

BAB 2 PERANAN NOTARIS DALAM TINDAK LANJUT MEMORANDUM OF UNDERSTANDING

2.1 Tinjauan Umum Notaris

Lembaga kemasyarakatan yang dikenal dengan “notariat” timbul dari kebutuhan dalam pergaulan sesama manusia, yang menghendaki adanya alat bukti mengenai hubungan hukum keperdataan yang ada dan/atau akan terjadi antara mereka. Suatu lembaga yang dengan para pengabdinya diperlengkapi oleh kekuasaan umum (*openbaar gezag*).

Kedudukan seorang notaris sebagai suatu fungsionaris dalam masyarakat sampai sekarang dirasakan masih disegani. Seorang notaris biasanya dianggap sebagai seorang pejabat tempat seseorang dapat memperoleh nasehat yang diandalkan. Segala sesuatu yang ditulis serta ditetapkannya (konstatir) adalah benar, ia adalah pembuat dokumen yang kuat dalam suatu proses hukum.

Jabatan notaris mulai dikenal di Indonesia pada permulaan abad ke-17, bersamaan dengan masuknya *Vereenigde Oost-Indische Compagnis (VOC)* di Indonesia. Landasan hukum yang mengatur tentang Jabatan Notaris baru diatur secara komprehensif pada tahun 1822 dengan “*Instructie voor de notarissen in Indonesia*” yang terdiri dari 34 pasal.⁷

Pada tahun 1860, “*Instructie voor de notarissen in Indonesia*” disempurnakan dengan diundangkannya suatu peraturan mengenai notaris yang dimaksudkan sebagai pengganti peraturan-peraturan yang lama, yaitu Peraturan Jabatan Notaris (*Notaris Reglement*) yang diundangkan pada tanggal 26 Januari 1860 dalam Stb. No. 3 dan mulai berlaku pada tanggal 1 Juli 1860.

Berdasarkan Undang-Undang No. 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris (UUJN), Notaris disebut sebagai “pejabat umum” yang berwenang untuk membuat akta otentik yang kewenangan lainnya sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang (pasal 1 ayat (1) UUJN). Perkataan pejabat umum (*openbaar ambtenaar*) bukan berarti bahwa Notaris merupakan pegawai negeri yang dimaksud dalam Undang-Undang tentang Pokok-Pokok Kepegawaian, melainkan

⁷ G.H.S. Lumban Tobing, *Peraturan Jabatan Notaris*, cet. 3, (Jakarta: Erlangga, 1992), hal. 15.

pejabat yang dimaksud dalam Pasal 1868 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata).

Pengertian notaris sebagai Pejabat Umum yang berwenang membuat akta otentik, tidak berarti bahwa notaris adalah Pegawai Negeri. Walaupun diangkat oleh Pemerintah melalui Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, notaris tidak menerima gaji dari Pemerintah maupun menerima pensiun, bahkan tidak memiliki hubungan kerja apapun dengan Pemerintah. Dengan demikian jabatan notaris adalah jabatan khusus yang didapat seseorang berdasarkan kepercayaan dari negara dan masyarakat.

Menurut Pasal 1 Reglement Jabatan Notaris (Stb. 1980 No. 3) ditetapkan bahwa notaris adalah pejabat umum yang khusus berwenang membuat akta otentik mengenai semua perbuatan, persetujuan dan ketetapan yang diperintahkan oleh peraturan umum atau dikehendaki oleh yang berkepentingan, agar dengan surat otentik itu akan dinyatakan kepastian tentang tanggalnya, penyimpanan aktanya dan memberikan grosse, kutipan dan salinannya, semuanya itu sejauh pembuatan akta-akta tersebut dan peraturan umum tidak juga ditugaskan atau disediakan untuk pegawai lain atau orang lain.

Diantara para pejabat umum yang diberi wewenang untuk membuat akta otentik, notaris merupakan Pejabat Umum yang memiliki wewenang lebih luas, dinilai dari segi obyek pembuatan akta otentik. Dalam hal ini, kewenangan notaris untuk membuat meliputi akta atas semua perbuatan, perjanjian dan penetapan yang diharuskan oleh suatu peraturan umum atau oleh yang berkepentingan dikehendaki untuk dinyatakan dalam suatu akta otentik, sepanjang akta itu oleh suatu peraturan umum tidak juga ditugaskan atau dikecualikan kepada pejabat atau orang lain.

Dari bunyi pasal 1 UUJN, jelas bahwa untuk akta otentik di bidang keperdataan, notaris adalah pejabat yang berwenang untuk membuatnya, baik akta itu diharuskan oleh permintaan orang-orang yang berkepentingan, kecuali untuk akta-akta tertentu yang secara tegas disebut dalam peraturan perundang-undangan, bahwa selain notaris ada lagi pejabat lain yang berwenang membuatnya, atau untuk pembuatan akta otentik tertentu, pejabat lain dinyatakan sebagai satu-satunya pejabat yang berwenang untuk membuatnya. Jadi wewenang notaris

merupakan wewenang yang bersifat umum, sedang wewenang pejabat lain yang bukan notaris adalah bersifat khusus atau bersifat pengecualian.

Orang yang diangkat sebagai notaris harus mempunyai cukup pengetahuan hukum dan harus menempuh ujian terlebih dahulu. Selain itu diharuskan menyimpan protokol, tidak boleh membuat akta di mana pribadinya turut berkepentingan di dalamnya, tidak boleh memberikan salinan akta selain kepada mereka yang berkepentingan.⁸

Wewenang dan pekerjaan utama/pokok dari notaris adalah pembuatan akta otentik, baik yang dibuat di hadapan (*partijakten*) maupun oleh mereka (*relaasakten*) dan apabila orang mengatakan "akta otentik", pada umumnya dimaksudkan adalah akta yang dibuat di hadapan/oleh notaris (*notariele akten*). Akta pejabat (*relaasakten*) sebagai akta otentik tidak lain hanya membuktikan apa yang disaksikan, yaitu dilihat, didengar dan dilakukan sendiri oleh pejabat umum dalam menjalankan jabatannya.

Setiap masyarakat membutuhkan seseorang (*figuur*) yang keterangan-keterangannya dapat diandalkan, dapat dipercayai, yang tanda tangannya serta segelnya (*capnya*) memberi jaminan dan bukti kuat, seorang ahli yang tidak memihak dan penasehat yang tidak ada cacatnya (*onkreukbaar* atau *unimpeachable*), yang tutup mulut, dan membuat suatu perjanjian yang dapat melindunginya di hari-hari yang akan datang. Apabila seorang advokat membela hak-hak seorang ketika timbul suatu kesulitan, maka seorang notaris harus berusaha mencegah terjadinya kesulitan itu.

A.W. Voors melihat 2(dua) persoalan dari fungsi notaris di bidang usaha, yaitu:⁹

1. Pembuatan kontrak antara pihak-pihak, dalam hal itu suatu tindakan dimulai serta diakhiri dalam akta, umpamanya perjanjian kerjasama. Dalam hal ini, notaris telah terampil dengan adanya model-model perjanjian di samping mengetahui dan memahami Undang-Undang.

⁸ R. Soesanto, *Tugas, Kewajiban dan Hak-Hak Notaris, Wakil Notaris (Sementara)*, cet. 2, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1982), hal. 22.

⁹ Tan Thong Kie, *Buku I Studi Notariat: Beberapa Mata Pelajaran dan Serba-Serbi Praktek Notaris*, cet. 2, (Jakarta: PT. Ichtiar Baru Van Hoeve, 2000), hal. 165.

2. Pembuatan kontrak yang justru memulai sesuatu dan merupakan dasar suatu hubungan yang berlaku untuk jangka waktu agak lama. Dalam hal ini, dibutuhkan dari seorang notaris suatu penglihatan tajam terhadap materinya serta kemampuan melihat jauh ke depan, apakah ada bahayanya dan apa yang mungkin terjadi.

Prof. Lubbers dalam bukunya “*Het Notariaat*” memakai peribahasa notariat kuno “*notare et cavere*” yang diterjemahkan sebagai “catat dan jaga”. Mencatat saja tidak cukup, harus dipikirkan juga bahwa akta itu harus berguna dikemudian hari.

Tidak semua tulisan dapat disebut akta, melainkan hanya tulisan-tulisan tertentu yang memenuhi syarat-syarat tertentu baru dapat disebut akta. Tulisan dapat dibedakan dalam dua jenis yaitu tulisan akta dan tulisan bukan akta. Tulisan akta atau disingkat akta adalah tulisan yang ditandatangani dan dipersiapkan/dibuat untuk dipergunakan sebagai alat bukti bagi kepentingan orang untuk siapa akta itu dibuat. Ada 3(tiga) unsur yang harus dipenuhi agar suatu tulisan memperoleh suatu kualifikasi sebagai akta, yaitu:¹⁰

1. Tulisan itu harus ditandatangani

Keharusan ditandatangani suatu akta untuk dapat disebut akta ditentukan dalam Pasal 1869 KUHPerdara yang berbunyi,

”Suatu akta, yang karena tidak berkuasa atau tidak cakupannya pegawai dimaksud di atas, atau karena suatu cacat dalam bentuknya, tidak dapat diperlakukan sebagai akta otentik, namun demikian mempunyai kekuatan sebagai tulisan di bawah tangan jika ia ditandatangani oleh para pihak”

Tujuan dari keharusan ditandatangani suatu tulisan untuk dapat disebut akta adalah untuk memberi ciri atau untuk mengindividualisasi sebuah akta, sebab tandatangan dari setiap orang mempunyai ciri tersendiri, yang tidak mungkin sama dengan tanda tangan orang lain.

2. Tulisan itu harus memuat peristiwa yang menjadi dasar sesuatu hak atau perikatan

¹⁰ Tobing, *op. cit.*, hal 26.

Sesuai dengan peruntukkan suatu akta sebagai alat pembuktian demi keperluan siapa tulisan itu dibuat, tulisan itu harus berisikan suatu keterangan yang dapat menjadi bukti yang dibutuhkan. Peristiwa hukum yang disebut dalam tulisan itu dan yang dibutuhkan sebagai alat pembuktian harus merupakan peristiwa hukum yang menjadi dasar dari suatu hak atau perikatan. Jika peristiwa hukum yang disebut dalam tulisan itu dapat menjadi dasar suatu hak atau perikatan, atau jika tulisan itu sama sekali tidak memuat suatu peristiwa hukum yang dapat menjadi dasar dari suatu hak atau perikatan, maka tulisan itu bukanlah akta.

3. Tulisan itu diperuntukkan sebagai alat bukti

Syarat ketiga agar suatu tulisan dapat disebut akta adalah tulisan itu harus diperuntukkan sebagai alat bukti. Apakah suatu bukti tulisan dibuat untuk menjadi bukti, tidak selalu dapat dipastikan, demikian halnya mengenai sehelai surat, dapat menimbulkan keraguan. Tulisan yang ditulis oleh seorang pedagang untuk menegaskan suatu persetujuan yang telah dibuat secara lisan, adalah suatu akta karena ia dibuat untuk pembuktian.

Pasal 1867 KUHPerdara berbunyi, "Pembuktian dengan tulisan dilakukan dengan tulisan-tulisan otentik maupun dengan tulisan-tulisan di bawah tangan".

Dari pasal tersebut maka dapat disimpulkan bahwa tulisan baik dalam bentuk otentik atau di bawah tangan dapat dijadikan sebagai alat bukti.

Menurut Asser-Anema, tulisan adalah pengemban tanda-tanda baca yang mengandung arti serta bermanfaat untuk menggambarkan suatu pikiran. Dari pengertian ini jelas bahwa "tulisan" tidak harus menyandang tanda tangan. Perbedaan antara tulisan dan akta terletak pada tanda tangan yang tertera di bawah tulisan tersebut.¹¹

Menurut Veegens-Oppenheim, akta adalah suatu tulisan yang ditandatangani dan dibuat untuk dipergunakan sebagai bukti.¹² Akta sebagai alat bukti sengaja dibuat oleh para pihak yang apabila diperlukan dapat dijadikan sebagai alat

¹¹ Soesanto, *op. cit.*, hal. 154.

¹² Kie, *op. cit.*

pembuktian. Akta sebagai dokumen tertulis dapat memberikan bukti akan adanya suatu peristiwa hukum yang di dalamnya mengatur hak dan kewajiban masing-masing pihak. Pembuktian ini diperlukan apabila timbul suatu perselisihan. Menurut ketentuan hukum, barangsiapa mengatakan sesuatu harus membuktikan kebenaran dari perkataannya.

Apabila suatu tulisan khusus atau semata-mata dibuat supaya menjadi bukti tertulis, maka tulisan itu merupakan akta. Baik akta otentik maupun akta di bawah tangan, merupakan alat bukti tertulis. Peristiwa-peristiwa yang menerbitkan atau menimbulkan suatu hak, harus dibuktikan oleh pihak yang menuntut hak tersebut.

Menurut R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, kata akta berasal dari kata *'acta'* yang merupakan bentuk jamak dari kata *'actum'* yang berasal dari bahasa latin yang berarti perbuatan-perbuatan.¹³

Menurut Sudikno Mertokusumo, akta adalah surat yang diberi tanda tangan, yang memuat peristiwa-peristiwa yang menjadi dasar daripada suatu hak atau perikatan, yang dibuat sejak semula dengan sengaja untuk pembuktian.¹⁴

Akta dikatakan otentik, apabila dibuat oleh atau di hadapan pejabat yang berwenang. Otentik itu artinya sah. Karena notaris adalah pejabat yang berwenang membuat akta, maka akta yang dibuat oleh atau di hadapan notaris adalah akta otentik atau akta itu sah.¹⁵

Prof Subekti menjelaskan, akta otentik itu merupakan suatu bukti yang **"mengikat"**, dalam arti bahwa apa yang ditulis dalam akta tersebut harus dipercaya oleh Hakim, yaitu harus dianggap benar, selama ketidak-benarannya tidak dibuktikan. Dan ia memberikan suatu bukti yang **"sempurna"**, dalam arti bahwa ia sudah tidak memerlukan suatu penambahan pembuktian..

Keberadaan akta otentik, baik karena Undang-Undang mengharuskannya alat bukti untuk perbuatan tertentu (dengan diancam kebatalan jika tidak dibuat dengan akta otentik), atau karena pihak-pihak yang berkepentingan

¹³ R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kamus Hukum*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1990), hal. 24.

¹⁴ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 1981), hal. 43.

¹⁵ A. Kohar, *Notaris Dalam Praktek Hukum*, (Bandung: Penerbit Alumni, 1983), hal. 10.

menghendakinya agar perbuatan hukum mereka dituangkan dan diwujudkan dalam bentuk akta otentik. Namun baik karena memenuhi perintah Undang-Undang maupun karena permintaan pihak-pihak yang berkepentingan, terwujudnya atau lahirnya akta otentik mutlak adalah kehendak dan merupakan (bukti) perbuatan hukum pihak-pihak yang berkepentingan. Bukan perbuatan hukum pejabat umum (notaris).

Dari perkataan/potongan kalimat pasal 15 ayat (1) UUJN, "semua perbuatan, perjanjian dan penetapan yang diharuskan oleh sesuatu peraturan umum atau dikehendaki oleh yang berkepentingan", dapat dikatakan bahwa akta-akta yang dibuat oleh/dihadapan notaris terbatas pada akta-akta yang menyangkut hukum perdata dan apa yang dikehendaki oleh yang berkepentingan dan berdasarkan Undang-Undang (peraturan hukum).

Menurut G.H.S. Lumban Tobing, apabila suatu akta otentik hendak memperoleh stempel otentisitas, hal mana terdapat pada akta notaris, maka menurut ketentuan dalam pasal 1868 KUHPperdata, akta yang bersangkutan harus memenuhi persyaratan-persyaratan sebagai berikut:¹⁶

1. Akta itu harus dibuat "oleh" (*door*) atau "dihadapan" (*tenoverstaan*) seorang pejabat umum

Kata "dihadapan" menunjukkan bahwa akta tersebut dibuat atas permintaan seseorang, sedangkan akta yang dibuat "oleh" pejabat umum karena adanya suatu kejadian, pemeriksaan, keputusan, dan sebagainya (misalnya berita acara rapat, protes wesel, dan lain-lain).

2. Akta itu harus dibuat dalam bentuk yang ditentukan oleh Undang-Undang
Kata "bentuk" disini adalah terjemahan dari bahasa Belanda "*vorm*" dan artinya pembuatan akta tersebut harus memenuhi ketentuan Undang-Undang khususnya UUJN.

3. Pejabat umum oleh atau di hadapan siapa akta itu dibuat, harus mempunyai wewenang di tempat akta tersebut dibuat.

Berwenang (*bevoegd*) dalam hal ini khususnya menyangkut:

- a. jabatannya dan jenis akta yang dibuat

¹⁶ Kie, *op. cit.*, hal. 154-155.

- b. hari dan tanggal pembuatan akta
- c. tempat akta dibuat

Akta-akta yang dibuat dihadapan atau oleh notaris tidak terbatas macam/ragam/jenisnya, oleh karena disamping akta-akta yang memang harus dibuat dihadapan/oleh notaris (terbatas menurut/berdasarkan ketentuan Undang-Undang/peraturan hukum), selain ada atau banyaknya perjanjian yang disebut atau diberi nama oleh Undang-Undang (*benoemde overeenkomsten*), sebagaimana termaktub dalam Buku III KUHPerdara dan Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD), juga ada perjanjian-perjanjian yang disebut "*innominaat-contracten*" atau "*onbenoemde overeenkomsten*" yaitu perjanjian-perjanjian yang tidak diatur secara khusus oleh/dalam Undang-Undang.

Notaris dalam aktanya melakukan peran sebagai seorang saksi dan Undang-Undang memberikan suatu kepercayaan yang besar pada kesaksian notaris. Notaris dalam melakukan tugas-tugas sebagai pejabat umum harus bersikap tidak memihak, sesuai dengan isi sumpah jabatannya yang menentukan bahwa notaris akan menjalankan tugas jabatannya dengan jujur, seksama, dan tidak memihak.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (1) UUJN, yang menyatakan bahwa notaris adalah pejabat umum yang berwenang untuk membuat akta otentik, maka tugas utama dari notaris adalah membuat akta otentik. Berdasarkan peranan dan kedudukan notaris dalam pembuat akta, terdapat dua macam bentuk akta notaris, yaitu:

1. Akta yang dibuat oleh notaris (*akta relaas* atau akta pejabat)

Akta relaas/akta pejabat adalah suatu akta otentik yang dibuat oleh pegawai umum (pejabat umum) yang ditunjuk oleh Undang-Undang untuk itu dan membuat laporan tentang perbuatan resmi yang dilakukan oleh Pegawai Umum (Pejabat Umum) tersebut.

2. Akta yang dibuat dihadapan notaris (*akta partij* atau akta para pihak)

Akta partij/akta para pihak adalah suatu akta otentik yang dibuat di hadapan pegawai umum (pejabat umum), yang berisikan keterangan bahwa para pihak telah mengadakan suatu perjanjian dan meminta pegawai umum (pejabat umum) itu menyatakan dalam suatu akta.

Dari perbedaan 2(dua) macam akta tersebut, terlihat bahwa notaris tidak berada di dalamnya, yang melakukan perbuatan hukum adalah pihak-pihak yang berkepentingan. Inisiatif untuk pembuatan akta notaris atau akta otentik ada pada para pihak. Sehingga akta notaris atau akta otentik tidak menjamin bahwa pihak-pihak tersebut "berkata benar", tetapi yang dijamin oleh akta otentik adalah para pihak "benar-benar berkata atau melakukan perbuatan hukum" seperti yang termuat dalam akta tersebut.

Adapun persoalan mengenai apakah hal-hal yang disampaikan kepada notaris tersebut mengandung kebenaran atau tidak, bukan merupakan kewenangan notaris. Apabila akta notaris mengandung kebohongan atau kepalsuan, tidak menjadikan akta tersebut sebagai akta palsu. Yang palsu adalah keterangan yang diberikan kepada notaris dan dituangkan dalam akta notaris.¹⁷

Berkaitan dengan kebenaran isi akta notaris, maka terdapat perbedaan antara akta relaas dan akta partij. Terhadap kebenaran isi dari akta pejabat (akta relaas) tidak dapat diganggu gugat, kecuali dengan menuduh bahwa akta itu adalah palsu. Sedangkan pada akta partij, dapat digugat isinya, tanpa menuduh kepalsuannya, yaitu dengan jalan menyatakan bahwa keterangan dari para pihak yang bersangkutan ada diuraikan menurut sesungguhnya dalam akta itu, akan tetapi keterangan itu adalah tidak benar. Dengan demikian, terhadap keterangan yang diberikan itu diperkenankan pembuktian sebaliknya.¹⁸

Dalam hal pembuktian sebaliknya terhadap isi akta sangat erat kaitannya dengan keharusan adanya tanda tangan para pihak dalam akta notaris. Dalam akta partij, diharuskan adanya tanda tangan para pihak yang bersangkutan atau setidaknya dalam akta tersebut diterangkan hal yang menjadi alasan tidak ditandatanganinya akta tersebut oleh mereka, keterangan mana harus dicantumkan oleh notaris dalam akta itu dan keterangan tersebut dalam hal ini berlaku sebagai

¹⁷ Sepanjang Notaris tidak mengetahui bahwa keterangan yang diberikan kepadanya adalah tidak benar atau palsu, maka dalam hal ini terjadi sengketa dan kemudian terbukti adanya kepalsuan dalam akta, ancaman pidana yang tepat diterapkan adalah pasal 266 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Berbeda dengan situasi dimana Notaris mengetahui keterangan yang diberikan para pihak tidak benar tetapi ia tetap mencantumkan keterangan tidak benar atau palsu tersebut, maka ketentuan pasal 263 dan 264 KUHP berlaku.

¹⁸ Tobing, *op. cit.*, hal. 53.

ganti tanda tangan (*surrogat*). Ketiadaan tanda tangan ataupun keterangan tersebut mengakibatkan akta yang bersangkutan hanya mempunyai kekuatan pembuktian sebagai akta di bawah tangan.

Berbeda dengan akta relaas, tanda tangan oleh para pihak yang bersangkutan tidak merupakan suatu keharusan. Apabila mereka menolak untuk menandatangani akta, maka cukup notaris menerangkan dalam akta bahwa para pihak yang hadir telah meninggalkan acara pembuatan akta sebelum menandatangani akta ini. Adapun akta tersebut tetap menjadi akta otentik.

Perbedaan sifat dari akta pejabat dan akta partij adalah:

1. Akta pejabat masih sah dipakai sebagai alat bukti apabila ada satu atau lebih di antara para pihak tidak menandatangani dan notaris menyebutkan dalam akta tersebut apa penyebab mereka tidak menandatangani akta.
2. Akta partij tidak akan berlaku sebagai alat bukti apabila salah satu pihak tidak menandatangani akta karena hal tersebut dapat diartikan bahwa ia tidak menyetujui perjanjian yang dibuat, kecuali apabila alasan tidak menandatangani itu adalah alasan yang kuat seperti tidak bisa tulis-menulis atau tangannya sakit dan lain sebagainya. Alasan seperti ini harus dicantumkan dengan jelas oleh Notaris dalam akta yang bersangkutan.

Sebagaimana fungsi akta pada umumnya, maka akta notaris memiliki 2(dua) fungsi, yaitu:

a. Fungsi formil (*formalitas causa*)

Fungsi formil suatu akta berarti bahwa untuk lengkap atau sempurnanya (bukan untuk sahnya) suatu perbuatan hukum, maka harus dibuatkan suatu akta atas perbuatan hukum tersebut. Para pihak yang melakukan suatu perbuatan hukum harus membuatnya dalam bentuk tertulis, baik akta otentik maupun akta di bawah tangan.¹⁹

b. Fungsi alat bukti (*probationis causa*)

Dalam pengertian sehari-hari, yang dimaksud dengan bukti adalah segala sesuatu yang dapat dipergunakan untuk meyakinkan orang lain tentang kebenaran

¹⁹ Mertokusumo, *op. cit.*

suatu pendapat, keadaan, dalil atau peristiwa. Menurut pengertian ini, setiap orang dapat mengutarakan alat-alat bukti untuk membenarkan pendapatnya dengan tiada pembatasan terhadap alat-alat bukti, atau dengan kata lain pembuktian dalam pengertian ini adalah "pembuktian bebas" dalam arti setiap orang dapat mengutarakan bukti-bukti yang dianggapnya dapat memberi keyakinan orang lain tentang kebenaran pendapatnya tanpa adanya suatu pembatasan terhadap alat-alat bukti yang dapat dipergunakan.

Kewajiban untuk membuktikan didasarkan pada pasal 1865 KUHPerdara yang menyatakan, "*setiap orang yang mendalilkan bahwa ia mempunyai sesuatu hak, atau, guna meneguhkan haknya sendiri maupun membantah suatu hak orang lain, menunjukan pada suatu peristiwa, diwajibkan membuktikan adanya hak atau peristiwa tersebut*".

Menurut ilmu hukum yang dimaksud dengan bukti adalah keseluruhan alat yang telah ditetapkan oleh Undang-Undang, yang dapat dipergunakan untuk meyakinkan Hakim tentang kebenaran dalil-dalil atau peristiwa yang dikemukakan oleh pihak-pihak berperkara di dalam suatu persengketaan di depan Pengadilan. Alat bukti tersebut terbatas jumlah/jenisnya, di mana setiap orang hanya dapat mempergunakan alat-alat bukti yang diakui atau ditentukan dalam Undang-Undang untuk meyakinkan Hakim tentang kebenaran dalil yang dikemukakannya.

Di luar alat-alat bukti yang telah ditentukan dalam Undang-Undang, tidak ada alat bukti yang dapat dikemukakan. Dengan demikian alat bukti yang dapat dipergunakan untuk membuktikan kebenaran suatu dalil di depan persidangan adalah bersifat terbatas (limitatif). Menurut Pasal 164 HIR, Pasal 284 Rbg dan Pasal 1866 KUHPerdara, alat-alat bukti dalam perkara perdata terdiri dari:

1. Alat bukti tertulis

Alat bukti tertulis atau surat adalah segala sesuatu yang memuat tanda-tanda bacaan yang dimaksudkan untuk mencurahkan isi hati atau untuk menyampaikan buah pikiran seseorang dan dipergunakan sebagai pembuktian. Apa yang dicantumkan tulisan itu tidaklah menjadi masalah, asal saja tulisan itu dapat dibaca dan dimengerti oleh orang lain selain penulis sendiri dan tulisan itu mengandung arti atau buah pikiran.

2. Pembuktian dengan saksi
3. Persangkaan-persangkaan
4. Pengakuan
5. Sumpah

Dalam lalu lintas perdata, para pihak memang sengaja membuat alat-alat bukti berhubung dengan kemungkinan diperlukan bukti-bukti itu dikemudian hari. Dan dengan sendirinya, dalam suatu masyarakat yang sudah maju, tanda-tanda atau alat-alat bukti yang paling tepat adalah tulisan.²⁰

Bila diperhatikan dari Pasal 164 HIR, Pasal 284 Rbg dan Pasal 1866 KUHPperdata, maka jelaslah bahwa bukti tulisan ditempatkan yang paling atas dari seluruh alat-alat bukti yang disebut dalam pasal-pasal Undang-Undang tersebut. Walaupun urutan penyebutan alat bukti dalam ketentuan Undang-Undang itu bukan imperatif, tetapi dapat dikatakan bahwa alat bukti tulisan (akta) merupakan alat bukti yang paling tepat dan penting.

Alat-alat bukti tersebut di atas dalam proses suatu perkara di pengadilan, semuanya adalah penting, tetapi apa yang disebutkan sebagai alat-alat bukti dalam pasal tersebut sebenarnya kurang lengkap. Masih ada beberapa macam alat bukti lain lagi, seperti hasil pemeriksaan hakim, hasil pemeriksaan orang yang ahli dalam bidang hukum, dan hal-hal yang diakui oleh umum, atau diakui kebenarannya oleh kedua belah pihak.²¹

Akta otentik diatur dalam pasal 165 HIR yang sama bunyinya dengan pasal 285 Rbg, yang berbunyi:

”Akta otentik adalah suatu akta yang dibuat oleh atau dihadapan pejabat yang diberi wewenang untuk itu merupakan bukti yang lengkap antara para pihak dan para ahli warisnya dan mereka yang mendapat hak daripadanya tentang yang tercantum di dalamnya dan bahkan sebagai pemberitahuan belaka, akan tetapi yang terakhir ini hanya diberitahukan itu berhubungan langsung dengan perihal pada akta itu”.

²⁰ R. Subekti, *Hukum Pembuktian*, cet. 9, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1991), hal. 23.

²¹ R. Soesilo, *RIB/HIR Dengan Penjelasan*, (Bogor: Politea, 1985), hal 121.

Dengan demikian, berdasarkan pasal tersebut mengenai akta otentik yang dibuat oleh atau dihadapan notaris sebagai pejabat pembuat akta di bidang hukum perdata, bentuknya tidak diatur secara tegas tetapi isi dan cara-cara penulisan akta itu ditentukan dengan tegas, dengan ancaman kehilangan sifat otentik dari akta atau ancaman hukuman denda terhadap notaris yang membuat akta tersebut. Jika suatu akta dibuat oleh atau di hadapan pejabat yang tidak berwenang untuk itu, maka akta itu bukanlah akta otentik, melainkan hanya berlaku sebagai akta di bawah tangan.

2.2 Kekuatan Mengikat MoU sebagai Perjanjian Pendahuluan

Pasal 1233 KUHPerdata menyatakan bahwa tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan maupun karena Undang-Undang. Perjanjian merupakan sumber terpenting yang melahirkan perikatan, karena perikatan paling banyak diterbitkan dari perjanjian. Jadi suatu perjanjian adalah suatu perbuatan hukum, dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.

Banyak anggapan yang menyatakan bahwa suatu perjanjian harus dibuat secara tertulis. Hal ini sebenarnya tidaklah demikian, kecuali dalam hal-hal tertentu yang telah diatur oleh Undang-Undang. Sebagian orang sangat memerlukan perjanjian dibuat secara tertulis untuk jangka waktu tertentu atau untuk jangka waktu yang lama, tetapi hanya untuk tujuan praktis mengenai pembuktian.²²

Menurut asas konsensualisme, suatu perjanjian lahir pada detik tercapainya kesepakatan atau persetujuan antara kedua belah pihak mengenai hal-hal yang pokok dari apa yang menjadi obyek perjanjian. Sepakat adalah suatu persesuaian paham dan kehendak antara dua pihak tersebut. Apa yang dikehendaki pihak yang satu, adalah juga yang dikehendaki oleh pihak yang lain. Kedua kehendak tersebut bertemu satu sama lain. Sepakat yang diperlukan untuk melahirkan suatu perjanjian dianggap telah tercapai, apabila pernyataan yang dikeluarkan oleh suatu pihak diterima oleh pihak lain.

²² Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perjanjian*, cet. 2, (Bandung: Alumni, 1986), hal. 93.

Suatu kontrak atau perjanjian akan dianggap sah, berlaku dan mengikat para pihak apabila telah memenuhi syarat sahnya perjanjian yang sebagaimana tercantum dalam pasal 1320 KUHPerdara, yaitu:

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan
3. Suatu hal tertentu
4. Suatu sebab yang halal

Dua syarat yang pertama, dinamakan **syarat-syarat subyektif**, karena mengenai orang-orang atau subyek yang mengadakan perjanjian, sedangkan dua syarat yang terakhir dinamakan **syarat-syarat obyektif** karena mengenai perjanjiannya sendiri atau obyek dari perbuatan hukum yang dilakukan itu.

Dengan **sepakat** atau juga dinamakan perizinan, dimaksudkan bahwa kedua subyek yang mengadakan perjanjian itu harus bersepakat, setuju atau seia-sekata mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian yang diadakan. Apa yang dikehendaki pihak yang satu, juga dikehendaki oleh pihak yang lain. Mereka menghendaki sesuatu yang sama secara timbal-balik.²³

Orang yang membuat suatu perjanjian harus **cakap** menurut hukum. Pada dasarnya, setiap orang yang sudah dewasa atau akil baliq dan sehat pikirannya, adalah cakap menurut hukum. Dalam pasal 1330 KUHPerdara disebutkan orang-orang yang tidak cakap untuk membuat suatu perjanjian, yaitu:

- 1) orang-orang yang belum dewasa
- 2) mereka yang ditaruh di bawah pengampuan
- 3) orang perempuan dalam hal-hal yang ditetapkan oleh Undang-undang, dan semua orang kepada siapa Undang-undang telah melarang membuat perjanjian-perjanjian tertentu.

Sebagai syarat ketiga disebutkan bahwa suatu perjanjian mengenai **suatu hal tertentu**, yang diperjanjikan dalam suatu perjanjian, haruslah suatu hal atau suatu barang yang cukup jelas atau tertentu. Syarat ini perlu, untuk dapat menetapkan kewajiban si berutang, jika terjadi perselisihan. Barang yang dimaksud dalam perjanjian, paling sedikit harus ditentukan jenisnya. Bahwa barang itu harus ada

²³ Subekti, *Hukum Perjanjian*, cet. 19, (Jakarta: PT Intermasa, 2002), hal. 17.

atau sudah ada di tangan si berutang pada waktu perjanjian dibuat, tidak diharuskan oleh Undang-Undang. Juga jumlahnya tidak perlu disebutkan, asal saja kemudian dapat dihitung atau ditetapkan.²⁴

Syarat keempat untuk suatu perjanjian yang sah adanya suatu **sebab yang halal**. Ini dimaksud tiada lain daripada isi perjanjian. Artinya hal-hal yang dikehendaki oleh masing-masing pihak tercantum dalam perjanjian. Dengan segera harus dihilangkan suatu kemungkinan salah sangka, bahwa sebab itu adalah sesuatu yang menyebabkan seseorang membuat perjanjian. Bukan itu yang dimaksudkan oleh Undang-undang dengan sebab yang halal. Sesuatu yang menyebabkan seseorang membuat suatu perjanjian atau dorongan jiwa untuk membuat suatu perjanjian pada dasarnya tidak diperdulikan oleh Undang-undang. Hukum pada dasarnya tidak memperhatikan apa yang berada dalam gagasan seseorang atau apa yang dicita-citakan seseorang. Yang diperhatikan hanyalah tindakan orang-orang dalam masyarakat. Gagasan, cita-cita, perhitungan yang menjadi dorongan untuk melakukan perbuatan-perbuatan bagi Undang-undang tidak penting. Jadi, yang dimaksud dengan sebab atau causa dari suatu perjanjian adalah isi dari perjanjian itu sendiri.

Apabila syarat obyektif perjanjian tidak terpenuhi (hal tertentu atau sebab yang halal), maka perjanjiannya adalah **batal demi hukum** (*null and void*). Dalam hal ini, secara semula tidak terjadi perjanjian dan tidak ada pula suatu perikatan antara orang-orang yang bermaksud membuat perjanjian. Tujuan para pihak untuk meletakkan suatu perikatan yang mengikat mereka satu sama lain telah gagal. Tidak dapatlah pihak yang satu menuntut pihak yang lain di depan Hakim, karena dasar hukumnya tidak ada. Hakim diwajibkan karena jabatannya, menyatakan bahwa tidak pernah ada suatu perjanjian atau perikatan.

Apabila pada waktu pembuatan perjanjian, ada kekurangan mengenai syarat subyektif (kesepakatan atau kecakapan), maka perjanjian bukannya batal demi hukum, tetapi **dapat dimintakan pembatalan** (*cancelling*) oleh salah satu pihak.

Sistem-sistem perjanjian dalam Buku III KUHPerdara adalah **sistem terbuka**, yang mengandung asas kebebasan membuat perjanjian. Dalam KUHPerdara dapat disimpulkan dari pasal 1338 ayat (1) yang berbunyi, "*semua perjanjian yang*

²⁴ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, cet. 29, (Jakarta: PT Intermasa, 2001), hal. 136.

dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.” Kata “semua” disini berarti bahwa setiap orang diperbolehkan membuat perjanjian yang berupa dan berisi apa saja, asalkan perjanjian tersebut tidak bertentangan/melanggar ketertiban umum/kesusilaan/kausanya dilarang tegas oleh Undang-Undang. Maksud dari pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara bahwa hukum perjanjian memberikan kebebasan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja, asalkan tidak melanggar ketertiban umum, kesusilaan dan Undang-Undang.

Asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk: membuat atau tidak membuat perjanjian, mengadakan perjanjian dengan siapapun, menentukan isi perjanjian, pelaksanaan dan persyaratannya, serta menentukan bentuknya perjanjian, yaitu tertulis atau lisan.²⁵

Asas kebebasan terdapat dalam pembuatan suatu perjanjian, bebas untuk menentukan isi perjanjian yang akan dibuatnya. Perjanjian yang telah dibuat oleh pihak-pihak diberi kekuatan oleh peraturan, yaitu:

- Perjanjian yang telah dibuat oleh pihak-pihak berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya
- Perjanjian tidak dapat dicabut oleh satu pihak saja, kecuali atas persetujuan bersama.

Sebagian besar isi dari Buku III KUHPerdara ditujukan pada perikatan-perikatan yang timbul dari persetujuan atau perjanjian. Berkaitan dengan tulisan ini, yang dipakai dalam pembagian perikatan adalah adanya **perikatan pokok/prinsipal** dan **perikatan aksesoir**. Perikatan pokok merupakan perikatan yang dapat berdiri sendiri dan memang biasanya berdiri sendiri, walaupun tidak tertutup kemungkinan adanya perikatan lain yang ditempelkan pada perikatan pokok tersebut. Perikatan aksesoir merupakan perikatan yang ditempelkan pada suatu perikatan pokok dan tanpa perikatan pokok tidak dapat berdiri sendiri. Timbul dan hapusnya bergantung pada adanya dan hapusnya perikatan pokok.

Perikatan aksesoir berbeda dengan perikatan *secundair* dimana perikatan aksesoir tidak menggantikan perikatan pokok bila perikatan tersebut tidak

²⁵ H. Salim HS, H. Abdullah, Wiwiek Wahyuningsih, *Perancangan Kontrak & Memorandum of Understanding (MoU)*, ed. 1, cet. 1, (Jakarta: Sinar Grafika, 2007), hal. 2

terpenuhi, sedangkan perikatan secundair akan menggantikan perikatan primair bila perikatan primair tidak dipenuhi.

Pada dasarnya substansi syarat sahnya perjanjian sebagaimana diatur dalam pasal 1320 KUHPerdara hampir sama dengan sistem *Common Law*. Perbedaan mendasar di antara keduanya terletak pada syarat *causa (oorzak)* yang tidak dikenal dalam sistem *Common Law*. Demikian pula sebaliknya, elemen *consideration* sebagai syarat pembentukan perjanjian tidak dikenal dalam sistem KUHPerdara.²⁶

2.3 Perbedaan Akta Otentik dan Akta di Bawah Tangan

Seiring dengan berkembangnya kehidupan manusia, yang juga mendorong semakin pesatnya mobilitas masyarakat dalam melakukan berbagai aktivitas, yang menghendaki kepastian hukum agar terpenuhinya ketertiban umum dan tegaknya keadilan dan kebenaran, maka peranan akta sebagai alat bukti tertulis yang kuat dan sempurna atas perbuatan hukum tertentu menjadi sangat penting.

Sering orang membuat perjanjian ditulis sendiri oleh para pihak, tidak dibuat di hadapan notaris. Tulisan yang demikian disebut akta di bawah tangan. Di bawah tangan ini adalah terjemahan dari bahasa Belanda "*onderhands*".

Prof. Mr. A. Pitlo menjelaskan, "*Siapa yang hendak membuat akta di bawah tangan mengambil pena, siapa yang hendak memperoleh akta otentik mengambil notaris*". Pena adalah barang mati, yang bisa dituliskan atau digerakkan oleh orang yang tidak mengerti hukum. Akta tersebut dibuat oleh mereka sendiri, tidak disaksikan oleh pejabat umum. Isinya tidak ada kepastian. Tanggalnya tidak pasti, artinya apa betul ditanggali sebenarnya, apa ditandatangani oleh yang bersangkutan, apa isinya betul menurut hukum. Serba tidak ada kepastian.

Surat perjanjian yang dibuat di bawah tangan dengan bermeterai, dibawa kepada notaris untuk dimintakan **legalisasi**. Hal ini tidak dapat dipenuhi karena terdapat kekeliruan, karena untuk keperluan legalisasi, para pihak harus datang menghadap dan membubuhkan tanda tangannya dihadapan notaris, setelah lebih dahulu notaris menerangkan isi dan maksud dari perjanjian. Jika perjanjian yang

²⁶ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, cet. 1, ed. 1, (Yogyakarta: Laksbang Mediatama, 2008), hal. 139.

telah dibubuhi meterai dan telah ditandatangani, maka dapat dibawa kepada notaris hanya untuk didaftarkan (di *waarmerking*) dan bukan untuk dilegalisasi. Perjanjian yang telah didaftar oleh notaris, mempunyai kepastian sebagai bukti bahwa perjanjian tersebut ada.

Perbedaan antara akta otentik dan akta di bawah tangan:

1. Akta otentik mempunyai tanggal yang pasti, sedangkan mengenai kepastian tanggal dari akta yang dibuat di bawah tangan tidak selalu pasti
2. Grosse dari akta otentik dalam beberapa hal mempunyai kekuatan pembuktian eksekutorial seperti putusan hakim, sedangkan akta di bawah tangan tidak pernah mempunyai kekuatan eksekutorial
3. Kemungkinan akan hilangnya akta yang dibuat di bawah tangan lebih besar dibandingkan dengan akta otentik
4. Akta otentik harus dibuat oleh atau dihadapan pejabat dan harus mengikuti bentuk dan formalitas yang ditentukan dalam Undang-Undang, sedang akta di bawah tangan tidak ada bentuk dan formalitasnya
5. Akta otentik memiliki kekuatan pembuktian lahir sesuai dengan asas "*acta publica probant seseipsa*", sedang akta di bawah tangan tidak mempunyai kekuatan pembuktian lahir.

Perbedaannya yang paling signifikan antara akta otentik dan akta di bawah tangan adalah terletak pada **kekuatannya**, yaitu bahwa akta otentik memberikan di antara para pihak beserta ahli warisnya atau orang-orang yang mendapat hak dari para pihak itu suatu bukti yang sempurna tentang apa yang dibuat di dalamnya, yang berarti mempunyai kekuatan bukti demikian rupa sehingga tidak perlu dibuktikan lagi dan bagi Hakim merupakan "bukti wajib"/"keharusan" (*verplicht bewijs*). Barangsiapa yang menyatakan bahwa suatu akta otentik palsu harus membuktikan tentang kepalsuan itu. Dikatakan bahwa akta otentik itu merupakan alat bukti yang sempurna, oleh karena ia mempunyai kekuatan pembuktian, baik lahiriah maupun formal dan materil (*uitwendige, formele en materiele bewijskracht*).²⁷

²⁷ Andasasmita, *op.cit.*,

Pada akta di bawah tangan, akta ini bagi Hakim merupakan "bukti bebas" (*vrij bewijs*), oleh karena akta di bawah tangan hanya mempunyai kekuatan bukti materiil setelah dibuktikan kekuatan formilnya. Kekuatan formil baru terjadi bila pihak-pihak yang bersangkutan mengakui akan kebenaran isi, cara pembuatan akta, dan kebenaran dari tanda tangan dari para pihak. Berlainan dengan akta otentik, seseorang terhadap siapa suatu akta di bawah tangan dinyatakan palsu, harus membuktikan bahwa akta tersebut tidak palsu. Mengenai akta di bawah tangan ini diatur dalam pasal 286-305 Rbg, pasal 1874-1880 KUHPerdara dan dalam Stb. 1867 No. 29.

Tulisan-tulisan di bawah tangan (bukan otentik), yaitu akta-akta yang ditandatangani di bawah tangan, surat-surat, register-register, surat-surat urusan rumah tangga dan tulisan-tulisan lain yang dibuat tanpa peraturan pejabat umum, asal memenuhi atau setelah dipenuhinya bea meterai, jika pihak-pihak yang berkepentingan menghendaki, dapat juga "disahkan"/"ditandasahkan" (istilah umum dilegalisasi, menurut KUHPerdara *gewaarmerkt*) oleh notaris atau pejabat lainnya yang ditunjuk oleh Undang-Undang seperti Hakim Pengadilan Negeri dan Pamong praja paling rendah Wedana (Camat).

Fungsi akta yang paling penting dalam hukum adalah akta **sebagai alat pembuktian**, maka daya pembuktian atau kekuatan pembuktian akta dibagi menjadi 3 jenis, yaitu:

a. Kekuatan pembuktian lahir (*uitendige bewijskracht*)

yaitu kekuatan pembuktian yang didasarkan atas keadaan lahir dari akta itu. Maksudnya bahwa suatu tulisan yang kelihatannya seperti akta, diterima/dianggap seperti akta dan diperlakukan sebagai akta, sepanjang tidak dibuktikan sebaliknya. kekuatan pembuktian lahir ini sesuai dengan asas "*acta publica probant seseipsa*", yang berarti bahwa satu akta yang lahirnya tampak sebagai akta otentik serta memenuhi syarat-syarat yang telah ditentukan, maka akta itu harus dianggap sebagai akta otentik, kecuali dapat dibuktikan sebaliknya. Beban pembuktian tentang otentisitas dari akta otentik terletak pada orang yang menyangkalnya.

Untuk **akta di bawah tangan**, tidak terdapat kekuatan pembuktian lahir. Hal ini berarti bahwa akta di bawah tangan baru berlaku sah, jika yang

menandatangananinya mengakui kebenaran dari tanda tangannya, artinya jika tanda tangan telah diakui kebenarannya oleh yang bersangkutan barulah akta itu berlaku sebagai alat bukti sempurna bagi para pihak yang bersangkutan. Orang terhadap siapa akta di bawah tangan itu digunakan, diwajibkan membenarkan (mengakui) atau memungkiri tanda tangannya, sedang bagi ahli warisnya cukup hanya menerangkan bahwa ia tidak kenal akan tanda tangan tersebut (Pasal 2 Stb. 1867 No. 29, pasal 289 Rbg dan pasal 1876 KUHPerduta). Oleh karena itu, pada akta di bawah tangan selalu masih dapat dipungkiri oleh si penandatanganan sendiri atau oleh ahli warisnya tidak diakui, maka akta di bawah tangan itu tidak mempunyai kekuatan pembuktian lahir.

b. Kekuatan pembuktian formil (*formil bewijskracht*)

yaitu kekuatan pembuktian yang didasarkan atas benar atau tidaknya pernyataan yang ditandatangani dalam akta, bahwa oleh penandatanganan akta diterangkan apa yang tercantum di dalam akta. misalnya antara A dan B yang melakukan jual-beli, mengakui bahwa tanda tangan yang tertera dalam akta itu benar, jadi pengakuan mengenai pernyataan terjadinya peristiwa itu sendiri bukan mengenai isi dari pernyataan itu. Dengan demikian, berarti pembuktiannya bersumber atas kebiasaan dalam masyarakat, bahwa orang menandatangani suatu surat itu untuk menerangkan bahwa hal-hal yang tercantum di atas tanda tangan tersebut adalah keterangannya.

Pada **akta di bawah tangan** baru mempunyai kekuatan pembuktian formil, jika tanda tangan di bawah akta itu diakui/tidak disangkal kebenarannya. Dengan diakui keaslian tanda tangan pada akta di bawah tangan, maka kekuatan pembuktian formal dari akta di bawah tangan sama dengan kekuatan pembuktian formal dari akta otentik.

c. Kekuatan pembuktian materiil (*materiele bewijskracht*)

yaitu kekuatan pembuktian yang didasarkan atas benar atau tidaknya isi dari pernyataan yang ditandatangani dalam akta, bahwa peristiwa hukum yang dinyatakan dalam akta itu benar-benar telah terjadi. Jadi memberi kepastian tentang materi akta. Misalnya A dan B mengakui benar bahwa jual beli (peristiwa hukum) itu telah terjadi. Dengan demikian berarti pembuktian

bersumber pada keinginan agar orang lain menganggap isi keterangannya dan untuk siapa isi keterangan itu berlaku, sebagai hal yang benar dan bertujuan untuk mengadakan bukti untuk dirinya sendiri. Oleh karena itu, dari sudut kekuatan pembuktian materiil, suatu akta hanya memberikan bukti terhadap si penandatanganan.

Pada **akta di bawah tangan** baru mempunyai kekuatan pembuktian materiil, jika tanda tangan di bawah akta itu diakui/tidak dipungkiri keasliannya, mempunyai kekuatan pembuktian materiil bagi yang menandatangani, ahli warisnya serta para penerima hak dari mereka. Jadi isi keterangan di dalam akta di bawah tangan yang telah diakui keaslian tanda tangannya. Dengan diakui keaslian tanda tangan pada akta di bawah tangan, maka kekuatan pembuktian materiil dari akta di bawah tangan sama dengan kekuatan pembuktian materiil dari akta otentik.

Kepastian isi akta notaris berarti memang demikian yang dikehendaki oleh para pihak, dan juga isi akta itu telah disaring oleh notaris, tidak melanggar hukum sebab notaris sesuai dengan sumpahnya, akan menepati dengan seteliti-telitinya semua peraturan bagi jabatan notaris dan bagi para pihak. Apabila yang tertulis dalam akta itu melanggar ketentuan hukum, maka notaris harus menolaknya. Oleh karena kekuatan pembuktian dari akta otentik merupakan suatu bukti yang sempurna tentang apa yang dibuat dalam akta itu, maka orang-orang dalam mengikat suatu perjanjian memerlukan jasa notaris untuk membuat akta yang mereka perlukan.

Jadi akta otentik tidak hanya mempunyai kekuatan pembuktian formal, yaitu bahwa benar para pihak sudah **menerangkan** apa yang ditulis dalam akta tersebut, tetapi juga mempunyai kekuatan pembuktian materiil, yaitu bahwa apa yang diterangkan adalah **benar**. Inilah yang dinamakan kekuatan pembuktian **“mengikat”**. Kedua pihak yang menandatangani akta seolah-olah terikat pada kedudukan yang dilukiskan dalam akta tersebut.

Menurut pasal 1876 KUHPdata atau pasal 2 Ordonansi Tahun 1867 No. 29 yang memuat “ketentuan-ketentuan tentang kekuatan pembuktian daripada tulisan-tulisan di bawah tangan dari orang-orang Indonesia atau yang dipersamakan dengan mereka”, maka barangsiapa yang terhadapnya diajukan

suatu tulisan di bawah tangan (akta di bawah tangan), diwajibkan secara tegas **mengakui** atau **memungkiri** tanda tangannya.

Dalam suatu akta otentik, tanda tangan tidak merupakan suatu persoalan. Dalam suatu akta di bawah tangan, pemeriksaan akan kebenaran tanda tangan justru merupakan **acara pertama**. Jika tanda tangan itu dipungkiri oleh pihak yang dikatakan telah menaruh tanda tangannya itu, maka pihak yang mengajukan akta di bawah tangan itu harus berusaha membuktikan dengan alat-alat bukti lain bahwa benarlah tanda tangan tersebut dibubuhkan oleh orang yang memungkirinya. Dengan demikian, maka selama tanda tangan tersebut masih dipertengkarkan, tiada banyak manfaat diperoleh bagi pihak yang mengajukan akta tersebut di muka sidang.

Tanggal sangat penting dalam suatu akta. Tanggal dalam akta di bawah tangan berlaku terhadap pihak ketiga, tetapi hanya dalam hal-hal sebagai berikut:

1. Akta di bawah tangan dibubuhi pernyataan oleh seorang notaris atau pegawai lain yang ditunjuk oleh Undang-Undang dan dibukukan menurut aturan-aturan yang diadakan oleh Undang-Undang
Hal ini sering disebut "**legalisasi**" yang berarti pengesahan.
2. Si penandatanganan meninggal, hari meninggalnya penandatanganan ini dianggap sebagai tanggal dibuatnya akta yang berlaku terhadap pihak ketiga
3. Tentang adanya akta di bawah tangan ternyata dari suatu akta otentik yang dibuat kemudian, tanggal dari akta otentik ini berlaku sebagai tanggal dari akta di bawah tangan tersebut berlaku terhadap pihak ketiga atau dengan kata lain sejak hari dibuktikannya tentang adanya akta di bawah tangan itu dari akta-akta yang dibuat oleh pegawai umum.
4. Tanggal dari akta di bawah tangan diakui secara tertulis oleh pihak ketiga terhadap siapa akta itu dipergunakan

Hal ini diatur dalam pasal 1880 KUHPerdara atau pasal 6 Ordonansi Tahun 1867 No. 29.

Menurut pasal 1870 KUHPerdara atau pasal 165 HIR atau pasal 285 Rbg, akta otentik memberikan di antara para pihak beserta ahli warisnya atau orang-orang yang mendapat hak dari mereka suatu bukti yang sempurna tentang apa yang dimuat di dalamnya. Akta otentik merupakan alat bukti yang "mengikat", dalam

arti bahwa apa yang ditulis dalam akta tersebut harus dipercaya oleh Hakim, yaitu harus dianggap benar, selama ketidak-benarannya tidak dibuktikan. Akta otentik memberikan suatu bukti yang sempurna, dalam arti bahwa ia sudah tidak memerlukan suatu penambahan pembuktian.

Pasal 1874 KUHPerdara menjelaskan akta di bawah tangan adalah tulisan yang ditandatangani tanpa perantaraan Pejabat Umum. Adapun akta itu dapat berupa *partij-akte* yaitu suatu akta yang mengandung keterangan-keterangan dari dua pihak yang menghadap di depan notaris, sehingga notaris tersebut pada dasarnya hanya menetapkan tentang apa yang diterangkan oleh para pihak yang menghadap sendiri yang dapat juga berupa akta resmi (*ambtelijke-acte*) yaitu akta kelahiran, perkawinan, kematian, proses verbal yang dibuat oleh seorang pejabat resmi. Sedangkan tulisan di bawah tangan adalah surat-surat, register-register, surat-surat urusan rumah tangga dan lain-lain tulisan yang dibuat tanpa perantara seorang pejabat umum.

Alat bukti berupa alat bukti di bawah tangan hanya mempunyai kekuatan pembuktian secara formal, yaitu bila tanda tangan pada akta itu diakui (dan ini sebenarnya merupakan pengakuan), yang berarti pernyataan yang tercantum dalam akta diakui dan dibenarkan. Akan tetapi secara materiil, kekuatan pembuktian akta di bawah tangan hanya berlaku terhadap orang untuk siapa pernyataan itu diberikan, sedangkan terhadap pihak lain, kekuatan pembuktiannya tergantung pada penilaian hakim (pembuktian bebas).

Semua perkara di persidangan adalah semata-mata termasuk kekuasaan atau wewenang hakim atau pengadilan untuk memutuskannya. Di dalam persidangan, bila yang diajukan sebagai alat bukti hanya berupa akta di bawah tangan mengingat kekuatan pembuktiannya terbatas, sehingga masih diupayakan alat bukti lain yang mendukungnya sehingga diperlukan bukti yang dianggap cukup untuk mencapai kebenaran menurut hukum.

Jadi akta di bawah tangan hanya dapat diterima sebagai permulaan bukti tertulis (pasal 1871 KUHPerdara) namun menurut pasal tersebut tidak dijelaskan apa yang dimaksud dengan bukti tertulis itu. Jadi suatu akta di bawah tangan untuk dapat menjadi bukti yang sempurna dan lengkap dari permulaan bukti tertulis itu masih harus dilengkapi dengan alat-alat bukti lainnya.

Pembuatan akta oleh suatu peraturan umum tidak ditugaskan atau dikecualikan kepada pejabat atau orang lain. Menurut hukum (Undang-Undang) hal ini dikarenakan:²⁸

- a. Akta otentik yang hanya notaris yang berwenang membuatnya, yang dibedakan antara akta-akta yang harus dibuat di hadapan/oleh notaris dan akta-akta yang boleh dibuat secara notariil atau secara di bawah tangan (*onderhands*)
- b. Akta otentik yang wewenang untuk membuatnya selain oleh Undang-Undang diberikan kepada notaris juga kepada pejabat umum lain, seperti:
 - Suatu akta pengakuan anak yang lahir di luar kawin selain di hadapan notaris juga dapat dibuat di hadapan Pegawai Catatan Sipil (pasal 281 KUHPerdara)
 - Suatu risalah (berita acara) penolakan atau kelambatan/kelalaian pegawai penyimpanan hipotek, di samping notaris, jurusita berwenang membuatnya (pasal 1227 KUHPerdara)
 - Suatu berita acara tentang penawaran uang tunai yang diikuti dengan penyimpanan atau penitipan (pasal 1405 dan 1406 KUHPerdara)
 - Akta mengenai protes non-akseptasi dan protes non-pembayaran (pasal 143b KUHD)
- c. Akta otentik yang hanya dapat dibuat oleh pejabat umum lain (bukan notaris), yaitu akta-akta yang menyangkut catatan sipil, yang hanya boleh dibuat oleh di hadapan Pegawai Catatan Sipil (pasal 4 KUHPerdara).

Notaris berwenang untuk membuat akta perjanjian kerjasama sepanjang merupakan kesepakatan para pihak. Pada dasarnya, notaris hanya mencari kebenaran formil, sehingga apabila para pihak setuju bahwa apa yang diperjanjikan yang telah dituangkan dalam akta tersebut maka notaris tidak perlu menanyakan mengenai fakta di lapangan karena notaris tidak berkewajiban mencari kebenaran formil.

²⁸ *Ibid.*, hal 12.

Akta di bawah tangan:

1. Dibuat sendiri, tidak di hadapan yang berwenang
2. Tidak ada kepastian tanggal
3. Tidak ada kepastian siapa yang menandatangani. Apakah yang menandatangani itu memang orangnya, tidak jelas.
4. Kalau akta dibuat melanggar hukum, tidak segera diketahui
5. Kalau ada yang menyangkal kebenarannya, maka yang disangkal itu, orang yang memanfaatkan akta itu harus membuktikan kebenarannya. Jadi bukan yang menyangkal yang membuktikan
6. Rahasia tidak terjamin. Siapa yang harus merahasiakan.

Akta notaris atau akta otentik:

1. Akta notaris adalah akta yang dibuat oleh atau di hadapan yang berwenang untuk itu. Akta itu adalah otentik.
2. Ada kepastian tanggalnya
3. Ada kepastian siapa yang menandatangani. Memang ditandatangani oleh yang bersangkutan sendiri
4. Notaris telah menasehatkan sebelum akta dibuat itu, mana yang dilarang dan mana yang tidak
5. Kalau ada yang menyangkal kebenaran akta itu, maka yang menyangkal itu yang harus membuktikan, yang disangkal tidak usah membuktikan apa-apa.
6. Akta notaris harus dirahasiakan oleh notaris
7. Akta notaris merupakan bukti mengikat dan sempurna, tidak memerlukan tambahan pembuktian lagi.

2.4 Tindak Lanjut MoU yang dibuat di Bawah Tangan dengan Perjanjian Otentik yang dibuat oleh Notaris

Akibat meningkatnya pendapatan masyarakat dan semakin banyak badan usaha yang bergerak di berbagai sektor perekonomian menimbulkan peningkatan permintaan akan jasa notaris sebagai pejabat umum pembuat akta atau dengan kata lain sebagai akibat kemajuan pembangunan dewasa ini, maka dalam

prakteknya kebutuhan masyarakat akan jasa notaris sebagai pembuat akta semakin meningkat.²⁹

Penyebab kebutuhan masyarakat akan jasa notaris sebagai pembuat akta semakin meningkat dalam kehidupan sehari-hari, adalah dikarenakan semakin banyak orang atau badan usaha melakukan perjanjian-perjanjian atau kontrak, yang dituangkan dalam bentuk akta notaris. Sehingga dirasakan perlunya akta notaris dalam praktek lalu lintas hukum dalam masyarakat yang semakin maju dan kompleks. Hal ini adalah logis karena setiap orang yang mengikat perjanjian yang dapat menimbulkan hak dan kewajiban bagi mereka, sehingga yang sangat penting mengingat kepastian hukum yang lebih besar yang mengikat bagi mereka yang mengadakan persetujuan tersebut.

Pada dasarnya suatu perbuatan hukum yang dilakukan oleh para pihak terkandung maksud tertentu yaitu mengharapkan terjadinya suatu akibat hukum yang dikehendaki. Dahulu orang dalam melakukan perbuatan hukum cukup dengan adanya kata sepakat dari kedua belah pihak secara lisan, dengan dilandasi atas saling percaya. Berbeda halnya dengan zaman sekarang, di mana orang (pihak-pihak) biasanya lebih cenderung melakukan perbuatan hukum dengan merealisasikannya dalam bentuk perjanjian secara tertulis atau yang lebih dikenal dengan sebutan akta otentik maupun berupa akta di bawah tangan.

Sebagaimana telah dikemukakan, bahwa akta notaris merupakan bukti yang sempurna bagi mereka yang mengikat persetujuan dan para ahli warisnya serta orang-orang yang memperoleh hak darinya, tentunya mempunyai kekuatan hukum dan kepastian hukum yang lebih besar daripada akta di bawah tangan.

Bagi masyarakat modern seperti sekarang ini, untuk memberikan suatu kepastian dan jaminan dari pelaksanaan suatu perikatan yang didasarkan pada perjanjian, pada umumnya perjanjian yang dibuat para pihak itu, dituangkan dalam suatu surat akta atau surat-surat lain. Surat-surat akta tersebut, merupakan suatu surat yang dibuat dengan tujuan sebagai bukti terjadinya suatu peristiwa hukum dan berlaku sebagai Undang-Undang bagi para pihak yang sudah

²⁹ Victor M. Situmorang dan Cormentya Sitanggang, *Grosse Akta dalam Pembuktian dan Eksekusi*, cet. 1, (Jakarta: Rineka Cipta, 1993), hal 10.

menandatangani. Surat akta dapat terdiri dari surat akta resmi (otentik) dan surat-surat akta di bawah tangan (*onderhands*).

Akta yang dibuat di bawah tangan adalah suatu tulisan yang sengaja dibuat dan ditandatangani untuk dijadikan alat bukti tentang peristiwa atau kejadian yang menjadi dasar dari suatu perjanjian, maka ada unsur terpenting yaitu **kesengajaan** untuk menciptakan suatu bukti tertulis dan **penandatanganan akta** itu. Keharusan adanya tanda tangan adalah bertujuan untuk memberi ciri atau untuk mengindividualisir suatu akta.

Sebagai alat bukti dalam proses persidangan di Pengadilan, akta di bawah tangan tidak mempunyai kekuatan pembuktian yang sempurna karena kebenarannya terletak pada tanda tangan para pihak yang jika diakui merupakan alat bukti sempurna seperti akta otentik. Suatu akta di bawah tangan hanyalah memberi pembuktian sempurna demi keuntungan orang kepada siapa si penandatangan hendak memberi bukti sedangkan terhadap pihak ketiga kekuatan pembuktiannya adalah bebas.

Apabila dua orang datang kepada notaris menerangkan bahwa mereka telah mengadakan suatu perjanjian dan meminta kepada notaris supaya tentang perjanjian tersebut dibuatkan suatu akta, maka akta ini adalah suatu akta yang dibuat di hadapan notaris. Notaris hanya mendengarkan apa yang dikehendaki oleh kedua pihak yang menghadap dan meletakkan perjanjian yang dibuat oleh dua orang tadi ke dalam suatu akta.

Dalam hal para pihak telah melakukan suatu perjanjian yang dibuat secara sah, maka perjanjian tersebut berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya, dan merupakan asas-asas kebebasan berkontrak. Jadi perjanjian tersebut tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak atau dinyatakan oleh Undang-Undang.

Adanya kebebasan membuat perjanjian (*contractsvrijheid*) menyebabkan para notaris tahu bentuk perjanjian yang sering dikehendaki masyarakat. Ada kemungkinan masyarakat lebih menginginkan atau membutuhkan suatu perjanjian baru daripada yang ada diuraikan dalam Undang-Undang, misalnya dengan dengan pembuatan MoU atau Kesepakatan Bersama.

Kesepakatan bersama merupakan salah satu bentuk perjanjian. Hal ini didasarkan pada pasal 1313 KUHPerdara yang menjelaskan, "*suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu pihak atau lebih mengikatkan dirinya terhadap pihak lain*". Berdasarkan pasal tersebut, kesepakatan bersama juga harus memenuhi syarat sahnya perjanjian sebagaimana dimaksud dalam pasal 1320 KUHPerdara. Untuk menjamin kesempurnaan atas kekuatan pembuktian kesepakatan bersama yang dibuat para pihak tersebut, maka kesepakatan bersama ini hendaknya diikuti dengan perjanjian yang dibuat secara akta otentik oleh notaris.

Dari ketentuan pasal 1320 KUHPerdara, tidak ada yang mengatur bahwa suatu perjanjian atau kesepakatan harus dibuat oleh notaris atau pejabat yang berwenang atau bawah tangan, asal saja telah memenuhi 4(empat) syarat tersebut, maka perjanjian menjadi sah. Namun demi memenuhi ketentuan Undang-Undang atau demi untuk pembuktian yang sempurna dan mengikat maka dalam membuat suatu perjanjian atau kesepakatan perlu untuk membuat akta yang bersifat otentik.

Pasal 1320 KUHPerdara menentukan jika keempat syarat sahnya suatu perjanjian sudah terpenuhi, maka perjanjian sudah sah dan mengikat secara hukum. Tidak peduli apapun nama yang diberikan kepada perjanjian yang bersangkutan. Apakah namanya "*agreement*", "*contract*" atau cuma *Memorandum of Understanding (MoU)*.³⁰

Sepanjang keempat syarat tersebut telah terpenuhi maka menurut pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara disebutkan bahwa, "*semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi yang membuatnya.*" Dengan penekanan pada kata "**semua**", maka pasal tersebut seolah-olah berisikan suatu pernyataan bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian yang berupa apa saja, termasuk bentuk **perjanjian pendahuluan** atau kesepakatan bersama (MoU) dan berisi apa saja, sepanjang isi perjanjian tersebut tidak melanggar kausa halal dan ketentuan Undang-Undang yang ada.

³⁰ Munir Fuady, *Hukum Bisnis dalam Teori dan Praktek Buku ke-2*, cet. 2, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1994), hal. 6.

Dalam pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara disebutkan bahwa para pihak diberikan kebebasan untuk melakukan perjanjian dan para pihak bebas mengatur sendiri isi perjanjian tersebut sepanjang memenuhi ketentuan sebagai berikut:³¹

- a. Memenuhi syarat sebagai suatu perjanjian
- b. Tidak dilarang oleh Undang-Undang
- c. Sesuai dengan kebiasaan yang berlaku
- d. Sepanjang perjanjian tersebut dilaksanakan dengan itikad baik.

MoU atau yang sering juga disebut Nota Kesepakatan atau Kesepakatan Bersama termasuk suatu perjanjian dengan suatu nama khusus yang dibuat oleh dua pihak yang saling memiliki kepentingan dan tunduk pada peraturan umum yang berlaku.

Dalam *Black's Law Dictionary*, yang diartikan *memorandum* adalah: “*is to serve as the basis of future formal contract*” (dasar untuk memulai penyusunan kontrak secara formal pada masa datang. *Understanding* diartikan sebagai: “*An implied agreement resulting from the express term of another agreement, whether written or oral*” (pernyataan persetujuan secara tidak langsung terhadap hubungannya dengan persetujuan lain, baik secara lisan maupun secara tertulis). Dari terjemahan kedua kata tersebut, dapat dirumuskan pengertian *memorandum of understanding* adalah dasar penyusunan kontrak pada masa datang yang didasarkan pada hasil permufakatan para pihak, baik secara tertulis maupun lisan.³²

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 dengan hal-hal yang sangat prinsip. Substansi *memorandum of understanding* ini nantinya yang akan menjadi substansi kontrak yang dibuat secara lengkap dan detail oleh para pihak.

³¹ Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, cet. 2, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 30.

³² H. Salim HS et. al, *op. cit.*, hal. 46.

Dari istilah ”semua” yang terdapat dalam pasal 1338 KUHPerdara, maka pembentuk Undang-Undang menunjukkan bahwa perjanjian yang dimaksud bukanlah hanya perjanjian bernama yang diatur dalam Bab V s/d XVIII KUHPerdara, tetapi juga meliputi perjanjian yang tidak bernama yang tidak diatur dalam KUHPerdara, tetapi terdapat di dalam masyarakat.³³ Jumlah perjanjian tidak bernama ini tidak terbatas, dengan nama yang disesuaikan dengan kebutuhan pihak-pihak yang mengadakan perjanjian.

Lahirnya perjanjian tidak bernama ini dalam praktek berdasarkan asas kebebasan berkontrak, mengadakan perjanjian atau *partij otonomi*.³⁴ Dari asas kebebasan berkontrak, dapat ditarik kesimpulan bahwa orang leluasa untuk membuat perjanjian apa saja, asal tidak melanggar ketertiban umum atau kesusilaan.

Apabila sebelum perjanjian dibuat secara sah di hadapan notaris, dibuat terlebih dahulu perjanjian pendahuluan yang biasanya disebut MoU atau kesepakatan bersama, apakah MoU yang dibuat belum mengikat para pihak sedangkan MoU tersebut telah memenuhi syarat sahnya perjanjian yang ditentukan dalam pasal 1320 KUHPerdara. Untuk hal ini, hukum yang berlaku di Indonesia belum mengaturnya.

Permasalahan hukum lain akan timbul jika sebelum perjanjian tersebut sah dan mengikat para pihak, yaitu dalam proses perundingan atau *preliminary negotiation*, salah satu pihak telah melakukan perbuatan hukum padahal belum tercapai kesepakatan final di antara mereka mengenai kontrak bisnis yang dirundingkan. Hal ini dapat terjadi karena salah satu pihak begitu percaya dan menaruh pengharapan terhadap janji-janji yang diberikan oleh rekan bisnisnya.

Jika pada akhirnya perundingan mengalami jalan buntu dan tidak tercapai kesepakatan misalnya tidak tercapai kesepakatan mengenai *fees, royalties* atau jangka waktu lisensi, maka tidak dapat dituntut ganti rugi atas segala biaya, investasi yang telah dikeluarkan, karena menurut teori kontrak klasik, belum

³³ Badruzaman, *op.cit.*, hal. 22.

³⁴ Mariam Darus Badruzaman, et. al, *Kompilasi Hukum Perikatan Dalam Rangka Memperingati Memasuki Purna Bakti Usia 70 Tahun*, cet. 1, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 67.

terjadinya kontrak, mengingat besarnya *fees, royalties* dan jangka waktu perjanjian merupakan hal yang essential dalam suatu perjanjian.³⁵

Para pihak yang membuat perjanjian senantiasa berharap perjanjinya berakhir dengan “*happy ending*”, namun tidak menutup kemungkinan perjanjian tersebut menemui hambatan bahkan dimungkinkan berujung pada kegagalan kontrak. Hal ini dapat terjadi karena faktor internal para pihak maupun faktor eksternal yang berpengaruh terhadap eksistensi dari perjanjian yang bersangkutan.

Pada situasi normal antara prestasi dan kontra-prestasi akan saling tukar-menukar, namun pada kondisi tertentu pertukaran prestasi tidak berjalan sebagaimana mestinya sehingga muncul peristiwa yang disebut wanprestasi. Pelanggaran hak-hak kontraktual tersebut menimbulkan kewajiban ganti rugi. Pasal 1246 KUHPerdara menyebutkan ganti rugi meliputi:

1. Kerugian yang nyata-nyata diderita
2. Kerugian yang seharusnya dinikmati

Ganti rugi merupakan upaya untuk memulihkan kerugian yang prestasinya bersifat subsidair. Artinya, apabila pemenuhan prestasi tidak lagi dimungkinkan atau sudah tidak diharapkan lagi maka ganti rugi merupakan alternatif yang dapat dipilih oleh kreditur. Pada umumnya ganti rugi dapat diperinci dalam 3(tiga) unsur, yaitu:

1. Unsur biaya
2. Unsur rugi
3. Unsur bunga

Biaya adalah segala pengeluaran atau perongkosan yang dapat dinilai dengan uang, yang nyata-nyata telah dikeluarkan oleh seseorang atau oleh sesuatu pihak tertentu.

Unsur rugi dapat berupa kerugian materiil dan kerugian immateriil. Kerugian materiil berupa kerugian yang nyata-nyata diderita. Kerugian immateriil berupa rasa kecewa dan malu.

³⁵ Suharnoko, *Hukum Perjanjian Teori dan Analisa Kasus*, cet. 3, (Jakarta: Prenada Media, 2005),hal. 1-2.

Bunga adalah keuntungan dari modal, atau uang pembalas jasa atau ganti rugi yang diberikan kepada orang atau kreditur tertentu yang telah meminjamkan uang. Jadi bunga dalam pengertian ini adalah keuntungan yang seharusnya diperoleh oleh seseorang atau kreditur tertentu. Apabila unsur bunga dihubungkan dengan perbuatan melawan hukum maka pengertian bunga dapat diartikan sebagai suatu macam kerugian yang bersifat menghilangkan suatu keuntungan yang sudah dibayangkan atau diperhitungkan, yang seharusnya akan diperoleh oleh seseorang atau kreditur tertentu.

Teori kontrak yang modern cenderung menghapuskan syarat-syarat formal bagi kepastian hukum dan lebih menekankan kepada terpenuhinya rasa keadilan. Konsekuensinya, pihak yang mengundurkan diri dari perundingan tanpa alasan yang patut bertanggung jawab atas kerugian yang diderita oleh pihak lain, jika pihak yang terakhir telah mengeluarkan biaya karena rasa percaya dan menaruh pengharapan terhadap janji-janji yang diberikan dalam proses perundingan. Menurut teori ini, janji-janji pra-kontrak mempunyai akibat hukum jika janji-janji tersebut diingkari.

Di negara yang menganut *Civil Law* sistem, seperti Perancis, Belanda, dan Jerman, pengadilan memberlakukan asas itikad baik bukan hanya dalam tahap penandatanganan dan pelaksanaan kontrak, tetapi juga dalam tahap perundingan (*the duty of good faith in negotiation*), sehingga janji-janji pra-kontrak mempunyai akibat hukum dan dapat dituntut ganti rugi jika janji tersebut diingkari.

Akan tetapi beberapa putusan Pengadilan di Indonesia tidak menerapkan asas itikad baik dalam proses negosiasi, karena jika suatu perjanjian belum memenuhi syarat hal tertentu, maka belum ada suatu perjanjian sehingga belum lahir suatu perikatan yang mempunyai akibat hukum bagi para pihak. Akibatnya, pihak yang dirugikan karena percaya pada janji-janji pihak lawannya tidak terlindungi dan tidak dapat menuntut ganti rugi.³⁶

Di negara yang menganut sistem *Common Law*, seperti Amerika Serikat, pengadilan menerapkan doktrin *promissory estoppel* untuk memberikan perlindungan hukum kepada pihak yang dirugikan karena percaya dan menaruh

³⁶ *Ibid.*, hal. 3.

pengharapan (*reasonably relied*) terhadap janji-janji yang diberikan lawannya dalam tahap pra-kontrak (*preliminary negotiation*).

Dalam sistem hukum *Common Law*, asas kebebasan berkontrak atau *Freedom of Contract* dikenal juga dengan istilah *Laissez Faire*, yang pengertiannya secara garis besar diterangkan oleh Jessel M.R. yaitu, ”*setiap orang dewasa yang waras mempunyai hak kebebasan berkontrak sepenuhnya dan kontrak-kontrak yang dibuat secara bebas dan atas kemauan sendiri, adalah dianggap mulia/kudus dan harus dilaksanakan oleh pengadilan..... dan kebebasan berkontrak ini tidak boleh dicampuri sedikit pun*”.³⁷

Negara-negara yang menganut sistem hukum *Common Law* menentukan bahwa suatu penawaran tidak dapat dibatalkan atau ditarik kembali. Dalam *New York General Obligation Law section 5-1109*, menyatakan bahwa suatu janji untuk tidak menarik atau membatalkan suatu penawaran adalah mengikat walaupun tanpa ada sebab atau *consideration*.³⁸

Kehendak para pihak diwujudkan dalam kesepakatan yang merupakan dasar mengikatnya suatu perjanjian. Kehendak itu dinyatakan dengan berbagai cara baik lisan maupun tertulis dan mengikat para pihak dengan segala akibat hukumnya.

J. M. van Dunne mengemukakan bahwa suatu perjanjian terjadi terdiri dari tiga fase, yakni: (1) fase pra kontrak (*precontractuele fase*); (2) fase pelaksanaan kontrak (*contractuele fase*); dan (3) fase pasca kontrak (*postcontractuele fase*).³⁹ Dalam fase pra kontrak, terjadi kesepakatan hal-hal yang pokok, di mana di dalam perjanjian itu telah disepakati sejumlah prinsip-prinsip. Apabila perjanjian pendahuluan tidak dilanjutkan dalam suatu perjanjian, maka di antara kedua belah pihak tidak dipertimbangkan masalah ganti rugi.

Apabila dalam fase pra kontrak tercapai kesepakatan secara terperinci mengenai hak dan kewajiban antara kedua belah pihak, yang mana sifat perjanjian tersebut

³⁷ Hardijan Rusli, *Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law*, cet. 2, (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1996), hal. 38.

³⁸ *Ibid.*, hal. 59.

³⁹ Ridwan Khairandy, *Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, cet. 1, (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia Pasca Sarjana, 2003), hal. 190.

dinamakan “*pactum de contrahendo*” yaitu perjanjian untuk mengadakan perjanjian, maka masalah ganti rugi dapat dipermasalahkan dalam hal perjanjian tidak tercapai.

MoU atau Kesepakatan Bersama merupakan pencatatan atau pendokumentasian hasil negosiasi awal dalam bentuk tertulis. Banyak yang beranggapan bahwa MoU hanya merupakan pengikatan para pihak. Yang ada hanya berupa kesepakatan. Walaupun banyak yang beranggapan MoU belum merupakan suatu perjanjian, penting digunakan sebagai pegangan lebih lanjut dalam negosiasi lanjutan atau sebagai dasar untuk melakukan studi kelayakan dalam pembuatan kontrak. Terbukanya kesempatan yang begitu luas untuk membuat kontrak berlandaskan pada prinsip kebebasan berkontrak (pasal 1338 KUHPerdata).

Adanya dua macam pendapat mengenai kedudukan yuridis dari MoU juga membawa akibat kepada masalah tanggung jawab yang ditimbulkan terhadap masing-masing pihak dalam pelaksanaan MoU. Pendapat tentang kedudukan MoU yaitu: pendapat bahwa MoU hanyalah merupakan *gentlement agreement* saja dan pendapat *agreement is agreement* yang menganggap kekuatan yuridis MoU adalah sama dengan kekuatan yuridis dari perjanjian. Kedua pendapat ini turut membawa pengaruh pada masalah tanggung jawab yang ditimbulkan terhadap masing-masing pihak.⁴⁰

Pendapat yang menyatakan bahwa MoU hanyalah merupakan *gentlement agreement* saja membawa akibat kepada kekuatan mengikatnya yang tidak sama dengan perjanjian lainnya. Penganut pendapat ini menganggap MoU mengikat hanya sebatas pengikatan moral belaka. Hal ini berarti kekuatan MoU walaupun dibuat dalam bentuk yang paling kuat sekalipun, tetap tidak memaksa secara hukum, pihak yang wanprestasi tidak dapat digugat ke pengadilan. Sebagai pengikatan moral, pihak yang wanprestasi akan dianggap tidak bermoral jika ia wanprestasi dan reputasinya di kalangan bisnis juga akan ikut jatuh. Menurut pendapat ini MoU tidaklah memaksa menurut hukum. Tanggung jawab masing-

⁴⁰ Munir Fuady, *Hukum Bisnis dalam Teori dan Praktik Buku Keempat*, (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1997), hal. 93.

masing pihak terhadap pelaksanaan MoU dikembalikan kepada moral masing-masing pihak.

Kebalikan dari pendapat yang menganggap MoU sebagai *gentlement agreement* adalah pendapat yang mengajarkan bahwa MoU apa pun bentuknya, lisan atau tulisan, pendek atau panjang, lengkap terinci ataupun hanya pokok-pokoknya saja, tetap merupakan perjanjian dan karenanya mempunyai kekuatan mengikat seperti layaknya suatu perjanjian sehingga seluruh ketentuan pasal-pasal tentang hukum perjanjian tetap bisa diterapkan kepadanya.

Dalam pembuatan MoU, para pihak yang membuatnya harus bertanggung jawab atas hak dan kewajiban masing-masing pihak karena sama halnya dengan perjanjian, MoU juga menimbulkan hak dan kewajiban walaupun hukum di Indonesia hanya menganggap MoU hanya perjanjian pendahuluan. Biasanya MoU dibuat secara sederhana dan tidak ada pengaturan yang lebih rinci. Hal ini dikarenakan:

1. Masyarakat menganggap MoU baru ikatan dasar, di mana para pihak belum bisa berantisipasi atau belum cukup waktu untuk memikirkan detail-detailnya.
2. Agar terlebih dahulu ada suatu komitmen di antara para pihak, sementara detail-detailnya dibicarakan kemudian hari. Untuk itu disepakati terlebih dahulu prinsip-prinsip dasar dari suatu kontrak. Sedangkan *terms* dan *conditions* akan dibicarakan di kemudian hari.

Hukum yang berlaku di Indonesia menerapkan asas bahwa perjanjian yang digunakan apabila terdapat 2(dua) perjanjian yang saling bertentangan adalah perjanjian yang paling menguntungkan para pihak. Tidak dilihat berdasarkan perjanjian yang paling baru dibuat. Diharapkan dengan adanya hal tersebut, tidak terjadi *dispute* antara para pihak. Dalam perjanjian ini, yang dilihat adalah maksud awal dari para pihak mengadakan perjanjian. Hal ini dapat dikecualikan apabila dalam perjanjian yang baru dibuat terdapat klausula yang menyatakan dengan berlakunya perjanjian yang baru maka perjanjian yang lama tidak berlaku lagi. Dengan adanya klausula ini, maka perjanjian yang lama otomatis tidak berlaku.

2.5 Analisa Kasus

Perumusan hubungan kontraktual pada umumnya senantiasa diawali dengan proses negosiasi di antara para pihak. Proses negosiasi dapat terjadi sekali saja untuk satu masalah tertentu, namun juga berulang-ulang (simultan) untuk masalah yang lebih rumit dan kompleks. Bagi pelaku bisnis modern, negosiasi merupakan bagian yang “*inherent*” dengan ritme dan kinerja mereka.⁴¹

Menurut Donald G. Gifford dalam bukunya “*Legal Negotiation Theory and Applications*” , menyatakan bahwa negosiasi merupakan suatu proses melibatkan pihak-pihak yang mencapai kata sepakat untuk saling tukar sesuatu yang diinginkan pihak lain melalui proses tawar menawar, baik mengenai hal-hal yang muncul pada situasi aktual, ketidaksepakatan maupun konflik yang potensial muncul dan berkembang. Negosiasi terjadi apabila orang lain memiliki apa yang kita inginkan dan kita bersedia menukarnya dengan apa yang diinginkan mereka.

Contohnya adalah kesepakatan bersama yang terjadi antara Pemerintah Daerah (Pemda) Jambi dengan PT. Simota Putra Parayudha. Para pihak lebih dahulu melakukan negosiasi yang mana hasil dari negosiasi tersebut dimuat dalam Kesepakatan Bersama sebagai langkah awal (*starting point*) pengikatan hubungan di antara para pihak dan untuk pengaturan lebih jelas dan lebih rinci mengenai hal-hal yang diperjanjikan, diatur dalam Surat Perjanjian Induk.

Tujuan awal diadakannya perjanjian kerjasama ini adalah penyertaan modal yang dimiliki oleh Propinsi Jambi pada suatu usaha bersama dengan pihak ketiga (yang dalam hal ini adalah PT Simota Putra Parayudha) dan/atau pemanfaatan modal milik daerah oleh pihak ketiga. Dalam hal ini, kerjasama ini diharapkan dapat meningkatkan pertumbuhan perekonomian daerah, penambahan pendapatan daerah dan terciptanya kesempatan kerja⁴² khususnya untuk masyarakat Jambi.

Dengan ditandatanganinya kesepakatan bersama ini, masing-masing pihak tetap melaksanakan apa yang sudah disepakati dalam kesepakatan bersama tersebut. Meskipun MoU belum ada pengaturannya dalam hukum konvensional Indonesia, para pihak harus bertanggung jawab terhadap hal-hal yang telah

⁴¹ Hernoko, *op. cit.*, hal. 131.

⁴² Salim HS, *Perkembangan Hukum Kontrak Di Luar KUHPerdara Buku Dua*, ed. 1, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2008), hal 206.

diperjanjikan karena perjanjian yang telah disepakati antara para pihak merupakan undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Dalam pelaksanaan kerjasama tersebut, pengaturannya harus dituangkan dalam suatu perjanjian yang mana mengikat kedua belah pihak. Hal ini dimaksudkan untuk memperkecil resiko timbulnya suatu permasalahan di kemudian hari. Oleh karena itu, diperlukan suatu perjanjian yang mengatur hubungan hukum antara kedua belah pihak dan klausula umum yang merupakan standar dari suatu perjanjian maupun klausula yang diperlukan dalam suatu perjanjian kerjasama.

Kerjasama antara Pemda Jambi dengan PT. Simota Putra Parayudha terlebih dahulu dicantumkan dalam **Kesepakatan Bersama No. 1A/KB/OHK/II/2004 dan No. 08/SPP-KB/II/2004**. Dalam tindak lanjut dari kesepakatan bersama (MoU) tersebut dicantumkan bahwa akan ada **Surat Perjanjian Induk** yang merupakan lanjutan dari MoU ini. Surat perjanjian induk dibuat karena ada anggapan dari para pihak bahwa perikatan antara mereka tidak kuat dan kurang sempurna apabila tidak dibuat dalam sebuah perjanjian yang otentik.

MoU yang dibuat tersebut belum lengkap. Hal ini dapat dilihat dari jangka waktu perjanjian kerjasama yang tidak dicantumkan. Dalam sebuah perjanjian kerjasama, jangka waktu adalah hal yang sangat penting karena yang akan menentukan berapa lama para pihak akan mengadakan perjanjian atau sampai kapan perjanjian kerjasama tersebut berlaku.

MoU yang dibuat oleh Pemda Jambi dengan PT. Simota Putra Parayudha ini tidak dapat dikatakan sebagai perjanjian yang sah karena MoU ini dibuat sederhana dan tidak memuat hak dan kewajiban dari masing-masing pihak. MoU ini hanya berupa tanda sebagai pengikatan kerjasama antara para pihak. MoU ini juga tidak dibuat secara formalitas (tanpa adanya suatu akta notaris).

MoU ini pada hakikatnya dijadikan suatu **perjanjian pendahuluan** yang akan diikuti dan dijabarkan dalam perjanjian kerjasama. MoU ini hanya berisikan hal-hal yang pokok saja yaitu hal-hal yang menyatakan bahwa antara Pemda Jambi dengan PT. Simota Putra Parayudha akan terjalin kerjasama untuk pembangunan pusat perbelanjaan di atas tanah milik Pemda Jambi.

Sebuah Nota Kesepahaman atau Kesepakatan Bersama dibuat untuk ditindaklanjuti, memberikan para pihak waktu untuk berpikir ulang apakah akan mengikat diri, serta mempersiapkan hal-hal yang dituangkan atau dibutuhkan dalam perjanjian kerjasama. Kesepakatan Bersama ini merupakan suatu perjanjian/perikatan yang mengikat kedua belah pihak. Dalam kesepakatan bersama dasarnya adalah perjanjian, sehingga landasannya tidak hanya itikad baik saja tetapi diperlukan adanya keadilan.

Dalam suatu perjanjian yang paling penting adalah isinya, keterikatan para pihak pada perjanjian adalah keterikatan pada isi perjanjian yang ditentukan oleh para pihak sendiri. Karena isi perjanjian ditentukan sendiri oleh para pihak, maka berarti para pihak itu terikat bukan karena menghendaki tetapi karena para pihak memberikan janjinya.

Berdasarkan kasus ini, dengan memperhatikan kesepakatan bersama dan perjanjiannya maka perjanjian dilaksanakan untuk jangka waktu 30 tahun, bukan seumur hidup sebagaimana tercantum dalam Kesepakatan Bersama yang pertama dibuat. Hal ini dapat terjadi akibat para pihak tidak mengerti dan mengetahui mengenai hal-hal apa saja yang wajib dicantumkan dalam suatu perjanjian kerjasama.

MoU yang ditandatangani tanggal 18 Februari 2004 terdapat kesalahan dan kekurangan. Para pihak ketika membuat MoU ini sepertinya tidak menyadari kesalahan dan kekurangan tersebut sehingga diteruskan ke dalam perjanjian kerjasama yang dibuat oleh notaris tanpa adanya perubahan.

Dengan adanya ketidakrincian ini dan sebagai tindak lanjut dari MoU, maka Pemda Jambi dan PT. Simota Putra Parayudha memutuskan untuk menandatangani **Perjanjian Kerjasama No. 24** di hadapan Notaris Muhammad Zen, SH, pada tanggal 4 Nopember 2004. Perjanjian kerjasama ini sebenarnya hampir sama dengan MoU karena hanya memasukkan data-data yang terdapat dalam MoU ke dalam pasal-pasal, sedangkan jangka waktu berlakunya perjanjian kerjasama tidak diatur dan dicantumkan. Dengan tidak dicantumkannya jangka waktu, mungkin saja masing-masing pihak memiliki asumsi yang berbeda-beda mengenai jangka waktunya karena tidak adanya kesepakatan.

Notaris dalam membuat perjanjian kerjasama ini kurang teliti dan tidak memahami hal-hal apa saja yang wajib diatur dan dicantumkan dalam suatu perjanjian kerjasama, sehingga notaris hanya menuangkan MoU yang telah dibuat ke dalam suatu akta otentik. Notaris tidak memperhatikan dengan jelas hal-hal apa saja yang belum diatur dalam perjanjian kerjasama tersebut. Selain itu, seorang notaris wajib menjelaskan setiap hak dan kewajiban yang tertulis dalam kontrak/perjanjian, sehingga diharapkan tidak ada yang beritikad buruk dengan menyatakan tidak mengerti isi kontrak.

Berdasarkan penelitian yang telah dilakukan, Pemda Jambi menganggap bahwa perjanjian kerjasama yang terjadi dengan PT. Simota Putra Parayudha hanya berlaku untuk 25 tahun, sedangkan PT. Simota Putra Parayudha menganggap perjanjian antara mereka berlaku untuk seumur hidup. Adanya ketidaksepakatan mengenai jangka waktu ini menimbulkan perdebatan antara Pemda Jambi dengan PT. Simota Putra Parayudha, sedangkan perjanjian kerjasama telah ditandatangani dan pembangunan telah dilaksanakan tetapi terdapat hal-hal penting yang belum disepakati.

Dengan adanya perjanjian kerjasama ini maka kerjasama antara Pemda Jambi dengan PT. Simota Putra Parayudha telah sah dan mengikat para pihak. Surat perjanjian kerjasama ini merupakan surat sakti yang mengikat antara satu pihak dengan pihak lain dalam kekuatan hukum yang berlaku. Surat perjanjian merupakan bukti hukum bila salah satu pihak melanggar atau mengingkari kesepakatan yang telah dibuat. Apabila salah satu pihak wanprestasi maka pihak yang melanggar perjanjian harus memberikan ganti rugi kepada pihak yang dirugikan.

Bukti adanya realisasi dari perjanjian kerjasama ini adalah dengan dilaksanakannya pembangunan WTC Jambi yang pemancangan tiang pembangunan pertama kali dilaksanakan pada tanggal 5 Januari 2004. Pembangunan WTC Jambi ini merupakan inti dari perjanjian kerjasama. Dengan terlaksananya pembangunan WTC Jambi, maka hampir seluruh isi perjanjian terpenuhi tinggal menunggu waktu yang telah ditentukan untuk mengembalikan tanah milik Pemda Jambi yang untuk sementara waktu dikuasai oleh PT. Simota Putra Parayudha.

Pemda Jambi berdasarkan MoU dan Perjanjian Kerjasama kurang sempurna dalam melaksanakan isi perjanjian. Dalam MoU dan perjanjian tersebut disebutkan bahwa Pemda Jambi akan memberikan tanah seluas kurang lebih 90.000 m² sedangkan kenyataannya Pemda Jambi hanya menyediakan tanah seluas kurang lebih 60.000 m². Hal ini akan mengakibatkan Pemda Jambi **kurang sempurna** dalam melaksanakan isi dari perjanjian. Pemda Jambi telah menyediakan tanah tapi tidak sesuai dengan yang telah diperjanjikan.

Dengan seiringnya waktu, ada pihak di luar perjanjian yang menyadari kekeliruan tersebut, yaitu Badan Pertimbangan Keuangan (BPK). BPK menemukan beberapa kejanggalan dari isi perjanjian yang dibuat oleh Pemda Jambi dengan PT. Simota Putra Parayudha.

Pertama, luas tanah yang dijanjikan oleh Pemda Jambi tidak sesuai luas tanah yang tersedia. Dalam MoU dan perjanjian kerjasama, luas tanah yang dicantumkan adalah luas tanah berdasarkan Sertifikat Tanah dengan luas 92.918 m², sedangkan tanah yang disediakan untuk PT. Simota Putra Parayudha membangun pusat perbelanjaan hanya tersedia 67.057m². Kekurangan tanah yang disediakan oleh Pemda Jambi ini tidak dikurangi dengan luas tanah yang digunakan untuk jalan dan tanah yang terkena jalur hijau. Dalam hal ini telah terjadi penyimpangan obyek perjanjian.

Kedua, tidak dicantumkannya jangka waktu berlakunya perjanjian kerjasama yang mengakibatkan para pihak memiliki asumsinya masing-masing. Jangka waktu ini sangat penting artinya dalam melakukan sebuah perjanjian kerjasama karena waktulah yang membatasi sampai berapa lama para pihak mengikatkan dirinya.

Terdapatnya beberapa kejanggalan dari MoU dan perjanjian kerjasama ini, menyebabkan beberapa pihak menghendaki adanya pengikatan yang baru dan lebih jelas. Adanya perubahan-perubahan yang harus dilakukan, membuat Pemda Jambi dan PT. Simota Putra Parayudha untuk melihat kembali hal-hal apa saja yang telah mereka perjanjikan terdahulu. Setelah dibicarakan lebih detail, akhirnya Pemda Jambi dan PT. Simota Putra Parayudha memutuskan untuk merevisi kembali perjanjian kerjasama yang telah mereka buat. Perjanjian tersebut terlebih dahulu juga diawali dengan pembuatan **Kesepakatan Bersama No.**

1/KB/OHK/II/2006 dan No. 028/SPP-KB/II/06 yang ditandatangani pada tanggal 8 Februari 2006. Para pihak yang menandatangani MoU Perubahan, sama dengan para pihak yang menandatangani MoU yang sebelumnya. Terdapat banyak perubahan yang dibuat dalam MoU yang baru. Perubahan itu dianggap perlu karena disesuaikan dengan keadaan.

Kesepakatan Bersama yang baru juga mencantumkan bahwa MoU ini ditindaklanjuti dengan Perjanjian Kerjasama Penggunausahaan dalam bentuk Bangun Guna Serah atau *Build Operate Transfer (BOT)* atas tanah Pemerintah Propinsi Jambi antara Pemda Jambi dengan PT. Simota Putra Parayudha. MoU ini hanya berlaku 90 hari sejak ditandatangani dan harus dilanjutkan ke dalam sebuah perjanjian yang lebih rinci.

Terdapat banyak perubahan yang dibuat dalam MoU yang baru. Perubahan itu dianggap perlu karena disesuaikan dengan keadaan. Perubahan-perubahan yang terjadi antara MoU pertama dengan MoU yang kedua adalah:

PERTAMA, para pihak bersepakat untuk mengubah bentuk kerjasama yang semula adalah "*Joint Venture (JvC)*" yang berubah menjadi "*Penggunausahaan Aset berupa tanah dengan bentuk bangun Guna Serah atau Build Operate Transfer (BOT)*". Pola kerjasama JvC dilakukan dengan melibatkan Pemda Jambi menunjuk salah satu Badan Usaha Milik Daerah (BUMD) yaitu PT. Jambi Indoguna Internasional dengan bersama-sama dengan PT. Simota Putra Parayudha membentuk suatu perusahaan bersama dengan nama PT. Batang Hari Propertindo.

Perubahan pola kerjasama ini dianggap perlu karena didasarkan pada Keputusan Menteri Dalam Negeri No. 152 Tahun 2004 tentang Pedoman Pengelolaan Barang Daerah, maka pola kerjasama yang paling tepat dilakukan oleh Pemda Jambi sebagai pemilik tanah aset daerah dengan PT. Simota Putra Parayudha adalah pola kerjasama Bangun Guna Serah. Pola kerjasama ini tidak membentuk suatu perusahaan tetapi masing-masing pihak mewakili dirinya sendiri dalam hal mengurus kepentingannya. Pola kerjasama bangun guna serah ini dipilih karena oleh kedua belah pihak, pola yang paling tepat untuk kerjasama yang mereka lakukan adalah bangun guna serah tanpa ada pihak yang merasa dirugikan.

Menurut Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah pasal 1 ayat (12), bangun guna serah adalah pemanfaatan barang milik negara/daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu.

PP ini juga mengatur lebih lanjut mengenai jangka waktu dilakukannya kerjasama di antara para pihak. Dalam Kepmendagri bagian VIII mengenai Pemanfaatan, jangka waktu kerjasamanya paling lama **25 tahun**, sedangkan pasal 29 PP No. 6 Tahun 2006, jangka waktu paling lama **30 tahun** sejak perjanjian ditandatangani. Tetapi dalam MoU perubahan, jangka waktu yang digunakan oleh para pihak masih berlaku sesuai dengan Kepmendagri karena ketika MoU perubahan ditandatangani, PP No. 6 Tahun 2006 belum disahkan sehingga yang tercantum dalam MoU perubahan, jangka waktu dari perjanjian kerjasamanya adalah 25 tahun.

KEDUA, perubahan MoU adalah mengenai luas tanah yang merupakan obyek kerjasama. MoU perubahan ini telah mencantumkan luas tanah sesuai dengan perhitungan BPK dan perhitungan dari Tim Penilai Aset yang dibentuk oleh Gubernur Propinsi Jambi. Perubahan ini dianggap perlu karena luas tanah yang disediakan Pemda Jambi untuk pembangunan pusat perbelanjaan yang akan dilakukan oleh PT. Simota Putra Parayudha telah terjadi pengurangan luas tanah berdasarkan sertipikat karena digunakan untuk jalan dan jalur hijau. Perbedaan luas tanah yang diperjanjikan dengan luas tanah yang disediakan, menyebabkan perlu kiranya Pemda Jambi melakukan perubahan.

KETIGA, perubahan yang dilakukan mengenai luas tanah yang diperjanjikan. Dalam MoU yang pertama, luas tanah yang diperjanjikan adalah berdasarkan sertipikat dari aset Pemda Jambi tersebut. Tetapi dalam MoU yang kedua ini, tidak semua luas tanah yang diperjanjikan. Ada tanah yang tidak dilanjutkan kerjasamanya dan ada tanah yang dilakukan pelepasan hak oleh Pemda Jambi dengan cara ganti rugi. Perbedaan ini dianggap perlu agar perjanjian yang dibuat sesuai dengan fakta yang ada.

KEEMPAT, perubahan yang terjadi adalah adanya penambahan mengenai pembagian keuntungan antara Pemda Jambi dengan PT. Simota Putra Parayudha. Dalam MoU pertama, pembagian keuntungan antara para pihak tidak diperhitungkan tetapi hal tersebut sangat penting untuk ditetapkan dalam perjanjian agar di kemudian hari tidak terjadi perdebatan mengenai hal ini.

MoU yang baru ini diikuti dengan **Addendum I Kesepakatan Bersama** yang ditandatangani pada tanggal 28 April 2006. Kesepakatan bersama tambahan (*addendum*) ini menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari MoU yang baru. Dengan dikeluarkannya PP No. 6 Tahun 2006 yang sangat erat kaitannya dengan perjanjian kerjasama ini karena menyangkut jangka waktu perjanjian. Adendum sangat diperlukan sebagai kelanjutan dari MoU perubahan harus disesuaikan dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku. Adendum ini ditandatangani oleh Pemda Jambi dan PT. Simota Putra Parayudha pada tanggal 28 April 2006 yang isinya pada intinya perpanjangan dari kesepakatan bersama perubahan.

Perubahan MoU ini mengakibatkan tidak berlakunya MoU yang lama dan Perjanjian Kerjasama No. 24. Klausula mengenai ketidakberlakuannya MoU yang lama dan perjanjian kerjasama memang tidak dijelaskan dengan tegas dalam MoU perubahan. Akan tetapi, hanya disebutkan bahwa apabila dalam jangka waktu MoU Perubahan tidak ditindaklanjuti dengan Perjanjian Kerjasama Penggunausahaan oleh para pihak, maka MoU yang lama dinyatakan berlaku sebagaimana mestinya.

Perubahan antara **MoU pertama** (Kesepakatan Bersama No. 1A/KB/OHK/II/2004 dan No. 08/SPP-KB/II/2004 tanggal 18 Februari 2004) dengan **MoU kedua** (Kesepakatan Bersama No. 1/KB/OHK/II/2006 dan No. 028/SPP-KB/II/06 tanggal 8 Februari 2006 tentang Perubahan Kesepakatan Bersama antara Pemerintah Propinsi Jambi dengan PT. Simota Putra Parayudha 1A/KB/OHK/II/2004 dan No. 08/SPP-KB/II/2004 tanggal 18 Februari 2004 tentang Kerjasama Pemanfaatan, Pembangunan dan pengelolaan Aset Tanah Pemerintah Propinsi Jambi), antara lain:

1. Mengenai obyek perjanjian yaitu terdapat perbedaan luas tanah antara yang dijanjikan dengan luas tanah yang dapat digunakan oleh PT. Simota Putra Parayudha sebagai pengguna barang milik daerah. Luas tanah yang

diperjanjikan baik dalam MoU pertama maupun dalam Perjanjian Kerjasama No. 24 tanggal 4 November 2004 didasarkan pada sertifikat tanah tanpa dikurangi tanah yang digunakan untuk jalan dan jalur hijau.

2. Mengenai pola kerjasama "*joint venture*" menjadi "Penggunausahaan Aset berupa tanah dengan bentuk Bangun Guna Serah atau *Build Operate Transfer (BOT)*". Perubahan pola kerjasama ini dalam rangka meningkatkan perekonomian Propinsi Jambi, penyerapan tenaga kerja, meningkatkan pendapatan masyarakat, meningkatkan pelayanan masyarakat, dan meningkatkan pendapatan daerah.
3. Adanya pelepasan hak atas tanah dengan cara ganti rugi oleh PT. Simota Putra Parayudha dan adanya sebagian tanah milik Pemerintah Propinsi Jambi yang tidak dilanjutkan kerjasamanya.
4. Adanya tanah yang tidak dilanjutkan kerjasamanya yang terletak di Kelurahan Pasar Jambi yang semula untuk pembangunan pertokoan dan hotel.
5. Adanya penambahan klausula mengenai pembagian keuntungan dari para pihak sehingga terdapat kejelasan mengenai berapa keuntungan yang akan diperoleh oleh masing-masing pihak dalam perjanjian kerjasama ini.
6. Adanya penambahan jangka waktu berlakunya perjanjian yang semula tidak disebutkan dalam perjanjian, dengan dibuatnya MoU perubahan ini, jangka waktu kerjasama antara para pihak menjadi lebih jelas.

Sebagai tindak lanjut dari kerjasama antara Pemda Jambi dengan PT. Simota Putra Parayudha, dibuatlah **Perjanjian Kerjasama No. 101** pada tanggal 23 April 2007 dengan Notaris M. Zen, SH. Dengan dibuatnya Perjanjian Kersamana antara para pihak dalam sebuah akta otentik, maka perjanjian ini mengikat dan tidak dapat diganggu gugat oleh pihak lain adanya keotentikan perjanjian ini mengakibatkan apabila ada yang menyangkal maka pihak yang menyangkal tersebut harus membuktikan ketidakaslian dari perjanjian kerjasama ini.

Hal ini berbeda dengan kekuatan mengikat dari MoU. Apabila ada pihak yang menyangkal ketidakaslian MoU tersebut, maka pihak yang menyatakan kebenaran dari MoU harus membuktikannya.

Terdapat beberapa karakteristik yang tidak terdapat dan tidak jelas dalam Kesepakatan Bersama. Dalam kesepakatan bersama tersebut tidak jelas jangka

waktunya sehingga yang terjadi kemungkinan dan mengakibatkan tidak adanya kepastian hukum. Dalam kesepakatan bersama ini tidak dijelaskan mengenai peran para pihak secara detail. Dengan demikian jelas bahwa walaupun dalam kesepakatan bersama terdapat unsur-unsur perjanjian kerjasama tetapi kesepakatan bersama bukanlah perjanjian kerjasama. Seharusnya pada saat para pihak siap mengikatkan diri, segera dibuat perjanjian yang lengkap yang diketahui isi dan disetujui isinya oleh para pihak.

MoU yang lama dan perjanjian kerjasama **tetap merupakan suatu kontrak** yang mengikat para pihak sebelum ditandatanganinya MoU perubahan yang akan dilanjutkan dengan perjanjian kerjasama. Sebelum adanya MoU Perubahan, MoU dan perjanjian kerjasama yang menjadi dasar bagi para pihak untuk mengikatkan dirinya. Berdasarkan MoU dan perjanjian kerjasama maka dengan berjalannya pembangunan gedung WTC Jambi sesuai dengan kesepakatan maka para pihak harus mempertanggungjawabkan hak dan kewajiban mereka berdasarkan MoU dan Perjanjian kerjasama tersebut. Apabila sebelum perubahan MoU dan perjanjian terjadi wanprestasi, maka pihak yang merasa dirugikan dapat meminta pertanggungjawaban kepada pihak yang melakukan wanprestasi berdasarkan MoU dan perjanjian yang lama.

Dalam kasus ini terdapat 5(lima) perjanjian yang saling berkaitan. Apabila dilihat dengan seksama maka dapat disimpulkan antara kelima perjanjian tersebut memiliki pengaturan yang berbeda. Dalam hal ini, apabila terjadi sengketa dikemudian hari, maka dapat dilihat dari tujuan awal dari masing-masing pihak dalam membuat perjanjian. Apabila terdapat kata-kata yang sulit untuk diartikan maka dapat dirujuk dari Kesepakatan Bersama yang pertama kali dibuat. Hal ini dapat didasarkan pada pasal 1343 KUHPerdara disebutkan bahwa,

“Jika kata-kata suatu perjanjian dapat diberikan berbagai macam penafsiran, harus dipilihnya menyelidiki maksud kedua belah pihak yang membuat perjanjian itu, daripada memegang teguh arti kata-kata menurut huruf”.

Berdasarkan pasal tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa apabila dalam suatu perjanjian terdapat kata-kata yang menimbulkan berbagai macam penafsiran, maka yang dipergunakan adalah maksud dan tujuan awal dari para pihak mengadakan perjanjian tersebut.