

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Abdul Manan mengemukakan bahwa “hukum harus dapat dijadikan pembaru dalam kehidupan berbangsa dan bernegara yang harus dibentuk dengan berorientasi kepada masa depan (*for word looking*), tidak boleh hukum itu dibangun dengan berorientasi kepada masa lampau (*back word looking*).

Pembangunan bidang kesehatan pada dasarnya ditujukan untuk meningkatkan kesadaran, kemauan dan kemampuan hidup sehat bagi setiap orang untuk mewujudkan derajat kesehatan yang optimal sebagai salah satu unsur kesejahteraan. Dokter sebagai salah satu komponen utama pemberi pelayanan kesehatan kepada masyarakat mempunyai peranan yang sangat penting karena terkait langsung dengan pemberian pelayanan dan mutu pelayanan kesehatan yang diberikan.

Landasan utama bagi dokter untuk dapat melakukan tindakan medik bagi orang lain adalah ilmu pengetahuan, teknologi, dan kompetensi yang dimiliki, yang diperoleh melalui pendidikan dan pelatihan. Pengetahuan yang dimiliki harus terus menerus dipertahankan dan ditingkatkan sesuai dengan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi.

Dokter dengan perangkat keilmuan yang dimilikinya mempunyai karakteristik yang khas. Kekhasan ini terlihat dari pembenaran yang diberikan oleh hukum yaitu diperkenankannya melakukan tindakan medik terhadap tubuh manusia dalam upaya

memelihara dan meningkatkan derajat kesehatan.

Akhir-akhir ini profesi dokter banyak mendapat sorotan dari masyarakat yang merupakan pertanda bahwa sebagian masyarakat belum puas terhadap pelayanan dan pengabdian profesi tenaga kesehatan. Pada umumnya ketidakpuasan ini karena adanya kesenjangan antara harapan dan kenyataan yang didapatkannya. Berkurangnya kepercayaan masyarakat terhadap dokter, maraknya tuntutan hukum yang diajukan seringkali diidentikkan dengan kegagalan upaya penyembuhan yang dilakukan oleh dokter. Istilah malpraktek merupakan istilah yang sudah tidak asing lagi. Kasus-kasus malpraktek yang diajukan masyarakat pada profesi dokter makin meningkat. Kondisi seperti ini sebenarnya merupakan gambaran yang menggembirakan. Artinya masyarakat makin sadar akan hak-hak atas perawatan-pemeliharaan kesehatan (*the right to health care*) dan hak untuk menentukan nasib sendiri (*the right to self determination*).

Dari sekian banyak kasus malpraktek terdapat kasus yang cukup menarik yaitu kasus dr. Salman. Lazimnya yang menjadi korban malpraktek adalah pasien. Kali ini, justru seorang dokter senior yang menjadi korban malpraktek. Pria yang pernah berpraktek di Rumah Sakit (RS) Harapan Kita ini terpaksa menggugat rekan seprofesinya karena dianggap melakukan malpraktek. Dr. Salman mengidap penyakit pembesaran prostat jinak dengan gejala sangat ringan. Tertarik dengan keampuhan metode TUNA, yaitu metode penyembuhan dengan cara menusuk prostat dengan jarum yang diberi energi gelombang radio sehingga menghasilkan energi panas yang mengarah langsung ke prostat, Salman berminat untuk mencobanya. Singkat cerita, Salman mendapat perawatan dengan metode tersebut di RS Omni

Medical Center dan ditangani oleh dokter Johan R. Wibowo. Bukan kesembuhan yang ia terima, tetapi justru kesakitan yang luar biasa. Salman mengaku mengalami pendarahan hebat, susah kencing dan kencing berdarah. Merasa dirugikan, Salman lantas menempuh jalur hukum. Ia menggugat dokter Johan, PT Sarana Meditama Metropolitan (pemilik RS Omni Medical Center) dan Soekendro (Presdir RS Omni Medical Center). Para tergugat dianggap telah lalai dan melakukan kesalahan dalam menjalankan metode TUNA.

Dalam gugatannya, Salman meminta para tergugat mengganti kerugian materil yang dialaminya sebesar Rp35 juta. Sedangkan kerugian immateril sebesar Rp300 juta. Selain meminta ganti rugi, Salman meminta haknya yang lain, yakni fotocopy rekam medis (medical record). Dua hal penting terkait kehadiran rekam medis itu. Pertama, isi rekam medis sangat penting bagi penggugat untuk mengetahui informasi penyakit yang dideritanya demi keberlangsungan proses perawatan atau pengobatan atas diri penggugat. Kedua, isi rekam medis juga diperlukan untuk kepentingan proses pemeriksaan perkara maupun pembuktian dalam perkara.¹

Malpraktek dalam istilah umum merupakan kesalahan yang dilakukan oleh professional dalam menjalankan profesinya. Malpraktek yang dilakukan oleh dokter, dikenal sebagai malpraktek medik (medical malpractice). Seorang advokat pun sebenarnya dapat melakukan malpraktek, karena advokat dalam melakukan pekerjaannya dapat digolongkan sebagai profesional. Blacks Law Dictionary menyebutkan pengertian malpractice, yaitu:

“Any professional misconduct or unreasonable lack of skill. This term is usually

¹ Oemar Senoadji, “*Seminar Ketatanegaraan UU Dasar 1945*, Seruling masa, Jakarta, 1966, hlm.24.

applied to such conduct by doctors, lawyers, and accountants. Failure of one rendering professional services to exercise that degree of skill and learning commonly applied under all the circumstances in the community by the average prudent reputable member of the profession with the result of injury, loss or damage to the recipient of those services or to those entitled to rely upon them. It is any professional misconduct, unreasonable lack of skill or fidelity in professional or fiduciary duties, evil practice, or illegal or immoral conduct.”²

Pengertian malpraktek di atas menyebutkan adanya kesembronoan (professional misconduct) atau kekurangan ketrampilan yang tidak dapat diterima (unreasonable lack of skill) yang diukur dengan ukuran yang terdapat pada tingkat keterampilan sesuai dengan derajat ilmiah yang lazimnya dipraktekkan pada setiap situasi dan kondisi di dalam komunitas anggota profesi yang mempunyai reputasi dan keahlian rata-rata. Secara khusus tentunya dikenal adanya medical malpractice. Yang dimaksudkan dengan medical malpractice adalah:

“In medical malpractice litigation, negligence is the predominant theory of liability. In order to recover for negligent malpractice, the plaintiff must establish the following elements: (1) the existence of the physician’s duty to the plaintiff, usually based upon the physician-patient relationship; (2) the applicable standard of care and its violation; (3) a compensable injury; and (4) a causal connection between the violation the standard of care and the harm complained of.”³

² Philipus Hadjon, “Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia, Sebuah Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya, penerapannya Oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan pembentukan Peradilan Administrasi Negara”, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm 74.

³ Roscou Pound, “*The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*”, New Haven London, Yale University Press, 1957, page 1-2, dalam Philipus Gadjon, idem, hlm 74-75.

Selanjutnya untuk mendapatkan pengertian yang lebih baik tentang malpraktek medik, maka perlu pula digambarkan tentang apa yang dikenal sebagai “*standard of care*”, yaitu derajat pemeliharaan dari orang yang hati-hati yang akan diberikan dalam situasi dan kondisi yang sama. Apabila profesional memberikan pelayanan di bawah standar, maka profesional harus memberikan ganti rugi atas cedera yang diakibatkannya. Selain itu para profesional juga dituntut untuk memenuhi ukuran keterampilan rata-rata sesuai dengan perkembangan dan kemajuan ilmu pengetahuan yang umum.

Akhir-akhir ini ada kecenderungan umum yang memberikan pengertian dari malpraktek medik, yakni apabila seorang dokter tidak dapat menyembuhkan pasien sebagai perbuatan malpraktek. Bahkan lebih parah lagi, apabila seorang pasien meninggal dunia, di dalam proses pengobatan di rumah sakit, maka telah terjadi malpraktek medik. Jelas di dalam malpraktek terdapat unsur yang sangat penting adalah adanya kelalaian (*negligence*), yang seringkali pula disalahartikan.

Pengertian *negligence* menurut Black Law Dictionary cukup rinci, yaitu untuk dapat menentukan adanya malpraktek medik yang menimbulkan tanggungjawab medik, maka unsur utamanya adalah adanya kelalaian (*negligence*). Kelalaian dalam arti yang umum adalah adanya kurang hati-hatian yang dilakukan dalam situasi dan kondisi yang sama.⁴

Pembuktian pada kasus malpraktek medik didasarkan pada terpenuhi tidaknya semua unsur delik karena tergantung dari jenis malpraktek yang didakwakan. Malpraktek medik merupakan delik umum, maka pembuktiannya pun tunduk pada acara pidana

⁴ Padmo Wahjono, “Pembangunan Hukum di Indonesia”, In Hil, Co, Jakarta, 1989 hlm 151, lihat juga Muhammad Tahir Azhary, op.cit, hlm 46.

yang berlaku yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Dalam ilmu hukum pidana perbuatan dikatakan perbuatan pidana apabila unsur pidananya terpenuhi, misalnya dalam hal dokter/perawat didakwa melakukan tindakan malpraktek berupa “karena kealpaannya menyebabkan meninggalnya orang atau menyebabkan lukanya orang, maka yang harus dibuktikan adalah unsur karena kealpaannya atau kurang hati-hatiannya dan unsur meninggal atau luka”.

Meskipun perlu dipahami kalau tidak setiap tindakan medis yang tidak sesuai dengan harapan pasien merupakan tindakan malpraktek karena bisa jadi itu merupakan bagian dari apa yang disebut resiko tindakan medis. Hal ini hanya dapat dijadikan persangkaan telah terjadinya tindakan malpraktek dan masih harus dibuktikan unsur-unsur deliknya dalam pelaksanaan dan penerapannya untuk menentukan ada tindak pidananya atau tidak.

Informed Consent adalah suatu kesepakatan / persetujuan pasien atas tindakan medis yang akan dilakukan oleh dokter terhadap dirinya, setelah pasien mendapat informasi dari dokter mengenai upaya medis yang dapat dilakukan untuk menolong dirinya, disertai informasi mengenai segala resiko yang mungkin terjadi.⁵

Seperti dikatakan dalam uraian di atas bahwa membuktikan terjadinya kasus malpraktek bukanlah hal yang mudah dan oleh karena itu diperlukanlah alat bukti. Alat bukti dapat berupa saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk maupun keterangan terdakwa. Rekam Medis dan *Informed Consent* memungkinkan dijadikan alat bukti surat pada saat terjadi dugaan kasus malpraktek, tetapi apa yang ada dalam Rekam Medis maupun *Informed Consent* pada kenyataannya tidak semua mudah dimengerti

⁵ Kesimpulan symposium, “Indonesia Negara Hukum” Universitas Indonesia, Jakarta, 7 mei 1966.

oleh hakim maupun pihak yang bersengketa, oleh karena itu diperlukan saksi ahli yang berasal dari kalangan dokter sendiri. Rekam Medis sebagai alat bukti dalam kasus malpraktek sampai saat ini masih menjadi bahan perdebatan. pemberian bantuan sukarela oleh tenaga profesional.

Pada saat terjadinya kasus dugaan malpraktek maka yang memungkinkan digunakan sebagai alat bukti adanya hubungan teraupetik adalah *Informed Consent* yang dibuat secara tertulis. Persoalannya adalah tidak mudah membuktikan bahwa persetujuan tersebut diberikan setelah adanya informasi yang cukup atautkah sekedar persetujuan saja tanpa penjelasan sebelumnya. Sehingga untuk menjadi alat bukti ketika terjadi kasus dugaan malpraktek tentunya hal ini juga masih dapat dipertimbangkan lagi.

Oleh karena itu penulis tertarik untuk menulis tentang bagaimana sebenarnya informed consent, untuk itu penulis mengangkat masalah ini dalam penulisan disertasi dengan judul: **“Rekonstruksi Sanksi Hukum Pada Informed Consent Yang Dilakukan Oleh Dokter Berbasis Nilai Keadilan”**.

B. Rumusan Masalah

Adapun yang menjadi permasalahan dalam penelitian ini adalah :

- a. Bagaimana Penerapan Pelaksanaan Informed Consent yang dilakukan dokter di Indonesia?
- b. Mengapa penerapan sanksi hukum informed consent yang dilakukan saat ini belum berbasis nilai keadilan di Indonesia?
- c. Bagaimana Rekonstruksi Perundang-Undangan Informed Consent yang dilakukan oleh dokter berbasis nilai keadilan?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian ini adalah sebagai berikut:

- a. Untuk mengetahui dan menganalisis Penerapan Pelaksanaan Informed Consent yang dilakukan dokter di Indonesia.
- b. Untuk mengetahui dan menganalisis mengapa Penerapan Pelaksanaan Informed Consent yang dilakukan dokter di Indonesia belum berbasis nilai keadilan
- c. Untuk melakukan Rekonstruksi Informed Consent yang dilakukan oleh dokter berbasis nilai keadilan.

D. Manfaat Penelitian

1. Secara Teoritis.

Manfaat penelitian ini diharapkan bahwa hasil penelitian ini dapat menyumbangkan pemikiran di bidang hukum pidana yang akan mengembangkan disiplin ilmu hukum. Serta dapat menambah dan memperluas pengetahuan dalam hal pembedaan, khususnya penerapan masalah penyalahgunaan narkoba yang banyak digunakan oleh masyarakat dalam rangka melakukan rekonstruksi peraturan perundangan informed consent dalam praktek kedokteran.

2. Secara Praktis

Secara praktis bahwa hasil penelitian nantinya diharapkan dapat memberikan jalan keluar yang akurat terhadap dalam mencegah dan mengatasi malpraktek dan tindak pidana medis di Indonesia.

E. Kerangka Konseptual

1. Sanksi Hukum *Informed Consent*.

Informed Consent merupakan suatu hal yang mutlak diperlukan dalam dunia kedokteran dan hukum yang modern seiring dengan perkembangan ilmu kedokteran

dan pengakuan yang lebih besar terhadap harkat dan martabat manusia. Sebab, dalam hubungan antara pasien terhadap suatu perkembangan di mana dalam sistem kedokteran klasik, hubungan tersebut bersifat paternalism, yakni yang merupakan hubungan fidusia (*fiduciary relationship*), sehingga pasien datang ke dokter dalam keadaan pasrah, tanpa terlalu banyak tanya jawab dan pasien membebaskan dokter melakukan apa saja terhadap tubuh pasien dengan harapan kesembuhan pasien tersebut. Akan tetapi di dalam sistem kedokteran modern, antara pasien dan dokter terdapat hubungan yang bersifat otonomi, dengan penghormatan terhadap hak pasien untuk menentukan sendiri terhadap tubuhnya (*self determination*), sehingga kedudukan dokter dengan pasien secara hukum menjadi setara dan karena itu dokter harus memberikan informasi yang cukup kepada pasien dan harus mendapatkan persetujuan dari pasien jika dokter melakukan pengobatan. Dari sinilah kemudian dalam ilmu kedokteran dan ilmu hukum berkembang suatu doktrin yang disebut *Informed Consent* tersebut.

Dalam Undang-Undang Praktek Kedokteran kewajiban membuat *Informed consent* tertuang dalam Pasal 45 ayat (1) sampai (6) yang berbunyi :

(1) Setiap tindakan kedokteran atau kedokteran gigi yang akan dilakukan oleh dokter atau dokter gigi terhadap pasien harus mendapat persetujuan.

(2) Persetujuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diberikan setelah pasien mendapat penjelasan secara lengkap.

(3) Penjelasan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) sekurang-kurangnya mencakup : a. diagnosis dan tata cara tindakan medis; b. tujuan tindakan medis yang

dilakukan; c. alternatif tindakan lain dan risikonya; d. risiko dan komplikasi yang mungkin terjadi; dan e. prognosis terhadap tindakan yang dilakukan.

(4) Persetujuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat diberikan baik secara tertulis maupun lisan.

(5) Setiap tindakan kedokteran atau kedokteran gigi yang mengandung risiko tinggi harus diberikan dengan persetujuan tertulis yang ditandatangani oleh yang berhak memberikan persetujuan.

(6) Ketentuan mengenai tata cara persetujuan tindakan kedokteran atau kedokteran gigi sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), dan ayat (5) diatur dengan Peraturan Menteri.

Dari penjelasan ayat (3) disebutkan bahwa penjelasan hendaknya diberikan dalam bahasa yang mudah dimengerti karena penjelasan merupakan landasan untuk memberikan persetujuan. Selanjutnya persetujuan lisan dalam ayat (4) adalah persetujuan yang diberikan dalam bentuk ucapan setuju atau bentuk gerakan menganggukkan kepala yang diartikan sebagai ucapan setuju. Dan yang dimaksud dengan tindakan medis beresiko tinggi adalah tindakan bedah atau invasif lainnya.

Permenkes No. 1419/Menkes/Per/X/2005 belum menjelaskan aturan yang rinci persetujuan tindakan medis, Karena belum ada aturan secara rinci tentang Informed Consent dalam Permenkes tersebut maka berdasarkan ketentuan peralihan Pasal 81 Undang-Undang Praktek Kedokteran masih bisa mengacu pada Permenkes No. 585/Menkes/Per/IX/1989.

Dalam hal tindakan dokter tidak menimbulkan kerugian atau intervensi tubuh pasien, ketiadaan *Informed Consent* mungkin tidak akan menimbulkan masalah. Namun bila

dokter melakukan intervensi terhadap tubuh pasien sehingga menimbulkan luka atau rasa sakit, sehingga pasien mengalami kerugian maka ketiadaan *Informed Consent* dapat mengakibatkan dokter terkena tuntutan malpraktek karena dianggap melakukan perbuatan melawan hukum.

Hukum di berbagai negara menyatakan bahwa akibat dari ketiadaan *Informed Consent* setara dengan tindakan kelalaian atau keteledoran. Namun dalam beberapa hal disebut pula setara dengan perbuatan kesengajaan, sehingga derajat kesalahan menjadi lebih tinggi.

3. Berbasis Nilai Keadilan

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bersumber pada dasar Negara. Pancasila sebagai dasar Negara atau falsafah Negara (*filosofische grondslag*) sampai sekarang tetap dipertahankan dan masih tetap dianggap penting bagi Negara Indonesia. Secara aksiologis, bangsa Indonesia merupakan pendukung nilai-nilai Pancasila (*subscriber of values* Pancasila). Bangsa Indonesia yang berketuhanan, yang berkemanusiaan, yang berpersatuan, yang berkerakyatan, dan yang berkeadilan sosial.

Sebagai pendukung nilai, bangsa Indonesia lah yang menghargai, mengakui, serta menerima Pancasila sebagai suatu nilai. Pengakuan, penghargaan, dan penerimaan Pancasila sebagai sesuatu yang bernilai itu akan tampak merefleksikan dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan bangsa Indonesia. Kalau pengakuan, penerimaan, atau penghargaan itu direfleksikan dalam sikap, tingkah laku, serta perbuatan manusia dan bangsa Indonesia dalam hal ini sekaligus adalah pengembannya dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan manusia Indonesia. Oleh karenanya, Pancasila sebagai suatu

sumber hukum tertinggi secara irasional dan sebagai rasionalitasnya adalah sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada dasar Negara, yaitu Pancasila yang mana sila kelimanya berbunyi: “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Yang menjadi persoalan sekarang adalah apakah yang dinamakan adil menurut konsepsi hukum nasional yang bersumber pada Pancasila.

Menurut Kahar Masyhur dalam bukunya mengemukakan pendapat-pendapat tentang apakah yang dinamakan adil, terdapat tiga hal tentang pengertian adil, yaitu :⁶

Adil berarti menempatkan sesuatu pada tempatnya

Adil berarti menerima hak tanpa lebih dan memberikan orang lain tanpa kurang

Adil berarti memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa lebih tanpa kurang antara sesama yang berhak dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggaran.

Lebih lanjut dalam menguraikan tentang keadilan dalam perspektif hukum nasional, terdapat diskursus penting tentang adil dan keadilan sosial. Adil dan keadilan adalah pengakuan dan perlakuan seimbang antara hak dan kewajiban, dengan sendirinya apabila kita mengakui hak hidup, maka sebaliknya harus mempertahankan hak hidup tersebut dengan jalan bekerja keras, dan kerja keras yang dilakukan tidak pula menimbulkan kerugian terhadap orang lain, sebab orang lain itu juga memiliki hak yang sama (hak untuk hidup) sebagaimana halnya yang ada pada diri individu.⁷

Dengan pengakuan hak hidup orang lain, dengan sendirinya diwajibkan memberikan kesempatan kepada orang lain tersebut untuk mempertahankan hak hidupnya. Konsepsi

⁶ Friedman, *The Legal theory*, OP, CIT , hlm 456.

⁷ Padmo Wahajono, *Negara Republik Indonesia*, Rajawali, Jakarta, 1982, hlm 17.

demikian apabila dihubungkan dengan sila kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, pada hakikatnya menginstruksikan agar senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab.

Hubungan adil dan beradab dapat diumpamakan sebagai cahaya dan api, bila apinya besar maka cahayanya pun terang. Jadi, bila peradabannya tinggi, maka keadilanpun terbilang mantap.⁸ Lebih lanjut, apabila dihubungkan dengan keadilan sosial, maka keadilan tersebut harus dikaitkan dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan. Keadilan sosial dapat diartikan sebagai :⁹

Mengembalikan hak-hak yang hilang kepada yang berhak

Menumpas keaniayaan, ketakutan, dan perkosaan dari pengusaha-pengusaha

Merealisasikan persamaan terhadap hukum antara setiap individu, pengusaha-pengusaha dan orang-orang mewah yang didapatnya dengan tidak wajar.

Sebagaimana diketahui bahwa keadilan dan ketidakadilan tidak dapat dipisahkan dari hidup dan kehidupan bermasyarakat. Dalam kehidupan sehari-hari sering dijumpai orang yang main hakim sendiri. Sebenarnya perbuatan tersebut sama halnya dengan perbuatan mencapai keadilan, yang akibatnya terjadi ketidakadilan, khususnya bagi orang yang mendapat penghakiman tersebut.

Keadilan sosial menyangkut kepentingan masyarakat dengan sendirinya individu yang berkeadilan sosial tersebut harus menyisihkan kebebasan individunya untuk kepentingan individu individu yang lainnya. Hukum nasional hanya mengatur keadilan

⁸ Andi Matalata, kedudukan POLRI yang mandiri dalam struktur pemerintahan, Lokakarya profesionalisme dan kemandirian POLRI, Bandung, 1-4 agustus 1998, hlm 8.

⁹ Sirbinstone churchil, dalam muladi, peranan administrasi dalam sistem peradilan pidana terpadu, makalah pada seminar nasioal senat Mahasiswa fakultas Hukum Universitas Islam Bandung, Bandung 6 April 2002, hlm 4.

bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan di dalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang menyerasikan atau menyelaraskan keadilan-keadilan yang bersifat umum diantara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara hak-hak individu masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada di dalam kelompok masyarakat hukum.

Keadilan merupakan suatu nilai yang berlaku universal. Suatu Negara telah menerapkan nilai keadilan, indikatornya adalah apabila setiap orang dalam Negara telah menerima apa yang menjadi haknya, maka keadilan telah terlaksana dengan baik di Negara tersebut.

Suatu hak yang diberikan kepada seseorang karena dia manusia, maka hak itu dikenal dengan Human Rights (hak asasi manusia), kalau hak keseseorang diberikan oleh konstitusi (UUD) maka dikenal dengan Constitutional Rights atau Hak Konstitusional. Kalau hak tersebut timbul karena peraturan perundang-undangan khusus untuk orang tertentu maka disebut Legal Rights atau Individual Rights (hak atas tanah diatur dalam UUPA, hak mendapat upah diatur dalam UU Perburuhan, dll).

Keadilan merupakan salah satu topic dalam filsafat yang paling banyak dikaji. Teori-teori hukum alam yang mengutamakan the search for justice sejak Socrates hingga Francois Geny tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum.¹⁰ Masalah keadilan adalah sebuah masalah yang menarik untuk ditelaah lebih dalam karena banyak hal terkait di dalamnya, baik dengan moralitas, system kenegaraan, dan kehidupan bermasyarakat. Keadilan telah menjadi pokok pembicaraan serius sejak awal munculnya paling penting diantara kajian-kajian yang lainnya. Islam sebagai

¹⁰ Louis Joined, United Nation Rapporteur on The Independence of judiciary, idem hlm 4.

agama diharapkan perannya dalam menegakkan keadilan dan mengembangkan etika keadilan.¹¹ Karena pembicaraan keadilan memiliki cakupan yang luas bagi setiap pribadi manusia, sejak lahir hingga akhir hayatnya. Banyak orang yang berpikir bahwa bertindak adil dan tidak adil tergantung pada kekuatan yang dimiliki, untuk menjadi adil cukup terlihat mudah, namun tentu saja tidak begitu halnya penerapannya dalam kehidupan manusia.

Siapa saja dapat menganggap keadilan sebagai sebuah gagasan dan realitas absolut dan mengasumsikan bahwa pengetahuan dan pemahaman yang sangat sulit. Orang juga dapat menganggap keadilan sebagai hasil dari saat ini diskursus tentang keadilan begitu panjang dalam lintasan sejarah Islam, seperti yang terlihat dalam teori yang selalu menjadi topic pada saat membahas tentang persoalan, atau bahkan persoalan keadilan ini juga masuk dalam ranah teologi, terutama terkait dengan masalah keadilan Illahiyah dan tanggung jawab manusia.

Sila kelima dalam Dasar Negara Republik Indonesia mengandung makna setiap manusia Indonesia menyadari hak dan kewajiban yang sama untuk menciptakan keadilan sosial dalam kehidupan masyarakat Indonesia. Untuk itu, dikembangkan perbuatannya luhur yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan gotong royong. Untuk itu, diperlukan sikap adil terhadap sesama, menjaga kesinambungan antara hak dan kewajiban serta menghormati hak-hak orang lain.

Nilai yang terkandung dalam sila keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia didasari dan dijiwai oleh sila Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, serta Kerakyatan yang dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan

¹¹ Erman Rajagukguk, "Budaya Hukum dan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan", Jurnal Mgister Hukum UII Vol 2 No 4 Oktober 2000, hlm 1.

dalam Pemusyawaratan atau Perwakilan. Dalam sila ke 5 (lima) tersebut terkandung nilai-nilai yang merupakan tujuan Negara sebagai tujuan dalam hidup bersama. Maka, dalam sila ke-5 tersebut terkandung nilai keadilan yang harus terwujud dalam, kehidupan bersama. Keadilan tersebut didasari dan dijiwai oleh hakikat keadilan manusia yaitu keadilan dalam hubungan manusia dengan dirinya sendiri, manusia dengan manusia lain, manusia dengan masyarakat, bangsa dan negaranya serta hubungan manusia dengan Tuhannya.

Konsekuensinya nilai-nilai keadilan yang harus terwujud dalam kehidupan bersama meliputi:

Keadilan distributif

Aristoteles berpendapat bahwa keadilan akan terlaksana bilaman hal-hal yang sama diperlukan secara sama dan hal-hal yang tidak sama diperlukan tidak sama (just ice is done when equalz are treated equally). Keadilan distributif sendiri, yaitu suatu hubungan keadilan antara Negara terhadap warganya, dalam arti pihak negaralah yang wajib memenuhi keadilan dalam bentuk keadilan membagi, dalam bentuk kesejahteraan, bantuan, subsidi serta kesempatan dalam hidup bersama yang didasarkan atas hak dan kewajiban.

Keadilan Legal (Keadilan Bertaat)

Yaitu suatu hubungan keadilan antara warga Negara terhadap Negara dan dalam masalah ini pihak wargalah yang wajib memenuhi keadilan dalam bentuk mentaati peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam Negara. Plato berpendapat bahwa keadilan dan hukum merupakan substansi rohani umum dari masyarakat yang membuat dan menjadi kesatuannya. Dalam masyarakat yang adil setiap orang

menjalankan pekerjaan menurut sifat dasarnya paling cocok baginya (the man behind the gun). Pendapat, Plato itu disebut keadilan moral, sedangkan untuk yang lainnya disebut keadilan legal.

Keadilan Kumulatif

Yaitu suatu hubungan keadilan antara warga satu dengan yang lainnya secara timbal balik. Keadilan ini bertujuan untuk memelihara ketertiban masyarakat dan kesejahteraan umum. Bagi Aristoteles pengertian, keadilan ini merupakan asas pertalian dan ketertiban dalam masyarakat. Semua tindakan yang bercorak ujung ekstrem menjadikan ketidakadilan dan akan merusak atau bahkan menghancurkan pertalian dalam masyarakat.

Nilai-nilai keadilan tersebut haruslah merupakan suatu dasar yang harus diwujudkan dalam hidup bersama kenegaraan untuk mewujudkan tujuan Negara yaitu mewujudkan kesejahteraan seluruh warganya serta melindungi seluruh warganya dan wilayahnya, mencerdaskan seluruh warganya. Demikian pula nilai-nilai keadilan tersebut sebagai dasar dalam pergaulan antara Negara sesama bangsa di dunia dan prinsip ingin menciptakan ketertiban hidup bersama dalam suatu pergaulan antar bangsa di dunia dengan berdasarkan suatu prinsip kemerdekaan bagi setiap bangsa, perdamaian abadi serta keadilan dalam hidup bersama.

Realisasi dan perlindungan keadilan dalam hidup bersama dalam suatu Negara berkebangsaan, mengharuskan Negara untuk menciptakan suatu peraturan perundang-undangan. Dalam pengertian inilah maka Negara kebangsaan yang berkeadilan sosial harus merupakan suatu Negara yang berdasarkan atas hukum. Sehingga sebagai suatu Negara hukum haruslah terpenuhi adanya tiga syarat pokok yaitu:

Pengakuan dan perlindungan atas hak-hak asasi manusia

Peradilan yang bebas

Legalitas dalam arti hukum dalam segala bentuknya

Menurut TAP MPR No. 1 Tahun 2003 disepakati 45 butir nilai-nilai Pancasila dan nilai keadilan Pancasila, yakni :

Mengembangkan perbuatan yang luhur, yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan kegotongroyongan

Mengembangkan sikap adil terhadap sesama

Menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban

Menghormati hak orang lain

Suka memberi pertolongan kepada orang lain agar dapat berdiri sendiri

Tidak menggunakan hak milik untuk usaha-usaha yang bersifat pemerasan terhadap orang lain

Tidak menggunakan hak milik untuk hal-hal yang bersifat pemborosan dan gaya hidup mewah

Tidak menggunakan hak milik untuk bertentangan dengan atau merugikan kepentingan umum

Suka bekerja keras

Suka menghargai hasil karya orang lain yang bermanfaat bagi kemajuan dan kesejahteraan bersama

Suka melakukan kegiatan dalam rangka mewujudkan kemajuan yang merata dan berkeadilan sosial.

F. Orisinalitas Penelitian

Berdasarkan pengetahuan dari penulis atas hasil-hasil penelitian yang sudah ada, penelitian berkaitan dengan Rekonstruksi sanksi Informed Consent yang dilakukan oleh Dokter Berbasis Nilai Keadilan Dalam UU No. 29 Tahun 2004 Tentang Tindak Pidana Praktek Kedokteran Berbasis Nilai Keadilan sudah pernah dilakukan dalam tema yang sama. Namun permasalahan permasalahan dan fokus bahasannya berbeda. Adapun hasil penelitian yang pernah ada dapat dijabarkan sebagai berikut:

No	Nama Penulis	Judul Penelitian	Fokus Penelitian
----	--------------	------------------	------------------

	Dian Ety Mayasari (Universitas Gajah Mada) Ricky (Universitas Pasundan)	Informed Consent On Therapeutic Transaction as a Protection Between a Doctor and Patient Analisis yuridis pentingnya Informed Cosent Pada Tindakan Medis yang beresiko tinggi yang dilakukan oleh dokter.	Transaksi Terapeutik yang dilakukan dokter bisa terjadi setelah informed consent diterima oleh pasien. Agar setiap pasien yang datang tidak akan terlepas dari suatu kontrak perjanjian antara dokter dengan pasien
--	---	---	---

Berdasarkan uraian di atas, maka penelitian disertasi mengenai Rekonstruksi Sanksi Pidana Bagi Pelaku Tindak Pidana Narkotika Dalam UU No. 35/2009 Tentang Narkotika Berbasis Nilai Keadilan memiliki perbedaan dengan penelitian yang telah dilakukan oleh peneliti sebelumnya, oleh karena itu orisinalitas penelitian ini dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah.

G. Kerangka Teoritis

1. Fungsi Kerangka Teori

Fungsi kerangka teori adalah kerangka pemikiran atau butir-butir pendapat, dalam teori tesis ini mengenai suatu kasus atau permasalahan yang menjadi bahan perbandingan atau pegangan teoritis dalam penelitian. Suatu kerangka teori bertujuan untuk menyajikan cara-cara untuk bagaimana mengorganisasikan dan mengimplementasikan hasil-hasil penelitian dan menghubungkannya dengan hasil-hasil terdahulu. Sedangkan dalam kerangka konseptual diungkapkan beberapa konsepsi atau pengertian yang akan dipergunakan sebagai dasar penelitian hukum.

Teori adalah seperangkat proposisi yang berisi konsep abstrak atau konsep yang sudah didefinisikan dan saling berhubungan antar variabel sehingga menghasilkan pandangan sistematis dari fenomena yang digambarkan oleh suatu variabel dengan variabel lainnya dan menjelaskan bagaimana hubungan antar variabel tersebut.

Teori adalah seperangkat proposisi yang berisi konsep abstrak atau konsep yang sudah didefinisikan dan saling berhubungan antar variabel sehingga menghasilkan

pandangan sistematis dari fenomena yang digambarkan oleh suatu variabel dengan variabel lainnya dan menjelaskan bagaimana hubungan antar variable tersebut.¹²

Sebagai Grand Teori yang digunakan dalam penelitian adalah teori negara hukum. Sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 yang diamandemen disebutkan bahwa: "Negara Indonesia adalah negara hukum". Oleh karena itu, segala sesuatu haruslah berdasarkan hukum.

Pada tataran teori utama atau *Grend Theory* dipergunakan Teori Negara Hukum dengan alasan bahwa Indonesia adalah Negara hukum sebagaimana ditegaskan dalam pasal 1 ayat (3) UUD 1945 Amandemen ketiga. Kemudian alasan penggunaan teori Negara hukum didasarkan kepada bahwa dalam bernegara hukum sistem hukumnya sangat menghormati hak asasi manusia. Hukum sebagai panglima merupakan *condition sine quanon*.¹³

Berdasarkan unsur-unsur Negara hukum formal yang dikemukakan Frederick Julius Stahl dapat diketahui bahwa tujuan Negara hukum adalah untuk melindungi hak asasi warga negaranya dengan cara membatasi dan mengawasi gerak langkah dan kekuasaan Negara dengan Undang-Undang. Turut campur tangannya Negara dalam penyelenggaraan perekonomian hanya dapat dilakukan apabila telah disetujui oleh rakyat dengan Undang-Undang Negara tidak boleh menyimpang dan memperluas peranannya dalam penyelenggaraan perekonomian selain yang telah ditetapkan oleh Undang-Undang.

¹² *Law busines and society*, Third edition , Irwin, USA, 1992, hlm 92, lihat juga Tm Lutfi Yazid, Penyelesaian melalui ADR, Jurnal Hukum Lingkungan Nomor 1 Tahun 1996, hlm 96.

¹³ David Reitzel ,*Contemporary Busines law*, principle ad case, faurt edition , Mac Graw Hill, 1990, hlm 46.

Ajaran *rechtsstaat* dalam perkembangan selanjutnya juga mengalami penyempurnaan antara lain melalui pemikiran Paul Scholten dalam membahas Negara hukum tersebut dalam asas dan aspek. Menurut Paul Scholten, ada dua asas Negara hukum yaitu :

Adanya hak warga Negara yang mencakup dua aspek, pertama hak individu yang pada prinsipnya berada diluar wewenang Negara, kedua pembatasan terhadap hak tersebut hanyalah dengan ketentuan Undang-Undang yang berupa peraturan yang berlaku umum.

Adanya pemisahan kekuasaan disamping konsep *rechtsstaat* dikenal juga ajaran *the rule of law* yang berasal dari sistem hukum Dicey yang mengemukakan tiga unsur utama *the rule of law* yaitu, *supremacy of law, equality before the law and constitution based on individual right*. Prinsip supermasi hukum dimaksudkan untuk menentang kesewenang-wenangan pemerintah, untuk menentang kewenangan diskresi yang luas dari pemerintah. Seseorang tidak boleh dihukum tanpa dasar hukum atau tanpa melanggar hukum.¹⁴

Prinsip persamaan dihadapan hukum mengandung makna bahwa semua warga Negara tidak ada yang berbeda dihadapan hukum, baik pejabat Negara maupun warga Negara bias berkewajiban untuk mentaati hukum yang sama. Dalam ajaran *the rule of law* tidak dikenal peradilan administrasi Negara. Dalam *common law* seperti Amerika dan Inggris persoalan-persoalan administrasi dihadapkan kepada pengadilan-pengadilan biasa dengan hakim-hakim yang independen.

Selain itu dalam ajaran *the rule of law*, hukum konstitusi bukan sumber tetapi merupakan konsekuensi dan hak-hak individu yang dirumuskan dan ditegakkan oleh

¹⁴ S Tasrif, Menegakkan Rule of Law dibawah Orde Baru, Peradin, Jakarta, 1971, hlm 3

peradilan. Konstitusi di Negara-negara Anglo saxon seperti di Inggris tidak tertulis dalam dokumen tunggal, melainkan terdiri dari sebagian besar dokumen, piagam, petisi, putusan pengadilan, hukum adat, kebiasaan tradisional dan konvensi di negara Anglo Saxon hak asasi dan kebebasan individu dijamin dengan hukum kebiasaan, kebiasaan ketatanegaraan, dan putusan hakim, sedangkan Undang-Undang hanya merupakan generalisasi dari praktek ataupun kebiasaan yang sudah berlangsung.

Pandangan AV Dicey tentang unsur-unsur tersebut dikatakan pandangan murni dan sempit karena ketiga unsur utama yang dikemukakannya tentang *the rule of law*, intinya adalah *common law* sebagai dasar perlindungan terhadap kebebasan individu dan kesewenang-wenangan penguasa. Perlindungan *common law* hanya dapat meluas kepada kebebasan pribadi tertentu kebebasan berbicara, tetapi tidak dapat *assure the citizen economic or social well being* seperti perlindungan fisik yang baik, memiliki rumah yang layak, pendidikan, pemberian jaminan sosial atau lingkungan yang layak. Kesemuanya itu membutuhkan pengaturan yang kompleks.¹⁵

The rule of law yang dikemukakan Dicey mengalami perkembangan oleh pemikiran Wade dan Geoffrey Philip yang berpendapat bahwa walaupun supremasi hukum masih merupakan unsur esensial dari ajaran *the rule of law*, namun turut campur tangan pemerintah dalam berbagai kehidupan masyarakat tidak dapat dihindarkan. Untuk kepentingan umum pemerintah dapat melakukan tindakan-tindakan yang tidak mungkin dibayangkan terlebih dahulu berdasarkan *freies ermesen*.

¹⁵ Usep Ranawijaya, *Hukum Tata Negara Dasar-dasarnya*, 1983, Ghlmia, Jakarta, hm181.

Pemberian kekuasaan khusus kepada pejabat negara untuk melakukan tugas kenegaraannya tidak dianggap melanggar rule of law¹⁶. Karena *freies ermessen* berarti ia dapat mengambil suatu keputusan berdasarkan pendapat yang wajar, apabila tidak dapat suatu kejelasan dalam sumber hukumnya yang tertulis. Akan tetapi perlu diingat bahwa kebebasan itu tidak boleh menjurus kepada tindakan-tindakan sewenang-wenang karena pada akhirnya akan tetap harus tunduk kepada ketentuan hukum dalam arti didalam menggunakan kebebasannya itu tetap harus memperhatikan tujuan dari suatu tindakan dalam batasan-batasan yang diperbolehkan menurut hukum.¹⁷ dan dapat juga disebut dengan kebijaksanaan.

Berbicara penegakan hukum erat kaitannya dengan konsep negara hukum. Sebagaimana telah dijelaskan dalam konstitusi Indonesia yaitu UUD 1945 bahwa Indonesia adalah negara hukum bukan negara yang berdasarkan kekuasaan. Menurut Supomo, negara hukum artinya negara akan tunduk pada hukum, peraturan-peraturan hukum berlaku pula bagi segala badan dan alat-alat perlengkapan negara. Negara hukum menjamin adanya tertib hukum dalam masyarakat artinya memberikan perlindungan pada masyarakat.

Negara hukum menurut Oemar Senoadji harus memiliki empat elemen pokok, yaitu perlindungan terhadap hak asasi manusia, asas legalitas serta hakim yang bebas dan tidak memihak, disamping mengandung persamaan dalam bidang politik, hukum, social, ekonomi, kultural dan pendidikan. Dengan kata lain semua warga negara

¹⁶ Ibid.,

¹⁷ B. Hestu Cipta Handoyo, Hukum Tata Negara, Kewarganegaraan & Hak Asasi Manusia, Memahami Proses Konsolidasi Sistem Demokrasi Indonesia, Cetakan Pertama, 2003, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, hlm.14-15.

bersaam kedudukannya dihadapan hukum dan wajib menjunjung tinggi hukum tanpa terkecuali termasuk para politisi dan aktifitas politiknya.¹⁸

Dalam sejarah perkembangannya konsep negara hukum mulai disebut sebagai *demokratische rechtsstaat* yaitu negara yang liberal berlandaskan pada pemikiran kenegaraan John Locke, Montesqueu dan Immanuel Kant, dengan prinsip demikratis berlandaskan pada pemikiran kenegaraan dari JJ Rousseau tentang kontrak sosial¹⁹. Prinsip liberal bertumpu atas liberti dan prinsip demokrasi bertumpu pada equality. Liberti menurut Immanuel Kant adalah *the free self assertion of each limited only by the like liberty of all*, atas dasar itu liberty merupakan suatu kondisi yang memungkinkan pelaksanaan kehendak secara bebas hanya dibatasi seperlunya untuk menjamin kehidupan bersama secara damai antara kehendak kebebasan idividu dengan kehendak bersama. Dari sinilah mengalir prinsip selanjutnya yaitu *freedom from arbitrary and unreasonable exercise of the power and author*.²⁰ konsep equality mengandung abstrak dan formal dan dari sini mengalir prinsip one month-vote²¹ atas dasar demokratis, rechstaat dikatakan sebagai negara kepercayaan timbal balik yaitu kepercayaan dari rakyat pendukungnya bahwa kekuasaan yang di berikan tidaka akan disalah gunakan dan kepercayaan dari penguasa bahwa dalam batas kekuasaannya dia mengharapkan kepstuhan dari rakyat pendukungnya.

Asas-asas demokrasi yang melandasi rechstaat menurut SW Cowentberg meliputi lima asas anantara lain yaitu asas hak-hak politik, asas mayoritas, asas perwakilan, asas pertanggung jawaban, dan asas publik. Konsep negara hukum Immanuel kant yang

¹⁸ Ridwan HR, Hukum Administrasi Negara, 2006, Rajawali Grafindo, Jakarta, hlm 9-10.

¹⁹ *Ibid*, hlm 11.

²⁰ Lihat UUD 1945 sebelum dan setelah amandemen.

²¹ F. Zainal Abbbbnidin, *Budaya Hukum Dalam Peradilan Di Indonesia*, 1997, No. 9 Vol 4, hlm 48

dinamakan konsep negara hukum liberal atau negara hukum demokrasi liberal dalam perkembangannya mendapat penyempurnaan melalui pemikiran Friedrich Julius Stahl yang gagasannya dinamakan negara hukum formal dengan unsur-unsurnya sebagai berikut: Mengakui dan melindungi hak asasi manusia; Untuk melindungi hak asasi tersebut maka penyelenggara negara harus berdasarkan pada teori trias politika; Dalam menjalankan tugasnya pemerintah berdasar atas Undang-Undang; Apabila dalam menjalankan tugasnya berdasarkan undang-undang pemerintah melanggar hak asasi maka ada pengadilan administrasi yang akan menyelesaikannya. Pentingnya suatu kekuasaan kehakiman yang bebas, tidak dapat dipisahkan dari ketentuan konstitusional yang menegaskan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum (*rechtsstaat*) bukan negara kekuasaan (*machtstaat*). Indonesia adalah negara berkedaulatan rakyat dan berdasarkan atas hukum.

Konsepsi negara hukum berkaitan dengan hak asasi manusia. Suatu negara tidak dapat dikatakan sebagai negara hukum selama negara tersebut tidak memberikan penghargaan dan jaminan hak asasi manusia, karena ciri-ciri suatu negara hukum sebenarnya terdiri: Pengakuan dan perlindungan hak asasi yang mengandung persamaan dari bidang politik, hukum, sosial, kultural dan pendidikan; Peradilan yang bebas dan tidak memihak, tidak dipengaruhi oleh sesuatu kekuasaan/kekuatan lain apapun; Legalitas dalam arti hukum dalam semua bentuknya.²²

Pentingnya menekankan perlindungan hak asasi manusia sebagai syarat negara hukum adalah dikarenakan negara hukum menghendaki agar setiap tindakan penguasa harus menurut dan didasarkan atas hukum, tidak didasarkan atas kekuasaan atau kemauan

²² Tb.Ronny Rahman Nitibaskara, 2006, Tegakkan Hukum Gunakan Hukum, Kompas, Jakarta, hlm 1.

kuasa penguasa belaka. Hal ini untuk membatasi kekuasaan dan bertujuan melindungi hak asasi manusia dari tindakan-tindakan yang sewenang-wenang. Dengan kata lain, negara hukum itu adalah negara yang bekerja atas dasar hukum. Kekuasaan dibatasi oleh hukum dan melindungi hak rakyatnya. Dengan demikian negara menjunjung supremasi hukum.

Menurut Friedman, negara hukum identik dengan *rule of law*. Istilah *rechtstaat* menurut Friedman adalah pembatasan kekuasaan negara oleh hukum²³. Dalam pada itu Padmo Wahjono mengatakan istilah *rechtstaat* yang dipakai dalam konstitusi Indonesia harus mengandung arti bahwa hukum dipakai jika unsur-unsur dalam pengertian tersebut dapat mendukung pandangan bernegara, seperti penegasan konstitusi bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan merdeka dari pengaruh eksekutif²⁴.

Kekuasaan yang merdeka dan mandiri harus diartikan dan diwujudkan dalam segala bidang atau proses peradilan. Akan tetapi terdapat pandangan bahwa kemandirian kekuasaan kehakiman bukan berarti bebas menyendiri yang bebas dari intervensi. Dalam dunia yang semakin mengglobal kemandirian dalam arti menyendiri yang bebas dari intervensi adalah sesuatu yang mustahil²⁵. Betapa pentingnya kekuasaan kehakiman yang merdeka, tampak dari pernyataan-pernyataan sebagai berikut:

“ The principle of complete independence of the judiciary from the executive is the foundation of many things in our island life. The judge has not only to do justice between man and man. He also has to do justice between the citizen and state. He has to ensure that the administration conforms with the law and adjudicate upon the

²³ Muhammad Mustofa, 2000, Kriminologi: Kajian Sosiologi terhadap Kriminalitas, Perilaku Menyimpang dan Pelanggaran Hukum, Fisip UI Press, Jakarta, hlm. 127-129.

²⁴ Ibid.,

²⁵ Oemar Senoadji, “Seminar Ketatanegaraan UU Dasar 1945, Seruling masa, Jakarta, 1966, hlm. 24.

*legality of the exercise by the executive of its power*²⁶. *Fundamental rights and liberties can best be preserved in a society where the legal profession and the judiciary enjoy freedom from interference and pressure*²⁷.

Fungsi kekuasaan kehakiman secara sempit adalah penegakan hukum. Masalah penegakan hukum pada dasarnya merupakan suatu perbedaan antara realita dalam masyarakat dengan keajegan yang telah ditetapkan oleh undang-Undang. Hal tersebut disebutkan oleh Roscou Pound sebagai perbedaan antara *law in book* dan *law in action* yang mencakup persoalan-persoalan di antaranya: Apakah hukum didalam bentuk peraturan yang telah diundangkan itu mengungkapkan pola tingkah laku sosial yang ada pada waktu itu; Apakah yang dikatakan pengadilan itu sama dengan apa yang dilakukannya; Apakah tujuan yang secara tegas dikehendaki oleh suatu peraturan itu sama dengan efek peraturan itu dalam kenyataan.

2. Konsepsi Negara Hukum Di Indonesia

Penegakan hukum pada dasarnya bagaimana negara bisa menjamin atau memberikan ketentraman kepada warga negara apabila tersangkut masalah hukum. Penegakan hukum pada hakekat nya adalah usaha atau upaya untuk mencapai keadilan. Sesuatu yang dilindungi dalam penegakan hukum adalah seluruh tatanan sosial kemasyarakatan disamping dalam kasus-kasus tertentu menyangkut urusan yang sangat pribadi dari warga negara.

Penegakan hukum akan tercapai apabila dalam pelaksanaannya menjunjung tinggi asas ini,tujuan penegakan hukum yaitu mencapai kebenaran dan keadilan tidaka akan

²⁶ Philipus Hadjon, “*Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia, Sebuah Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya, penerapannya Oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan pembentukan Peradilan Administrasi Negara*”, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm 74.

²⁷ Roscou Pound, “*The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*”, New Haven London, Yale University Press, 1957, page 1-2, dalam Philipus Gadjon, idem, hlm 74-75.

tercapai. Soerjono Soekanto menjelaskan faktor-faktor yang memengaruhi penegakan hukum, yaitu undang-undang, faktor penegak hukum, faktor sarana dan prasarana, faktor masyarakat dan faktor kebudayaan. Pencapaian keadilan harus berlaku disemua bidang hukum. Dalam teori dan praktek selama ini terdapat pemilihan antara kebenaran formal dan kebenaran materil. Di bidang hukum pidana penegakan hukum diarahkan kepada pencapaian kebenaran materil sedangkan dalam bidang hukum perdata yang dicari adalah kebenaran formal.

Oleh karena itu kebutuhan akan pengadilan masih tetap ada dan relevan walaupun ada anggapan bahwa di negara-negara yang sedang berkembang pengadilan ada kalanya dianggap perpanjangan tangan kekuasaan, bahkan di beberapa negara pengadilan dianggap tidak bersih sehingga putusan-putusannya dianggap telah memihak dan mendatangkan ketidakadilan.²⁸ Disamping untuk menunjukkan bahwa Indonesia adalah negara hukum, pengadilan juga berfungsi untuk menyelesaikan konflik dalam masyarakat yang tidak dapat diselesaikan secara musyawarah. Fungsi pengadilan itu dijabarkan sebagai berikut: Sebagai katip penekan terhadap setiap pelanggaran hukum yang terjadi di masyarakat(*prevensi general*); Sebagai benteng terakhir atau tempat terakhir mencari kebenaran dan keadilan; Sebagai pelaksana penegakan hukum yang biasa disebut *judiciary as the upholders of the rule of law*. Sebagai benteng terakhir pencari keadilan peran pengadilan dalam menegakkan kebenaran dan keadilan semakin dituntut.

Melalui putusan-putusan pengadilan inilah dapat dilihat apakah putusan tersebut mencerminkan rasa keadilan masyarakat atau malah berpihak pada kepentingan-

²⁸ Padmo Wahjono, "Pembangunan Hukum di Indonesia", In Hil, Co, Jakarta, 1989 hlm 151, lihat juga Muhammad Tahir Azhary, op,cit,hlm 46.

kepentingan yang lebih besar baik dari sudut ekonomi, politik dan kekuasaan. Kritik yang sering terjadi adalah pengadilan bertindak sebagai pembela *the have* dan *the power* dari pada membela *the have not* dan *the powerless*. Kritik seperti ini sebenarnya bukan hanya terjadi di Indonesia. Di negara manapun seperti Amerika serikat sering terjadi. Pengadilan dituding telah menghancurkan perekonomian nasional disebabkan oleh mahal nya biaya peradilan. Tony Adam menulis *law has become a very big American business*²⁹. Selanjutnya Tony Adam menulis *that litigation cost may be actually be doing damage to the nation's economy*.

Mahal nya biaya pengadilan ini praktek administrasi peradilan yang buruk, juga disertai praktek korupsi, tanpa praktek korupsi proses peradilan akan memakan waktu yang sangat panjang.³⁰

Kritik lain terhadap pengadilan adalah kurang responsifnya pengadilan terhadap kepentingan masyarakat. Hal seperti dikatakan juga oleh Tony Adam, *the court are extremely clogged up and are generally unresponsive to the needs of the public* selain itu putusan pengadilan sering dianggap tidak fair, tidak tanggap melayani dan membela golongan yang lemah, jadi hukum lidas orang yang miskin tetapi orang kaya mengatur hukum.

Menyelesaikan masalah, malahan membuat masalah baru, membingungkan juga tidak memberi kepastian hukum (*uncertainty*) dan tidak bisa di prediksi (*unpredictable*). Di samping itu ada disparitas dalam berbagai putusan walaupun perkaranya sama. Pada hal dalam suatu negara hukum, kepastian hukum merupakan jaminan atas penegakan

²⁹ Kesimpulan symposium, "Indonesia Negara Hukum" Universitas Indonesia, Jakarta, 7 mei 1966.

³⁰ Friedman, *The Legal theory*, OP, CIT , hlm 456

asas *equality before the law*³¹ Dalam suatu penegakan hukum semua harus dapat diprediksi jika mendapatkan kasus yang sama.

Penegakan asas *equality before the law* dalam penegakan hukum seyogyanya dapat melindungi orang miskin, karena selama ini apabila berhadapan dengan orang miskin hukum dapat diterapkan dengan ketat dan tegas, pengadilan biasanya tertutup bagi si miskin (*curia pauperibus clausula est*). Keadilan biasanya selalu dapat diberi oleh si kaya sehingga bisa menguasai mekanisme berjalannya hukum, dan akibatnya hukum menindas si miskin. Oliver Gold Smith mengatakan *law grind the poor and the rich men rule the law*³². Hukum menggilas si miskin tetapi si kaya menguasai hukum.

Sebagai suatu negara hukum (*rechtstaat*), negara akan menciptakan dan menegakkan hukum sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Negara sebagai pencipta dan penegak hukum di dalam setiap kegiatannya harus tunduk pada aturan yang berlaku. Hal ini dapat kita lihat dari pendapat Krabe sebagaimana dikutip Usep Ranawijaya bahwa konsepsi ini memberikan pemahaman bahwa hukum itu tersebut lahir dan bersumber dari kesadaran hukum masyarakat (rakyat), sehingga dengan demikian hukum tersebut memiliki wibawa yang tidak berkaitan dengan seseorang (*impersonal*)³³.

Walaupun negara sebagai pencipta hukum, bukan berarti dia (negara) dapat bertindak sewenang-wenang, tetapi tunduk pada hukum yang diciptakannya tersebut. Adanya argumentasi seperti ini mengakibatkan negara hanya berfungsi menciptakan hukum,

³¹ Padmo Wahajono, *Negara Republik Indonesia*, Rajawali, Jakarta, 1982, hlm 17.

³² Andi Matalata, *kedudukan POLRI yang mandiri dalam struktur pemerintahan, Lokakarya profesionalisme dan kemandirian POLRI*, Bandung, 1-4 agustus 1998, hlm 8.

³³ Sirbinstone churchil, dalam muladi, peranan administrasi dalam sistem peradilan pidana terpadu, makalah pada seminar nasional senat Mahasiswa fakultas Hukum Universitas Islam Bandung, Bandung 6 April 2002, hlm 4.

dan melalui ciptaannya itulah diharapkan negara dapat menciptakan keamanan dan ketertiban. Dalam perkembangan selanjutnya konsep negara hukum dalam arti formil disebutkan bahwa negara tidak hanya sebagai pencipta hukum, melainkan juga sudah terlibat mengurus masalah kesejahteraan warga negaranya (*welfare state*).³⁴

Pengertian negara hukum dalam arti materiil berarti bahwa negara hukum disamping mempertahankan dan melaksanakan hukum semaksimal mungkin juga dituntut untuk mampu meningkatkan kesejahteraan hidup warga negaranya. Sehingga menjadikan negara tidak hanya sebagai penjaga malam saja, tetapi juga bertindak sebagai pelayan masyarakat (*public service*). Berdasarkan konsep negara hukum materiil ini dapat dilihat unsur terpenting sebagai suatu negara hukum, yakni: (1) adanya jaminan terhadap Hak Asasi Manusia; (2) adanya pemisahan atau pembagian kekuasaan; (3) adanya legalitas terhadap pemerintahan; (4) adanya peradilan administrasi yang bebas dan tidak memihak; (5) terwujudnya kesejahteraan umum warga negara³⁵.

Prinsip-prinsip negara hukum menurut J.B.J.M. Ten Berge dalam Ridwan HR harus memuat beberapa syarat³⁶, yaitu: *pertama*, asas legalitas, merupakan pembatasan kebebasan warga negara dalam undang-undang yang merupakan peraturan umum. Undang-Undang secara umum harus memberikan jaminan (terhadap warga negara) dari tindakan (pemerintah) yang sewenang-wenang, kolusi, dan berbagai jenis tindakan yang tidak benar, *kedua*, Perlindungan hak-hak asasi, *ketiga*, pemerintah terikat pada

³⁴ Erman Rajagukguk, "Budaya Hukum dan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan", Jurnal Mgister Hukum UII Vol 2 No 4 Oktober 2000, hlm 1.

³⁵ Asas bahwa pengadilan dilaksanakan secara cepat, sederhana dan biaya murah hanya merupakan bunyi undang-undang saja.

³⁶ David Reitzel, *Contemporary Business law*, principle ad case, faurt edition, Mac Graw Hill, 1990, hlm 46

hukum, monopoli paksaan pemerintah untuk menjamin penegakan hukum, hukum harus dapat ditegakkan ketika hukum itu dilanggar.

Pemerintah harus menjamin bahwa di tengah masyarakat terdapat instrumen yuridis penegakan hukum. Pemerintah dapat memaksa seseorang yang melanggar hukum melalui sistem peradilan negara. Memaksakan hukum publik secara prinsip merupakan tugas pemerintah, *keempat*, pengawasan oleh hakim yang merdeka, superioritas hukum tidak dapat ditampilkan jika aturan-aturan hukum hanya dilaksanakan organ pemerintah. Oleh karena itu, dalam setiap negara hukum diperlukan pengawasan oleh hakim yang merdeka.

Prinsip-prinsip negara hukum juga dapat kita lihat pada pendapat H.D.Van Wijk/Willem Konijnenbelt menyebutkan prinsip negara hukum yaitu³⁷: *pertama*, pemerintah berdasarkan undang-undang, pemerintah hanya memiliki kewenangan yang secara tegas diberikan oleh UUD atau UU lainnya, *kedua*, hak-hak asasi, terdapat hak-hak asasi yang sangat fundamental yang harus dihormati oleh pemerintah, *ketiga*, pembagian kekuasaan, kewenangan pemerintah tidak boleh dipusatkan pada satu lembaga, tetapi harus dibagi-bagi pada organ-organ yang berbeda agar saling mengawasi yang dimaksudkan untuk menjaga keseimbangan, *keempat*, pengawasan lembaga kehakiman, pelaksanaan kekuasaan pemerintahan harus dapat dinilai aspek hukumnya oleh hakim yang merdeka.

Indonesia sebagai negara berdasarkan atas hukum (*rechtstaat*), bukan berdasarkan kekuasaan (*machstaat*). Pernyataan ini tertuang di dalam konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia yakni Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia

³⁷ S Tasrif, Menegakkan Rule of Law dibawah Orde Baru, Peradin, Jakarta, 1971, hlm 31.

Tahun 1945. Pada perubahan Undang-Undang Dasar 1945 setelah reformasi Indonesia juga tetap dinyatakan sebagai suatu negara hukum³⁸. Sesuai dengan teori negara hukum di atas, maka dapat dikatakan bahwa Indonesia sebagai suatu negara hukum akan selalu menciptakan peraturan-peraturan dan menegakkan peraturan-peraturan tersebut demi menjaga ketertiban dan kepastian hukum di tengah-tengah masyarakat. Terkait dengan penegakan hukum, Friedman mengatakan bahwa penegakan hukum sangat dipengaruhi oleh 3 faktor, yaitu: pertama, struktur hukum, kedua, substansi hukum, dan ketiga, budaya hukum.

Substansi adalah aturan, norma dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu, atau apa yang secara aktual disebut peraturan atau kaidah yang digunakan. Aturan substansinya adalah menetapkan bagaimana orang-orang harus dan boleh berperilaku yang meliputi aturan, norma dan perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem tersebut. Struktur hukum dapat diibaratkan sebuah mesin, sementara substansi hukum apa yang dihasilkan atau dikerjakan oleh mesin tersebut. Struktur hukum memiliki pola, bentuk dan gaya yang dapat dijabarkan dalam bagan organisasi, bagaimana nantinya ilmu hukum berhubungan satu sama lain, sehingga nantinya berapa banyak hakim yang duduk di pengadilan mampu menerapkannya. Sedangkan budaya hukum adalah apa atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu serta bagaimana mesin tersebut dapat digunakan. Budaya hukum merupakan segala bentuk perilaku budaya manusia yang mempengaruhi atau yang berkaitan dengan masalah hukum.

³⁸ Usep Ranawijaya, *Hukum Tata Negara Dasar-dasarnya*, 1983, Ghlmia, Jakarta, hm181.

Menurut Lawrence M. Friedman, "budaya hukum sebagai mesin yang menggerakkan tatanan hukum untuk mewujudkan keadilan. Budaya hukum yang dimaksud adalah ide-ide, gagasan-gagasan, harapan dan pendapat umum. Oleh karena itu budaya hukum merupakan salah satu sumber daya bagi bekerjanya sistem sosial termasuk di dalamnya sistem hukum"³⁹.

Proses penegakan hukum seperti upaya penanggulangan tindak pidana narkoba dalam perjalanannya selalu akan menemui hambatan dan hambatan yang dapat mengganggu proses penegakan hukum tersebut. Pada masa dahulu, mungkin kita mengenal bentuk kejahatan yang sederhana, seperti mencuri, merampok, menipu atau bahkan membunuh. Setelah itu, pelaku akan melarikan diri atau melaporkan diri kepada polisi. Sehingga, berdasarkan pemahaman tersebut, apabila orang berbicara tentang pelaku kejahatan maka konotasinya akan menunjuk orang miskin dan tidak berpendidikan yang merupakan pelaku kejahatan. Para pelaku kejahatan ini, semenjak awal mempersiapkan diri dengan segala sesuatu yang dipergunakan untuk melumpuhkan korbannya melalui sarana dan cara-cara kekerasan. Dalam penegakan hukum terdapat kehendak agar hukum tegak, sehingga nilai-nilai yang diperjuangkan melalui instrumen hukum yang bersangkutan dapat diwujudkan.⁴⁰

Saat ini bentuk kejahatan sudah berubah, tidak sederhana lagi. Kejahatan cenderung dilakukan sekaligus pada satu waktu dan tempat yang bersamaan. Banyak kita dengar berita tentang adanya suatu peristiwa perampokan, setelah itu memperkosa keluarga korban dan sekaligus membunuhnya yang dilakukan dengan sadis. Disamping bentuk

³⁹ *Ibid.*,

⁴⁰ B. Hestu Cipta Handoyo, Hukum Tata Negara, Kewarganegaraan & Hak Asasi Manusia, Memahami Proses Konsolidasi Sistem Demokrasi Indonesia, Cetakan Pertama, 2003, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, hlm.14-15.

kejahatan tersebut, pada masa sekarang ini kejahatan terhadap ekonomi memiliki modus operandi yang sulit dalam pengungkapannya dan dilakukan oleh orang berpendidikan tinggi. Kejahatan dilakukan tidak lagi oleh orang miskin, para pejabat maupun pengusaha yang tidak miskin melakukan perbuatan yang merugikan masyarakat. Kejahatan yang dilakukan oleh orang-orang yang berasal dari kelas sosial ekonomi tinggi tersebut menurut Sutherland merupakan suatu bentuk kejahatan yang dikenal dengan *White Collar Crime* yaitu orang dari kelas sosial ekonomi tinggi yang melakukan pelanggaran terhadap hukum yang dibuat untuk mengatur pekerjaannya.⁴¹ Menjadi kenyataan bahwa semakin maju suatu negara akan semakin banyak pula muncul bentuk kejahatan di negara tersebut. Kemajuan teknologi dan komunikasi yang membawa kemajuan suatu negara mendukung pula terlaksananya kejahatan-kejahatan yang semakin canggih dan semakin menjurus menjadi *transnational crime*. Kejahatan tersebut tidak hanya mengancam kepentingan pribadi, golongan, tetapi juga kepentingan masyarakat, bangsa dan negara⁴².

”Sebagai negara hukum harus memenuhi 4 (empat) kriteria, yaitu:

1. Bahwa pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasarkan atas hukum atau peraturan perundang-undangan
2. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara)
3. Adanya pembagian kekuasaan dalam negara
4. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*rechterlijke controle*)⁴³

⁴¹ Ridwan HR, Hukum Administrasi Negara, 2006, Rajawali Grafindo, Jakarta, hlm 9-10.

⁴² *Ibid*, hlm 11.

⁴³ F. Zainal Abidin, *Budaya Hukum Dalam Peradilan Di Indonesia*, No 9 Vol 4, halaman 48, 1997.

Lebih lanjut diuraikan bahwa dari kriteria negara hukum di atas, maka hukum yang dibuat harus dapat melindungi warganya serta bermanfaat bagi masyarakat, sebagaimana yang dikemukakan oleh aliran Utility dari Jeremy Bentham dalam konsepsinya yang menyatakan hukum itu harus bermanfaat bagi masyarakat, guna mencapai hidup bahagia.

Penjabaran atas pembukaan UUD 1945 tersebut ditindaklanjuti sebagaimana diuraikan dalam Pasal 28D ayat (1) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, bahwa: "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum".

Suatu negara hukum (*rechtstaat*) akan menciptakan dan menegakkan hukum sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Negara sebagai pencipta dan penegak hukum di dalam setiap kegiatannya harus tunduk pada aturan yang berlaku. Konsepsi ini memberikan pemahaman bahwa hukum itu tersebut lahir dan bersumber dari kesadaran hukum masyarakat (rakyat), sehingga dengan demikian hukum tersebut memiliki wibawa yang tidak berkaitan dengan seseorang (*impersonal*).⁴⁴

Walaupun negara sebagai pencipta hukum, bukan berarti dia (negara) dapat bertindak sewenang-wenang, tetapi tunduk pada hukum yang diciptakannya tersebut. Adanya argumentasi seperti ini mengakibatkan negara hanya berfungsi menciptakan hukum, dan melalui ciptaannya itulah diharapkan negara dapat menciptakan keamanan dan ketertiban. Dalam perkembangan selanjutnya konsep negara hukum dalam arti formil disebutkan bahwa negara tidak hanya sebagai pencipta hukum, melainkan juga sudah terlibat mengurus masalah kesejahteraan warga negaranya (*welfare state*).

⁴⁴ M. Muchsin dan Fadillah Putra. 2002, *Hukum dan Kebijakan Publik*, Malang, Averroes Press, halaman 36.

Pengertian negara hukum dalam arti materiil berarti bahwa negara hukum disamping mempertahankan dan melaksanakan hukum semaksimal mungkin juga dituntut untuk mampu meningkatkan kesejahteraan hidup warga negaranya. Sehingga menjadikan negara tidak hanya sebagai penjaga malam saja, tetapi juga bertindak sebagai pelayan masyarakat (*public service*).

Berdasarkan konsep negara hukum materiil ini dapat dilihat unsur terpenting sebagai suatu negara hukum, yakni: (1) adanya jaminan terhadap Hak Asasi Manusia; (2) adanya pemisahan atau pembagian kekuasaan; (3) adanya legalitas terhadap pemerintahan; (4) adanya peradilan administrasi yang bebas dan tidak memihak; (5) terwujudnya kesejahteraan umum warga negara.⁴⁵

Indonesia sebagai negara berdasarkan atas hukum (*rechtstaat*), bukan berdasarkan kekuasaan (*machstaat*). Pernyataan ini tertuang di dalam konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia yakni Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945. Pada perubahan Undang-Undang Dasar 1945 setelah reformasi Indonesia juga tetap dinyatakan sebagai suatu negara hukum⁴⁶. Sesuai dengan teori negara hukum di atas, maka dapat dikatakan bahwa Indonesia sebagai suatu negara hukum akan selalu menciptakan peraturan-peraturan dan menegakkan peraturan-peraturan tersebut demi menjaga ketertiban dan kepastian hukum di tengah-tengah masyarakat.

Dalam sejarah perkembangannya konsep negara hukum mulai disebut sebagai *demokratische rechtsstaat* yaitu negara yang liberal berlandaskan pada pemikiran kenegaraan John Locke, Montesqueu dan Immanuel Kant, dengan prinsip demikratis

⁴⁵ *Ibid*

⁴⁶ Soerjono Soekanto. 1986. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI Press, halaman 42.

berlandaskan pada pemikiran kenegaraan dari JJ Rousseau tentang kontrak sosial⁴⁷. Prinsip liberal bertumpu atas liberti dan prinsip demokrasi bertumpu pada equality. Liberti menurut Immanuel Kant adalah *the free self assertion of each limited only by the like liberty of all*, atas dasar itu liberty merupakan suatu kondisi yang memungkinkan pelaksanaan kehendak secara bebas hanya dibatasi seperlunya untuk menjamin kehidupan bersama secara damai antara kehendak kebebasan idividu dengan kehendak bersama.

Dari sinilah mengalir prinsip selanjutnya yaitu *freedom from arbitrary and unreasonable exercise of the power and authority*⁴⁸ konsep equality mengandung abstrak dan formal dan dari sini mengalir prinsip one month-vote⁴⁹ atas dasar demokratis, rechstaat dikatakan sebagai negara kepercayaan timbal balik yaitu kepercayaan dari rakyat pendukungnya bahwa kekuasaan yang di berikan tidaka akan disalah gunakan dan kepercayaan dari penguasa bahwa dalam batas kekuasaannya dia mengharapkan kepstuhan dari rakyat pendukungnya.

Asas-asas demokrasi yang melandasi rechstaat menurut SW Cowentberg meliputi lima asas anantara lain yaitu asas hak-hak politik, asas mayoritas, asas perwakilan, asas pertanggung jawaban, dan asas publik. Konsep negara hukum Immanuel kant yang dinamakan konsep negara hukum liberal atau negara hukum demokrasi liberal dalam perkembangannya mendapat peneyempurnaan melalui pemikiran fredrich Julius stahl

⁴⁷*Ibid.*, halaman 7.

⁴⁸Paradigma merupakan seperangkat kepercayaan atau keyakinan dasar yang menuntun seseorang dalam bertindak pada kehidupan sehari-hari maupun dalam penelitian ilmiah. (Agus Salim, 2001, Teori dan Paradigma penelitian social). Paradigma membantu tentang apa yang semestinya dipelajari, persoalan apa yang semestinya dijawab, bagaimana seharusnya menjawab, serta aturan-aturan yang harus diikuti dalam menginterpretasikan informasi yang harus di kumpulkan dalam rangka menjawab persoalan-persoalan tersebut.

⁴⁹ Sugiyono, *Memahami Penelitian Kualitatif*, Dilengkapi Contoh Proposal dan Laporan Penelitian, Alfabeta, Bandung, 2015, halaman 25.

yang gagasannya dinamakan negara hukum formal dengan unsur-unsurnya sebagai berikut: Mengakui dan melindungi hak asasi manusia; Untuk melindungi hak asasi tersebut maka penyelenggara negara harus berdasarkan pada teori trias politika; Dalam menjalankan tugasnya pemerintah berdasar atas Undang-Undang; Apabila dalam menjalankan tugasnya berdasarkan undang-undang pemerintah melanggar hak asasi maka ada pengadilan administrasi yang akan menyelesaikannya.

Pentingnya suatu kekuasaan kehakiman yang bebas, tidak dapat dipisahkan dari ketentuan konstitusional yang menegaskan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum (*rechtsstaat*) bukan negara kekuasaan (*machtstaat*). Indonesia adalah negara berkedaulatan rakyat dan berdasarkan atas hukum.

Konsepsi negara hukum berkaitan dengan hak asasi manusia. Suatu negara tidak dapat dikatakan sebagai negara hukum selama negara tersebut tidak memberikan penghargaan dan jaminan hak asasi manusia, karena ciri-ciri suatu negara hukum sebenarnya terdiri: Pengakuan dan perlindungan hak asasi yang mengandung persamaan dari bidang politik, hukum, social, kultural dan pendidikan; Peradilan yang bebas dan tidak memihak, tidak dipengaruhi oleh sesuatu kekuasaan/kekuatan lain apapun; Legalitas dalam arti hukum dalam semua bentuknya.⁵⁰

Pentingnya menekankan perlindungan hak asasi manusia sebagai syarat negara hukum adalah dikarenakan negara hukum menghendaki agar setiap tindakan penguasa harus menurut dan didasarkan atas hukum, tidak didasarkan atas kekuasaan atau kemauan kuasa penguasa belaka. Hal ini untuk membatasi kekuasaan dan bertujuan melindungi hak asasi manusia dari tindakan-tindakan yang sewenang-wenang. Dengan kata lain,

⁵⁰ Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, Rajawali Press, Jakarta, 1997, halaman 103.

negara hukum itu adalah negara yang bekerja atas dasar hukum. Kekuasaan dibatasi oleh hukum dan melindungi hak rakyatnya. Dengan demikian negara menjunjung supremasi hukum.

Menurut Friedman, negara hukum identik dengan *rule of law*. Istilah *rechtstaat* menurut Friedman adalah pembatasan kekuasaan negara oleh hukum⁵¹. Dalam pada itu Padmo Wahjono mengatakan istilah *rechtstaat* yang dipakai dalam konstitusi Indonesia harus mengandung arti bahwa hukum dipakai jika unsur-unsur dalam pengertian tersebut dapat mendukung pandangan bernegara, seperti penegasan konstitusi bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan merdeka dari pengaruh eksekutif.

Kekuasaan yang merdeka dan mandiri harus diartikan dan diwujudkan dalam segala bidang atau proses peradilan. Akan tetapi terdapat pandangan bahwa kemandirian kekuasaan kehakiman bukan berarti bebas menyendiri yang bebas dari intervensi. Dalam dunia yang semakin mengglobal kemandirian dalam arti menyendiri yang bebas dari intervensi adalah sesuatu yang mustahil⁵².

Betapa pentingnya kekuasaan kehakiman yang merdeka, tampak dari pernyataan-pernyataan sebagai berikut: “ *The principle of complete independence of the judiciary from the executive is the foundation of many things in our island life. The judge has not only to do justice between man and man. He also has to do justice between the citizen and state. He has to ensure that the administration conforms with the law and adjudicate upon the legality of the exercise by the executive of its power. Fundamental*

⁵¹ Sri Kastini, *Bentuk Penelitian Sosial*, Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan, 1995, halaman 18.

⁵² Brian Z Tamahana “ *Realistic Socio-Legal Theory Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford University Press, New York, 1997, halaman 1.

*rights and liberties can best be preserved in a society where the legal profession and the judiciary enjoy freedom from interference and pressure*⁵³.

Fungsi kekuasaan kehakiman secara sempit adalah penegakan hukum. Masalah penegakan hukum pada dasarnya merupakan suatu perbedaan antara realita dalam masyarakat dengan keajegan yang telah ditetapkan oleh undang-Undang. Hal tersebut disebutkan oleh Roscou Pound sebagai perbedaan antara *law in book* dan *law in action* yang mencakup persoalan-persoalan di antaranya: Apakah hukum didalam bentuk peraturan yang telah diundangkan itu mengungkapkan pola tingkah laku sosial yang ada pada waktu itu; Apakah yang dikatakan pengadilan itu sama dengan apa yang dilakukannya; Apakah tujuan yang secara tegas dikehendaki oleh suatu peraturan itu sama dengan efek peraturan itu dalam kenyataan.

Penegakan hukum pada dasarnya bagaimana negara bisa menjamin atau memberikan ketentraman kepada warga negara apabila tersangkut masalah hukum. Penegakan hukum pada hakekat nya adalah usaha atau upaya untuk mencapai keadilan. Sesuatu yang dilindungi dalam penegakan hukum adalah seluruh tatanan sosial kemasyarakatan disamping dalam kasus-kasus tertentu menyangkut urusan yang sangat pribadi dari warga negara.

Penegakan hukum akan tercapai apabila dalam pelaksanaannya menjunjung tinggi asas ini,tujuan penegakan hukum yaitu mencapai kebenaran dan keadilan tidaka akan tercapai. Soerjono Soekanto menjelaskan faktor-faktor yang memepengaruhi penegakan hukum, yaitu undang-undang, faktor penegak hukum, faktor sarana dan prasarana, faktor masyarakat dan faktor kebudayaan.

⁵³*Ibid*

Pencapaian keadilan harus berlaku disemua bidang hukum. Dalam teori dan praktek selama ini terdapat pemilihan antara kebenaran formal dan kebenaran materil. Di bidang hukum pidana penegakan hukum diarahkan kepada pencapaian kebenaran materil sedangkan dalam bidang hukum perdata yang dicari adalah kebenaran formal. Oleh karena itu kebutuhan akan pengadilan masih tetap ada dan relevan walaupun ada anggapan bahwa di negara-negara yang sedang berkembang pengadilan ada kalanya dianggap perpanjangan tangan kekuasaan, bahkan di beberapa negara pengadilan dianggap tidak bersih sehingga putusan-putusannya dianggap telah memihak dan mendatangkan ketidakadilan.⁵⁴

Disamping untuk menunjukkan bahwa Indonesia adalah negara hukum, pengadilan juga berfungsi untuk menyelesaikan konflik dalam masyarakat yang tidak dapat diselesaikan secara musyawarah. Fungsi pengadilan itu dijabarkan sebagai berikut: Sebagai katip penekan terhadap setiap pelanggaran hukum yang terjadi di masyarakat(*prevensi general*); Sebagai benteng terakhir atau tempat terakhir mencari kebenaran dan keadilan; Sebagai pelaksana penegakan hukum yang biasa disebut *judiciary as the upholders of the rule of law*.

Sebagai benteng terakhir pencari keadilan peran pengadilan dalam menegakkan kebenaran dan keadilan semakin dituntut. Melalui putusan-putusan pengadilan inilah dapat dilihat apakah putusan tersebut mencerminkan rasa keadilan masyarakat atau malah berpihak pada kepentingan-kepentingan yang lebih besar baik dari sudut ekonomi, politik dan kekuasaan. Kritik yang sering terjadi adalah pengadilan bertindak sebagai pembela *the have* dan *the power* dari pada membela *the have not* dan *the*

⁵⁴ Sri Kastini, *Op.Cit*, halaman 22.

powerless.

Kritik seperti ini sebenarnya bukan hanya terjadi di Indonesia. Di negara manapun seperti Amerika Serikat sering terjadi. Pengadilan dituding telah menghancurkan perekonomian nasional disebabkan oleh mahal biaya peradilan. Tony Adam menulis *law has become a very big American business*⁵⁵. Selanjutnya Tony Adam menulis *that litigation cost may be actually be doing damage to the nation's economy*. Mahalnya biaya pengadilan ini praktek administrasi peradilan yang buruk, juga disertai praktek korupsi, tanpa praktek korupsi proses peradilan akan memakan waktu yang sangat panjang.⁵⁶ *There is long wait for letigats to get trial*⁵⁷.

Kritik lain terhadap pengadilan adalah kurang responsifnya pengadilan terhadap kepentingan masyarakat. Hal seperti dikatakan juga oleh Tony Adam, *the court are extremely clogged up and are generally unresponsive to the needs of the public* selain itu putusan pengadilan sering dianggap tidak fair, tidak tanggap melayani dan membela golongan yang lemah, jadi hukum lidas orang yang miskin tetapi orang kaya mengatur hukum.

Menyelesaikan masalah, malahan membuat masalah baru, membingungkan juga tidak memberi kepastian hukum (*uncertainty*) dan tidak bisa di prediksi (*unpredictable*). Di samping itu ada disparitas dalam berbagai putusan walaupun perkaranya sama. Pada hal dalam suatu negara hukum, kepastian hukum merupakan jaminan atas penegakan

⁵⁵ Esmi Warassih, *Penelitian Socio Legal, Dinamika Sejarah dan Perkembangannya*, dipublikasikan, halaman 5.

⁵⁶ Soerjono Soekanto & Sri mamudji, *Op. Cit*, halaman 7.

⁵⁷ Mukti Fajar ND dan Yulianto Achmad “ *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Yogyakarta, 2010, halaman156.

asal *equality before the law*⁵⁸ Dalam suatu penegakan hukum semua harus dapat diprediksi jika mendapatkan kasus yang sama.

Penegakan asa *equality before the law* dalam penegakan hukum seyogyanya dapat melindungi orang miskin, karena selama ini apabila berhadapan dengan orang miskin hukum dapat diterapkan dengan ketat dan tegas, pengadilan biasanya tertutup bagi si miskin (*curia pauperibus clausula est*). keadilan biasanya selalu dapat diberi oleh si kaya sehingga bisa menguasai mekanisme berjalannya hukum, dan akibatnya hukum menindas si miskin. Oliver Gold Smith mengatakan *law grind the poor and the rich men rule the law*⁵⁹. Hukum menggilas si miskin tetapi si kaya menguasai hukum.

Sebagai suatu negara hukum (*rechtstaat*), negara akan menciptakan dan menegakkan hukum sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Negara sebagai pencipta dan penegak hukum di dalam setiap kegiatannya harus tunduk pada aturan yang berlaku. Hal ini dapat kita lihat dari pendapat Krabe sebagaimana dikutip Usep Ranawijaya bahwa konsepsi ini memberikan pemahaman bahwa hukum itu tersebut lahir dan bersumber dari kesadaran hukum masyarakat (rakyat), sehingga dengan demikian hukum tersebut memiliki wibawa yang tidak berkaitan dengan seseorang (impersonal)⁶⁰.

Walaupun negara sebagai pencipta hukum, bukan berarti dia (negara) dapat bertindak sewenang-wenang, tetapi tunduk pada hukum yang diciptakannya tersebut. Adanya argumentasi seperti ini mengakibatkan negara hanya berfungsi menciptakan hukum, dan melalui ciptaannya itulah diharapkan negara dapat menciptakan keamanan dan

⁵⁸ Sri Kastini, *Pengantar Statistik*, Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan, 1984, halaman 28.

⁵⁹ Lexy J.Moleong, *Op. Cit.* halaman 148.

⁶⁰ Nugroho, *Sendi-sendi Statistik*, edisi baru, Rajawali Press, Jakarta, 1981, halaman 418.

ketertiban. Dalam perkembangan selanjutnya konsep negara hukum dalam arti formil disebutkan bahwa negara tidak hanya sebagai pencipta hukum, melainkan juga sudah terlibat mengurus masalah kesejahteraan warga negaranya (*welfare state*).

Pengertian negara hukum dalam arti materiil berarti bahwa negara hukum disamping mempertahankan dan melaksanakan hukum semaksimal mungkin juga dituntut untuk mampu meningkatkan kesejahteraan hidup warga negaranya. Sehingga menjadikan negara tidak hanya sebagai penjaga malam saja, tetapi juga bertindak sebagai pelayan masyarakat (*public service*).

Berdasarkan konsep negara hukum materiil ini dapat dilihat unsur terpenting sebagai suatu negara hukum, yakni: (1) adanya jaminan terhadap Hak Asasi Manusia; (2) adanya pemisahan atau pembagian kekuasaan; (3) adanya legalitas terhadap pemerintahan; (4) adanya peradilan administrasi yang bebas dan tidak memihak; (5) terwujudnya kesejahteraan umum warga negara⁶¹

Prinsip-prinsip negara hukum menurut J.B.J.M. Ten Berge dalam Ridwan HR harus memuat beberapa syarat⁶², yaitu: *pertama*, asas legalitas, merupakan pembatasan kebebasan warga negara dalam undang-undang yang merupakan peraturan umum. Undang-Undang secara umum harus memberikan jaminan (terhadap warga negara) dari tindakan (pemerintah) yang sewenang-wenang, kolusi, dan berbagai jenis tindakan yang tidak benar, *kedua*, Perlindungan hak-hak asasi, *ketiga*, pemerintah terikat pada hukum, monopoli paksaan pemerintah untuk menjamin penegakan hukum, hukum harus dapat ditegakkan ketika hukum itu dilanggar.

⁶¹ Soerjono soekanto dan Sri Mamujdi, *Op. Cit*, halaman 25.

⁶² Matthew B. Miles & A. Michael Huberman, *Analisis Data Kualitatif*, UI Press, Jakarta, 1992, halaman 22.

Pemerintah harus menjamin bahwa di tengah masyarakat terdapat instrumen yuridis penegakan hukum. Pemerintah dapat memaksa seseorang yang melanggar hukum melalui sistem peradilan negara. Memaksakan hukum publik secara prinsip merupakan tugas pemerintah, *keempat*, pengawasan oleh hakim yang merdeka, superioritas hukum tidak dapat ditampilkan jika aturan-aturan hukum hanya dilaksanakan organ pemerintah. Oleh karena itu, dalam setiap negara hukum diperlukan pengawasan oleh hakim yang merdeka.

Prinsip-prinsip negara hukum juga dapat kita lihat pada pendapat H.D.Van Wijk/Willem Konijnenbelt menyebutkan prinsip negara hukum yaitu: *pertama*, pemerintah berdasarkan undang-undang, pemerintah hanya memiliki kewenangan yang secara tegas diberikan oleh UUD atau UU lainnya, *kedua*, hak-hak asasi, terdapat hak-hak asasi yang sangat fundamental yang harus dihormati oleh pemerintah, *ketiga*, pembagian kekuasaan, kewenangan pemerintah tidak boleh dipusatkan pada satu lembaga, tetapi harus dibagi-bagi pada organ-organ yang berbeda agar saling mengawasi yang dimaksudkan untuk menjaga keseimbangan, *keempat*, pengawasan lembaga kehakiman, pelaksanaan kekuasaan pemerintahan harus dapat dinilai aspek hukumnya oleh hakim yang merdeka.

Terkait dengan penegakan hukum, Friedman⁶³ mengatakan bahwa penegakan hukum sangat dipengaruhi oleh 3 faktor, yaitu: pertama, struktur hukum, kedua, substansi hukum, dan ketiga, budaya hukum. Substansi adalah aturan, norma dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu, atau apa yang secara aktual disebut peraturan atau kaidah yang digunakan. Aturan substansinya adalah menetapkan

⁶³ E. Saefullah Wiradipradja, *Penuntun Praktis Metode Penelitian Dan Penulisan Karya Ilmiah Hukum*, Keni Media, Bandung, 2015, halaman 19.

bagaimana orang-orang harus dan boleh berperilaku yang meliputi aturan, norma dan perilaku nyata manusia.

Struktur hukum dapat diibaratkan sebuah mesin, sementara substansi hukum apa yang dihasilkan atau dikerjakan oleh mesin tersebut. Struktur hukum memiliki pola, bentuk dan gaya yang dapat dijabarkan dalam bagan organisasi, bagaimana nantinya ilmu hukum berhubungan satu sama lain, sehingga nantinya berapa banyak hakim yang duduk di pengadilan mampu menerapkannya. Sedangkan budaya hukum adalah apa atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu serta bagaimana mesin tersebut dapat digunakan. Budaya hukum merupakan segala bentuk perilaku budaya manusia yang mempengaruhi atau yang berkaitan dengan masalah hukum.

Menurut Lawrence M. Friedman, budaya hukum sebagai bensin yang menggerakkan tatanan hukum yang ada mewujudkan keadilan. Budaya hukum yang dimaksud adalah ide-ide, gagasan-gagasan, harapan dan pendapat umum. Oleh karena itu budaya hukum merupakan salah satu sumber daya bagi bekerjanya sistem sosial termasuk di dalamnya sistem hukum”⁶⁴.

Fungsi penegakan hukum adalah untuk mengaktualisasikan aturan-aturan hukum agar sesuai dengan yang dicita-citakan oleh hukum itu sendiri, yaitu mewujudkan sikap dan tingkah laku manusia sesuai dengan bingkai (*frame work*) yang telah ditetapkan oleh suatu Undang-undang atau hukum. Menurut M. Muchsin dan Fadillah Putra, “untuk kepastian hukum, pada umumnya suatu kebijakan publik memerlukan ketetapan

⁶⁴Sugiyono, *Op. Cit*, halaman 83. Lebih lanjut Sugiyono menjelaskan bahwa triangulasi adalah teknik pengumpulan data yang bersifat menggabungkan dari berbagai teknik pengumpulan data dan sumber data yang telah ada.

hukum sebagai landasan legalitasnya dalam implementasinya bagi masyarakat. Karena hukum juga dipandang sebagai hasil dari kebijakan publik, maka pada dasarnya, kebijakan publik umumnya harus dilegalisasikan dalam bentuk hukum”⁶⁵ . Berdasarkan konteks ini dapat dikatakan bahwa upaya pengaturan mengenai tindak pidana aborsi yang dilakukan oleh korban perkosaan merupakan kebijakan publik yang saat ini belum ada aturan hukumnya secara khusus di Indonesia

Peranan penegak hukum dalam arti fungsi dan maknanya merupakan bagian dari konsep struktur hukum. Ada 4 (empat) fungsi sistem hukum menurut friedman, yaitu:⁶⁶

1. Fungsi control social (*Social control*). Menurut Donald Black bahwa semua hukum adalah berfungsi sebagai control social dari pemerintah.
2. Berfungsi sebagai secara penyelesaian sengketa (*dispute settlement*) dan konflik (*conflict*). Penyelesaian sengketa ini biasanya untuk penyelesaian yang sifatnya berbentuk pertentangan lokal berskala kecil (*micro*). Sebaliknya pertentangan–pertentangan yang bersifat makro dinamakan konflik.
3. Fungsi retribusi atau fungsi rekayasa social (*retribution function and social engineering function*). Fungsi ini mengarahkan pada penggunaan hukum untuk mengadakan perubahan sosial yang berencana yang ditentukan oleh pemerintah.
4. Fungsi pemeliharaan sosial (*social maintenance function*). Fungsi ini berguna untuk mengadakan struktur hukum agar tetap berjalan sesuai dengan aturan mainnya (*rule of the game*).

⁶⁵ www.tempointeraktif.com/hg/jakarta, *Topik Malpraktek* , 21 Agustus 2019.

⁶⁶ J. Guwandi,SH,1994, *Kelalaian Medik (Medical Negligence)*, Balai Penerbit FKUI, Jakarta.

Berdasarkan hal tersebut diatas, dapat dikatakan bahwa fungsi penegakan hukum adalah untuk mengaktualisasikan aturan-aturan hukum agar sesuai dengan yang dicitakan oleh hukum itu sendiri, yakni mewujudkan sikap atau tingkah laku manusia sesuai dengan bingkai (*frame-work*) yang ditetapkan oleh suatu Undang-undang atau hukum.

Penggunaan teori dalam penelitian ini adalah untuk memberikan arahan atau petunjuk yang meramalkan serta menjelaskan gejala yang diamati. Oleh karenanya sebagai middle teori yang digunakan Dlam penelitian ini adalah teori retributif dan teori utilitarian yang menurut Herbert L. Packer yaitu mempunyai dua pandangan konseptual yang masing-masing mempunyai implikasi yaitu :

Pandangan dalam teori retributif mengandaikan pemidanaan sebagai ganjaran negatif terhadap perilaku menyimpang yang dilakukan warga masyarakat sehingga pandangan teori ini, melihat pemidanaan hanya sebagai pembalasan terhadap kesalahan yang dilakukan atas dasar tanggung jawab moralnya masing-masing pandangan ini dikatakan bersifat melihat kebelakang (*backward lokking*) sedangkan teori utilitarian melihat pemidanaan dari segi manfaat atau kegunaannya di mana yang di lihat adalah situasi atau keadaan yang ingin dihasilkan dengan dijatuhkannya pidana itu. Pemidanaan dimaksudkan untuk memperbaiki sikap atau tingkah laku terpidana dan dilain pihak pemidanaan itu juga dimaksudkan untuk mencegah orang lain dari kemungkinan melakukan perbuatan yang serupa. Pandangan ini dikatakan berorientasi ke depan (*forward looking*) dan sekaligus mempunyai sifat pencegahan (*detterence*). Dari kedua teori diatas menggambarkan bahwasanya setiap kejahatan haruslah dihukum sesuai dengan perbuatan yang dilakukannya seperti halnya

seseorang yang melakukan tindak pidana medik maka orang tersebut haruslah dihukum atau dipidana sesuai dengan peraturan Undang-Undang yang berlaku.

Pemidanaan dalam tindakan medik apabila kita berbicara mengenai hukum apa adanya, maka akan dihadapkan pada suatu ajaran mengenai hukum murni sebagai suatu tatanan aturan yang pasti tentang perbuatan apa saja yang dapat dihukum tanpa melihat unsur-unsur lainnya diluar tatanan hukum tersebut. Hans kelsen menyebutnya sebagai ajaran hukum murni (pure theory of law), dimana ilmu hukum itu harus dibersihkan dari anasir-anasir non hukum seperti sejarah, moral, sosiologis, politis dan sebagainya, yang disebut sebagai sifat ideologis dari pada ilmu hukum. Ajaran hukum murni menginginkan hukum diterapkan apa adanya, jika salah harus dinyatakan salah, jika benar harus dinyatakan benar, tidak peduli apakah putusan yang dijatuhkan oleh hakim itu memenuhi rasa keadilan ataukah tidak, yang menurut Hans Kelsen, keadilan merupakan suatu konsep yang bersifat ideologis dan irasional, ataukah putusan itu mempengaruhi suatu politik hukum atau kemasyarakatan dari suatu Negara ataukah dengan putusan tersebut mempengaruhi moral suatu masyarakat atau anggota masyarakat itu baik atau tidak baik. Jadi Hans Kelsen hanya ingin menyatakan bahwa hukum itu adalah berupa peraturan yang dibuat dan diakui oleh Negara.

Teori Kelsen tersebut, sebenarnya tidaklah terlalu jauh dengan ajaran yang dikemukakan oleh John Austin, yang menyatakan bahwa hukum itu adalah perintah pihak yang berdaulat (law was the command of soverign), berkaitan dengan hukum positif atau dengan ketentuan-ketentuan lain yang secara tegas diterima tanpa memperhatikan kebaikan atau keburukannya. Ajara Austin ini dikenal dengan teori

Kedaulatan Negara, yang mengutamakan hukum yang dibuat oleh penguasa atau pihak yang berdaulat, yang diwujudkan dalam suatu bentuk Negara serta berlaku sebagai aturan hukum yang mengikat setiap warga masyarakat dalam suatu wilayah Negara tertentu tanpa melihat kebaikan atau keburukan dari aturan tersebut, dan hanya melihat bahwa hukum yang dibuat bertujuan untuk melindungi eksistensi Negara sebagai suatu bentuk dari legitimasi Negara dalam melaksanakan kedaulatannya.

Keadilan dalam hukum pidana yang mempengaruhi perubahan yang fundamental dalam system hukum pidana, yaitu keadilan retributive (retributive justice) dan keadilan restorative (restorative justice). Kedua konsep ini memiliki sejumlah perbedaan dalam melihat beberapa hal tentang konsep-konsep dasar dalam hukum pidana (formil dan materil) dan penyelenggaraan peradilan pidana.

Prespektif keadilan retributif, kejahatan adalah pelanggaran terhadap tertib publik (public order) atau suatu perbuatan melawan masyarakat, menentang serangkaian standar oleh institusi-institusi demokratik masyarakat. Pemidanaan model retributif, mendapat kritikan bahwa pidana itu dipusatkan kepada pelanggaran karena pelanggarannya untuk kepentingan pelanggar. Korban terisolasi (seseorang yang di penjara) tidak memperoleh bantuan dan dikonfrontir dengan sikap agresif dari terdakwa dan penasehat hukumnya yang kadang-kadang mengajukan pertanyaan yang tidak relevan atau merendahkannya.

Keadilan mensyaratkan bahwa struktur dasar masyarakat disusun sedemikian rupa agar memberikan keuntungan bagi pihak-pihak yang kurang beruntung, maka sebuah Negara yang kuat akan dibutuhkan untuk memenuhi tujuan ini. Dengan kata lain,

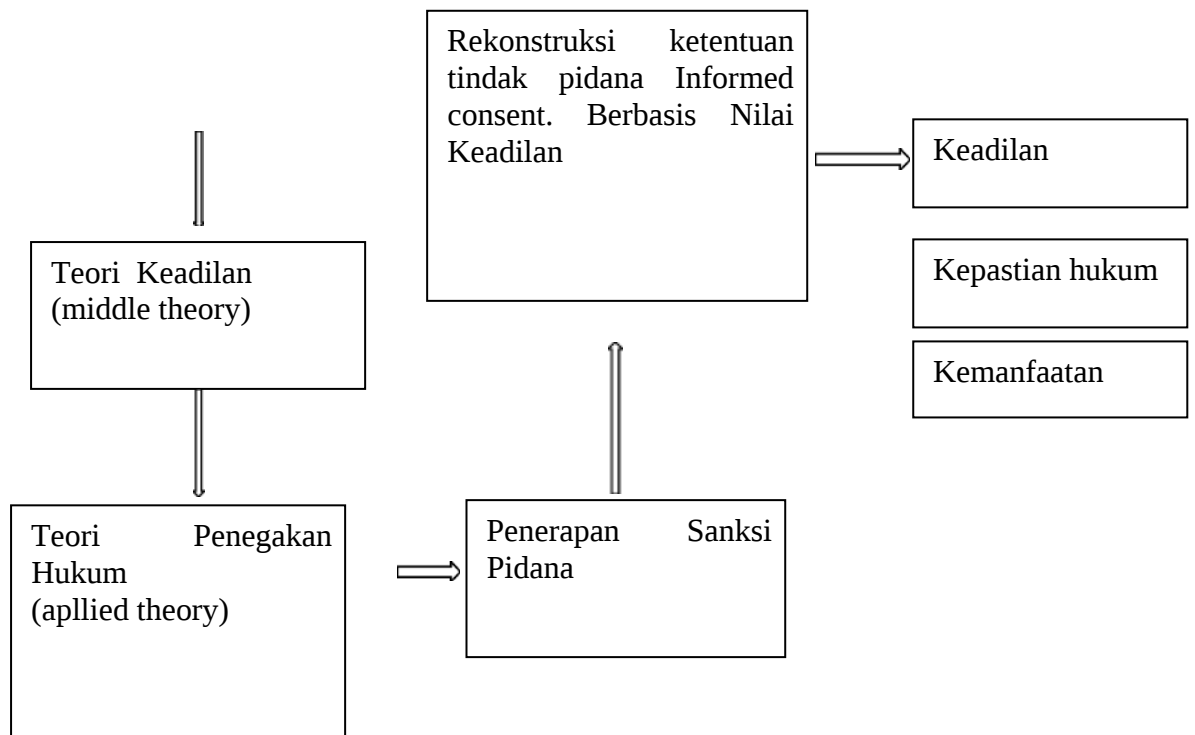
jenis Negara, kesejahteraan, demokratis modernlah yang tampaknya harus kita impikan.

Penggunaan pemidanaan khususnya pidana penjara banyak mendapatkan kritikan yang cukup menarik dilihat dari sudut politik criminal ialah adanya pernyataan bahwa orang tidak menjadi lebih baik tetapi justru menjadi lebih jahat setelah menjalani pidana penjara, terutama apabila pidana penjara ini dikenakan kepada anak-anak atau para remaja. Sehubungan dengan hal ini sering pula diungkapkan bahwa rumah penjara merupakan perguruan tinggi kejahatan atau pabrik kejahatan.

H. Kerangka Pemikiran

Kerangka Pemikiran

Skema Kerangka Pemikiran Disertasi



I. Metode Penelitian Disertasi

1. Spesifikasi Penelitian

Dilihat dari pendekatannya penelitian ini menggunakan pendekatan gabungan antara *yuridis normative dan yuridis empiris*.⁶⁷ Jenis penelitian dalam disertasi ini adalah *explanatori (explanatory legal research)* karena menganalisis permasalahan sosial melalui perspektif hukum. J. Myron Jacobstein and Roy M. Mersky dalam bukunya yang berjudul “*Fundamentals of Legal Research*” sebagaimana dipublikasikan oleh

⁶⁷ Adami Chazawi, 2008, *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, PT Alumni, Bandung, halaman 14.

wikipedia mengartikan:

*Legal research, according to one source, is the process of identifying and retrieving information necessary to support legal decision-making. In its broadest sense, legal research includes each step of a course of action that begins with an analysis of the facts of a problem and concludes with the application and communication of the results of the investigation*⁶⁸.

Penelitian Hukum, menurut satu sumber, adalah proses mengidentifikasi dan mengambil informasi yang diperlukan untuk mendukung pengambilan keputusan hukum. Dalam arti luas, penelitian hukum meliputi setiap langkah dari tindakan yang diawali dengan analisis fakta-fakta masalah dan diakhiri dengan aplikasi dan komunikasi hasil penyelidikan).

Penelitian hukum dibagi menjadi dua aspek yakni penelitian hukum yang aspeknya normatif dan penelitian hukum yang aspeknya empiris. Penelitian ini menyangkut data maka dengan sendirinya merupakan penelitian empiris atau yuridis sosiologis. Penelitian empiris dalam disertasi ini mengkaji mengenai bekerjanya instrumen hukum yang mengatur mengenai *Informed consent* di dalam masyarakat, melihat bagaimana penegakan hukumnya beserta faktor-faktor yang mempengaruhinya, sehingga dapat ditemukan formulasi kebijakan yang tepat untuk menghadapi jenis kejahatan ini dan dapat dianalisis mengenai bagaimana rekonstruksi hukum yang berbasis nilai-nilai keadilan di Indonesia.

Menurut Kirk dan Miller penelitian hukum yuridis sosiologis atau yuridis empiris penelitian kualitatif adalah tradisi tertentu dalam ilmu pengetahuan sosial yang secara

⁶⁸ Munir Fuady, 2005, *Sumpah Hippocrates (Aspek Hukum Malpraktek Dokter)*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, hal. 47-48

fundamental bergantung dari pengamatan pada manusia baik dalam kawasannya maupun dalam peristilahannya.⁶⁹ Menurut Sugiyono metode penelitian kualitatif cocok digunakan dalam penelitian yang masalahnya belum jelas, dilakukan pada situasi sosial yang tidak luas, sehingga hasil penelitian lebih mendalam.⁷⁰ Bambang Sunggono mengutip Leon Mayhew, menyebut sebagai penelitian non doktrinal, bahwa hukum tidak dikonsepsikan sebagai suatu gejala normative yang otonom, akan tetapi suatu institus sosial yang secara riil berkaitan dengan variable sosial lainnya.⁷¹ Menurut Soerjono Soekanto pendekatan kualitatif sebenarnya merupakan tata cara penelitian yang menghasilkan data deskriptif.⁷² Sri Kastini menyebutkan bahwa metode kualitatif lebih mengutamakan ke dalam penghayatan terhadap interaksi gejala mana yang sedang diteliti.⁷³

Dengan penelitian kualitatif diharapkan dapat menemukan makna yang tersembunyi dalam teks maupun fakta dalam realitas Malpraktek yang dilakukan dokter Berbasis Keadilan, ciri utamanya adalah melakukan pengamatan dan pengumpulan data dengan latar (*setting*) alamiah, jadi tidak memanipulasi subyek yang diteliti. Penelitian kualitatif dengan paradigma ini tidak dikenal populasi, variabel, sampel dan teknik sampling untuk melakukan generalisasi karena obyek penelitiannya adalah studi terhadap kebijakan rekontruksi peraturan perundang-undangan tentang *cyber crime* perbankan, faktor penting yang diutamakan adalah informan (*key person*) yang

⁶⁹ Hartono, *Op. Cit.*, halaman 18

⁷⁰ M.Yahya Harahap. 2013. *Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHP*. Jakarta: Sinar Grafika, halaman 65.

⁷¹ Bambang Waluyo, *Op. Cit.*, halaman 98

⁷² Pasal 1 ayat (1) KUH Pidana

⁷³ Anny Isfandyarie, Fachrizal Afandi, 2006, *Tanggungjawab Hukum dan Sanksi Bagi Dokter Buku II*, Jakarta, Prespasi Pustaka, halaman 59.

jumlahnya tidak ditentukan secara terbatas, tetapi sesuai kebutuhan.

2. **Metode Pendekatan.**

Penelitian ini menggunakan pendekatan *social legal research*, Tamahana menyatakan bahwa *socio-legal studies* ditujukan kepada *Law and Society Studies*⁷⁴. Menurut F.X. Adji Samekto, *Social legal studies* mengkonsepkan hukum sebagai norma dan sekaligus sebagai realitas. Pengkaji di dalam *socio-legal studies* menuntut penguasaan doktrin-doktrin ajaran hukum yang telah dibangun dalam ilmu hukum itu sendiri (sebagai ilmu yang bersifat apriori dan tidak terbebas dari nilai), dan penguasaan akan teori-teori bekerjanya hukum, sebagai konsekuensi yang melihat hukum sebagai realitas⁷⁵.

Sri Kastini menyebut Penelitian *socio-legal research* merupakan penelitian hukum yang menambah pengetahuan yang akan dijadikan dasar bagi penyusunan strategi pemecahan masalah.⁷⁶ Esmi Warassih menyebutkan paradigma non positivistik yakni penelitian hukum dengan filsafat *hermeneutic (paradigm konstruktivisme)* dan paradigma teori kritis (*Critical Theory*) melalui *interpretative/verstehen*

Dengan pendekatan *socio-legal studies* peneliti ini. Penelitian ini menggunakan metode pendekatan *socio-legal research* yakni penelitian empiris (yuridis sosiologis) yang berorientasi pada penemuan teori-teori mengenai proses terjadinya dan proses bekerjanya hukum dalam masyarakat. Metode *socio legal* merupakan kombinasi

⁷⁴Barda Nawawi Arief, *Op.cit.*, halaman 58

⁷⁵ Hargianti Dini Iswandari, Aspek Hukum Penyelenggaraan Praktek Kedokteran : Suatu Tinjauan Berdasarkan Undang-undang No.9/2004 Tentang Praktek Kedokteran, Jurnal Manajemen Pelayanan Kesehatan Vol. 09 No. 02 Juni 2006.

⁷⁶ *Ibid.* halaman 63.

pendekatan yang utuh (*comprehensive*) antara metode legal dan sosial, dimana pendekatan dilakukan secara menyeluruh (*holistic*) yang mencakup tidak hanya semata-mata fakta empirik, tetapi juga terkait dengan keilmuan bidang-bidang lain, seperti ekonomi, politik, pendidikan, budaya, dan filsafat.

3. **Alat Pengumpul Data**

b) Penelitian ini menggunakan data primer dan data sekunder. Data primer adalah data yang diperoleh di lapangan. Data sekunder mencakup (1) bahan hukum primer, (2) bahan hukum sekunder, dan (3) bahan hukum tersier.⁷⁷

c) Data primer dalam penelitian hukum dapat dilihat sebagai data yang merupakan perilaku hukum yang berkembang di masyarakat⁷⁸ yang bersentuhan dengan praktik bantuan hukum bagi anak yang berkonflik dengan hukum dan perundang-undangan yang terkait dengan penelitian ini.

d) Menurut Sri Kastini sumber data statistik dapat dibagi atas internal dan eksternal. Data statistik internal adalah data yang dikumpulkan berdasarkan penelitian sendiri, sedangkan data eksternal adalah data yang dikumpulkan oleh pihak luar.

4 . **Teknik Pengumpulan Data**

Teknik pengumpulan data primer dilakukan dengan observasi dan wawancara yang mendalam dengan para *key informan* yang sudah ditentukan peneliti berdasarkan karakteristik penelitian.⁷⁹ Lincoln dan Guba mengemukakan maksud wawancara, yaitu

⁷⁷ Veronica Komalawati, 2002, op.cit. hal .108.

⁷⁸ Danny Wiradharma, 1999, *Penuntun Kuliah Kedokteran dan Hukum Kesehatan*, Penerbit Buku Kedokteran EGC, Jakarta, hal 7-8.

⁷⁹ Guwandi, 1994, *Kelalaian Medik (Medical Negligence)*, Balai Penerbit FK UI, Jakarta.

mengkonstruksikan mengenai orang, kejadian, kegiatan, organisasi, perasaan, motivasi, tuntutan, kepedulian, dan lain-lain kebulatan; merekonstruksi kebulatan-kebulatan demikian sebagai yang dialami masa lalu, memverifikasi, mengubah dan memperluas informasi yang diperoleh dari orang lain⁸⁰.

Untuk mendapatkan data yang akurat perlu distribusi sampling dan penentuan secara acak (*random*) baik sederhana maupun tidak sederhana.⁸¹ Dalam penelitian kualitatif guna mendapatkan keputusan tentang besar (*magnitude*) nilai-nilai parameter populasi berdasarkan data sampel kita menggunakan proses yang disebut pendugaan.⁸²

Responden yang akan diwawancarai antara lain Praktisi Hukum Kesehatan dan Penegak Hukum (Advokat, Polisi, Jaksa, Hakim dan LSM). Sementara pengumpulan data sekunder, dilakukan dengan studi kepustakaan (dokumentasi) yaitu serangkaian usaha untuk memperoleh data dengan cara membaca, menelaah, mengklasifikasikan dan dilakukan pemahaman terhadap bahan-bahan hukum yang berupa peraturan-peraturan, literatur yang ada relevansinya dengan permasalahan yang dikemukakan.⁸³

5. Analisis Data

Analisis data terhadap data primer, peneliti menggunakan teknis analisis data tipe Strauss dan J. Corbin, yaitu dengan menganalisis data sejak peneliti berada dilapangan (*field*). Selanjutnya peneliti melakukan penyusunan, pengkatagorian data dalam pola/thema. Setelah data divalidasi, peneliti melakukan rekonstruksi dan analisis secara induktif kualitatif untuk dapat menjawab permasalahan. Data akan dianalisis

⁸⁰ Adami Chazawi, *op.cit.* hal 5-13.

⁸¹ Ninik Mariyanti, 1988, *Malapraktek Kedokteran Dari Segi Hukum Pidana dan Perdata*, Bina Aksara, Jakarta, halaman 30.

⁸² Southwick, Arthur F., *The Law of Hospital and Health Care Administration* dalam Ninik Mariyanti, *Ibid.* hal 43.

⁸³ *Ibid*, halaman 90.

menggunakan model interaktif yang dikemukakan oleh Matthew B. Miles and A. Michael Huberman⁸⁴ yang meliputi 3 (tiga) kegiatan, yakni reduksi data, penyajian data dan penarikan kesimpulan atau verifikasi.

Menurut E. Saefullah Wiradipradja, bahan yang telah terkumpul dipisahkan sesuai dengan kategorinya masing-masing yang selanjutnya dilakukan interpretasi sebagai usaha mencari jawaban terhadap masalah penelitian.⁸⁵

J. Sistematika Penulisan.

Agar diperoleh pemahaman yang menyatu dan memudahkan pembahasan dan tidak mengambang hasil penelitian dilakukan sistematika penulisan dalam 5 (lima) bab sebagaimana tersebut dibawah ini.

Bab *pertama* sebagai bab pendahuluan disajikan dengan beberapa sub bab, yaitu: Latar belakang, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka konseptual, orisinalitas penelitian, kerangka teoritis, kerangka pemikiran dan metode penelitian yang terdiri dari : 1. spesifikasi, 2. lokasi penelitian, 3. alat pengumpulan data, 4. jalannya penelitian dan 5. analisis data.

Bab *kedua* Pengaturan Informed Consent dalam Perundang-Undangan di Indonesia

Bab *ketiga* Penerapan Ketentuan Informed Consent dalam Praktek Kedokteran di Indonesia

Bab *keempat* membahas Rekonstruksi Hukum Pidana Medik dalam Praktek Informed Consent yang dilakukan Dokter

⁸⁴ Soerjono Soekanto, *Hubungan Hukum Pasien-Dokter Makin Berkembang*, Sinar Harapan, 3 Januari 1986 halaman 59.

⁸⁵ *Ibid*, halaman 78.

Bab *kelima* sebagai bagian terakhir dari penulisan tesis ini berisi kesimpulan dan saran.