telah di sepakati bersama, dengan begitu penggunaannya dapat saja secara bebas menggunakan perjanjian, persetujuan, kesepakatan, ataupun kontrak dalam menggambarkan hubungan hukum yang mengikat para pihak untuk melaksanakannya, ataupun sebaliknya penggunaan perjanjian, persetujuan ataupun kesepakatan pada hubungan yang tidak mempunyai konsekuensi hukum yang mengikat.³⁹

Prof. Arthur S Hartkamp dan Marianne M.M Tillema mendefinisikan perjanjian sebagai sebuah kontrak yang dibuat sebagai undang-undang dengan format yang tidak ditentukan, terdiri dari dua pihak atau lebih, yang menimbulkan hak pada satu pihak dan kewajiban pada pihak lain, atau dapat dikatakan menimbulkan hak dan kewajiban pada para pihak.⁴⁰

Hukum Perjanjian di Indonesia menganut ketentuan dari Belanda yang dapat dilihat dalam Buku III KUH Perdata. Belanda mendasarkan Hukum Perjanjian kedalam 3 (tiga) prinsip, yaitu:

- (a) Prinsip kewajiban para pihak, karena dalam hal ini perjanjian yang dibuat merupakan undang-undang yang berisi kewajiban-kewajiban bagi para pihak dan harus ditaati oleh pembuatnya yaitu para pihak dalam perjanjian.
- (b) Prinsip kebebasan berkontrak, dalam hal ini para pihak bebas membuat perjanjian dengan siapa saja dan para pihak bebas menentukan isi dari perjanjian, asalkan sesuai dengan undang-undang yang dipilih.
- (c) Prinsip Konsensualisme, merupakan prinsip yang menyatakan bahwa perjanjian pada umumnya tidak diadakan secara formal, melainkan cukup dengan adanya kesepakatan kedua belah pihak. Kesepakatan

³⁹ Ricardo Simanjuntak, *Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, (Jakarta: Mingguan Ekonomi dan Bisnis KONTAN, 2006), hal.50.

⁴⁰ Arthur S. Hartkamp, dan Marianne M.M. Tillema, *Contract Law In The Netherlands*, (Netherlands : Kluwer Law International, 1995), hal. 33.

adalah persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh kedua belah pihak.⁴¹

2.2.2. Syarat Sah Perjanjian

Aturan-aturan atau Pasal-Pasal dalam suatu kontrak yang dibuat secara sah oleh para pihak akan berlaku sebagai hukum yang mengikat para pihak yang dalam perjanjian. Hal ini sesuai dengan Pasal 1338 KUH Perdata yang menyatakan bahwa semua persetujuan yang dibuat sesuai dengan undang-undang berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya, Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang ditentukan oleh undang-undang. Persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik.

Terlihat jelas pada paragraf diatas bahwa penekanan terhadap sahnya suatu kontraklah yang akan membuat aturan-aturan yang dicapai dapat berlaku mengikat kepada para pihak dalam kontrak tersebut. Perjanjian atau kontrak dapat dinyatakan sah apabila telah memenuhi 4 syarat seperti yang tercantum dalam Pasal 1320 KUH Perdata yaitu :

1. Kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
3. Suatu pokok persoalan tertentu;
4. Suatu sebab yang tidak terlarang.

⁴¹ *Ibid.*, hal. 34.

2.2.3. Asas-Asas Perjanjian ⁴²

2.2.3.1. Asas Kebebasan Berkontrak (*freedom of contract*)

Asas kebebasan berkontrak dapat dianalisis dari ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, yang berbunyi: “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.” Asas ini merupakan suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk:

- (a) Membuat atau tidak membuat perjanjian;
- (b) Mengadakan perjanjian dengan siapa pun;
- (c) Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan, dan persyaratannya, serta
- (d) Menentukan bentuk perjanjiannya apakah tertulis atau lisan.

Latar belakang lahirnya asas kebebasan berkontrak adalah adanya paham individualisme yang secara embrional lahir dalam zaman Yunani, yang diteruskan oleh kaum Epicuristen dan berkembang pesat dalam zaman *renaissance* melalui antara lain ajaran-ajaran Hugo de Grecht, Thomas Hobbes, John Locke dan J.J. Rosseau. Menurut paham individualisme, setiap orang bebas untuk memperoleh apa saja yang dikehendakinya. Dalam hukum kontrak asas ini diwujudkan dalam “kebebasan berkontrak”. Teori *laisbet fair in* menganggap bahwa *the invisible hand* akan menjamin kelangsungan jalannya persaingan bebas. Karena pemerintah sama sekali tidak boleh mengadakan intervensi didalam kehidupan sosial ekonomi masyarakat. Paham individualisme memberikan peluang yang luas kepada golongan kuat ekonomi untuk menguasai golongan lemah ekonomi. Pihak yang kuat menentukan kedudukan pihak yang lemah. Pihak yang lemah berada dalam

⁴² Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2001), hal 83.

cengkeraman pihak yang kuat seperti yang diungkap dalam *exploitation de homme par l'homme*.⁴³

Pada akhir abad ke-19, akibat desakan paham etis dan sosialis, paham individualisme mulai pudar, terlebih-lebih sejak berakhirnya Perang Dunia II. Paham ini kemudian tidak mencerminkan keadilan. Masyarakat menginginkan pihak yang lemah lebih banyak mendapat perlindungan. Oleh karena itu, kehendak bebas tidak lagi diberi arti mutlak, akan tetapi diberi arti relatif dikaitkan selalu dengan kepentingan umum. Pengaturan substansi kontrak tidak semata-mata dibiarkan kepada para pihak namun perlu juga diawasi. Pemerintah sebagai pengemban kepentingan umum menjaga keseimbangan kepentingan individu dan kepentingan masyarakat. Melalui penerobosan hukum kontrak oleh pemerintah maka terjadi pergeseran hukum kontrak ke bidang hukum publik. Oleh karena itu, melalui intervensi pemerintah inilah terjadi pemasyarakatan (*vermastchappelijking*) hukum kontrak/perjanjian.

2.2.3.2. Asas Konsensualisme (*consensualism*)

Asas konsensualisme dapat disimpulkan dalam Pasal 1320 ayat (1) KUH Perdata Pada pasal tersebut ditentukan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian adalah adanya kata kesepakatan antara kedua belah pihak. Asas ini merupakan asas yang menyatakan bahwa perjanjian pada umumnya tidak diadakan secara formal, melainkan cukup dengan adanya kesepakatan kedua belah pihak. Kesepakatan adalah persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh kedua belah pihak. Asas konsensualisme muncul diilhami dari hukum Romawi dan hukum Jerman. Didalam hukum Jerman tidak dikenal istilah asas konsensualisme, tetapi

⁴³ Salim H.S, SH, MS, "*Hukum Kontrak: Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*," Cet. II, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hal. 3.

lebih dikenal dengan sebutan perjanjian riil dan perjanjian formal. Perjanjian riil adalah suatu perjanjian yang dibuat dan dilaksanakan secara nyata (dalam hukum adat disebut secara kontan). Sedangkan perjanjian formal adalah suatu perjanjian yang telah ditentukan bentuknya, yaitu tertulis (baik berupa akta otentik maupun akta bawah tangan). Dalam hukum Romawi dikenal istilah *contractus verbis literis* dan *contractus innominat*. Yang artinya bahwa terjadinya perjanjian apabila memenuhi bentuk yang telah ditetapkan. Asas konsensualisme yang dikenal dalam KUH Perdata adalah berkaitan dengan bentuk perjanjian.⁴⁴

2.2.3.3. Asas Kepastian Hukum (*pacta sunt servanda*)

Asas kepastian hukum atau disebut juga dengan asas *pacta sunt servanda* merupakan asas yang berhubungan dengan akibat perjanjian. Asas *pacta sunt servanda* merupakan asas bahwa hakim atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, sebagaimana layaknya sebuah undang-undang. Mereka tidak boleh melakukan intervensi terhadap substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak. Asas *pacta sunt servanda* dapat disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata Asas ini pada mulanya dikenal dalam hukum gereja. Dalam hukum gereja itu disebutkan bahwa terjadinya suatu perjanjian bila ada kesepakatan antar pihak yang melakukannya dan dikuatkan dengan sumpah. Hal ini mengandung makna bahwa setiap perjanjian yang diadakan oleh kedua pihak merupakan perbuatan yang sakral dan dikaitkan dengan unsur keagamaan. Namun, dalam perkembangan selanjutnya asas *pacta sunt servanda* diberi arti sebagai *pactum*, yang berarti sepakat yang tidak perlu dikuatkan dengan sumpah dan tindakan formalitas lainnya. Sedangkan istilah *nudus pactum* sudah cukup dengan kata sepakat saja.

⁴⁴ *Ibid.*, hal. 9.

2.2.3.4. Asas Itikad Baik (*good faith*)

Asas itikad baik tercantum dalam Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata yang berbunyi: “Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik.” Asas ini merupakan asas bahwa para pihak, yaitu pihak kreditur dan debitur harus melaksanakan substansi kontrak berdasarkan kepercayaan atau keyakinan yang teguh maupun kemauan baik dari para pihak. Asas itikad baik terbagi menjadi dua macam, yakni *itikad baik nisbi* dan *itikad baik mutlak*. Pada itikad yang pertama, seseorang memperhatikan sikap dan tingkah laku yang nyata dari subjek. Pada itikad yang kedua, penilaian terletak pada akal sehat dan keadilan serta dibuat ukuran yang obyektif untuk menilai keadaan (penilaian tidak memihak) menurut norma-norma yang obyektif. Berbagai putusan Hoge Raad (HR) yang erat kaitannya dengan penerapan asas itikad baik dapat diperhatikan dalam kasus-kasus posisi berikut ini. Kasus yang paling menonjol adalah kasus Sarong Arrest dan Mark Arrest. Kedua arrest ini berkaitan dengan turunnya nilai uang (devaluasi) Jerman setelah Perang Dunia I.⁴⁵

Kasus Sarong Arrest: Pada tahun 1918 suatu firma Belanda memesan pada pengusaha Jerman sejumlah sarong dengan harga sebesar 100.000 gulden. Karena keadaan memaksa sementara, penjual dalam waktu tertentu tidak dapat menyerahkan pesanan. Setelah keadaan memaksa berakhir, pembeli menuntut pemenuhan prestasi. Tetapi sejak diadakan perjanjian keadaan sudah banyak berubah dan penjual bersedia memenuhi pesanan tetapi dengan harga yang lebih tinggi, sebab apabila harga tetap sama maka penjual akan menderita kerugian,

⁴⁵ *Ibid.*, hal. 11.

yang berdasarkan itikad baik antara para pihak tidak dapat dituntut darinya.⁴⁶

Pembelaan yang penjual ajukan atas dasar Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata dikesampingkan oleh HR dalam arrest tersebut. Menurut putusan HR tidak mungkin satu pihak dari suatu perikatan atas dasar perubahan keadaan bagaimanapun sifatnya, berhak berpatokan pada itikad baik untuk mengingkari janjinya yang secara jelas dinyatakan HR masih memberi harapan tentang hal ini dengan memformulasikan: mengubah inti perjanjian atau mengesampingkan secara keseluruhan. Dapatkah diharapkan suatu putusan yang lebih ringan, jika hal itu bukan merupakan perubahan inti atau mengesampingkan secara keseluruhan. Putusan HR ini selalu berpatokan pada saat dibuatnya oleh para pihak Apabila pihak pemesan sarong sebanyak yang dipesan maka penjual harus melaksanakan isi perjanjian tersebut, karena didasarkan bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik.

Kasus Mark Arrest: Sebelum Perang Dunia I, seorang warganegara Jerman memberi sejumlah pinjaman uang kepada seorang warganegara Belanda pada tahun 1924. dari jumlah tersebut masih ada sisa pinjaman tetapi karena sebagai akibat peperangan nilai Mark sangat menurun, maka dengan jumlah sisa tersebut hampir tidak cukup untuk membeli prangko sehingga dapat dimengerti kreditur meminta pembayaran jumlah yang lebih tinggi atas dasar devaluasi tersebut. Namun, Pasal 1757 KUH Perdata menyatakan “Jika saat pelunasan terjadi suatu kenakan atau kemunduran harga atau ada perubahan mengenai berlakunya mata

⁴⁶ S. Imran. “Asas-asas Dalam Berkontrak: Suatu Tinjauan Historis Yuridis Pada Hukum Perjanjian,” <<http://www.legalitas.org/node/202>>, 8 Juni 2007.

uang maka pengembalian jumlah yang dipinjam harus dilakukan dalam mata uang yang berlaku pada saat itu.” Hoge Raad menimbang bahwa tidak nyata para pihak pada waktu mengadakan perjanjian bermaksud untuk mengesampingkan ketentuan yang bersifat menambah dan memutuskan bahwa orang Belanda cukup mengembalikan jumlah uang yang sangat kecil itu. Menurut Hakim pada badan peradilan tertinggi ini, tidak berwenang atas dasar itikad baik atau kepatutan mengambil tindakan terhadap undang-undang yang bersifat menambah. Putusan Mark Arrest ini sama dengan Sarong Arrest bahwa hakim terikat pada asas itikad baik, artinya hakim dalam memutus perkara didasarkan pada saat terjadinya jual beli atau saat penjam-meminjam uang. Apabila orang Belanda meminjam uang sebanyak 1000 gulden, maka orang Belanda tersebut harus mengembalikan sebanyak jumlah uang diatas, walaupun dari pihak peminjam berpendapat bahwa telah terjadi devaluasi uang. Berbeda dengan kondisi di Indonesia pada tahun 1997 dimana kondisi negara pada saat itu mengalami krisis moneter dan ekonomi. Pihak perbankan telah mengadakan perubahan suku bunga bank secara sepihak tanpa diberitahu kepada nasabah. Pada saat perjanjian kredit dibuat, disepakati suku bunga bank sebesar 16 % per tahun, akan tetapi setelah terjadi krisis moneter, suku bunga bank naik menjadi 21-24 % per tahun. Hal ini menandakan bahwa pihak nasabah berada pada pihak yang dirugikan karena kedudukan nasabah berada pada posisi yang lemah (*low bargaining position*). Oleh karena itu, pada masa-masa yang akan datang pihak kreditur harus melaksanakan isi kontrak sesuai dengan yang telah disepakatinya, yang dilandasi pada asas itikad baik.⁴⁷

⁴⁷ *Loc. cit.*

2.2.3.5. Asas Kepribadian (*personality*)

Asas kepribadian merupakan asas yang menentukan bahwa seseorang yang akan melakukan dan/atau membuat kontrak hanya untuk kepentingan perseorangan saja. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 1315 dan Pasal 1340 KUH Perdata. Pasal 1315 KUH Perdata menegaskan: “Pada umumnya seseorang tidak dapat mengadakan perikatan atau perjanjian selain untuk dirinya sendiri.” Inti ketentuan ini sudah jelas bahwa untuk mengadakan suatu perjanjian, orang tersebut harus untuk kepentingan dirinya sendiri. Pasal 1340 KUH Perdata berbunyi: “Perjanjian hanya berlaku antara pihak yang membuatnya.” Hal ini mengandung maksud bahwa perjanjian yang dibuat oleh para pihak hanya berlaku bagi mereka yang membuatnya. Namun demikian, ketentuan itu terdapat pengecualiannya sebagaimana diinfridusir dalam Pasal 1317 KUH Perdata yang menyatakan: “Dapat pula perjanjian diadakan untuk kepentingan pihak ketiga, bila suatu perjanjian yang dibuat untuk diri sendiri, atau suatu pemberian kepada orang lain, mengandung suatu syarat semacam itu.” Pasal ini mengkonstruksikan bahwa seseorang dapat mengadakan perjanjian/kontrak untuk kepentingan pihak ketiga, dengan adanya suatu syarat yang ditentukan. Sedangkan di dalam Pasal 1318 KUH Perdata, tidak hanya mengatur perjanjian untuk diri sendiri, melainkan juga untuk kepentingan ahli warisnya dan untuk orang-orang yang memperoleh hak daripadanya. Jika dibandingkan kedua pasal itu maka Pasal 1317 KUH Perdata mengatur tentang perjanjian untuk pihak ketiga, sedangkan dalam Pasal 1318 KUH Perdata untuk kepentingan dirinya sendiri, ahli warisnya dan orang-orang yang memperoleh hak dari yang membuatnya. Dengan demikian, Pasal 1317 KUH Perdata mengatur tentang pengecualiannya, sedangkan Pasal 1318 KUH Perdata memiliki ruang lingkup yang luas.

2.2.3.6. Asas Kepercayaan

Seseorang yang mengadakan perjanjian dengan pihak lain, menumbuhkan kepercayaan diantara kedua pihak itu bahwa satu sama lain akan memegang janjinya, dengan kata lain akan memenuhi prestasinya di belakang hari. Tanpa adanya kepercayaan itu, maka perjanjian tidak mungkin akan diadakan oleh para pihak. Dengan kepercayaan ini kedua pihak mengikatkan dirinya dan untuk keduanya perjanjian itu mempunyai kekuatan mengikat sebagai undang-undang.

2.2.3.7. Asas Kekuatan Mengikat

Terikatnya para pihak dalam perjanjian itu tidak semata-mata terbatas pada apa yang diperjanjikan tetapi juga terhadap beberapa unsur lain sepanjang dikehendaki oleh kebiasaan dan kepatutan serta moral. Asas ini mengandung arti perjanjian mengikat para pihak yang membuatnya dan para pihak tersebut setuju untuk mengikatkan diri pada perjanjian tersebut seperti undang-undang.

2.2.3.8. Asas Persamaan Hukum

Asas ini menempatkan para pihak didalam persamaan derajat, tidak ada perbedaan, walaupun ada perbedaan kulit, bangsa, kekayaan, kekuasaan, jabatan, dan lain-lain. Pada prinsipnya semua orang dipandang sama di hadapan hukum yang berlaku.

2.2.3.9. Asas Keseimbangan

Asas ini menghendaki kedua pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian itu. Kreditur mempunyai kekuatan untuk menuntut prestasi dan jika diperlukan dapat menuntut pelunasan prestasi melalui kekayaan debitur, namun kreditur

memikul pula beban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan itikad baik. Dapat dilihat disini bahwa kedudukan kreditur yang kuat diimbangi dengan kewajibannya untuk memperhatikan itikad baik sehingga kedudukan kreditur dan debitur seimbang.

2.2.3.10. Asas Moral

Asas moral ini terikat dalam perikatan wajar, yaitu suatu perbuatan sukarela dari seseorang tidak dapat menuntut hak baginya untuk menggugat prestasi dari pihak debitur. Hal ini terlihat dalam *zaakwarneming*, yaitu seseorang melakukan perbuatan dengan sukarela (moral). Yang bersangkutan mempunyai kewajiban hukum untuk meneruskan dan menyelesaikan perbuatannya. Salah satu faktor yang memberikan motivasi pada yang bersangkutan melakukan perbuatan hukum itu adalah didasarkan pada kesusilaan (moral) sebagai panggilan hati nuraninya.

2.2.3.11. Asas Kepatutan

Asas kepatutan tertuang dalam Pasal 1339 KUH Perdata Asas ini berkaitan dengan ketentuan mengenai isi perjanjian yang diharuskan oleh kepatutan berdasarkan sifat perjanjiannya.

2.2.3.12. Asas Kebiasaan

Asas ini dipandang sebagai bagian dari perjanjian. Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk apa yang secara tegas diatur, akan tetapi juga hal-hal yang menurut kebiasaan lazim diikuti.

2.2.3.13. Asas Perlindungan

Asas perlindungan mengandung pengertian bahwa antara debitur dan kreditur harus dilindungi oleh hukum. Namun, yang perlu mendapat perlindungan itu adalah pihak debitur karena pihak ini berada pada posisi yang lemah. Asas-asas inilah yang menjadi dasar pijakan dari para pihak dalam menentukan dan membuat suatu kontrak/perjanjian dalam kegiatan hukum sehari-hari. Dengan demikian dapat dipahami bahwa keseluruhan asas diatas merupakan hal penting dan mutlak harus diperhatikan bagi pembuat perjanjian sehingga tujuan akhir dari suatu kesepakatan dapat tercapai dan terlaksana sebagaimana diinginkan oleh para pihak.

2.2.4. Jenis-Jenis Perjanjian

Ada beberapa jenis perjanjian yaitu :⁴⁸

2.2.4.1. Perjanjian menurut sumbernya;

- a. Perjanjian yang bersumber dari hukum keluarga, contoh perkawinan;
- b. Perjanjian yang bersumber dari kebendaan, contoh Peralihan Hak Milik;
- c. Perjanjian obligatoir, yaitu perjanjian yang menimbulkan kewajiban;
- d. Perjanjian yang bersumber dari Hukum Acara (*bewijs overeenskomst*);
- e. Perjanjian yang bersumber dari Hukum Publik (*publiekerchtelicke overeenskomst*).

2.2.4.2. Perjanjian Menurut Namanya

- a. Kontrak *Nominaat* (bernama)

Kontrak *Nominaat* merupakan kontrak yang di kenal dalam KUH Perdata, contoh : jual beli, tukar menukar, sewa menyewa, pinjam pakai, dan lain-lain;

⁴⁸ Harjono, *op. cit.*, hal. 12.

b. Kontrak *Innominaat* (tidak bernama)

Kontrak *Innominaat* adalah kontrak yang timbul, tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, contoh : Leasing, Franchise, Production Sharing, dan lain-lain.

2.2.4.3. Perjanjian Menurut Bentuknya

Perjanjian menurut bentuknya dalam Pasal 1320 dan Pasal 1682 KUH Perdata, yaitu :

- a. Perjanjian tertulis;
- b. Perjanjian tidak tertulis.

2.2.4.4. Perjanjian Timbal Balik:

Perjanjian timbal balik terdiri dari:

- a. Perjanjian timbal balik tidak sempurna, yang selalu menimbulkan kewajiban pokok bagi satu pihak, sedangkan pihak lainnya wajib melakukan sesuatu.
- b. Perjanjian sepihak, merupakan perjanjian yang selalu timbul kewajiban hanya bagi satu pihak.

2.2.4.5. Perjanjian Cuma-Cuma

Perjanjian Cuma-Cuma, yaitu :

- a. Perjanjian Cuma-Cuma merupakan perjanjian yang menurut hukum hanyalah timbul keuntungan bagi salah satu pihak. Contoh : hadiah dan pinjam pakai;
- b. Perjanjian dengan alas hak yang membebani, yaitu merupakan perjanjian, disamping prestasi pihak yang satu, senantiasa ada prestasi dari pihak lain.

2.2.4.6. Perjanjian Berdasarkan Sifatnya

- a. Perjanjian kebendaan, adalah suatu perjanjian dimana hak kebendaan ditimbulkan, diubah atau dilenyapkan, contoh perjanjian pembebanan jaminan;
- b. Perjanjian Obligatoir, yaitu perjanjian yang menimbulkan kewajiban dari para pihak.

2.2.4.7. Perjanjian Dari Aspek Larangannya

Perjanjian dari aspek larangannya menurut Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang anti monopoli, yaitu :

- a. Perjanjian oligopoli;
- b. Perjanjian penetapan harga;
- c. Perjanjian dengan harga yang berbeda;
- d. Perjanjian dengan harga di bawah pasar;
- e. Perjanjian bersyarat;
- f. Perjanjian pembagian wilayah;
- g. Perjanjian pemboikotan;
- h. Perjanjian kartel;
- i. Perjanjian trust;
- j. Perjanjian oligopsoni;
- k. Perjanjian integrasi vertikal;
- l. Perjanjian tertutup;
- m. Perjanjian dengan pihak luar negeri yang dapat mengakibatkan praktek monopoli dan atau persaingan tidak sehat.

2.3 PERJANJIAN YANG MEMPUNYAI KONSEKUENSI HUKUM

Buku III KUH Perdata menyebutkan bahwa perikatan merupakan suatu hubungan hukum (mengenai kekayaan harta benda) antara dua orang, yang memberi hak pada yang satu untuk menuntut sesuatu dari yang lainnya, sedangkan orang yang lainnya ini diwajibkan memenuhi tuntutan itu. Buku II KUH Perdata mengatur perihal hubungan-hubungan hukum antara orang dengan benda (hak-hak perbedaan). Sedangkan dalam Buku III mengatur perihal hubungan-hubungan hukum antara orang dengan orang (hak-hak perorangan), meskipun nanti yang menjadi hak adalah suatu benda. Oleh karena sifat hukum yang termuat dalam

Buku III itu selalu berupa tuntutan-menuntut, maka isi buku III itu juga dinamakan “hukum perhutangan”. Pihak yang dapat menuntut dinamakan pihak berpiutang atau “kreditur”, sedangkan pihak yang wajib memenuhi tuntutan itu disebut pihak berhutang atau “debitur”. Adapun barang yang dapat di menuntut disebut “prestasi,” yang menurut Undang-Undang berupa :

1. Menyerahkan suatu barang
2. Melakukan suatu perbuatan
3. Tidak melakukan suatu perbuatan

Mengenai sumber-sumber perikatan, oleh Undang-Undang di terangkan, bahwa suatu perikatan dapat lahir dari suatu persetujuan (perjanjian) atau dari Undang-Undang. Perikatan yang lahir dari Undang-Undang dibagi atas perikatan yang lahir dari undang-undang saja dan perikatan yang lahir karena perbuatan orang, yang dibagi lagi atas perbuatan yang diperbolehkan dan perbuatan yang berlawanan dengan hukum. Apabila seseorang berhutang dan tidak memenuhi kewajibannya, menurut hukum ia melakukan “wanprestasi” yang menyebabkan ia dapat di gugat didepan hukum. Dalam hukum berlaku asas, orang tidak boleh main hakim sendiri. Seorang berpiutang yang menghendaki pelaksanaan suatu perjanjian dari seorang berhutang, yang tidak memenuhi kewajibannya, harus meminta perantaraan pengadilan. Tetapi sering terjadi dari awal si berhutang sendiri sudah memberikan persetujuannya, kalau ia sampai lalai, si berpiutang berhak melaksanakan sendiri hak-haknya menurut perjanjian, dengan tidak usah meminta perantaraan hakim, dan hal tersebut dinamakan “*parate executie*” orang yang berhutang memberikan tanggungan gadai sejak semula telah memberikan izin sejak semula jika ia lalai, barang tanggungan boleh dijual oleh si berpiutang dan hasilnya sebagai pelunasan hutang tersebut. Begitu juga dengan seorang pemberi hipotik dengan “*beding van eigenmachtige verkoop.*”

Hal tersebut menyimpulkan bahwa pada dasarnya perjanjian dapat dibagi menjadi dua, yaitu perjanjian yang mempunyai konsekuensi hukum atau akibat hukum dan perjanjian yang tidak memiliki konsekuensi hukum. Perjanjian yang mempunyai konsekuensi hukum terbagi kedalam perjanjian yang memiliki konsekuensi hukum yang sempurna dan tidak sempurna. Contoh perjanjian yang mempunyai konsekuensi hukum yang tidak sempurna adalah *Natuurlijke Verbintenis* (Perikatan Alam), yang tidak diuraikan secara tegas dalam KUH Perdata. Satu-satunya pasal yang memakai perkataan tersebut, ialah Pasal 1359 ayat (2), yang hanya menerangkan, bahwa terhadap “*Natuurlijke Verbintenis*” yang secara sukarela dipenuhi (dibayar), tidaklah diperkenankan untuk meminta kembali apa yang telah dibayarkannya itu, dengan kata lain apa yang setelah dibayarkan itu tetap menjadi hak si berpiutang, karena pembayaran itu dianggap sah.

Natuurlijke Verbintenis merupakan perikatan yang berada ditengah-tengah antara perikatan moral atau kepatutan dan suatu perikatan hukum, atau boleh juga dikatakan, suatu perikatan hukum yang tidak sempurna. Suatu perikatan hukum yang sempurna selalu dapat di tagih dan di tuntutan pelaksanaannya di depan hakim. Tidak demikian dengan halnya dengan *Natuurlijke Verbintenis*, yang mana suatu hutang dianggap ada, tetapi hak untuk menuntut pembayaran tidak ada. jadi tergantung pada si berhutang apakah ia hendak memenuhinya atau tidak, atau ia hendak menjadikannya suatu perikatan hukum biasa atau tidak, itu semua terserah si berhutang.

Jika sudah ada kesepakatan, bahwa *Natuurlijke Verbintenis* adalah suatu perikatan hukum yang tidak sempurna, maka konsekuensinya dapat dibikin sempurna. Misalnya dengan jalan pembaruan hutang (*novatie*) atau dengan mengadakan penanggungan hutang (*borgtocht*). Kecuali jika undang-undang melarangnya, sebagaimana dalam pasal 1790 KUH Perdata, yang melarang untuk

membaharui hutang yang terjadi karena perjudian. Beberapa hal yang termasuk golongan *Natuurlijke Verbintenis* yaitu :

- a. Hutang-hutang yang terjadi karena perjudian, perjudian oleh pasal 1788 KUH Perdata tidak diizinkan menuntut pembayaran.
- b. Pembayaran bunga dalam hal pinjaman uang yang tidak semata-mata diperjanjikan, jika si berhutang membayar bunga yang tidak di perjanjikan itu, ia tak dapat memintanya kembali kecuali jika apa yang telah dibayarkannya itu melampaui bunga menurut Undang-Undang (6 *prosen*).
- c. Sisa hutang seorang pailit, setelah dilakukan pembayaran menurut perdamaian (*accoord*).⁴⁹

Perjanjian yang tidak memiliki konsekuensi hukum adalah bentuk kesepakatan yang memang tidak dimaksudkan untuk memiliki kekuatan hukum yang mengikat para pihak, sehingga tidak dimaksudkan untuk menghukum para pihak yang tidak melaksanakannya, untuk melakukan ganti rugi dari harta kekayaan miliknya. Sebagai contoh dari perjanjian yang tidak mempunyai konsekuensi hukum adalah, dimana seorang anak berjanji untuk menemani ibunya ke pasar akan tetapi ternyata janji tersebut tidak dapat terlaksana, dikarenakan sesuatu hal. Perjanjian tersebut tidak mempunyai konsekuensi hukum di karenakan apabila tidak dipenuhinya janji maka akibatnya hanya berupa hukuman moral bukan hukuman seperti yang diatur pada hukum positif.

Ada bentuk kesepakatan lain selain dari perjanjian yang dikenal dengan *Memorandum of Understanding* atau disebut juga nota kesepahaman merupakan suatu bagian yang tidak terpisahkan dalam kehidupan bisnis dan hukum. Banyak orang, perusahaan atau para pelaku bisnis, memakai istilah itu untuk aktivitas bisnisnya. Akan tetapi seringkali istilah tersebut menimbulkan kerancuan. Orang banyak merasa rancu untuk membedakan antara pengertian *Memorandum of*

⁴⁹ Futuhul Ilmi, *Perjanjian*, <<http://paper-fifacom.blogspot.com/2009/10/perjanjian.html>>, 6 Oktober 2009.

Understanding (MOU) dengan sebuah perjanjian. Secara gramatikal *Memorandum of Understanding* (MoU) berarti sebuah nota kesepahaman, dan dikenal sebagai janji-janji pra kontrak (*preliminary negotiation*). Sedangkan berdasarkan Black's Law Dictionary *Memorandum of Understanding* (MoU) berasal dari dua kata, yaitu: *Memorandum* dan *Understanding*. *Memorandum, is to serve a basis of future formal contract* (merupakan dasar untuk memulai penyusunan kontrak secara formal di masa yang akan datang); dan *Understanding, an implied agreement resulting from the express term of another agreement, whether written or oral* (merupakan pernyataan persetujuan secara tidak langsung terhadap hubungannya dengan persetujuan lain, baik secara lisan maupun tertulis).⁵⁰

Munir Fuady memberikan definisi MoU sebagai perjanjian pendahuluan, yang nanti akan dijabarkan dan diuraikan dengan perjanjian lainnya yang memuat aturan dan persyaratan secara lebih detail. Sebab itu materi MoU berisi hal-hal yang pokok saja. Adapun Erman Radjagukguk menyatakan MoU sebagai dokumen yang memuat saling pengertian dan pemahaman para pihak sebelum dituangkan dalam perjanjian yang formal yang mengikat kedua belah pihak. Oleh sebab itu muatan MoU harus dituangkan kembali dalam perjanjian sehingga menjadi kekuatan yang mengikat.⁵¹

Dari definisi tersebut dapat kita simpulkan unsur-unsur yang terkandung dalam MOU, yaitu:

1. Merupakan perjanjian pendahuluan;
2. Muatan materi merupakan hal-hal yang pokok;
3. Muatan materi dituangkan dalam kontrak/perjanjian.

⁵⁰ Harjono. *Op. cit.*, hal. 37.

⁵¹ Dyah Aryani P, *Sekilas Tentang Memorandum of Understanding* , <<http://mediabersama.com>>, Minggu, 21 September 2008, 11:30

Sejauh mana perbedaan *Memorandum of Understanding* (MoU) lebih menunjuk kepada bentuk kesamaan pandangan bagi para pihak pembuatnya. Kesamaan pandangan bagi para pihak dan kesamaan kehendak yang kemudian diwujudkan dalam bentuk tertulis. Adanya kesepakatan itu bisa menimbulkan akibat bisnis bagi para pihak tergantung sejauh mana para pihak saling bersepaham, namun belum mempunyai akibat hukum. MoU ibarat ikatan pertunangan diantara dua orang yang dapat diputus oleh salah satu pihak dan bila pertunangan itu diputus atau tidak diwujudkan dalam tali perkawinan, tidak membawa konsekuensi hukum apapun. Berbeda halnya dengan Perjanjian yang ibarat perkawinan tidak dapat diputus begitu saja tanpa adanya putusan hukum dimana pemutusan itu menimbulkan akibat hukum terhadap anak dan harta.

Dalam MoU, kesepakatan para pihak yang tertuang dalam bentuk tertulis dimaksudkan sebagai pertemuan keinginan antara pihak yang membuatnya. Sedangkan akibat dari *Memorandum of Understanding* apakah ada dan mengikat kepada para pihak, sangat tergantung dari kesepakatan awal pada saat pembuatan dari *Memorandum of Understanding* tersebut. Karena tidak ada peraturan perundang-undangan yang secara khusus mengatur tentang kekuatan mengikat dari MoU, yang ada hanya ketentuan mengenai syarat-syarat sahnyanya perjanjian dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Ikatan yang muncul dalam MoU adalah ikatan moral yang berlandaskan etika bisnis, sedangkan ikatan dalam perjanjian merupakan ikatan hukum yang berlandaskan pada aturan hukum dan pada kesepakatan para pihak yang dipersamakan dengan hukum.

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

tetapi juga hukum. Melihat MoU dari Segi Teoritis, maka: menurut Teori Klasik, MoU dianggap sebagai *Gentlement Agreement*, belum mengikat karena belum terjadi kontrak karena unsur 'hal tertentu' belum tercapai; sedangkan menurut Teori Modern, MoU dianggap sebagai *Agreement is Agreement*, sehingga sudah mengikat, karena teori modern cenderung menghapuskan syarat-syarat formal. Sebagai ikatan hukum pengertian perjanjian atau *agreement* merupakan pertemuan keinginan (kesepakatan yang dicapai) oleh para pihak yang memberikan konsekuensi hukum yang mengikat kepada para pihak, untuk melaksanakan poin-poin kesepakatan dan apabila salah satu pihak ingkar janji atau wanprestasi, maka pihak yang wanprestasi tersebut diwajibkan untuk mengganti kerugian kepada pihak yang dirugikan sebagaimana disepakati dalam perjanjian. Sedangkan pada MoU tidak ada kewajiban yang demikian.

Ada dua pendapat mengenai kekuatan mengikat dari MoU. Pertama, pendapat yang menyatakan bahwa MoU kekuatan mengikat dan memaksa sama halnya dengan perjanjian itu sendiri. Walaupun secara khusus tidak ada pengaturan tentang MoU dan materi muatan MoU itu diserahkan kepada para pihak yang membuatnya serta bahwa MoU adalah merupakan perjanjian pendahuluan, bukan berarti MoU tersebut tidak mempunyai kekuatan mengikat dan memaksa bagi para pihak untuk mentaatinya dan/atau melaksanakannya.

Seperti telah diketahui bahwa ketentuan Pasal 1338 KUH Perdatadata menjadi dasar hukum bagi kekuatan mengikat MoU itu. Menurut Pasal 1338 KUH Perdatadata, setiap perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi para pembuatnya. Dengan kata lain jika MoU itu telah dibuat secara sah, memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian sebagaimana disebut dalam Pasal 1320 KUH Perdatadata mengenai syarat sah perjanjian, maka kedudukan dan/atau keberlakuan MoU bagi para pihak dapat disamakan dengan sebuah undang-undang

yang mempunyai kekuatan mengikat dan memaksa. Tentu saja pengikat itu hanya menyangkut dan sebatas pada hal-hal pokok yang termuat dalam MoU.

Kedua, pendapat yang menyatakan dengan menitikberatkan MoU sebagai sebuah perjanjian pendahuluan sebagai bukti awal suatu kesepakatan yang memuat hal-hal pokok, serta yang harus diikuti oleh perjanjian lain, maka walaupun pengaturan MoU tunduk pada ketentuan perikatan dalam KUH Perdata, kekuatan mengikat MoU hanya sebatas moral saja. Dengan kata lain pula MoU merupakan *Gentlement Agreement*.

Dalam hal terjadi pelanggaran dalam pelaksanaan MoU. Kita harus memperhatikan dua pendapat yang telah dijelaskan sebelumnya. Jika kita menganut pendapat yang pertama, yang menyatakan bahwa kekuatan mengikat MoU sama dengan perjanjian bersifat memaksa bagi para pihak, maka dalam hal terjadi wan prestasi atau kelalaian dari para pihak atas kesepakatan mengenai hal-hal pokok tadi, pihak yang lain dapat melakukan upaya hukum perdata atas dasar gugatan wan prestasi atau ingkar janji. Sedangkan jika kita menganut pendapat kedua, dimana kekuatan mengikat MoU hanya sebatas *moral obligation* saja, maka para pihak cenderung akan menghindari melakukan upaya hukum.

Atas kedua pendapat tersebut di atas, pilihan diserahkan pada masing-masing pihak. Yang pasti jika ada perbedaan penafsiran dari para pihak tentang kekuatan mengikat MoU ini, maka menurut saya pihak yang menganut pendapat pertama tetap dapat melakukan upaya hukum perdata ke pengadilan jika pihak lain yang melakukan ingkar janji atas MoU menjadi penganut pendapat yang kedua.

Pengaturan MoU antar Negara, pada saat ini di Indonesia juga mengacu pada ketentuan UU No.24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional dan dalam menuliskan bentuk kesepakatan tersebut mengacu kepada ketentuan dalam UU No.24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara serta Lagu

Kebangsaan dimana diatur mengenai penggunaan bahasa Indonesia dalam penulisannya selain juga digunakan bahasa asing.

Selain istilah MOU ada juga istilah *Letter of Intent* (LoI) yang sering juga disebut *memorandum of intent* secara teori dimaksudkan sebagai kesepakatan yang tidak mempunyai konsekuensi hukum yang mengikat. Dengan kalimat lain, *letter of intent* ini sering diberikan sebagai langkah awal untuk memulai negosiasi untuk menuju kepada pembentukan Perjanjian. Dalam *Black's Law Dictionary* pengertian *Letter of Intent* disamakan dengan pengertian *Memorandum of Understanding*, yaitu:

*A written statement detailing the preliminary understanding of parties who plan to enter into contract or some other agreements.*⁵²

Atau diberikan juga pengertian lain dari *Letter of Intent* dengan menekankan aspek tidak mengikat secara hukum, sebagai berikut:

*A noncommittal writing preliminary to a contract.*⁵³

Selanjutnya *Black's Law Dictionary* menjelaskan tentang status hukum dari *Letter of Intent* sebagai berikut:

*A letter of intent is not meant to be binding and does not hinder the parties from bargaining with the third party. Business people typically mean not to be bound by a letter of intent, and courts ordinarily do not enforce one.*⁵⁴

⁵² *Ibid.*, hal. 43.

⁵³ *Loc. cit.*

⁵⁴ *Loc. cit.*

Istilah lain adalah *Letter of Comfort* yang merupakan surat atau dokumen yang berisikan pernyataan sikap mendukung (*expression of policy*) ataupun bentuk penilaian positif dari seseorang terhadap seseorang lainnya, yang diberikan kepada pihak lain yang membutuhkannya dengan tujuan agar dukungan atau rekomendasi tersebut dapat semakin menambah keyakinan bagi pihak penerima tersebut untuk memutuskan apakah akan meneruskan atau menghentikan hubungan hukum, baik misalnya dalam pemberian fasilitas kredit. *Letter of Comfort* bukanlah bagian dari lembaga penjaminan, melainkan hanya suatu sarana alternatif untuk memberikan kesempatan kepada pihak penerima *Letter of Comfort* tersebut untuk mengenal lebih jauh orang yang akan diberikan kepercayaan.

Dari uraian tersebut di atas dapat diketahui bahwa, keinginan para pihak untuk menentukan apakah ikatan tertulis tersebut akan merupakan perjanjian yang mempunyai konsekuensi hukum yang mengikat atau hanya merupakan kesepakatan yang mempunyai konsekuensi pertanggungjawaban secara moral, sangat tergantung kepada para pihak yang membuat ikatan tersebut. Jadi ada tidaknya akibat hukum pada suatu ikatan yang dibuat sangat tergantung pada kesepakatan para pihak.

Pengertian perjanjian berdasarkan uraian di atas merupakan kesepakatan yang dibuat oleh para pihak untuk mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Namun pengertian kontrak tidak disebut secara tegas dalam literatur hukum. Kontrak lebih merupakan istilah yang digunakan dalam perikatan-perikatan bisnis disamping MoU dan LoI, yang pemakaian istilahnya bersifat khusus untuk perikatan bisnis. Kontrak yang dibuat dalam hubungan bisnis memiliki sifat yang tidak berbeda dengan perjanjian, yaitu ikatan yang memiliki akibat hukum. Oleh karena kontrak merupakan kesepakatan para pihak yang mempunyai konsekuensi hukum yang mengikat, maka pengertiannya sama dengan perjanjian sekalipun

istilah kontrak belum tentu sebuah perjanjian karena perjanjian tidak eksklusif sebagai istilah suatu perikatan dalam bisnis.

Disamping perjanjian dan kontrak, masih dikenal istilah persetujuan atau dalam bahasa Inggris disebut *agreement*. Sama seperti yang dimaksud oleh perjanjian dalam Pasal 1313 KUH Perdata, pengertian *agreement* dalam pengertian luas dapat berarti sebagai kesepakatan yang mempunyai konsekuensi hukum dan juga kesepakatan yang tidak mempunyai konsekuensi hukum. *Agreement* akan mempunyai kualitas atau pengertian perjanjian atau kontrak apabila ada akibat hukum yang dikenakan terhadap pelanggaran janji (*breach of contract*) dalam *agreement* tersebut. Dalam pengertian kesepakatan para pihak yang mempunyai konsekuensi hukum yang mengikat, maka *agreement* sama artinya dengan perjanjian. Sehingga dapat disimpulkan bahwa kontrak juga merupakan *agreement* karena *agreement* dalam bahasa Indonesia merupakan perjanjian, sedangkan sebuah perjanjian merupakan persetujuan yang melahirkan perikatan, maka istilah perjanjian, kontrak, ataupun *agreement* memiliki pengertian yang sama. Dalam paparan tulisan ini, penggunaan ketiga istilah itu merujuk kepada hal yang sama.⁵⁵

2.4 PENAFSIRAN KONTRAK BISNIS

Kontrak pada dasarnya merupakan ikatan pemenuhan prestasi yang harus dilakukan oleh masing-masing pihak yang terikat di dalamnya. Sebagai sebuah ikatan prestasi maka harus dipastikan bahwa para pihak yang terlibat dalam kontrak saling memahami hak dan kewajiban mereka masing-masing dalam kontrak tersebut. Oleh karena itulah maka agar terdapat pemahaman yang serupa dalam sebuah kontrak maka diperlukan kata-kata ataupun kalimat-kalimat sebagai

⁵⁵ *Ibid.*, hal. 50.

alat komunikasi yang mudah dipahami oleh kedua belah pihak. Sebagai contoh apabila terjadi kontrak diantara dua pihak dimana kedua pihak tersebut berbeda kewarganegaraan maka sebaiknya kontrak dibuat dalam bahasa yang dapat dimengerti dengan baik oleh para pihak yang terlibat dalam kontrak tersebut. Selain dari bahasa maka para pihak dalam kontrak sebaiknya mencantumkan klausul yang mengatur mengenai pemilihan hukum dalam penyelesaian sengketa, dalam penelitian ini penulis akan membahas mengenai pengaturan penafsiran kontrak yang di atur dalam KUH Perdata.

Kata-kata yang membentuk sebuah kalimat yang jelas merupakan hal yang penting dalam sebuah kontrak. Hal tersebut menjadi penting agar tidak terjadi perbedaan penafsiran antara para pihak terhadap kata atau kalimat yang sama dalam kontrak. Pentingnya penggunaan kata-kata ataupun kalimat yang jelas dan tegas untuk memberikan pengertian sekaligus kepastian hukum juga dapat ditemukan pengaturannya dalam Pasal 1342 KUH Perdata yang menyatakan “Jika kata-kata suatu perjanjian jelas, tidaklah diperkenankan untuk menyimpang daripadanya dengan jalan penafsiran.”

Ketentuan dari Pasal 1342 KUH Perdata tersebut menyatakan dengan jelas bagaimana pentingnya penggunaan kata-kata ataupun kalimat yang jelas dan tegas dalam suatu kontrak untuk memberikan kepastian hukum yang sama bagi para pihak yang terlibat dalam kontrak. Apabila ternyata setelah berbagai upaya yang dilakukan ternyata masih terdapat pengertian dalam kalimat atau kata yang diperdebatkan, maka sehubungan dengan hal tersebut KUH Perdata telah memberikan pengaturan atau panduan dalam hal menafsirkan kontrak. Sehubungan dengan upaya tersebut, Pasal 1343 KUH Perdata sampai dengan Pasal 1350 KUH Perdata memberikan beberapa langkah untuk menerjemahkan dan menafsirkan

ketentuan-ketentuan yang mempunyai pengertian yang dapat di perdebatkan, yaitu sebagai berikut:⁵⁶

1. Jika kata-kata suatu persetujuan dapat diberikan berbagai macam penafsiran, harus dipilihnya, menyelidiki maksud kedua belah pihak yang membuat persetujuan itu, daripada memegang teguh kata-kata menurut huruf;
2. Jika suatu janji dapat diberikan dua macam pengertian, maka harus dipilihnya pengertian yang sedemikian yang memungkinkan janji itu dilaksanakan, daripada memberikan pengertian yang tidak memungkinkan suatu pelaksanaan;
3. Jika kata-kata dapat diberikan dua macam pengertian, maka harus dipilih pengertian yang paling selaras dengan sifat persetujuan;
4. Apa yang meragu-ragukan harus ditafsirkan menurut apa yang menjadi kebiasaan dalam negeri atau ditempat persetujuan tersebut telah dibuat;
5. Hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap diam-diam dimasukkan kedalam persetujuan, meskipun tidak secara tegas dinyatakan;
6. Semua janji yang dibuat dalam suatu persetujuan, harus diartikan dalam hubungan satu sama lain, tiap janji harus ditafsirkan kedalam rangka persetujuan seluruhnya;
7. Jika ada keragu-raguan, maka suatu persetujuan harus ditafsirkan atas kerugian orang yang telah meminta diperjanjikan sesuatu hal untuk keuntungan orang yang telah mengikatkan dirinya untuk itu;
8. Meskipun bagaimana luasnya kata-kata dalam suatu kontrak, namun persetujuan itu hanya meliputi hal-hal yang nyata-nyata dimaksudkan oleh kedua belah pihak sewaktu membuat persetujuan.

⁵⁶ Agustinus Dawarja, dan Aksioma Lase, *PERJANJIAN, Pengertian Pokok dan Teknik Perancangannya*, <<http://www.lexregis.com>>, 17 Juli 2007.

Langkah penafsiran tersebut diatas merupakan pedoman yang disediakan oleh Undang-Undang yang dapat digunakan para pihak yang berkontrak dalam mencari pengertian yang seragam pada sebuah kontrak. Apabila para pihak tetap tidak dapat menemukan kesepakatan, maka penafsiran kontrak dapat dilakukan di depan pengadilan.

2.5 AKIBAT PERJANJIAN

Sebagaimana telah dijelaskan diatas, perjanjian bukanlah perikatan moral tetapi perikatan hukum yang memiliki akibat hukum. Akibat hukum dari perjanjian yang sah adalah berlakunya perjanjian sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Yang dimaksud dengan berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya, adalah bahwa kesepakatan yang dicapai oleh para pihak dalam perjanjian mengikat para pihak sebagaimana mengikatnya suatu undang-undang. Para pihak dalam perjanjian tidak boleh keluar dari perjanjian secara sepihak, kecuali apabila telah disepakati oleh para pihak atau apabila berdasarkan pada alasan-alasan yang diatur oleh undang-undang atau hal-hal yang disepakati dalam perjanjian.⁵⁷

Sekalipun dasar mengikatnya perjanjian berasal dari kesepakatan dalam perjanjian, namun suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga mengikat untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh kepatutan, dan kebiasaan atau undang-undang. Untuk itu setiap perjanjian yang disepakati harus dilaksanakan dengan itikad baik dan adil bagi semua pihak.

⁵⁷ *Loc. cit.*

2.5.1 Wanprestasi

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 dan bukan dalam keadaan memaksa. Adapun bentuk-bentuk dari wanprestasi yaitu:⁵⁸

2.5.2 Tidak Memenuhi Prestasi Sama Sekali

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

2.5.3 Memenuhi Prestasi Tetapi Tidak Tepat Waktunya

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

⁵⁸ Nindyo Pramono, *Hukum Komersil*, Cet. 1. (Jakarta : Pusat Penerbitan UT, 2003), hal. 21.

2.5.4 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 ada empat macam yaitu:

- 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.

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. Dalam hal bentuk prestasi debitur dalam perjanjian yang berupa tidak berbuat sesuatu, akan mudah ditentukan sejak kapan debitur melakukan wanprestasi yaitu sejak pada saat debitur berbuat sesuatu yang tidak diperbolehkan dalam perjanjian. Sedangkan bentuk prestasi debitur yang berupa berbuat sesuatu yang memberikan sesuatu apabila batas waktunya ditentukan dalam perjanjian maka menurut pasal 1238 KUH Perdata debitur dianggap melakukan wanprestasi dengan lewatnya batas waktu tersebut. Dan apabila tidak ditentukan mengenai batas waktunya maka untuk menyatakan seseorang debitur melakukan wanprestasi, diperlukan surat peringatan tertulis dari kreditur yang diberikan kepada debitur. Surat peringatan tersebut disebut dengan somasi. Somasi adalah pemberitahuan atau pernyataan dari kreditur kepada debitur yang berisi ketentuan bahwa kreditur menghendaki

pemenuhan prestasi seketika atau dalam jangka waktu seperti yang ditentukan dalam pemberitahuan itu.

Pasal 1238 KUH Perdata menyatakan bahwa “Si berutang adalah lalai, apabila ia dengan surat perintah atau dengan sebuah akta sejenis itu telah dinyatakan lalai, atau demi perikatan sendiri, ialah jika ini menetapkan bahwa si berutang harus dianggap lalai dengan lewatnya waktu yang ditentukan”. Dari ketentuan pasal tersebut dapat dikatakan bahwa debitur dinyatakan wanprestasi apabila sudah ada somasi (*in gebreke stelling*). Adapun bentuk-bentuk somasi menurut pasal 1238 KUH Perdata adalah:

- 1) Surat Perintah, yang berasal dari hakim yang biasanya berbentuk penetapan. Dengan surat penetapan ini juru sita memberitahukan secara lisan kepada debitur kapan selambat-lambatnya dia harus berprestasi. Hal ini biasa disebut “exploit Juru Sita”
- 2) Akta Sejenis, dapat berupa akta dibawah tangan maupun akta notaris.
- 3) Tersimpul Dalam Perikatan itu sendiri

Dalam perkembangannya, suatu somasi atau teguran terhadap debitur yang melalaikan kewajibannya dapat dilakukan secara lisan akan tetapi untuk mempermudah pembuktian dihadapan hakim apabila masalah tersebut berlanjut ke pengadilan maka sebaiknya diberikan peringatan secara tertulis. Dalam keadaan tertentu somasi tidak diperlukan untuk dinyatakan bahwa seorang debitur melakukan wanprestasi yaitu dalam hal adanya batas waktu dalam perjanjian (*fatal termijn*), prestasi dalam perjanjian berupa tidak berbuat sesuatu, debitur mengakui dirinya wanprestasi.

2.5.5 Sanksi

Apabila debitur melakukan wanprestasi maka ada beberapa sanksi yang dapat dijatuhkan kepada debitur, yaitu:⁵⁹

- 1) Membayar kerugian yang diderita kreditur;
- 2) Pembatalan perjanjian;
- 3) Peralihan resiko;
- 4) Membayar biaya perkara apabila sampai diperkarakan dimuka hakim.

2.5.6 Ganti Kerugian

Pasal 1243 KUH Perdata menyatakan bahwa penggantian kerugian dapat dituntut menurut undang-undang berupa “*kosten, schaden en interessen.*” Kerugian yang bisa dimintakan penggantian itu, tidak hanya biaya-biaya yang sungguh-sungguh telah dikeluarkan (*kosten*), atau kerugian yang sungguh-sungguh menimpa benda si berpiutang (*schaden*), tetapi juga berupa kehilangan keuntungan (*interessen*), yaitu keuntungan yang didapat seandainya siberhutang tidak lalai (*winstderving*). Bahwa kerugian yang harus diganti meliputi kerugian yang dapat diduga dan merupakan akibat langsung dari wanprestasi, artinya ada hubungan sebab-akibat antara wanprestasi dengan kerugian yang diderita. Berkaitan dengan hal ini ada dua sarjana yang mengemukakan teori tentang sebab-akibat yaitu:⁶⁰

⁵⁹ *Ibid.*, hal. 23.

⁶⁰ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Cet. 32, (Jakarta: Intermasa, 2005), hal. 148.

- a) *Conditio Sine qua Non* (Von Buri), yang menyatakan bahwa suatu peristiwa A adalah sebab dari peristiwa B (peristiwa lain) dan peristiwa B tidak akan terjadi jika tidak ada peristiwa A
- b) *Adequated Veroorzaking* (Von Kries), yang menyatakan bahwa suatu peristiwa A adalah sebab dari peristiwa B (peristiwa lain). Bila peristiwa A menurut pengalaman manusia yang normal diduga mampu menimbulkan akibat (peristiwa B).

Dari kedua teori diatas maka yang lazim dianut adalah teori *Adequated Veroorzaking* karena pelaku hanya bertanggung jawab atas kerugian yang selayaknya dapat dianggap sebagai akibat dari perbuatan itu disamping itu teori inilah yang paling mendekati keadilan.

2.5.7 Keadaan Memaksa

Debitur yang tidak dapat membuktikan bahwa tidak terlaksana prestasi bukan karena kesalahannya, diwajibkan membayar gantirugi. Sebaliknya debitur bebas dari kewajiban membayar gantirugi, jika debitur karena keadaan memaksa tidak memberi atau berbuat sesuatu yang diwajibkan atau telah melakukan perbuatan yang seharusnya ia tidak lakukan.

Keadaan memaksa adalah suatu keadaan yang terjadi setelah dibuatnya perjanjian, yang menghalangi debitur untuk memenuhi prestasinya, dimana debitur tidak dapat dipersalahkan dan tidak harus menanggung resiko serta tidak dapat menduga pada waktu persetujuan dibuat. Keadaan memaksa menghentikan bekerjanya perikatan dan menimbulkan berbagai akibat yaitu:⁶¹

⁶¹ Arthur S. Hartkamp, dan Marianne M.M. Tillema, *Contract Law In The Netherlands*, (Netherlands : Kluwer Law International, 1995), hal. 120.

- a) Kreditor tidak dapat lagi memintai pemenuhan prestasi;
- b) Debitur tidak lagi dapat dinyatakan wanprestasi, dan karenanya tidak wajib membayar ganti rugi;
- c) Resiko tidak beralih kepada debitor;
- d) Kreditor tidak dapat menuntut pembatalan pada persetujuan timbal-balik.

Mengenai keadaan memaksa ada dua teori, yaitu teori obyektif dan teori subjektif. Menurut teori obyektif, debitur hanya dapat mengemukakan tentang keadaan memaksa, jika pemenuhan prestasi bagi setiap orang mutlak tidak mungkin dilaksanakan. Misalnya, penyerahan sebuah rumah tidak mungkin dilaksanakan karena rumah tersebut musnah akibat bencana tsunami.

Menurut teori subyektif terdapat keadaan memaksa jika debitur yang bersangkutan mengingat keadaan pribadinya tidak dapat memenuhi prestasinya. Misalnya, A pemilik industri kecil harus menyerahkan barang kepada B, dimana barang-barang tersebut masih harus dibuat dengan bahan-bahan tertentu, tanpa diduga bahan-bahan tersebut harganya naik berlipat ganda, sehingga jika A harus memenuhi prestasinya ia akan menjadi miskin. Dalam hal ini ajaran subyektif mengakui adanya keadaan memaksa. Akan tetapi jika menyangkut industri besar maka tidak terdapat keadaan memaksa.

Keadaan memaksa dapat bersifat tetap dan sementara. Jika bersifat tetap maka berlakunya perikatan berhenti sama sekali. Misalnya, barang yang akan diserahkan diluar kesalahan debitur terbakar musnah. Sedangkan keadaan memaksa yang bersifat sementara berlakunya perikatan ditunda. Setelah keadaan

memaksa itu hilang, maka perikatan bekerja kembali. Misalnya, larangan untuk mengirimkan suatu barang dicabut atau barang yang hilang ditemukan kembali.⁶²



⁶² *Ibid.*, hal. 123.