

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG MASALAH

Pembukaan Undang–Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mencantumkan secara jelas cita-cita bangsa Indonesia yang sekaligus merupakan tujuan nasional bangsa Indonesia yaitu melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan perdamaian abadi serta keadilan sosial.

Tujuan nasional tersebut dapat tercapai melalui pembangunan berkesinambungan yang merupakan suatu rangkaian pembangunan yang menyeluruh terarah dan terpadu, termasuk diantaranya pembangunan kesehatan. Kesehatan merupakan hak asasi manusia dan salah satu unsur kesejahteraan yang harus diwujudkan sesuai dengan cita-cita bangsa Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pancasila dan Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Setiap kegiatan dan upaya untuk meningkatkan derajat kesehatan masyarakat yang setinggi - tingginya dilaksanakan berdasarkan prinsip non diskriminatif, partisipatif, perlindungan, dan berkelanjutan yang sangat penting artinya bagi

pembentukan sumber daya manusia Indonesia, peningkatan ketahanan dan daya saing bangsa, serta pembangunan nasional.¹

Setiap kegiatan yang dilakukan untuk memberikan pelayanan kepada pasien yang dilakukan oleh dokter / dokter gigi / rumah sakit menimbulkan adanya perjanjian yang dikenal dengan perjanjian atau transaksi terapeutik yaitu perjanjian antara dokter dengan pasien yang memberikan kewenangan bagi dokter untuk melakukan kegiatan memberikan pelayanan kesehatan kepada pasien berdasarkan keahlian dan keterampilan yang dimiliki oleh dokter tersebut.

Seorang dokter dalam memberikan pelayanan kesehatan kepada pasien membutuhkan sarana kesehatan sebagai tempat untuk menyelenggarakan pelayanan kesehatan, antara lain berupa rumah sakit. Dokter di rumah sakit bekerja untuk dan atas nama rumah sakit serta dalam mengerjakannya terikat pada peraturan yang ada pada rumah sakit. Dokter di rumah sakit seringkali tidak bekerja sendirian, dalam menjalankan kewajibannya dokter dibantu oleh tenaga para medis, seperti bidan, perawat, penata rontgen dan analis kimia. Sudah menjadi kebiasaan di rumah sakit, bahwa banyak persoalan diputuskan oleh masing-masing tingkat dan bidang pelayanan. Di dalam rumah sakit terdapat “*multimanagement*” dalam pelayanan kesehatan, yakni selalu

¹ Penjelasan UU No 36 Tahun 2009 tentang *Kesehatan*, Kesindo Utama, Surabaya, h, 183

terdapat pendelegasian wewenang kepada petugas kesehatan yang terdapat dalam rumah sakit tersebut.²

Perjanjian terapeutik sebagaimana dalam Pasal 45 Undang-Undang No. 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran menentukan bahwa setiap tindakan kedokteran atau kedokteran gigi yang akan dilakukan oleh dokter atau dokter gigi terhadap pasien, harus mendapat persetujuan.

Persetujuan tersebut diberikan setelah pasien mendapat penjelasan secara lengkap sekurang-kurangnya mencakup :

1. Diagnosis dan tata cara tindakan medis;
2. Tujuan tindakan medis yang dilakukan;
3. Alternatif tindakan lain dan risikonya;
4. Risiko dan komplikasi yang mungkin terjadi; dan
5. Prognosis terhadap tindakan yang dilakukan.³

Perjanjian terapeutik, di dalamnya terdapat dua pihak, yaitu dokter sebagai pemberi pelayanan medik dan pasien sebagai penerima pelayanan medik. Seperti yang telah dikemukakan di atas, bahwa antara dokter dan pasien terdapat suatu hubungan hukum atau perikatan, yang dari perikatan tersebut memunculkan hak dan kewajiban secara timbal balik. Ini berarti,

² J.Guwandi, *Dokter dan Rumah Sakit*, FKUI, Jakarta, 1991, h, 34

³ Pasal 45 Undang-Undang RI Nomer 29 Tahun 2004 tentang *Praktik Kedokteran*, Kesindo Utama, Jakarta, 2010, h, 21

dalam transaksi terapeutik antara dokter-pasien, dapat dijumpai hak-hak pasien disatu pihak dan pada pihak lain merupakan kewajiban-kewajiban dari dokter, dan demikian pula sebaliknya.

Obyek dari perjanjian atau transaksi terapeutik ini adalah berbuat sesuatu yakni berupa upaya kesehatan (*kuratif*) atau terapi untuk penyembuhan pasien. Jadi isi perjanjian atau transaksi terapeutik adalah mencari upaya kesehatan (*kuratif*) yang tepat untuk kesembuhan pasien, bukan kesembuhannya pasien. Namun demikian, walaupun prestasinya berupa suatu upaya semaksimal mungkin untuk menyembuhkan pasien, tetapi upaya tersebut harus dilakukan oleh dokter dengan hati-hati dan usaha keras. Hal ini disebabkan ada standar profesi medik dan kode etik profesi medik serta itikad baik yang harus dijadikan acuan oleh dokter dalam usaha melakukan penyembuhan pasien tersebut. Apabila dokter telah melakukan upaya tersebut dengan hati-hati dan usaha keras, upaya itu ternyata mengalami kegagalan, dalam arti pasien tidak menjadi sembuh atau bahkan meninggal dunia, maka hal tersebut adalah suatu risiko yang harus ditanggung baik oleh dokter maupun pasien, dokter akan mendapatkan perlindungan hukum dan terhindar dari tuduhan malpraktik.

Hak yang terpenting yang dimiliki oleh seorang dokter dalam menjalankan tugas profesinya ialah hak untuk memberikan pelayanan kesehatan menurut standar profesinya. Andaikan pasien meminta dan mendesak dokter untuk melakukan tindakan medik, padahal menurut penilaian dokter permintaan tersebut tidak sesuai standar profesi medik maka dokter

berhak untuk menolak. Sebaliknya dokter berhak sepenuhnya (kebebasan profesional) untuk memilih alternative tindakan medik yang perlu dilakukan terhadap pasien. Namun demikian, dokter tidak dapat memaksakan kehendak terhadap pasien dalam penggunaan metode (tindakan medik tertentu) tersebut, karena yang berhak untuk memilih dan menentukan metode (tindakan medik) yang akan dilakukan sepenuhnya terpulng pada pasien.

Dokter juga berhak sepenuhnya untuk menuntut agar ia (dokter) memperoleh informasi yang lengkap yang berkaitan dengan penegakkan diagnosis dan rencana terapi pasien, karenanya pasien harus terbuka dan jujur serta memenuhi segala sesuatu tentang apa yang disarankan oleh dokter agar kesembuhan yang diharapkan segera tercapai.

Secara yuridis suatu kontrak terapeutik termasuk jenis perjanjian berikhtiar (*inspanings verbintenis*). Sehingga dokter tidak bisa menjamin keberhasilan usaha penyembuhan, maka sewaktu mengadakan pembicaraan dengan pasien, ia harus hati-hati dan jangan sekali-kali memberikan jaminan akan berhasil tindakannya atau pasti akan sembuh penyakitnya.⁴

Dokter dalam menjalankan tugas pelayanan mediknya, berhak pula untuk menentukan pasien-pasien yang akan diterimanya, hal ini dimaksudkan sebagai wujud dari hak yang dimiliki dokter untuk menghormati hak pribadinya, siapa yang diterima dan siapa yang tidak diterima bergantung sepenuhnya kepada pertimbangan dokter yang bersangkutan. Bahkan dalam

⁴. Fungsi informed consent dalam perjanjian terapeutik, <http://www.jamsosindonesia.com>, diakses, jumat, 17 okt 2014.

hal tertentu seandainya pun antara dokter dan pasien dengan tidak dimungkinkan adanya kerjasama, sehingga akan mengakibatkan hal-hal yang tidak baik bagi integritas profesi kedokteran, walaupun telah terjadi hubungan antara dokter dan pasien (telah terjadi perjanjian medik), dokter secara sepihak dapat mengakhiri hubungan yang telah ada tersebut. Namun demikian hak untuk memilih pasien, serta mengakhiri hubungan dengan pasien ini hanya berlaku sepanjang keadaan pasien tidak dalam keadaan gawat darurat, sehingga bagi pasien masih berkesempatan atau memungkinkan untuk mencari dokter lain tanpa risiko ancaman bagi keselamatannya. Dengan perkataan lain, apabila keadaan pasien dalam keadaan gawat darurat, maka dokter tidak berhak lagi untuk menolak dan dokter berkewajiban untuk memberikan pertolongannya. Untuk mencapai hasil yang baik dalam pengobatan, hubungan dokter dengan pasien ini harus terjalin baik. Di sini peran itikad baik pasien mempunyai pengaruh dalam usaha mencapai kesembuhan dan kesehatannya, termasuk informasi yang luas dari pasien maupun mengikuti petunjuk dan saran yang disampaikan dokter.

Hak dokter untuk menerima imbalan balas jasa atau honorarium atas pelayanan yang telah dilakukannya terhadap pasien sudah dikenal semenjak dulu. Namun demikian, bukan berarti dokter dapat sekehendaknya atau sebebasnya untuk menentukan imbalan / honorarium yang harus diterimanya, sebab tentang hal ini kode etik kedokteran telah memberikan patokan patokannya. Apalagi pelayanan medik adalah merupakan pelayanan profesi,

karena seorang profesional dalam melakukan pekerjaannya tidaklah bersandarkan kepada imbalan yang akan diperoleh, akan tetapi kepuasannya melakukan pertolongan kepada sesama manusia. Pengembangan profesi seseorang bergantung sepenuhnya kepada orang yang bersangkutan tentang apa yang diperbuatnya (termasuk dalam hal ini penentuan imbalan/honorarium) untuk mengembangkan profesinya tersebut.

Dokter juga berkewajiban sebagaimana diatur dalam Pasal 51 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran disebutkan bahwa dokter atau dokter gigi dalam melaksanakan praktik kedokteran mempunyai kewajiban, yaitu sebagai berikut :

1. Memberikan pelayanan medik sesuai dengan standar profesi dan standar prosedur operasional serta kebutuhan medik pasien.

Dokter wajib bekerja sesuai dengan standar profesi medik, artinya dokter dalam pelayanan kesehatan harus senantiasa bertindak teliti dan seksama.

Perkara-perkara yang timbul antara pasien dengan dokter maupun rumah sakit, standar profesi medik ini akan selalu menjadi tolok ukur, begitu pula tentang kehati-hatian dan ketelitian.

Menurut Leenan, norma standar profesi medik dapat diformulasikan sebagai berikut:

“bertindak teliti sesuai dengan standar medik sebagaimana dilakukan seorang dokter yang memiliki kemampuan rata-rata dari kategori keahlian medik yang sama dalam keadaan yang sama dengan cara yang ada dalam

perseimbangan yang pantas untuk mencapai tujuan dari tindakan kongkret”⁵.

W.B. Van der Mijl berpendapat bahwa dalam melaksanakan profesinya, seorang dokter perlu berpegang kepada tiga ukuran umum, yaitu kewenangan; kemampuan rata-rata; dan ketelitian yang umum.⁶

Selain itu, dokter juga wajib bekerja sesuai dengan standar prosedur operasional, artinya dokter dalam pelayanan kesehatan harus senantiasa bertindak sesuai dengan Standar Pelayanan Medik yang ditetapkan, baik oleh Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran maupun kebiasaan dan kepatutan. Standar prosedur operasional ini terdiri dari pemberian informasi, meminta persetujuan dari pasien, dan mengisi rekam medik setelah melakukan tindakan medik, seperti yang akan diuraikan di bawah ini:

a. Pemberian informasi;

Pada hakikatnya, hubungan antar manusia tidak terjadi tanpa melalui komunikasi, termasuk juga hubungan antara dokter dan pasien dalam pelayanan medis. Hubungan antara dokter dan pasien merupakan hubungan interpersonal, maka adanya komunikasi atau yang lebih dikenal dengan istilah wawancara pengobatan itu sangat penting. Dari berbagai kesulitan yang ditemukan dalam hubungan interpersonal antara dokter dan pasien, ternyata masalah yang berhubungan dengan

⁵ .*Ibid*, h, 52

⁶ .*Ibid*, h, 52

komunikasi merupakan kesulitan yang paling umum. Salah satu hal yang paling dicemaskan pasien adalah ketidaktahuan terhadap proses penyakit berikut dasar *fisiologis* dalam pengobatan.

Hal ini juga dikemukakan oleh Rusdi Zein, yang menyatakan bahwa:

“Komunikasi antara seorang dokter dengan pasien merupakan dasar utama bagi hubungan keduanya. Dokter memerlukan data dari pasiennya supaya ia menjadi mungkin memberi nasehat dan pengobatan yang tepat. Oleh sebab itu pasien harus kooperatif dengan dokternya, yakni dengan memberikan segala keterangan dan data relevan yang diperlukan dokternya. Sebaliknya, pasien haruslah merasa teryakinkan bahwa rahasia penyakitnya tidak akan pernah diketahui pihak ketiga tanpa izin darinya.”⁷

Para dokter kenyataannya cenderung menyembunyikan informasi tentang penyakit dan pengobatan, jika hasil diagnose menunjukkan bahwa penyakit yang diderita pasien membahayakan jiwanya. Dengan demikian, berarti bahwa yang diperlukan, dalam menumbuhkan hubungan interpersonal antara dokter dan pasien, bukan lamanya atau berapakali komunikasi dilakukan, tetapi bagaimana komunikasi itu dilakukan. Hal ini disebabkan, makin lama atau makin sering dilakukannya komunikasi interpersonal, belum tentu makin baik hubungannya. Ada berbagai faktor yang dapat menumbuhkan hubungan interpersonal yang baik, antara lain percaya, sikap suportif, dan sikap

⁷. Ruzdi Zein, Dalam Tesis, *Sahnya Perjanjian Terapeutik Antara Dokter dan Pasien Menurut KUHPerdata*, h, 112

terbuka. Di antara berbagai faktor yang mempengaruhi komunikasi interpersonal, faktor percaya adalah yang paling penting.

Faktor percaya ini merupakan faktor yang berpengaruh terhadap tindakan kedokteran yang akan dilakukan. Tindakan kedokteran adalah suatu tindakan yang dilakukan oleh dokter terhadap pasien, baik untuk tujuan *preventif*, diagnostik, terapeutik, ataupun rehabilitatif. Tindakan kedokteran ada yang mengandung risiko tinggi, yakni tindakan kedokteran, yang berdasarkan factor kebetulan atau faktor yang tidak terduga, dapat mengakibatkan kematian atau kehilangan anggota badan atau kerusakan fungsi organ tubuh tertentu atau kecacatan, misalnya tindakan bedah dan tindakan *invasif* lainnya.

Pada dasarnya manusia itu mempunyai hak atas dirinya apa yang dikenal sebagai *the right to health care* dan *the right to self determination*. Hak ini bersifat mutlak dan harus dicermati oleh semua pihak. Dokter berkewajiban menjelaskan kepada pasien atau keluarga pasien, baik diminta maupun tidak, mengenai penyakit yang dideritanya, pengobatan atau tindakan medik yang akan dilakukan, risiko atau efek yang mungkin terjadi serta keuntungan maupun *prognosa* dari tindakan medik yang dilakukan tersebut. Para dokter diharapkan dapat memberikan penjelasan atau informasi yang selengkap-lengkapnyanya kepada pasien, atau wali atau keluarganya apabila pasien tersebut belum dewasa. Pemberian penjelasan atau

informasi dari dokter ini sebaiknya menggunakan bahasa yang dapat dimengerti oleh penerima informasi dan sedapat mungkin tidak menggunakan istilah-istilah kedokteran yang mungkin saja justru akan membingungkan penerima informasi, sehingga tujuan pemberian penjelasan atau informasi ini tidak dapat tercapai.

Informasi yang selengkap-lengkapnyanya yaitu mencakup tentang keuntungan dan kerugian dari tindakan kedokteran yang akan dilakukan, baik diagnostik maupun terapeutik. Dan sebaiknya minimal informasi atau penjelasan adalah sesuai dengan pendapat *Leenen*, yaitu mencakup informasi atau penjelasan tentang:

- 1) diagnose ;
- 2) terapi, dengan kemungkinan alternatif terapi ;
- 3) tentang cara kerja dan pengalaman dokter ;
- 4) resiko bila dilakukan atau tidak dilakukan tindakan kedokteran tersebut ;
- 5) kemungkinan perasaan sakit ataupun perasaan lainnya ;
- 6) keuntungan terapi ;
- 7) *prognosa*.

b. Meminta persetujuan dari pasien ;

Sebelum melakukan suatu pengobatan atau tindakan medik, seorang dokter haruslah mendapatkan persetujuan dari pasien atau keluarganya. Dengan adanya persetujuan tersebut berarti pasien telah bersedia

mengikuti pengobatan atau tindakan medik yang akan dilakukan padanya dengan berbagai risiko dan efek samping yang mungkin terjadi. Persetujuan dan informasi ini dikenal dengan *informed consent*. Persetujuan ini diformulasikan dalam Pasal 2 Angka (1) Permenkes No. 585 Tahun 1989 tentang Persetujuan Tindakan Medik, dan Permenkes No.290/MENKES/PER/III/2008 tentang Persetujuan Tindakan Kedokteran yang menyatakan bahwa "Semua persetujuan tindakan kedokteran yang akan dilakukan terhadap pasien harus mendapatkan persetujuan".

Bentuk persetujuan ini bisa tertulis, maupun bisa lisan. Persetujuan tertulis diperlukan untuk setiap tindakan medik yang mengandung risiko tinggi, ditanda-tangani oleh yang berhak memberikan persetujuan, yakni adalah pasien sendiri. Kecuali pasien di bawah umur (belum dewasa) / tidak sadar / tidak cakap melaksanakan perbuatan hukum, maka persetujuan diberikan oleh wali. Dalam hal pasien tidak sadar / pingsan, serta tidak didampingi oleh keluarga terdekat, secara medik berada dalam keadaan gawat dan atau darurat, yang segera memerlukan tindakan medik, maka tidak diperlukan persetujuan siapapun.

c. Mengisi rekam medik.

Membuat rekam medik adalah menjadi kewajiban dari dokter / rumah sakit.

Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 46 Undang- Undang Republik Indonesia Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran, yang menyatakan bahwa setiap dokter atau dokter gigi dalam menjalankan praktik kedokteran wajib membuat rekam medik, yang harus segera dilengkapi setelah pasien selesai menerima pelayanan kesehatan. Hal tersebut juga diatur dalam Pasal 2 Permenkes Rekam Medik, yang menetapkan pula, yaitu sebagai berikut : " Setiap sarana pelayanan kesehatan yang melakukan pelayanan rawat jalan, maupun rawat inap wajib membuat rekam medik."

Rekam Medik menurut Pasal 1 Butir (a) Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 749 a Tahun 1989 tentang Rekam Medik Jo Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 269/MENKES/PER/III/2008 (selanjutnya disingkat dengan Permenkes Rekam Medik) ini adalah sebagai berikut :

"Rekam medik adalah berkas yang berisi catatan, dan dokumen tentang identitas pasien, pemeriksaan, pengobatan, tindakan dan pelayanan lain kepada pasien pada sarana pelayanan kesehatan."

Catatan rekam medik ini harus dibubuhi nama, waktu, dan tanda tangan petugas yang memberikan pelayanan atau tindakan.

Selanjutnya menurut Pasal 47 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran, disebutkan pula bahwa dokumen rekam merupakan milik dokter, dokter gigi, atau sarana pelayanan kesehatan, sedangkan isi rekam medik merupakan milik

pasien. Dokumen rekam medik harus disimpan dan dijaga kerahasiaannya oleh dokter atau dokter gigi dan pimpinan sarana pelayanan kesehatan. Hal ini juga ditetapkan dalam Pasal 10 Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 749 a Tahun 1989 tentang Rekam Medik Jo Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 269/MENKES/PER/III/2008 selanjutnya disingkat dengan Permenkes Rekam Medik, yang mengatur mengenai kepemilikan dari rekam medik, bahwa berkas rekam medik adalah milik sarana kesehatan, sedangkan isi rekam medik adalah milik pasien.

2. Merujuk pasien ke dokter atau dokter gigi lain yang mempunyai keahlian atau kemampuan yang lebih baik, apabila tidak mampu melakukan suatu pemeriksaan atau pengobatan ;

Dokter, apabila ia tidak mampu untuk melakukan tindakan medik tertentu, maka ia harus merujuk pasien tersebut kepada dokter yang lebih mampu dalam menangani tindakan medik tersebut. Hal ini sebenarnya adalah demi kebaikan si dokter sendiri, yakni terbebas dari tanggung jawab hukum. Selain itu juga demi kebaikan si pasien juga, karena si pasien akan mendapatkan pelayanan medik yang lebih berkompeten, sehingga upaya penyembuhan penyakitnya dapat lebih optimal. Kewajiban dari dokter ini dilandasi oleh hak pasien untuk meminta pendapat kedua. Hal ini dapat terlaksana jika ada kerjasama antara dokter pertama dan dokter kedua, yang pada kenyataannya dalam beberapa hal bisa saja

terdapat perbedaan pendapat antara dokter pertama dan kedua. Dokter pertama akan memberikan seluruh hasil pekerjaannya kepada dokter kedua. Kerjasama ini bukan atas inisiatif dokter yang pertama, tetapi atas inisiatif pasien. Kalau inisiatif datang dari dokter, maka terjadi apa yang dikenal dengan istilah "rujuk". Pasien dirujuk ke dokter yang lebih ahli.

Hak atas pendapat yang kedua, dokter kedua akan mempelajari hasil kerja dokter pertama dan bila ia melihat perbedaan pendapat, maka ia akan menghubungi dokter pertama, membicarakan tentang perbedaan diagnose yang dibuat keduanya. Dengan dilembagakannya hak atas pendapat kedua ini sebagai hak pasien, maka keuntungan yang didapat oleh pasien sangat besar. Pertama, pasien tidak perlu mengulangi pemeriksaan rutin lagi. Kedua, dokter yang pertama dapat berkomunikasi dengan dokter yang kedua, sehingga dengan keterbukaan dari para pakar yang setingkat kemampuannya, dapat menghasilkan pendapat yang lebih baik.

- 3). Merahasiakan segala sesuatu yang diketahuinya tentang pasien, bahkan juga setelah pasien itu meninggal dunia;

Seorang dokter berkewajiban merahasiakan segala yang disampaikan oleh pasien secara sadar maupun tidak sadar kepada dokternya dan segala sesuatu yang oleh dokter telah diketahui sewaktu mengobati dan merawat pasien. Hal inilah yang disebut dengan Rahasia Kedokteran. Kerangka pemikiran tentang rahasia kedokteran, timbul pertama-tama dari kewajiban

profesional untuk merahasiakan keterangan yang diperoleh dalam melaksanakan profesi. Keterangan yang didapat oleh para professional dalam melakukan profesi, dikenal dengan nama rahasia jabatan. Sedangkan keterangan yang diperoleh dokter dalam melaksanakan profesinya, dikenal dengan nama rahasia kedokteran.

4. Melakukan pertolongan darurat atas dasar perikemanusiaan, kecuali bila ia yakin ada orang lain yang bertugas dan mampu melakukannya;

Seperti yang telah dikemukakan sebelumnya bahwa profesi dokter adalah profesi yang menjunjung tinggi kemanusiaan. Hal ini didasari oleh hubungan dokter dan pasien yang bersifat saling percaya dan bersifat memberikan pertolongan. Maka dari itu jika ada yang membutuhkan pertolongan darurat dokter berkewajiban menolongnya. Hal ini dapat dikecualikan jika dokter yang bersangkutan kurang berkompeten dalam melakukan tindakan medik bagi yang bersangkutan atau ia yakin bahwa ada orang lain yang bertugas dan mampu melakukannya.

5. Menambah ilmu pengetahuan dan mengikuti perkembangan ilmu kedokteran atau kedokteran gigi.

Kewajiban untuk menambah ilmu pengetahuan dan mengikuti perkembangan ilmu kedokteran ini, adalah bertujuan agar pasien dapat memperoleh haknya, yaitu pelayanan medik yang optimal melalui pengetahuan yang dimiliki dokternya terhadap suatu tindakan medik yang dilakukannya. Hal ini dilatar belakangi oleh kenyataan bahwa beberapa

penyakit yang menimpa masyarakat terus berkembang seiring dengan semakin majunya teknologi.

Kewajiban dokter terhadap pasien menurut Leenen meliputi beberapa hal, antara lain :

1. Kewajiban yang timbul dari sifat pelayanan medis, dimana dokter harus bertindak sesuai dengan standar profesi medis atau menjalankan praktik kedokteran secara legal.
2. Kewajiban untuk menghormati hak-hak pasien yang bersumber dari hak asasi dalam bidang kesehatan.
3. Kewajiban yang berhubungan dengan fungsi sosial pemeliharaan kesehatan.

Pelayanan kesehatan diberikan melalui bentuk pengobatan dan perawatan. Petugas kesehatan, medis dan non medis, bertanggungjawab untuk memberi pelayanan yang optimal. Tenaga medis, dalam hal ini dokter, memiliki tanggung jawab terhadap pengobatan yang sedang dilakukan. Tindakan pengobatan dan penentuan kebutuhan dalam proses pengobatan merupakan wewenang dokter.

Rumah sakit dalam menjamin perlindungan hukum bagi dokter/tenaga kesehatan agar tidak menimbulkan kesalahan medik dalam menangani pasien, sekaligus pasien mendapatkan perlindungan hukum dari suatu tanggung jawab rumah sakit dan dokter / tenaga kesehatan.

Peran dan fungsi Rumah Sakit sebagai tempat untuk melakukan pelayanan kesehatan (YANKES) yang profesional akan erat kaitannya dengan 3 (tiga) unsur, yaitu yang terdiri dari : 1). Unsur mutu yang dijamin kualitasnya; 2). Unsur keuntungan atau manfaat yang tercermin dalam mutu pelayanan; dan 3). Hukum yang mengatur perumahsakitkan secara umum dan kedokteran dan/atau medik khususnya.

Rumah Sakit adalah institusi pelayanan kesehatan yang menyelenggarakan pelayanan kesehatan perorangan secara paripurna yang menyediakan pelayanan rawat inap, rawat jalan, dan gawat darurat.⁸ Pelayanan Kesehatan menurut Levey dan Loomba, adalah upaya yang diselenggarakan sendiri/secara bersama-sama dalam suatu organisasi untuk memelihara dan meningkatkan kesehatan, mencegah, dan menyembuhkan penyakit serta memulihkan kesehatan perorangan, keluarga, kelompok, atau masyarakat. Adapun pengertian pelayanan kesehatan menurut Depkes RI adalah setiap upaya yang diselenggarakan sendiri atau secara bersama-sama dalam suatu organisasi untuk memelihara dan meningkatkan kesehatan, mencegah dan menyembuhkan penyakit serta memulihkan kesehatan perorangan, keluarga, kelompok dan ataupun masyarakat.

Pelayanan kesehatan meliputi :⁹

1. Pelayanan medik ;

⁸. UU Nomor 44 Tahun 2009, Kesindo Utama, Surabaya, 2010

⁹. <http://www.faridhusein.info/index.php/opini.artikel/seni> menyelesaikan konflik rumah sakit, diakses, jumat, 14 nop 2014

2. Pelayanan penunjang medik ;
3. Pelayanan keperawatan ;
4. Pelayanan pondokan ;
5. Pelayanan pemberian obat ;
6. Pelayanan gizi ;
7. Pelayanan administrasi ;
8. Pelayanan pencatatan medik ;
9. Pelayanan penyuluhan dan sosial ;
10. Pelayanan rohani.

Pelayanan kesehatan yang memadai adalah wujud kepedulian pemerintah terhadap kelangsungan dan kesejahteraan masyarakatnya, masih banyaknya bentuk pelayanan kesehatan yang tidak memuaskan antara lain adalah tempat pelayanan kesehatan.

Pelayanan kesehatan yang baik merupakan kebutuhan bagi setiap orang, semua orang ingin merasa dihargai, ingin dilayani, ingin mendapatkan kedudukan yang sama di mata masyarakat. Pelayanan kesehatan sepertinya tidak sebanding dengan mahalanya biaya yang dikeluarkan. Rumah sakit terkadang tidak melayani pasien dengan baik dan ramah, terkadang diagnosis dilakukan secara asal-asalan.¹⁰

Kualitas pelayanan kesehatan kita kurang memuaskan, hal ini dapat kita lihat dari banyaknya jumlah pasien Indonesia yang berobat ke luar

¹⁰ .[http://www.karisma-salsabil.blogspot.com/2012/pelayanan kesehatan](http://www.karisma-salsabil.blogspot.com/2012/pelayanan%20kesehatan), diakses, kamis, 16 okt 2014

negeri, di RS Lam Wah Ee Malaysia setiap tahun pasien yang berasal dari Indonesia mencapai 12.000 orang atau 32 orang perhari dan di RS Adventist Malaysia mencapai 14.000 orang atau 38 orang perhari, belum yang berobat ke Singapore sebanyak 7.200 orang per tahun. Bahkan sedikitnya seribuan pasien dari Aceh dan sekitarnya terpaksa ke luar negeri setiap bulannya, terutama ke Penang, Malaysia, untuk mendapatkan pelayanan kesehatan prima.¹¹

Pelayanan kesehatan memang sangat membutuhkan kualitas mutu pelayanan yang baik dan maksimal, dengan manfaat yang dapat dirasakan oleh penerima jasa pelayanan kesehatan (pasien) dan pemberi jasa pelayanan kesehatan (dokter/tenaga kesehatan dan rumah sakit).

Dalam hal ini dokter dan tenaga kesehatan lainnya perlu memahami adanya landasan hukum dalam transaksi terapeutik antara dokter dengan pasien (kontrak-terapeutik), mengetahui dan memahami hak dan kewajiban pasien serta hak dan kewajiban dokter dan adanya wajib simpan rahasia kedokteran, rahasia jabatan dan pekerjaan.

Memiliki pengetahuan yang baik tentang standar pelayanan medik dan standar profesi medik, pemahaman tentang malpraktek medik, penanganan penderita gawat darurat, rekam medis, *euthanasia* dan lain-lain adalah pengetahuan masa kini yang perlu untuk didalami secara profesional. Agar tidak terjadi tindakan medik yang menimbulkan

¹¹. [http://www.karisma-salsabil.blogspot.com/2012/pelayanan kesehatan](http://www.karisma-salsabil.blogspot.com/2012/pelayanan_kesehatan), dikases, Kamis 16 Okt 2014

kesalahan dan atau kelalaian dari dokter/tenaga kesehatan dan rumah sakit, yang akan menimbulkan kerugian bagi pasien sebagai penerima jasa pelayanan kesehatan.

Dokter/tenaga kesehatan dan rumah sakit dapat dimintakan tanggung jawab hukum, apabila melakukan kelalaian/kesalahan yang menimbulkan kerugian bagi pasien sebagai konsumen jasa pelayanan kesehatan. Secara hukum, kesalahan atau kelalaian yang dilakukan oleh seorang dokter meliputi beberapa aspek, yaitu aspek hukum pidana, aspek hukum perdata dan aspek hukum administrasi negara.¹²Pasien dapat menggugat tanggung jawab hukum kedokteran (*medical liability*), dalam hal dokter berbuat kesalahan/kelalaian. Dokter tidak dapat berlindung dengan dalih perbuatan yang tidak sengaja, sebab kesalahan/kelalaian dokter yang menimbulkan kerugian terhadap pasien, menimbulkan hak bagi pasien untuk menggugat ganti rugi.¹³

Sebagaimana dalam Pasal 58 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan disebutkan sebagai berikut :

ayat (1) : Setiap orang berhak menuntut ganti rugi terhadap seseorang, tenaga kesehatan, dan /atau penyelenggara kesehatan yang menimbulkan kerugian akibat kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan kesehatan yang diterimanya ;

¹² .Bahder Johan Nasution, *Hukum Kesehatan*, Rineka Cipta, Jakarta, 2013, h, 62

¹³ .Wila candrawila Supriadi, *Hukum Kedokteran*, Mandar Maju, Bandung, 2001,h, 31

ayat (2) : Tuntutan ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku bagi tenaga kesehatan yang melakukan tindakan penyelamatan nyawa atau pencegahan kecacatan seseorang dalam keadaan darurat ;

ayat (3) : Ketentuan mengenai tata cara pengajuan tuntutan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan .

Adanya kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan kesehatan inilah yang menjadi dasar pasien atau keluarganya untuk menuntut ganti kerugian kepada dokter, pada umumnya dilakukan oleh pasien yang merasa tidak puas terhadap pengobatan atau pelayanan medis yang dilakukan oleh dokter yang merawatnya.

Seseorang dikatakan lalai apabila ia bertindak acuh dan tidak peduli. Juga tidak memperhatikan kepentingan orang lain sebagaimana lazimnya didalam pergaulan hidup masyarakat. Selama akibat dari kelalaian itu tidak sampai membawa kerugian atau cedera dan hal-hal sepele, maka kelalaian tidak berakibat hukum.¹⁴

Apabila kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan kesehatan yang dilakukan oleh seseorang, tenaga kesehatan, dan atau penyelenggara kesehatan sebagaimana dalam Pasal 58 ayat (1) UU Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan di atas menimbulkan kerugian baik kerugian

¹⁴ . [http://www.bahankuliahmu.blogspot.com/2011/pengertian kelalaian-html](http://www.bahankuliahmu.blogspot.com/2011/pengertian%20kelalaian.html), diakses, minggu, 19 okt 2014

harta benda maupun hilangnya nyawa atau cacat pada anggota tubuh seseorang, maka baru dapat dituntut untuk mengganti kerugian .

Ada 3 faktor yang menjadi penyebab kesalahan dokter dalam melakukan profesi pelayanan kesehatan :¹⁵

1. Kurangnya pengetahuan ;
2. Kurangnya pengalaman ;
3. Kurangnya pengertian.

Lebih lanjut Guwandi menyebutkan bahwa seorang dokter telah melakukan kelalaian, maka harus dibuktikan hal-hal sebagai berikut :¹⁶

1. Bertentangan dengan etika, moral dan disiplin ;
2. Bertentangan dengan hukum ;
3. Bertentangan dengan standart profesi medis ;
4. Kurangnya ilmu pengetahuan atau tertinggal ilmu didalam profesinya yang sudah berlaku umum dikalangan tersebut ;
5. Menelantarkan (*negligence, abandonment*), kelalaian, kurang hati-hati, acuh, kurang peduli terhadap keselamatan pasien, kesalahan menyolok dan sebagainya.

Dari sudut hukum perdata harus dilihat apakah dokter telah melaksanakan pelayanan kesehatan atau tindakan medis dengan baik serta telah melaksanakan standar profesi sebagaimana mestinya.¹⁷

¹⁵ . <http://www.bahankuliahmu.blogspot.com/2013/kesalahan> dan kelalaian dokter-
html,diaksesminggu,19 okt 2014

¹⁶ . <http://www.bahankuliahmu.blogspot.com/2013/kesalahan> dan kelalaian dokter-
html,diakses,minggu,19 okt 2014

Tuntutan ganti rugi sebagaimana dalam Pasal 58 ayat (1) UU Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan tidak berlaku bagi tenaga kesehatan yang melakukan tindakan penyelamatan nyawa atau pencegahan kecacatan seseorang dalam keadaan darurat.

Dalam UU Nomor 44 Tahun 2009 tentang Rumah Sakit dikenal dengan istilah Gawat Darurat yaitu keadaan klinis pasien yang membutuhkan tindakan medis segera guna penyelamatan nyawa dan pencegahan kecacatan lebih lanjut.

Gawat darurat (*emergency care*) adalah bagian dari pelayanan kedokteran yang dibutuhkan oleh penderita dalam waktu segera untuk menyelamatkan kehidupan (*live saving*).¹⁸

Dalam UU Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran, Pasal 51 huruf (d) menyebutkan bahwa dokter atau dokter gigi dalam melaksanakan praktik kedokteran mempunyai kewajiban melakukan pertolongan darurat atas dasar perikemanusiaan, kecuali bila ia yakin ada orang lain yang bertugas dan mampu melakukannya.

Pasal 29 ayat (1) huruf c UU Nomor 44 Tahun 2009 tentang Rumah Sakit menyebutkan bahwa Rumah Sakit wajib memberikan pelayanan gawat darurat kepada pasien sesuai dengan kemampuan pelayanannya.

Dalam Pasal 59 ayat (1) UU Nomor 36 Tahun 2014 tentang Tenaga Kesehatan menyebutkan bahwa tenaga kesehatan yang

¹⁷. Bahder Johan Nasution, *op cit*, h, 62.

¹⁸. Azrul dalam http://www.catatanwarda.blogspot.com/instalasi_gawat_darurat/diakses_selasa_18_nop_2014

menjalankan praktik pada fasilitas pelayanan kesehatan wajib memberikan pertolongan pertama kepada penerima pelayanan kesehatan dalam keadaan gawat darurat dan /atau pada bencana untuk penyelamatan nyawa dan pencegahan kecacatan.

Lebih lanjut ditegaskan dalam Pasal 32 UU Nomor 36 tahun 2009 tentang Kesehatan sebagai berikut :

ayat (1) : Dalam keadaan darurat, fasilitas pelayanan kesehatan, baik pemerintah maupun swasta, wajib memberikan pelayanan kesehatan bagi penyelamatan nyawa pasien dan pencegahan kecacatan terlebih dahulu ;

ayat (2) : Dalam keadaan darurat, fasilitas pelayanan kesehatan, baik pemerintah maupun swasta dilarang menolak pasien dan / atau meminta uang muka.

Akan diberikan sanksi pidana bagi Rumah sakit yang tidak segera menolong pasien yang sedang dalam keadaan gawat darurat. Hal ini berdasarkan Pasal 190 ayat (1) dan (2) UU Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan sebagai berikut :

ayat (1) : Pimpinan fasilitas pelayanan kesehatan dan / atau tenaga kesehatan yang melakukan praktik atau pekerjaan pada fasilitas pelayanan kesehatan yang dengan sengaja tidak memberikan pertolongan pertama terhadap pasien yang dalam keadaan gawat darurat sebagaimana dimaksud dalam

Pasal 32 ayat (2) atau Pasal 85 ayat (2) dipidana dengan penjara paling lama 2 (dua) tahun dan denda paling banyak Rp.200.000, 000,00 (dua ratus juta rupiah).

ayat (2) : Dalam hal perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mengakibatkan terjadinya kecacatan atau kematian, pimpinan fasilitas pelayanan kesehatan dan / atau tenaga kesehatan tersebut dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan denda paling banyak Rp.1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah).

Setiap orang berhak menuntut ganti rugi terhadap seseorang, tenaga kesehatan, dan /atau penyelenggara kesehatan yang menimbulkan kerugian akibat kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan kesehatan yang diterimanya, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 58 ayat (1) Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan.

Ketentuan mengenai tata cara pengajuan tuntutan sebagaimana ayat (1) diatur sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Sesuai dengan Pasal 29 UU Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan, dalam hal tenaga kesehatan diduga melakukan kelalaian dalam menjalankan profesinya, kelalaian tersebut harus diselesaikan terlebih dahulu melalui mediasi.

Mediasi merupakan salah satu proses penyelesaian sengketa yang lebih cepat dan murah, serta dapat memberikan akses yang lebih besar

kepada para pihak menemukan penyelesaian yang memuaskan dan memenuhi rasa keadilan.

Mediasi menurut Pasal 1 ayat (7) PERMA Nomor 1 Tahun 2008 Jo PERMA Nomor 1 Tahun 2016 merupakan cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator.

Mediasi bisa juga dilakukan oleh MKDKI (Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia) sebagai lembaga yang menjaga kehormatan dokter / dokter gigi dalam menjalankan disiplin ilmu kedokteran. Majelis ini merupakan lembaga otonom KKI (Konsil Kedokteran Indonesia) yang keberadaannya berdasarkan Pasal 1 ayat (4) UU Nomor 29 Tahun 2004. Tugas MKDKI adalah menegakkan aturan-aturan dan penerapan keilmuan kedokteran dalam pelaksanaan pelayanan kesehatan yang seharusnya dilakukan oleh dokter / dokter gigi.¹⁹

Banyaknya kasus tuntutan ganti rugi yang dialamatkan ke dokter atau rumah sakit karena kasalahan atau kelalaiannya dalam pelayanan kesehatan yang ada di Indonesia sering dijumpai kandas di tengah jalan, berhenti di pengadilan atau belum menghasilkan sesuai yang diharapkan, bahkan yang lebih mengawatirkan adalah masyarakat enggan membawa kasus tersebut ke aparat penegak hukum dengan alasan tidak percaya dengan peradilan di Indonesia bahkan yang terakhir menganggap

¹⁹ . Hasrul Buamona, Mediasi (non litigasi) langkah awal penyelesaian sengketa medis, diakses, selasa, 23 september 2014

sebagai sebuah takdir yang harus diterima. Sebagian kasus tuntutan ganti rugi diselesaikan secara musyawarah atau kekeluargaan (perdamaian) inilah yang mendorong penulis untuk menulis disertasi dengan judul “Rekontruksi Hukum Mediasi Dalam Perselisihan Pelayanan Kesehatan Bagi Pasien Rumah Sakit Berbasis Nilai Keadilan “

B. RUMUSAN MASALAH

1. Bagaimana realitas mediasi dalam perselisihan pelayanan kesehatan bagi pasien rumah sakit saat ini ?
2. Bagaimana perbandingan mediasi dalam Perselisihan Pelayanan Kesehatan bagi pasien rumah sakit di berbagai Negara?
3. Bagaimana rekonstruksi hukum mediasi dalam perselisihan pelayanan bagi pasien rumah sakit yang berbasis nilai keadilan ?

C. TUJUAN PENELITIAN

Berdasarkan rumusan permasalahan diatas, maka tujuan penelitian ini adalah

1. Untuk menemukan realitas penggunaan mediasi dalam perselisihan pelayanan kesehatan bagi pasien rumah sakit saat ini
2. Untuk menganalisis perbandingan mediasi dalam perselisihan pelayanan kesehatan bagi pasien rumah sakit di berbagai Negara
3. Untuk rekonstruksi mediasi dalam perselisihan pelayanan kesehatan bagi pasien rumah sakit yang berbasis nilai keadilan.

D. MANFAAT PENELITIAN DISERTASI

1. Manfaat Teoritis

Secara teori hasil penelitian ini diharapkan dapat menemukan teori baru dalam bidang ilmu hukum terkait dengan hukum perdata, yang berkaitan dengan tuntutan ganti rugi dalam hal seseorang, tenaga kesehatan, dan /atau penyelenggara kesehatan yang menimbulkan kerugian akibat kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan kesehatan dalam mewujudkan nilai keadilan.

Amandemen Pasal 64 dan 72 UU Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran, Mediasi upaya penyelesaian perselisihan pelayanan kesehatan berbasis nilai keadilan.

2. Manfaat Praktis

Secara praktis hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran berupa rekomendasi dalam rekonstruksi hukum pelaksanaan tuntutan ganti rugi dalam hal seseorang, tenaga kesehatan, dan /atau penyelenggara kesehatan yang menimbulkan kerugian akibat kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan kesehatan dalam mewujudkan nilai keadilan.

E.KERANGKA KONSEPTUAL DISERTASI

1. Perjanjian Terapeutik Dalam Pelayanan Kesehatan

Kesehatan sebagai salah satu unsur kesejahteraan umum harus diwujudkan melalui berbagai upaya kesehatan dalam rangkaian pembangunan kesehatan secara menyeluruh dan terpadu yang didukung oleh suatu sistem kesehatan nasional.

Sejalan dengan amanat Pasal 28 H ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945 telah ditegaskan bahwa setiap orang berhak memperoleh pelayanan kesehatan, kemudian dalam Pasal 34 ayat (3) dinyatakan bahwa negara bertanggung jawab atas penyediaan fasilitas pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum yang layak.

L.P.Sinambela mengatakan bahwa pada dasarnya, setiap manusia membutuhkan pelayanan, bahkan secara ekstrim dapat dikatakan bahwa pelayanan tidak dapat dipisahkan dengan kehidupan manusia.²⁰

Dalam suatu negara administrative, pemerintah dengan segala jajarannya biasa dikenal sebagai Abdi Negara dan Abdi Masyarakat. Dalam bahasa yang sederhana, peranan tersebut diharapkan terwujud dalam pemberian berbagai jenis pelayanan yang diperlukan oleh seluruh warga masyarakat.

Rumah Sakit sebagai salah satu fasilitas pelayanan kesehatan merupakan bagian dari sumber daya kesehatan yang sangat diperlukan dalam mendukung penyelenggaraan upaya kesehatan.²¹ Rumah Sakit adalah institusi pelayanan kesehatan yang menyelenggarakan pelayanan

²⁰ .H.Jawade Hafidz Arsyad, *Korupsi Dalam Perspektif HAN*, Sinar Grafika, Jakarta, h, 146.

²¹ . Penjelasan UU Nomer 44/2009 tentang *Rumah Sakit*, Kesindo Utama, *ibid*, 88

kesehatan perorangan secara paripurna yang menyediakan pelayanan rawat inap, rawat jalan dan gawat darurat. Pelayanan kesehatan adalah sebuah konsep yang digunakan dalam memberikan layanan kesehatan kepada masyarakat. Pelayanan kesehatan menurut Prof. Dr. Soekidjo Notoatmojo adalah sebuah sub sistem pelayanan kesehatan yang tujuan utamanya adalah pelayanan preventif (pencegahan) dan promotif (peningkatan kesehatan) dengan sasaran masyarakat.

Sedangkan menurut Levey dan Loomba, Pelayanan Kesehatan adalah upaya yang diselenggarakan sendiri / secara bersama-sama dalam suatu organisasi untuk memelihara dan meningkatkan kesehatan, mencegah, dan menyembuhkan penyakit serta memulihkan kesehatan perorangan, keluarga, kelompok, atau masyarakat.

Adapun definisi pelayan kesehatan menurut Depkes RI (2009) adalah setiap upaya yang diselenggarakan sendiri atau secara bersama-sama dalam suatu organisasi untuk memelihara dan meningkatkan kesehatan, mencegah dan menyembuhkan penyakit serta memulihkan kesehatan perorangan, keluarga, kelompok dan ataupun masyarakat.

Sesuai dengan batasan seperti di atas, mudah dipahami bahwa bentuk dan jenis pelayanan kesehatan yang ditemukan banyak macamnya. Karena kesemuanya ini ditentukan oleh :

- a) Pengorganisasian pelayanan, apakah dilaksanakan secara sendiri atau secara bersama-sama dalam suatu organisasi.

- b) Ruang lingkup kegiatan, apakah hanya mencakup kegiatan pemeliharaan kesehatan, pencegahan penyakit, penyembuhan penyakit, pemulihan kesehatan atau kombinasi dari padanya.

Menurut pendapat Hodgetts dan Casio, jenis pelayanan kesehatan secara umum dapat dibedakan atas dua, yaitu:

- 1) Pelayanan kedokteran : Pelayanan kesehatan yang termasuk dalam kelompok pelayanan kedokteran (*medical service*) ditandai dengan cara pengorganisasian yang dapat bersifat sendiri (*solo practice*) atau secara bersama-sama dalam satu organisasi. Tujuan utamanya untuk menyembuhkan penyakit dan memulihkan kesehatan, serta sasarannya terutama untuk perseorangan dan keluarga.
- 2) Pelayanan kesehatan masyarakat : Pelayanan kesehatan yang termasuk dalam kelompok kesehatan masyarakat (*public health service*) ditandai dengan cara pengorganisasian yang umumnya secara bersama-sama dalam suatu organisasi. Tujuan utamanya untuk memelihara dan meningkatkan kesehatan serta mencegah penyakit, serta sasarannya untuk kelompok dan masyarakat.

Setiap kegiatan yang dilakukan untuk memberikan pelayanan kepada pasien yang dilakukan oleh dokter / dokter gigi / rumah sakit menimbulkan adanya perjanjian yang dikenal dengan perjanjian atau transaksi terapeutik yaitu perjanjian antara dokter dengan pasien yang memberikan kewenangan bagi dokter untuk melakukan kegiatan

memberikan pelayanan kesehatan kepada pasien berdasarkan keahlian dan keterampilan yang dimiliki oleh dokter tersebut.

Perjanjian terapeutik, seperti halnya perjanjian pada umumnya harus memenuhi syarat sahnya perjanjian sebagaimana tersebut dalam pasal 1320 KUHPerdata yaitu :

- a) Kesepakatan dari para pihak ;
- b) Kecakapan untuk membuat perjanjian ;
- c) Suatu objek tertentu ;
- d) Suatu sebab yang halal.

Untuk terjadinya perjanjian terapeutik, Pasal 45 Undang-undang No. 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran menentukan setiap tindakan kedokteran atau kedokteran yang akan dilakukan oleh dokter atau dokter gigi terhadap pasiennya, harus mendapat persetujuan. Persetujuan tersebut diberikan setelah pasien mendapat penjelasan secara lengkap 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.²²

²². Pasal 45 Undang-Undang RI Nomer 29 Tahun 2004 tentang *Praktik Kedokteran*, Kesindo Utama, Jakarta, 2010, h, 21

Dalam suatu perjanjian terapeutik, di dalamnya terdapat dua pihak, yaitu dokter sebagai pemberi pelayanan medik dan pasien sebagai penerima pelayanan medik. Seperti yang telah dikemukakan di atas, bahwa antara dokter dan pasien terdapat suatu hubungan hukum atau perikatan, yang dari perikatan tersebut memunculkan hak dan kewajiban secara timbal balik. Ini berarti, dalam transaksi terapeutik antara dokter-pasien, dapat dijumpai hak-hak pasien disatu pihak dan pada pihak lain merupakan kewajiban-kewajiban dari dokter, dan demikian pula sebaliknya.

Obyek dari perjanjian atau transaksi terapeutik ini adalah berbuat sesuatu yakni berupa upaya kesehatan (*kuratif*) atau terapi untuk penyembuhan pasien. Jadi isi perjanjian atau transaksi terapeutik adalah mencari upaya kesehatan (*kuratif*) yang tepat untuk kesembuhan pasien, bukan kesembuhannya pasien. Namun demikian, walaupun prestasinya berupa suatu upaya semaksimal mungkin untuk menyembuhkan pasien, tetapi upaya tersebut harus dilakukan oleh dokter dengan hati-hati dan usaha keras. Hal ini disebabkan ada standar profesi medik dan kode etik profesi medik serta itikad baik yang harus dijadikan acuan oleh dokter dalam usaha melakukan penyembuhan pasien tersebut. Apabila dokter telah melakukan upaya tersebut dengan hati-hati dan usaha keras, upaya itu ternyata mengalami kegagalan, dalam arti pasien tidak menjadi sembuh atau bahkan meninggal dunia, maka hal tersebut adalah suatu risiko yang

harus ditanggung baik oleh dokter maupun pasien, dokter akan mendapatkan perlindungan hukum dan terhindar dari tuduhan malpraktik.

2. Tuntutan Pasien Akibat Tidak Terpenuhinya Pelayanan Kesehatan

Suatu perjanjian merupakan suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada orang lain, atau dimana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu. Menilik macamnya hal yang dijanjikan untuk dilaksanakan, dikenal dengan prestasi yaitu :²³

- a) Perjanjian untuk memberikan/menyerahkan sesuatu barang ;
- b) Perjanjian untuk berbuat sesuatu ;
- c) Perjanjian untuk tidak berbuat sesuatu.

Apabila si berutang tidak melakukan apa yang dijanjikan, maka dikatakan ia melakukan wanprestasi, lalai, alpa atau ingkar janji. Wanprestasi berasal dari bahasa Belanda yang berarti prestasi buruk.²⁴Macam-macam wanprestasi :

- a) Tidak melaksanakan prestasi sama sekali;
- b) Melaksanakan prestasi, tetapi tidak tepat pada waktunya;
- c) Melaksanakan tetapi tidak sebagaimana yang diperjanjikan;
- d) Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh diperjanjikan.

Adanya kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan kesehatan inilah yang menjadi dasar pasien atau keluarganya untuk menuntut ganti kerugian dokter, pada umumnya dilakukan oleh pasien yang merasa tidak

²³ . Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermassa, Jakarta, 1979, h, 36

²⁴ . Subekti, *ibid*, h, 45

puas terhadap pengobatan atau pelayanan medis yang dilakukan oleh dokter yang merawatnya. Ketidakpuasan tersebut terjadi karena hasil yang dicapai dalam upaya pengobatan tidak sesuai dengan harapan pasien dan keluarganya. Hasil upaya pengobatan yang mengecewakan pasien, seringkali dianggap sebagai kelalaian atau kesalahan dokter dalam melaksanakan profesinya.

Untuk dapat menyatakan bahwa seorang dokter telah melakukan kesalahan dan kelalaian, penilaiannya harus beranjak dari adanya transaksi terapeutik. Dari sudut hukum perdata harus dilihat apakah dokter telah melaksanakan pelayanan kesehatan atau tindakan medis dengan baik serta telah melaksanakan standar profesi sebagaimana mestinya.²⁵

Bertitik tolak dari transaksi terapeutik inilah, tidak mengherankan banyak ditemukan gugatan pasien terhadap dokter, gugatan tersebut untuk meminta pertanggungjawaban dokter bersumber pada dua dasar hukum, yaitu:

Berdasarkan pada pertama wanprestasi (*contractual liability*) sebagaimana diatur dalam Pasal 1239 KUHPerdata, yang kedua berdasarkan perbuatan melawan hukum (*onrechmatige daad*) sebagaimana diatur dalam Pasal 1365 KUHPerdata²⁶

Wanprestasi dalam pelayanan kesehatan, timbul karena tindakan seorang dokter berupa pemberian jasa perawatan yang tidak patut sesuai

²⁵. Bahder Johan Nasution, *Hukum Kesehatan*, Rineka Cipta, Jakarta, 2013, h, 62.

²⁶. Bahder Johan Nasution, *ibid*, h, 63

dengan apa yang diperjanjikan. Perawatan yang tidak patut ini dapat berupa tindakan kurang hati-hatian, atau akibat kelalaian dari dokter yang bersangkutan sehingga menyalahi tujuan perjanjian terapeutik.

Wanprestasi dalam pelayanan kesehatan baru terjadi bila telah terpenuhi unsur-unsur berikut ini :

- 1) Hubungan antara dokter dengan pasien terjadi berdasarkan kontrak terapeutik.
- 2) Dokter telah memberikan pelayanan kesehatan yang tidak patut yang menyalahi tujuan kontrak terapeutik.
- 3) Pasien menderita kerugian akibat tindakan dokter yang bersangkutan

Ketiga unsur tersebut harus dibuktikan terlebih dahulu adanya kontrak terapeutik antara dokter dengan pasien. Pembuktian tentang adanya kontrak terapeutik dapat dilakukan pasien dengan mengajukan rekam medik atau dengan persetujuan tindakan medik yang diberikan pasien. Bahkan dalam kontrak terapeutik adanya kartu berobat atau dengan kedatangan pasien menemui dokter untuk meminta pertolongannya dapat dianggap telah terjadi perjanjian terapeutik.²⁷

Untuk membuktikan bahwa pelayanan yang diberikan oleh dokter tersebut tidak patut atau menyalahi tujuan kontrak terapeutik yaitu dengan membuktikan adanya kesalahan dan atau kelalaian dokter. Untuk membuktikan hal ini pasien harus mengajukan fakta bahwa seorang dokter

²⁷ .Bahder Johan Nasution, *ibid*,h, 64

yang merawatnya, tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukan dalam kontrak terapeutik, atau dokter melakukan apa yang diperjanjikan akan tetapi terlambat, atau dokter yang bersangkutan melakukannya tidak sesuai dengan yang diperjanjikan, atau dokter yang merawatnya melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan.

Agar unsur ketiga, tentang kerugian yang diderita pasien terbukti, maka harus dibuktikan adanya hubungan kausal bahwa tindakan dokter tersebut menimbulkan kerugian terhadap pasien.

Tuntutan ganti rugi juga dapat dilakukan karena adanya perbuatan melawan hukum. Pasal 1365 KUH Perdata menentukan bahwa tiap perbuatan melawan hukum yang mengakibatkan kerugian pada orang lain, mewajibkan orang yang melakukan perbuatan tersebut untuk mengganti kerugian.²⁸ Oleh karena itu Mariam Darus Badruzaman dalam Rancangan UU (RUU) Perikatan berusaha mematerialisasikannya dengan rumusan lengkap dalam undang-undang, sebagai berikut :²⁹

- (1) Suatu perbuatan melawan hukum yang mengakibatkan kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahan atau kelalaiannya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut.
- (2) Melanggar hukum adalah tiap perbuatan yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kepatutan yang harus

²⁸. R.Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2003, h, 346.

²⁹. St.Remy Sjahdeini dkk., *Naskah Akademis Peraturan Perundang-Undangan tentang Perbuatan Melawan Hukum*, Badan Pembinaan Hukum Nasional. Departemen Kehakiman RI, 1993/1994 Jakarta, h,18, dalam Yoni Setyono, Aspek Hukum Malpraktek,<http://www.shareshareilmu.wordpress.com/wanprestasi> dalam perjanjian,diakses,kamis,23 okt 2014.

diindahkan dalam pergaulan kemasyarakatan terhadap pribadi atau harta benda orang lain.

- (3) Seorang yang sengaja tidak melakukan suatu perbuatan yang wajib dilakukannya, disamakan dengan seorang yang melakukan suatu perbuatan terlarang dan karenanya melanggar hukum.

Upaya perumusan norma dalam konsep Mariam Darus Badruzaman ini telah mengabsorpsi perkembangan pemikiran yang baru mengenai perbuatan melawan hukum, karena dalam konsepnya tersebut pengertian melawan hukum tidak hanya diartikan sebagai melawan undang-undang (hukum tertulis) tetapi juga bertentangan dengan kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan masyarakat (hukum tidak tertulis).

Secara historis perbuatan melawan hukum dalam pasal 1365 KUHPerdara pada awalnya mengandung pengertian yang sempit sebagai pengaruh dari ajaran legisme, yaitu perbuatan yang bertentangan dengan hak dan kewajiban hukum menurut undang-undang. Ajaran Legisme mengatakan bahwa perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) sama dengan perbuatan melawan undang-undang (*onwetmatige daad*). Aliran ini ditandai dengan *Arrest Hoge Raad* 6 Januari 1905 dalam perkara *Singer Naaimachine*. Perkara bermula dari seorang pedagang menjual mesin jahit dengan nama mesin jahit Singer yang telah disempurnakan. Padahal mesin itu sama sekali bukan produk dari Singer. Kata-kata “Singer” ditulis dengan huruf-huruf yang besar, sedang kata-kata yang lain ditulis kecil-kecil sehingga sepintas yang terbaca adalah ‘Singer’nya saja. Ketika pedagang itu digugat di muka Pengadilan, oleh H.R. antara lain dikatakan

bahwa perbuatan pedagang itu bukanlah merupakan tindakan melawan hukum karena tidak setiap tindakan dalam dunia usaha, yang bertentangan dengan tata krama dalam masyarakat dianggap sebagai tindakan melawan hukum.³⁰

Berikutnya *Arrest Hoge Raad*, tanggal 10 Juni 1910 dalam perkara *Zutphense Juffrouw*. Perkaranya bermula dari sebuah gudang di Zutphen karena iklim yang sangat dingin pipa air dalam gudang tersebut pecah. Sementara kran induknya berada dalam rumah di tingkat atas namun penghuninya tidak bersedia memenuhi permintaan untuk menutup kran induk (mematikan) tersebut, sekalipun padanya telah dijelaskan bahwa dengan tidak ditutupnya kran induk maka akan timbul kerusakan besar pada barang yang tersimpan dalam gudang karena tergenang air. Akhirnya barang-barang dalam gudang itu tergenang air. *Maatschappij* pertanggunggaan telah membayar ganti kerugian dan kemudian menuntut penghuni rumah tingkat atas di muka Pengadilan, tapi ditolak oleh H.R. dengan alasan bahwa tidak terdapat suatu ketentuan Undang-undang yang mewajibkan penghuni dari rumah tingkat atas tersebut untuk mematikan kran induk untuk kepentingan pihak ketiga.³¹ Dengan kata lain *Hoge Raad* di Belanda memandang perbuatan melawan hukum secara legistis. Pengertian legistis itu kemudian berubah pada tahun 1919 dengan putusan H.R. 31 Januari 1919 dalam perkara *Cohen* melawan *Lindenbaum* yang

³⁰Mr.M.F..H.J.Bolweg, *Pitlo Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Deel 3 Algemeen deel van het Verbintenissen recht* (Arnhem: Gouda Quint BV., 1979) hal.308.

³¹*ibid.*

dikenal sebagai *Drukkers Arrest*. Dalam perkara ini, seorang pengusaha percetakan bernama Cohen telah membujuk karyawan pengusaha percetakan Lindenbaum untuk memberikan copy-copy pesanan-pesanan dari langganan-langganannya. Cohen memanfaatkan informasi ini sehingga Lindenbaum mengalami kerugian karena para langganannya lari ke perusahaan Cohen. Selanjutnya, Cohen dituntut membayar ganti kerugian kepada Lindenbaum. Tuntutan tersebut dikabulkan oleh Pengadilan Negeri (*Rechtbank*). Pengadilan Tinggi (*Hof*) sebaliknya membatalkan keputusan Pengadilan Negeri dengan mempertimbangkan bahwa sekalipun karyawan tersebut melakukan perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang, yakni telah melanggar suatu kewajiban hukum, namun tidak berlaku bagi Cohen karena Undang-undang tidak melarang dengan tegas bahwa mencuri informasi adalah melanggar hukum. *Hoge Raad* membatalkan keputusan tersebut atas dasar pertimbangan bahwa dalam keputusan Pengadilan Tinggi makna tentang perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) dipandang secara sempit sehingga yang termasuk di dalamnya hanyalah perbuatan-perbuatan yang secara langsung dilarang oleh undang-undang. Sedangkan perbuatan-perbuatan yang tidak dilarang oleh undang-undang, sekalipun perbuatan-perbuatan ini bertentangan dengan keharusan dan kepatutan, yang

diharuskan dalam pergaulan masyarakat bukan merupakan perbuatan melawan hukum.³²

Dengan adanya *Arrest* ini maka pengertian perbuatan melawan hukum menjadi lebih luas. Perbuatan melawan hukum diartikan setiap perbuatan yang melanggar kaidah-kaidah tertulis yaitu bersifat bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku dan melanggar hak subyektif orang lain. Termasuk didalamnya suatu perbuatan yang melanggar kaidah yang tidak tertulis, yaitu kaidah yang mengatur tata susila, kepatutan, ketelitian dan kehati-hatian yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan hidup dalam masyarakat atau terhadap harta benda warga masyarakat.

Penilaian apakah suatu perbuatan termasuk perbuatan melawan hukum (ataukah tidak), tidak cukup apabila hanya didasarkan pada pelanggaran terhadap kaidah hukum, tetapi perbuatan tersebut harus juga dinilai dari sudut pandang kepatutan. Fakta bahwa seseorang telah melakukan pelanggaran terhadap suatu kaidah hukum dapat menjadi faktor pertimbangan untuk menilai apakah perbuatan yang menimbulkan kerugian tadi sesuai atau tidak dengan kepatutan yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat.³³

³²L.E.H. Rutten, Mr.C.Asser 's Handleiding Tot De Bedefening Van Het Nederlands Burgerlijk Recht, Derde Deel verbintenissenrecht (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1968) hal.418.Yoni A Setyanto dalam Aspek Hukum Malpraktek,ibid,

³³Setiawan, *Empat Kriteria Perbuatan Melanggar Hukum dan Perkembangannya Dalam Yurisprudensi*, (Varia Peradilan No.16, Desember 1986). Dalam Yoni A Setyanto, Aspek Hukum Malpraktek,ibid

Terminologi perbuatan melawan hukum merupakan terjemahan dari kata *onrechtmatige daad*, yang di diatur dalam KUHPerdato Buku III tentang Perikatan, pasal 1365 sampai dengan pasal 1380. Beberapa sarjana ada yang mempergunakan istilah ‘melanggar’ dan ada yang mempergunakan istilah ‘melawan’. Wirjono Prodjodikoro menggunakan istilah Perbuatan Melanggar hukum, dengan mengatakan : “Istilah ‘*onrechtmatige daad*’ dalam bahasa Belanda lazimnya mempunyai arti yang sempit, yaitu arti yang dipakai dalam pasal 1365 *Burgelijk Wetboek* dan yang hanya berhubungan dengan penafsiran dari pasal tersebut, sedang kini istilah *Perbuatan Melanggar Hukum* ditujukan kepada hukum yang pada umumnya berlaku di Indonesia dan yang sebagian terbesar merupakan Hukum Adat.³⁴ Subekti juga menggunakan istilah Perbuatan Melanggar Hukum³⁵.

Terminologi Perbuatan Melawan Hukum menurut Mariam Darus Badruzaman. Mariam Darus Badruzaman adalah sebagai berikut :

“Pasal 1365 KUH Perdata menentukan bahwa setiap *perbuatan yang melawan hukum* yang membawa kerugian kepada seorang lain mewajibkan orang karena salahnya menerbitkan kerugian ini mengganti kerugian tersebut”³⁶

³⁴Wirjono Prodjodikoro, *Perbuatan Melanqqar Hukum*, Sumur Bandung, Bandung, 1993, hal, 7

³⁵Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*,1970.

³⁶Mariam Darus Badruzaman, KUH Perdata – Buku III, *Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*, Alumni, bandung, 1983, h, 146.

Selanjutnya dikatakan bahwa :

“Pasal 1365 KUH Perdata ini sangat penting artinya karena melalui pasal ini hukum yang tidak tertulis diperhatikan oleh Undang-Undang.”³⁷

Sri Soedewi Masjchoen Sofwan³⁸ dan I.S. Adiwimarta³⁹ dalam menerjemahkan bukunya H.F.A. Vollmar juga mempergunakan istilah perbuatan melawan hukum.

Selain itu terminologi perbuatan melawan hukum juga digunakan oleh M.A.Moegni Djodirdjo,⁴⁰ dan Setiawan⁴¹. M.A. Moegni Djodirdjo mengatakan :

“Pasal 1365 KUH Perdata tidaklah memberikan perumusan melainkan hanya mengatur bilakah seseorang yang mengalami kerugian karena *perbuatan melawan hukum*, yang dilakukan oleh orang lain terhadap dirinya, akan dapat mengajukan tuntutan ganti kerugian pada Pengadilan Negeri dengan *succes*”.

Mengapa menggunakan terminologi *Melawan Hukum* bukan *Melanggar Hukum*, menurut M.A. Moegni Djodirdjo dalam kata

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Perutangn*, Seksi Hukum Perdata Fakultas Hukum UGM, Jogjakarta, 1980, h, 55.

³⁹ H.F.A. Vollmar, *Pengantar /Studi Hukum Perdata Jilid II* C.V. Rajawali, Jakarta 1984, hal, 183.

⁴⁰ M.A. Moegni Djodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982, hal, 17.

⁴¹ Rachmat Setiawan, *Tinjauan Elementer Perbuatan Melawan Hukum*, Alumni, Bandung, 1982, hal, 8

“melawan” melekat sifat aktif dan pasif.⁴² Mariam Darus Badruzaman menyebutkan sebagai sifat positif dan negatif.⁴³

Dalam *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek*,⁴⁴ konsep *onrechtmatige daad* terdapat dalam buku 6 titel 3 artikel 162. Perbuatan Melawan Hukum dirumuskan sebagai : “*Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond*”. (Terjemahannya bebasnya yaitu : Perbuatan melawan hukum adalah perbuatan yang melanggar hak (subyektif) orang lain atau perbuatan (atau tidak berbuat) bertentangan dengan kewajiban menurut undang-undang atau bertentangan dengan apa yang menurut hukum tidak tertulis yang seharusnya dijalankan oleh seorang dalam pergaulannya dengan sesama warga masyarakat dengan mengingat adanya alasan pembenar menurut hukum). *Code Civil* Perancis mengaturnya dalam titel IV Chapter II artikel 1382 sampai dengan artikel 1386 dengan judul *Delicts and Quasi-Delicts*⁴⁵.

Dalam artikel 1382 dikatakan bahwa :

⁴²M.A. Moegni Djojodirdjo, *Ibid*.

⁴³Mariam Darus Badruzaman, *Ibid*.

⁴⁴P.P.C. Haanapel, Ejan Mackaay, *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, Het Vermogensrecht* (Deventer : Kluwer Law and Taxation, 1990) hal, 298.

⁴⁵John H.Crabb, *The French Civil Cod, (as amended to July 1, 1976) Translated with an Introduction, (New Jersey: Fred B.Rothman & co., 1977) P.253.*

“Any act whatever of man which causes damage to another obliges him by whose fault it occurred to make reparation”

Kemudian mengenai tanggung jawab terhadap kelalaian atau kurang hati-hati di atur dalam artikel 1383 sebagai berikut :

‘Each one is liable for the damage which he causes not only by his own act but also by his negligence or imprudence’

Selanjutnya artikel 1384 menentukan :

‘He is liable not only for the damage which he caused by his own act , but also for that which is caused by the act of persons for whom he is responsible, or by things which he has in his keeping’

Artikel 1382, 1383 dan 1384 *Code Civil* Perancis tersebut sama persis bunyinya dengan pasal 1365, 1366 dan 1367 KUH Perdata.

Konsep perbuatan melawan hukum dalam sistem Common Law disebut *the law of tort*. Beberapa sarjana Inggris memberikan definisi *Tort* sebagai berikut :

Sir John Salmond mengatakan bahwa :⁴⁶

“A. Tort is a civil wrong for which the remedy is a common law action for unliquidated damages and which is not exclusively the breach of contract or a breach of a trust or other merely equitable obligation”

⁴⁶P.W.D. Redmond, *General Principles of English Law*, (Plymouth: Mac. Donald and Evans, 1974), hal.164.

Sir P. Wienfield mengatakan bahwa :⁴⁷

“Tortious liability arises from the breach of duty primarily fixed by law, such duty is towards persons generally and its breach is redressible by an action for unliquidated damages”

L.B. Curzon memberikan definisi *Tort* sebagai berikut :⁴⁸

“The Law of Tort is concerned with the determination of disputes which arise where one person alleges wrong conduct against another. It should be noted that some torts, e.g. assault and battery are tort and crime”.

Berdasarkan definisi tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa *tort* adalah suatu kesalahan perdata, dimana seseorang melakukan suatu perbuatan tertentu yang mengakibatkan kerugian pada orang lain dengan melanggar hak dan kewajiban yang telah ditentukan oleh hukum yang bukan timbul dari *contract* atau *trust*, yang dapat dimintakan ganti rugi terhadap kerugian yang diakibatkannya.

Oleh karenanya dalam mengajukan gugatan berdasarkan *tort law* harus ada perbuatan aktif dan pasif yang dilakukan oleh tergugat yang mengakibatkan kerugian terhadap kepentingan penggugat yang dilindungi oleh hukum.

⁴⁷*Ibid.*

⁴⁸L.B. Curzon, Basic Law, (Plymouth: Mac Donald and Evans, 1981), hal.113.

Tort Law memberikan perlindungan hukum terhadap berbagai kepentingan, seperti keamanan pribadi, harta benda dan kepentingan ekonomi. Perlindungan tersebut diberikan melalui system kompensasi berupa ganti rugi secara perdata. Berdasarkan teori klasik *tort law*, ganti rugi diberikan untuk mengembalikan penggugat kepada posisi ketika perbuatan melawan hukum itu belum terjadi.

Hal ini berbeda dengan tuntutan ganti rugi berdasarkan hubungan kontraktual dimana ganti rugi itu bertujuan untuk menempatkan si penggugat pada posisi seandainya perjanjian itu terlaksana. Berdasarkan hubungan kontraktual, penggugat dapat menuntut kehilangan keuntungan yang diharapkan atau *Expectation loss*. Teori klasik ini telah mengalami perubahan, karena sekarang gugatan *tort law* juga dapat diajukan untuk *economic lost*.⁴⁹

Konsep perbuatan melawan hukum di Indonesia telah dimasukkan dalam satu kitab undang-undang yang terkodifikasi yaitu dalam KUH Perdata. Sedangkan *Tort*, konsep dan pengaturannya tersebar dalam yurisprudensi-yurisprudensi dan dalam undang-undang tertentu seperti *Occupier's Liability Act 1957*, *Defective Premises Act 1972* dan sebagainya. Perbedaan pengaturan konsep tersebut dipengaruhi oleh perbedaan sistem hukum yang dianut KUH Perdata dipengaruhi oleh sistem hukum Eropa Kontinental yang cenderung pada paham kodifikasi

⁴⁹ DR. Rosa Agustina, SH.MH. *Perbuatan Melawan Hukum*, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2003, h, 14

(*Enacted Law*) sedangkan Inggris menganut Sistem Common Law dimana hukumnya berkembang dari kebiasaan dan yurisprudensi.

Konsep perbuatan melawan hukum Indonesia yang merupakan bagian hukum Eropa Kontinental diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata sampai dengan Pasal 1380 KUH Perdata. Dalam pasal-pasal tersebut diatur bentuk tanggung jawab atas perbuatan melawan hukum yang terbagi atas: Pertama, Tanggung jawab tidak hanya atas perbuatan melawan hukum diri sendiri tetapi juga atas perbuatan melawan hukum orang lain dan terhadap barang.

Dasar hukum tuntutan atas dasar perbuatan melawan hukum, gugatan ini dapat diajukan jika terdapat fakta-fakta yang berwujud suatu perbuatan melawan hukum, walaupun diantara para pihak tidak terdapat suatu perjanjian. Untuk mengajukan gugatan berdasarkan perbuatan melawan hukum, harus dipenuhi empat syarat sebagaimana diatur dalam Pasal 1365 KUHPerdata :

1. Pasien harus mengalami suatu kerugian ;
2. Ada kesalahan ;
3. Ada hubungan kausal antara kesalahan dengan kerugiann ;
4. Perbuatan itu melawan hukum.

Ciri khas gugatan berdasarkan perbuatan melawan hukum dapat dilihat dari model pertanggungjawaban yang diterapkan yaitu

pertanggungjawaban karena kesalahan yang bertumpu pada tiga asas sebagaimana diatur dalam Pasal 1365, 1366 dan 1367 KUHPerdara :

1. Setiap perbuatan melanggar hukum yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut ;
2. Setiap orang bertanggung jawab tidak saja untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan karena kelalaian atau kurang hati-hatiannya.
3. Setiap orang tidak saja bertanggung jawab untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya sendiri, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatan orang-orang yang berada dibawah tanggung jawabnya atau disebabkan oleh barang-barang yang berada dibawah pengawasannya.⁵⁰

Tuntutan ganti rugi terhadap dokter, baik yang mendasarkan pada wanprestasi maupun pada perbuatan melawan hukum ukuran yang utama adalah ketidak-cermatan dari dokter atau kurang cermatan (*minder zorgvuldig*). Sudah tentu ukuran ketidak cermatan atau kurang cermatan merupakan masalah professional.⁵¹

3. Rekonstruksi Mediasi Dalam Sengketa Pelayanan Kesehatan

Mediasi secara etimologi berasal dari bahasa Latin, *mediare* yang berarti berada di tengah. Makna ini menunjukkan pada peran yang

⁵⁰.Bahder Johan Nasution, 2013, h, 66-67

⁵¹.Soekanto Soerjono, *Suatu Tinjauan Sosiologi Hukum Terhadap Masalah-Masalah Sosial*, Penerbit Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1989, h, 121-122.

ditampilkan pihak ketiga sebagai mediator dalam menjalankan tugasnya menengahi dan menyelesaikan sengketa antara para pihak. 'Berada di tengah' juga bermakna mediator harus berada pada posisi netral dan tidak memihak dalam menyelesaikan sengketa. Mediator harus mampu menjaga kepentingan para pihak yang bersengketa secara adil dan sama, sehingga menumbuhkan kepercayaan (*trust*) dari para pihak yang bersengketa.⁵²

Mediasi dari sisi kebahasaan (etimologi) lebih menekankan pada keberadaan pihak ketiga yang menjembatani para pihak bersengketa untuk menyelesaikan perselisihannya. Mediator berada pada posisi di tengah dan netralantara para pihak yang bersengketa, dan mengupayakan menemukan sejumlah kesepakatan sehingga mencapai hasil yang memuaskan para pihak yang bersengketa.

Kata *ishlah* adalah sebuah kata yang berasal dari kata bahasa arab *يصلح*, bentuk *masdar* (infinitif) dari akar kata *ص-ل-ح*, yang diambil dari komponen dasar *ص* - *ل* - *ح* dan diartikan oleh Ibnu Mandzur dalam *Lisan Al-Arab* nya sebagai antonim dari kata *فساد* (kerusakan)⁵³. Sementara itu, Ibrahim Madkour dalam *Al-Mu'jam Al-Wajiz* mengatakan bahwa kata *ishlah* mengandung dua makna: manfaat dan keserasian serta terhindar dari kerusakan. Jika kata tersebut berbentuk imbuhan maka berarti menghilangkan segala sifat permusuhan dan pertikaian antara

⁵²Syahrizal Abbas, *Mediasi Dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat dan Hukum Nasional*, Kencana, Jakarta, 2011, hlm. 2.

⁵³Shalih Bin Abdullah dan Khathib Al-Haram, *Nadhratu An-Na'iim Fi Makaarim Akhlaak Ar-Rasul*, (Jeddah: Dar Al-Wasiilah, t.t), cet IV, jil. 2, hal. 364

kedua belah pihak.⁵⁴ Secara istilah, term *ishlah* dapat diartikan sebagai perbuatan terpuji dalam kaitannya dengan perilaku manusia.⁵⁵ Karena itu, dalam terminologi Islam secara umum, *ishlah* dapat diartikan sebagai suatu aktifitas yang ingin membawa perubahan dari keadaan yang buruk menjadi keadaan yang baik. Sementara menurut ulama fikih, kata *ishlah* diartikan sebagai perdamaian, yakni suatu perjanjian yang ditetapkan untuk menghilangkan persengketaan di antara manusia yang bertikai, baik individu maupun kelompok.⁵⁶

Berdasarkan penjelasan terminologi di atas, studi ini memilih menggunakan kata *ishlah* untuk menjelaskan mediasi di pengadilan agama. Dari kata *ishlah* ini kemudian dikembangkan menjadi teori *ishlah*. Teori *Ishlah* bersumber dari al-Quran. *Ishlah* disebut dalam beberapa ayat di dalam al-quran sebagai berikut:

- 1) *Ishlah* antara sesama muslim yang bertikai dan antara pemberontak (muslim) dan pemerintah (muslim) yang adil;

إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ

Artinya: "Orang-orang beriman itu sesungguhnya bersaudara. Sebab itu damaikanlah (perbaikilah hubungan) antara kedua saudaramu itu dan takutlah terhadap Allah, supaya kamu mendapat rahmat". (QS. al-Hujuraat: 10)

⁵⁴Ibrahim Madkour, *Al-Mu'jam Al-Wajiz*, (t.p, t.t), hal. 518

⁵⁵ E. van Donzel, B. Lewis, dkk (ed), *Encyclopedia of Islam*, (Leiden: E.J. Brill, 1990), Jil. IV, hlm. 141

⁵⁶ Abu Muhammad Mahmud Ibn Ahmad al-Aynayni, *al-Bidāyah fi Syarh al-hidāyah*, (Dar al-Fikr, Beirut, t,th), Jil. 9, hlm. 3.

- 2) *Ishlah* antara suami-isteri yang di ambang perceraian, dengan mengutus al-hakam (juru runding) dari kedua belah pihak;

وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّدُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا

Artinya: "Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. Jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-isteri itu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal". (Q.S.al-Nisa:35).

- 3) *Ishlah* memiliki nilai yang sangat luhur dalam pandangan Allah, yaitu pelakunya memperoleh pahala yang besar

لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ يَفْعَلُ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا

Artinya: "Tidak ada kebaikan pada kebanyakan bisikan-bisikan mereka, kecuali bisikan-bisikan dari orang yang menyuruh (manusia) memberi sedekah, atau berbuat ma'ruf, atau mengadakan perdamaian di antara manusia. Dan barangsiapa yang berbuat demikian karena mencari keredhaan Allah, maka kelak Kami memberi kepadanya pahala yang besar".(QS an-Nisa 114)

- 4) *Ishlah* itu baik, terutama *ishlah* dalam sengketa rumah tangga

خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا

Artinya: "Dan jika seorang perempuan khawatir suaminya akan nusyuz atau bersikap tidak acuh, maka keduanya dapat mengadakan perdamaian yang sebenarnya, dan perdamaian itu lebih baik (bagi mereka) walaupun manusia itu menurut tabiatnya kikir. Dan jika kamu memperbaiki (pergaulan dengan istrimu) dan memelihara dirimu (dari nusyuz dan sikap acuh tak acuh), maka sungguh, Allah Maha Teliti terhadap apa yang kamu kerjakan. ".(QS an-Nisa 128)

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, kata mediasi diberi arti sebagai proses keikutsertaan pihak ketiga dalam penyelesaian suatu perselisihan sebagai penasihat.

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia mengandung tiga unsur penting. Pertama, mediasi merupakan proses penyelesaian perselisihan atau sengketa yang terjadi antara dua pihak atau lebih. Kedua, pihak yang terlibat dalam penyelesaian sengketa adalah pihak-pihak yang berasal dari luar pihak yang bersengketa. Ketiga, pihak yang terlibat dalam penyelesaian sengketa tersebut bertindak sebagai penasihat dan tidak memiliki kewenangan apa-apa dalam pengambilan keputusan.

Pengertian mediasi secara terminologi dapat dilihat dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator. Mediator adalah pihak netral yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa tanpa menggunakan cara memutuskan dan memaksakan sebuah penyelesaian. Tetapi, banyak para ahli juga mengungkapkan pengertian

mediasi di antaranya Prof. Takdir Rahmadi yang mengatakan bahwa mediasi adalah suatu proses penyelesaian sengketa antara dua pihak atau lebih melalui perundingan atau cara mufakat dengan bantuan pihak netral yang tidak memiliki kewenangan memutus.⁵⁷ Pihak mediator tersebut disebut mediator dengan tugas memberikan bantuan prosedural dan substansial. Dengan demikian, dari definisi atau pengertian mediasi ini dapat diidentifikasi unsur-unsur esensial mediasi, yaitu⁵⁸:

- 1). Mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa melalui perundingan berdasarkan pendekatan mufakat atau konsensus para pihak;
- 2). Para pihak meminta bantuan pihak lain yang bersifat tidak memihak yaitu mediator;
- 3). Mediator tidak memiliki kewenangan memutus, tetapi hanya membantu para pihak yang bersengketa dalam mencari penyelesaian yang dapat diterima para pihak.

Mediasi merupakan salah satu bentuk dari alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Tujuan dilakukan mediasi adalah menyelesaikan sengketa antara para pihak dengan melibatkan pihak ketiga yang netral dan imparial. Mediasi dapat mengantarkan para pihak pada perwujudan kesepakatan damai yang permanen dan lestari, mengingat penyelesaian sengketa melalui mediasi menempatkan kedua belah pihak

⁵⁷Takdir Rahmadi, *Mediasi Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*, Raja Grafindo, Jakarta, 2010, hlm. 12

⁵⁸Eddi Junaidi, *Op.Cit*, hlm. 15

pada posisi yang sama, tidak ada pihak yang dimenangkan atau pihak yang dikalahkan (*win-win solution*). Dalam mediasi para pihak yang bersengketa pro aktif dan memiliki kewenangan penuh dalam pengambilan keputusan. Mediator tidak memiliki kewenangan dalam pengambilan keputusan, tetapi ia hanya membantu para pihak dalam menjaga proses mediasi guna mewujudkan kesepakatan damai mereka.

Penyelesaian sengketa melalui jalur mediasi sangat dirasakan manfaatnya, karena para pihak telah mencapai kesepakatan yang mengakhiri persengketaan mereka secara adil dan saling menguntungkan. Bahkan dalam mediasi yang gagal pun, dimana para pihak belum mencapai kesepakatan, sebenarnya juga telah dirasakan manfaatnya. Kesiapan para pihak bertemu dalam suatu proses mediasi, paling tidak telah mampu mengklarifikasikan akar persengketaan dan mempersempit perselisihan di antara mereka. Hal ini menunjukkan adanya keinginan para pihak untuk menyelesaikan sengketa, namun mereka belum menemukan format tepat yang dapat disepakati oleh kedua belah pihak.

Rekonstruksi adalah penyusunan kembali ataupun usaha untuk memeriksa kembali kejadian yang sebenarnya terhadap sesuatu delik yang dilakukan dengan mengulangi kembali peragaannya sebagaimana kejadian yang sebenarnya. Hal ini dilakukan baik oleh penyidik atau hakim untuk memperoleh keyakinan.

Dalam bahasa Belanda rekonstruksi disebut re-constructie yang berarti pembinaan / pembangunan baru, pengulangan suatu kejadian. Misalnya, Polisi mengadakan rekonstruksi dari suatu kejahatan yang telah terjadi untuk mendapatkan gambaran yang jelas mengenai jalannya kejahatan tersebut.

Adapun arti rekonstruksi menurut bahasa Inggris yaitu kata “ re “ yang artinya “ perihal “ atau “ ulang “ dan kata “ construction” yang artinya “pembuatan” atau “bangunan” atau “tafsiran” atau “susunan” atau “bentuk” atau “bangunan”.

Rekonstruksi yang diartikan disini adalah “membangun kembali” atau “membentuk kembali” atau “menyusun kembali” . Adapun yang ingin dibangun kembali atau disusun kembali adalah Undang-Undang Kesehatan Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran khususnya Pasal 64 dan 72 sebagai berikut :

Pasal 64

Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia bertugas :

- a. Menerima pengaduan, memeriksa, dan memutuskan kasus pelanggaran disiplin dokter dan dokter gigi yang diajukan ; dan
- b. Menyusun pedoman dan tata cara penanganan kasus pelanggaran disiplin dokter atau dokter gigi

Pasal 72

Pembinaan dan pengawasan sebagaimana dimaksud dalam pasal 71 diarahkan untuk :

- a. Meningkatkan mutu pelayanan kesehatan yang diberikan dokter dan dokter gigi;

- b. Melindungi masyarakat atas tindakan yang dilakukan dokter dan dokter gigi
- c. Memberikan kepastian hukum bagi masyarakat, dokter dan dokter gigi

F. KERANGKA TEORI DISERTASI

1. Teori Keadilan sebagai grand theory

a. Teori Keadilan Plato

Berbagai mazhab-mazhab teori hukum, mulai dari mazhab teori hukum alam sampai dengan mazhab teori hukum pembangunan, teori hukum progresif dan teori hukum integratif seluruhnya menitik beratkan bahwa hukum harus bertumpu pada suatu keadilan. Bahkan sejak dicetuskannya teori Hukum Alam pada zaman Socrates hingga Francois Geny, sudah menitik beratkan keadilan sebagai mahkota hukum (the search for justice). Karena begitu pentingnya keadilan sebagai tumpuan hukum, berbagai ahli hukum memberikan pandangannya mengenai hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran untuk tercapainya suatu keadilan di masyarakat yang merupakan dasar pemikiran teori tentang keadilan. Diantara teori-teori itu antara lain : teori keadilan Plato dalam bukunya *Republic*, teori keadilan Aristoteles dalam bukunya *Nicomachean Ethics* dan teori keadilan social John Rawls dalam bukunya *a theory of justice* serta teori hukum dan keadilan Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*.

Keadilan Menurut Plato (427 SM-347 SM), keadilan akan dapat terwujud apabila Negara dipimpin oleh para filsuf (aristocrat), karena apabila Negara dipimpin oleh pemimpin yang cerdas, pandai dan bijaksana, maka akan lahir suatu keadilan yang sesungguhnya, oleh karena itu tanpa hukum sekalipun, jika Negara dipimpin oleh para aristocrat, maka masyarakat akan bahagia dengan terciptanya keadilan, dan apabila Negara tidak dipimpin oleh para aristocrat, maka keadilan tidak mungkin dapat diwujudkan tanpa adanya hukum. Dalam kondisi Negara tidak dipimpin oleh aristokratlah menurut Plato hukum dibutuhkan untuk menghadirkan keadilan dalam kondisi ketidakadilan.⁵⁹

Keadilan menurut Aristoteles (murid Plato), pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa didapatkan dalam karyanya *nichomachean ethics, politics, dan rethoric*. Spesifik dilihat dalam buku *nichomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang berdasarkan filsafat hukum Aristoteles, meski dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitanya dengan keadilan.

Pada pokoknya pandangan keadilan ini sebagai suatu pemberian hak persamaan tapi bukan persamarataan. Aristoteles membedakan hak persamaanya sesuai dengan hak proporsional. Kesamaan hak

⁵⁹ . Marwan Effendi, 2014,h, 22

dipandangan manusia sebagai suatu unit atau wadah yang sama. Inilah yang dapat dipahami bahwa semua orang atau setiap warga Negara dihadapan hukum sama.

Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuan dan prestasi yang telah dilakukan.

Lebih lanjut, keadilan menurut pandangan Aristoteles dibagi kedalam dua macam keadilan, keadilan distributif dan keadilan kommutatif. Kedua pengertian tersebut merupakan varian dari asas persamaan, yang umumnya dipandang sebagai inti dari keadilan.⁶⁰

Keadilan distributive ialah keadilan yang memberikan kepada tiap orang porsi menurut prestasinya. Keadilan kommutatif memberikan sama banyaknya kepada setiap orang tanpa membeda-bedakan prestasinya, dalam hal ini berkaitan dengan peranan tukar menukar barang dan jasa.

Keadilan distributif memberikan kepada tiap-tiap orang jatah menurut jasanya, ia tidak menuntut supaya tiap-tiap orang mendapatkan bagian yang sama banyaknya, bukan persamaan melainkan kesebandingan. Keadilan komulatif memberikan pada setiap orang sama banyaknya dengan tidak mengingat jasa-jasa perseorangan.⁶¹

⁶⁰ . B.Arief Sidharta, terjemahan Meuwissen tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum, PT Refika Aditama, Bandung, 2007.

⁶¹ . Appeldorn, Pengantar Ilmu Hukum, Pradnya Paramita, Jakarta, 2009, h, 12

b. Teori Keadilan John Rawls

John Rawls yang dipandang sebagai perspektif “ *liberal-egalitarian of social justice* “, berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi social (*social institutions*). Akan tetapi, kebajikan bagi seluruh masyarakat tidak dapat mengesampingkan atau menggugat rasa keadilan dari setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan. Khususnya masyarakat lemah pencari keadilan.⁶² Lebih lanjut John Rawls menegaskan pandangannya terhadap keadilan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan yaitu

Pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan social ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*). Bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung

Dengan demikian, prinsip perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung.

⁶² .Marwan Effendi, *ibid*,h, 26

Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal yaitu :

Pertama : melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan.

Kedua, setiap aturan harus memposisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidakadilan yang dialami kaum lemah.

Lebih lanjut John Rawls mengatakan bahwa teori keadilan berangkat dari keyakinan intuitif yang dituangkan dalam proposisi panjang yang pokok-pokoknya adalah :

1. Keadilan merupakan keutamaan utama institusi sosial, seperti kebenaran pada sistem berpikir kita. Hukum atau institusi-institusi betapapun bagus dan efisiennya apabila tidak adil haruslah diperbaiki atau dihapus. Benar dan adil adalah hal yang tidak bisa dikompromikan ;
2. Setiap orang memiliki hak yang tertanam pada prinsip keadilan yang tidak boleh dilanggar sekalipun atas nama kepentingan umum. Keadilan tidak membenarkan dikorbankannya kepentingan seorang atau sekelompok orang demi kepentingan orang banyak ;
3. Dalam masyarakat berkeadilan, kemerdekaan dengan sendirinya terjamin, hak-hak yang dijamin oleh keadilan tidak bias dijadikan

mangsa tawar menawar politik atau hitung-hitungan kepentingan umum ;

4. Ketidakadilan dapat ditoleransi hanya apabila diperlukan untuk menghindari ketidakadilan yang lebih besar.⁶³

c. Teori Keadilan Hans Kelsen

Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan didalamnya.⁶⁴

Sebagai aliran positivisme Hans Kelsen mengakui juga bahwa keadilan mutlak berasal dari alam, yakni lahir dari hakekat suatu benda atau hakekat manusia, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan. Pemikiran tersebut diesensikan sebagai doktrin yang disebut hukum alam. Doktrin hukum alam beranggapan bahwa ada suatu keteraturan hubungan-hubungan manusia yang berbeda dari hukum positif, yang lebih tinggi dan sepenuhnya sah dan adil, karena berasal dari alam, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan. Pemikiran tentang konsep keadilan, Hans Kelsen yang menganut aliran positivisme, mengakui juga kebenaran dari hukum alam.

⁶³. Vhiianacatherine dalam Teori keadilan John Rawls Pemahaman Sederhana Buku A Theory OF Justice, [http://www.vhiianacatherine.wordpress.com/2013/Teori Keadilan John Rawls,](http://www.vhiianacatherine.wordpress.com/2013/Teori%20Keadilan%20John%20Rawls/) diakses, Selasa, 28 okt 2014.

⁶⁴. Hans Kelsen dalam Marwan Efendi, h, 7

Sehingga pemikirannya terhadap konsep keadilan menimbulkan dualisme antara hukum positif dan hukum alam.⁶⁵

“Dualisme antara hukum positif dan hukum alam menjadikan karakteristik dari hukum alam mirip dengan dualisme metafisika tentang dunia realitas dan dunia model Plato. Inti dari filsafat plato ini adalah doktrinya tentang dunia ide, yang mengandung karakteristik mendalam. Dunia dibagi menjadi dua bidang yang berbeda : yang pertama adalah dunia kasat mata yang dapat ditangkap melalui indera yang disebut realitas ; yang kedua dunia ide yang tidak tampak “

Dua hal lagi konsep keadilan yang dikemukakan oleh Hans Kelsen.

Pertama tentang keadilan dan perdamaian. Keadilan yang bersumber dari cita-cita irasional. Keadilan dirasionalkan melalui pengetahuan yang dapat bewujud suatu kepentingan-kepentingan yang pada akhirnya menimbulkan suatu konflik kepentingan. Penyelesaian atas konflik kepentingan tersebut dapat dicapai melalui suatu tatanan yang memuaskan salah satu kepentingan dengan mengorbankan kepentingan yang lain atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi menuju suatu perdamaian bagi semua kepentingan⁶⁶.

Kedua, konsep keadilan dan legalitas. Untuk menegakkan diatas dasar suatu yang kokoh dari suatu tatanan sosial tertentu, menurut Hans Kelsen pengertian “Keadilan” bermaknakan legalitas. Suatu peraturan

⁶⁵ Hans Kelsen dalam Marwan Effendi, ibid, h, 14

⁶⁶ Ibid, h, 16

umum adalah “ adil “, jika ia benar-benar diterapkan, sementara itu suatu peraturan umum adalah “ tidak adil “ jika diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus yang lain yang serupa. Konsep keadilan dan legalitas inilah yang diterapkan dalam hukum nasional bangsa Indonesia, yang memaknai bahwa peraturan hukum nasional dapat dijadikan sebagai payung hukum (law umbrella) bagi peraturan-peraturan hukum nasional lainnya sesuai tingkat dan derajatnya dan peraturan hukum itu memiliki daya ikat terhadap materi-materi yang dimuat (materi muatan) dalam peraturan hukum tersebut.

Berbagai mazhab teori hukum dan teori keadilan tersebut diatas menjadi sebuah acuan dalam penerapan dan juga dapat digunakan sebagai acuan dalam memecahkan permasalahan pelik mengenai hukum di Indonesia untuk tercapainya kapastian hukum, ketertiban sosial, dan kemanfaatan yang berbasis keadilan bagi masyarakat.

Teori keadilan ini merupakan grand theory yang akan digunakan sebagai dasar analisa terhadap bahan-bahan hukum dan fakta-fakta guna mendeskripsikan dasar pembenar tentang pelaksanaan pasal 58 ayat (1) UU Nomer 36 Tahun 2009 dalam perselisihan pelayanan kesehatan bagi pasien Rumah Sakit yang berbasis nilai keadilan.

Teori keadilan ini sekaligus akan digunakan sebagai dasar analisa bagi penyusunan dan pendeskripsian bahan dan fakta-fakta hukum yang

dibutuhkan dalam menjawab permasalahan berikutnya khususnya berhubungan dengan rekonstruksi mediasi dalam perselisihan pelayanan kesehatan bagi pasien Rumah Sakit, dan akan dipergunakan sebagai dasar bagi analisa terhadap bahan-bahan dan fakta-fakta hukum yang ditujukan untuk menjawab permasalahan ketiga, yaitu akan dipergunakan sebagai dasar dalam membangun konsep baru berupa rekontruksi pasal 64 dan 72 UU No. 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran.

1. Teori Sistem Hukum sebagai middle theory

Sistim hukum merupakan suatu kesatuan sistim yang tersusun atas integritas sebagai komponen sistim hukum, yang masing-masing memiliki fungsi tersendiri dan terikat dalam kesatuan hubungan yang saling terkait, bergantung, mempengaruhi, bergerak dalam kesatuan proses, yakni proses sistim hukum untuk mewujudkan tujuan hukum. Oleh karena itu dapat dikatakan bahwa sistim hukum merupakan keseluruhan aspek dan elemen yang tersusun sebagai satu kesatuan terpadu tentang hukum.

Dalam studi ilmu hukum, kebanyakan orang terutama para sarjana hukum di Indonesia sangat dipengaruhi oleh pandangan Lawrence Friedman tentang sistem hukum. Menurut Laurence M. Friedman, sistem hukum mencakup tiga komponen atau sub-sistem, yaitu komponen struktur, substansi hukum, dan budaya hukum. Secara sederhana, teori Friedmann

itu memang sulit dibantah kebenarannya. Namun, kurang disadari bahwa teori Friedman tersebut sebenarnya didasarkan atas perspektifnya yang bersifat sosiologis (sociological jurisprudence). Yang hendak diuraikannya dengan teori tiga sub-sistem struktur, substansi, dan kultur hukum itu tidak lain adalah bahwa basis semua aspek dalam sistem hukum itu adalah budaya hukum.

Sistem hukum bila ditinjau dari strukturnya, lebih mengarah pada lembaga-lembaga (pranata-pranata), seperti legislatif, eksekutif, dan yudikatif, bagaimana lembaga tersebut menjalankan fungsinya. Struktur berarti juga berapa anggota yang duduk sebagai anggota legislatif, apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan presiden, bagaimana aparat penegak hukum menjalankan tugasnya dan lainnya. Dengan kata lain sistem struktural yang menentukan bisa atau tidaknya hukum dilaksanakan dengan baik.

Bila ditinjau dari dari substansinya, sistem hukum diarahkan pada pengertian mengenai ketentuan yang mengatur tingkah laku manusia, yaitu peraturan, norma-norma dan pola perilaku masyarakat dalam suatu sistem. Dengan demikian, substansi hukum itu pada hakikatnya mencakup semua peraturan hukum, baik tertulis maupun tidak tertulis, seperti keputusan pengadilan yang dapat menjadi peraturan baru ataupun hukum baru, hukum materiil (hukum substantif), hukum formil, dan hukum adat. Dengan kata lain substansi juga menyangkut hukum yang hidup (living

law), dan bukan hanya aturan yang ada dalam undang-undang (law in books).

Sedangkan bila ditinjau dari budaya hukum, lebih mengarah pada sikap masyarakat, kepercayaan masyarakat, nilai-nilai yang dianut masyarakat dan ide-ide atau pengharapan mereka terhadap hukum dan sistem hukum. Dalam hal ini kultur hukum merupakan gambaran dari sikap dan perilaku terhadap hukum, serta keseluruhan faktor-faktor yang menentukan bagaimana sistem hukum memperoleh tempat yang sesuai dan dapat diterima oleh warga masyarakat dalam kerangka budaya masyarakat. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat, maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat selama ini. Secara sederhana tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum, merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum.

Lebih lanjut Lawrence M Friedman mengemukakan bahwa efektif dan berhasil tidaknya penegakan hukum tergantung tiga unsur sistem hukum, yakni struktur hukum (*struktur of law*), substansi hukum (*substance of the law*) dan budaya hukum (*legal culture*). Struktur hukum menyangkut aparat penegak hukum, substansi hukum meliputi perangkat perundang-undangan dan budaya hukum merupakan hukum yang hidup (*living law*) yang dianut dalam suatu masyarakat.

Tentang struktur hukum Friedman menjelaskan.⁶⁷

“To begin with, the legal system has the structure of a legal system consist of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction ...Structure also means how the legislature is organized ...what procedures the police department follow, and so on. Structure, in way, is a kind of cross section of the legal system...a kind of still photograph, with freezes the action.”

Struktur dari sistem hukum terdiri atas unsur berikut ini, jumlah dan ukuran pengadilan, yurisdiksi nya (termasuk jenis kasus yang berwenang mereka periksa), dan tata cara naik banding dari pengadilan ke pengadilan lainnya. Struktur juga berarti bagaimana badan legislative ditata, apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan oleh presiden, prosedur apa yang diikuti oleh kepolisian dan sebagainya. Jadi struktur (*legal struktur*) terdiri dari lembaga hukum yang ada dimaksudkan untuk menjalankan perangkat hukum yang ada.

Struktur adalah pola yang menunjukkan tentang bagaimana hukum dijalankan menurut ketentuan-ketentuan formalnya. Struktur ini menunjukkan bagaimana pengadilan, pembuat hukum dan badan serta proses hukum itu berjalan dan dijalankan.

⁶⁷. http://www.zenhadianto.blogspot.com/2014/teori_sistimhukum-html, diakses, Selasa, 4 Nop 2014

Struktur Hukum yang kemudian dikembangkan di Indonesia terdiri dari :

1. Kehakiman (Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Pokok-pokok kekuasaan Kehakiman)
2. Kejaksaan (Undang-undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan)
3. Kepolisian (Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian RI)
4. Advokat (Undang-undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat)

Struktur berhubungan dengan institusi dan kelembagaan hukum, bagaimana dengan polisinya, hakimnya, jaksa dan pengacaranya. Semua itu harus ditata dalam sebuah struktur yang sistemik.

Substansi hukum menurut Friedman adalah.⁶⁸

“Another aspect of the legal system is its substance. By this is meant the actual rules, norm, and behavioral patterns of people inside the system ...the stress here is on living law, not just rules in law books”.

Aspek lain dari sistem hukum adalah substansinya. Yang dimaksud dengan substansinya adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam system itu. Jadi substansi hukum menyangkut peraturan perundang-undangan yang berlaku yang

⁶⁸ . <http://www.zenhadianto,ibid>,

memiliki kekuatan yang mengikat dan menjadi pedoman bagi aparat penegak hukum.

Sedangkan mengenai budaya hukum, Friedman berpendapat.

“The third component of legal system, of legal culture. By this we mean people’s attitudes toward law and legal system their belief ...in other word, is the eliminate of social thought and social force which determines how law is used, avoided, or abused”.

Kultur hukum menyangkut budaya hukum yang merupakan sikap manusia (termasuk budaya hukum aparat penegak hukumnya) terhadap hukum dan sistem hukum. Sebaik apapun penataan struktur hukum untuk menjalankan aturan hukum yang ditetapkan dan sebaik apapun kualitas substansi hukum yang dibuat tanpa didukung budaya hukum oleh orang-orang yang terlibat dalam sistem dan masyarakat maka penegakan hukum tidak akan berjalan secara efektif.

Hukum sebagai alat untuk mengubah masyarakat atau rekayasa sosial tidak lain hanya merupakan ide-ide yang ingin diwujudkan oleh hukum itu. Untuk menjamin tercapainya fungsi hukum sebagai rekayasa masyarakat kearah yang lebih baik, maka bukan hanya dibutuhkan ketersediaan hukum dalam arti kaidah atau peraturan, melainkan juga adanya jaminan atas perwujudan kaidah hukum tersebut ke dalam praktek hukum, atau dengan kata lain, jaminan akan adanya penegakan hukum (*law enforcement*) yang baik.

Penegakan hukum merupakan suatu usaha untuk mewujudkan suatu ide-ide menjadi kenyataan. Proses perwujudan ide-ide tersebut merupakan hakekat dari penegakan hukum. Penegakan hukum adalah suatu proses untuk mewujudkan keinginan-keinginan hukum menjadi kenyataan.⁶⁹

Penegakan Hukum adalah proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam lalu lintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara.⁷⁰

Ditinjau dari sudut subjeknya, penegakan hukum itu dapat dilakukan oleh subjek yang luas dan dapat pula diartikan sebagai upaya penegakan hukum oleh subjek dalam arti yang terbatas atau sempit. Dalam arti luas, proses penegakan hukum itu melibatkan semua subjek hukum dalam setiap hubungan hukum. Siapa saja yang menjalankan aturan normatif atau melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu dengan mendasarkan diri pada norma aturan hukum yang berlaku, berarti dia menjalankan atau menegakkan aturan hukum. Dalam arti sempit, dari segi subjeknya itu, penegakan hukum itu hanya diartikan sebagai upaya aparatur penegakan hukum tertentu untuk menjamin dan memastikan bahwa suatu aturan hukum berjalan

⁶⁹ . Pengantar Ilmu Hukum [http://www.dekur27.blogspot.com/2013/Pengantar Ilmu Hukum sub penegakan hukum](http://www.dekur27.blogspot.com/2013/Pengantar%20Ilmu%20Hukum%20sub%20penegakan%20hukum), diakses, Kamis, 30 Okt 2014

⁷⁰ . Jimly, Penegakan Hukum [http://www.jimly.com/makalah/namafile/56/penegakan hukum](http://www.jimly.com/makalah/namafile/56/penegakan%20hukum), diakses, Selasa, 14 Okt 2014

sebagaimana seharusnya. Dalam memastikan tegaknya hukum itu, apabila diperlukan, aparaturnya penegak hukum itu diperkenankan untuk menggunakan daya paksa.

Pengertian penegakan hukum itu dapat pula ditinjau dari sudut objeknya, yaitu dari segi hukumnya. Dalam hal ini, pengertiannya juga mencakup makna yang luas dan sempit. Dalam arti luas, penegakan hukum itu mencakup pula nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya bunyi aturan formal maupun nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat. Tetapi, dalam arti sempit, penegakan hukum itu hanya menyangkut penegakan peraturan yang formal dan tertulis saja.

Karena itu, penerjemahan perkataan '*law enforcement*' ke dalam bahasa Indonesia dalam menggunakan perkataan 'penegakan hukum' dalam arti luas dan dapat pula digunakan istilah 'penegakan peraturan' dalam arti sempit. Perbedaan antara formalitas aturan hukum yang tertulis dengan cakupan nilai keadilan yang dikandungnya ini bahkan juga timbul dalam bahasa Inggris sendiri dengan dikembangkannya istilah "*the rule of law*" versus "*the rule of just law*" atau dalam istilah "*the rule of law and not of man*" versus istilah "*the rule by law*" yang berarti "*the rule of man by law*". Dalam istilah "*the rule of law*" terkandung makna pemerintahan oleh hukum, tetapi bukan dalam artinya yang formal, melainkan mencakup pula nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya. Karena itu, digunakan istilah

“the rule of just law”. Dalam istilah *“the rule of law and not of man”* dimaksudkan untuk menegaskan bahwa pada hakikatnya pemerintahan suatu negara hukum modern itu dilakukan oleh hukum, bukan oleh orang. Istilah sebaliknya adalah *“the rule by law”* yang dimaksudkan sebagai pemerintahan oleh orang yang menggunakan hukum sekedar sebagai alat kekuasaan belaka.

Hukum dan Penegakan Hukum adalah satu kesatuan yang tak dapat dipisahkan, keduanya harus bisa berjalan secara sinergis. substansi (isi) hukum yang termuat dalam berbagai peraturan perundangan hanya akan menjadi sampah tanpa ditopang dengan sistem hukum serta budaya hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat.

Dalam penegakan hukum yang hendak ditegakkan mencakup pengertian hukum formal dan hukum materiel. Hukum formal hanya bersangkutan dengan peraturan perundang-undangan yang tertulis, sedangkan hukum materiel mencakup pula pengertian nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dalam bahasa yang tersendiri, kadang-kadang orang membedakan antara pengertian penegakan hukum dan penegakan keadilan. Penegakan hukum dapat dikaitkan dengan pengertian *“law enforcement”* dalam arti sempit, sedangkan penegakan hukum dalam arti luas, dalam arti hukum materiel, diistilahkan dengan penegakan keadilan.

Istilah-istilah itu dimaksudkan untuk menegaskan bahwa hukum yang harus ditegakkan itu pada intinya bukanlah norma aturan itu sendiri, melainkan nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya. Memang ada doktrin yang membedakan antara tugas hakim dalam proses pembuktian dalam perkara pidana dan perdata. Dalam perkara perdata dikatakan bahwa hakim cukup menemukan kebenaran formil belaka, sedangkan dalam perkara pidana baru lah hakim diwajibkan mencari dan menemukan kebenaran materiel yang menyangkut nilai-nilai keadilan yang harus diwujudkan dalam peradilan pidana.

Namun demikian, hakikat tugas hakim itu sendiri memang seharusnya mencari dan menemukan kebenaran materiel untuk mewujudkan keadilan materiel, baik dalam bidang pidana maupun di lapangan hukum perdata.

Pengertian kita tentang penegakan hukum sudah seharusnya berisi penegakan keadilan itu sendiri, sehingga istilah penegakan hukum dan penegakan keadilan merupakan dua sisi dari mata uang yang sama.⁷¹

2. Teori Bekerjanya Hukum sebagai meddle theory

Bekerjanya hukum dimulai dengan pembuatan hukum, pembuatan hukum merupakan pencerminan model masyarakatnya. Menurut Chambliss dan Seidman, model masyarakat dapat dibedakan dalam 2 model, yaitu :

⁷¹. Jimly Assiddiqie, *ibid*

1. Model Kesepakatan Nilai-nilai (*value consensus*)

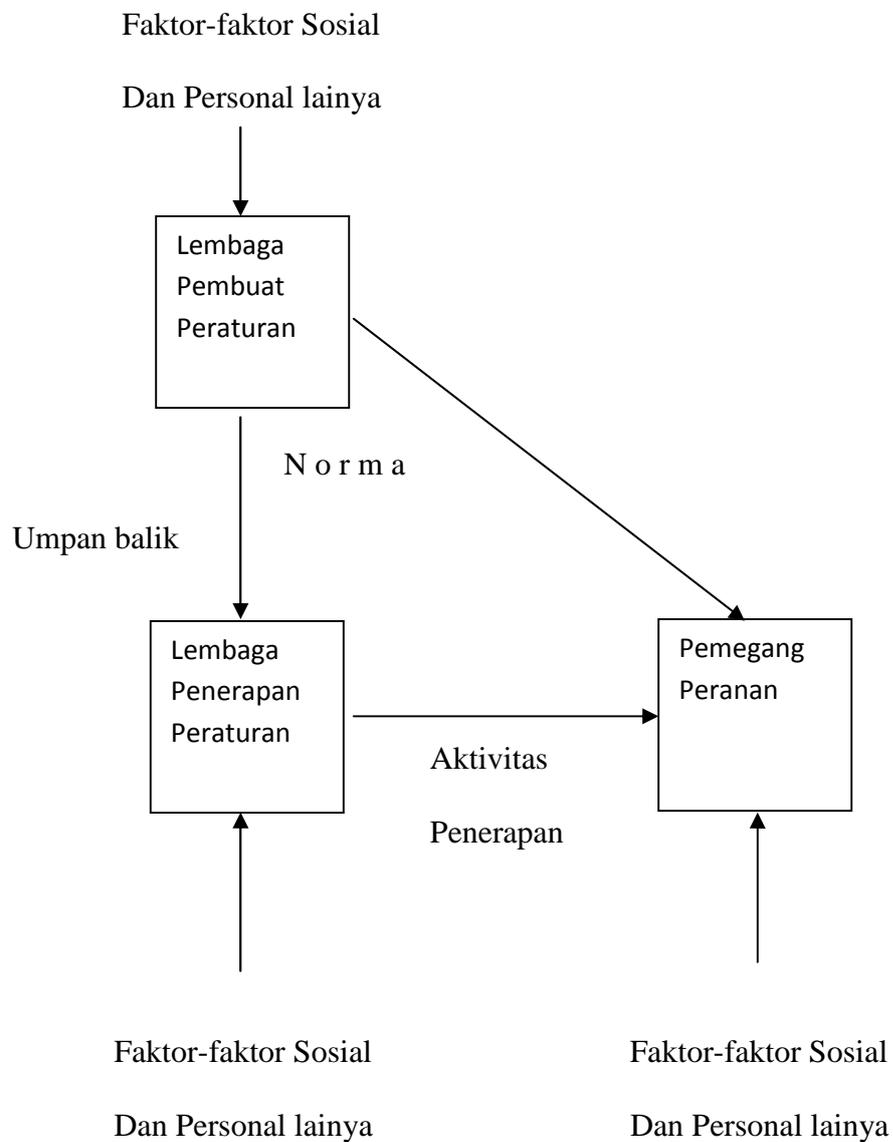
Bahwa pembuatan Hukum adalah menetapkan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Pembuatan hukum merupakan pencerminan nilai-nilai yang disepakati oleh warga masyarakat.

2. Model Masyarakat konflik

Bahwa pembuatan Hukum dilihat sebagai proses adu kekuatan, negara merupakan senjata di tangan lapisan masyarakat yang berkuasa. Sekalipun terdapat pertentangan nilai-nilai, Negara tetap dapat berdiri sebagai badan tidak memihak (*value-neutral*).

Teori yang digunakan untuk melakukan analisis teoritis tentang pembentukan hukum dan implementasinya (tentang bekerjanya hukum) didayagunakan untuk melakukan analisis tentang pembentukan hukum sekaligus juga untuk melakukan analisis terhadap implementasi hukum. Menurut teori ini, pembentukan hukum dan implementasinya tidak akan lepas dari pengaruh atau asupan kekuatan-kekuatan sosial dan personal, terutama pengaruh atau asupan kekuatan sosial politik. Itulah sebabnya kualitas dan karakter hukum juga tidak lepas dari pengaruh bekerjanya kekuatan-kekuatan dan personal tersebut, terutama kekuatan-kekuatan politik pada saat hukum itu dibentuk.

Model tentang bekerjanya hukum dilukiskan dalam bagan sebagai berikut



Dari model bekerjanya hukum tersebut, oleh Seidman dirumuskan beberapa pernyataan teoretis sebagai berikut:⁷²

⁷² . Satjipto Rahardjo, Hukum dan Masyarakat, Angkasa Bandung, 1981, h, 27-28.

- (1) Setiap peraturan hukum memberitahu tentang bagaimana seseorang pemegang peran diharapkan bertindak .
- (2) Bagaimana seseorang pemegang peran itu akan bertindak sebagai suatu respons terhadap peraturan hukum, merupakan fungsi peraturan-peraturan yang ditujukan kepadanya, sanksi-sanksinya, aktivitas dari lembaga-lembaga pelaksanaannya, serta dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang mengenai dirinya;
- (3). Bagaimana lembaga-lembaga pelaksana itu akan bertindak sebagai respons terhadap peraturan-peraturan hukum, merupakan fungsi peraturan-peraturan hukum yang ditujukan kepada mereka, sanksi-sanksinya, keseluruhan kompleks kekuatan-kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang mengenai diri mereka, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran;
- (4). Bagaimana para pembuat undang-undang itu akan, merupakan fungsi peraturan-peraturan yang mengatur tingkah laku mereka, sanksi-sanksinya, keseluruhan kompleks kekuatan-kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang mengenai diri mereka, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peranan serta birokrasi ;

Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pembuat undang-undang sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung

dan dikendalikan oleh berfungsinya peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-saksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas mereka, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi.

Dengan demikian, hukum dan politik yang berpengaruh dan tak dapat dipisahkan dari hukum yang bekerja di dalam masyarakat. Bahwa hukum itu untuk masyarakat, sebagaimana teori *living law*. Fungsi-fungsi hukum hanya mungkin dilaksanakan secara optimal, jika hukum memiliki kekuasaan dan ditunjang oleh kekuasaan politik. Meskipun kekuasaan politik memiliki karakteristik tidak ingin dibatasi, sebaliknya hukum memiliki karakteristik untuk membatasi segala sesuatu melalui aturan-aturannya. Yang demikian agar tidak timbul penyalahgunaan kekuasaan dan kesewenang-wenangan, sebaliknya kekuasaan politik menunjang terwujudnya fungsi hukum dengan “menyuntikan’ kekuasaan pada hukum, yaitu dalam wujud sanksi hukum.

Wibawa hukum memperlancar bekerjanya hukum sehingga perilaku orang menjadi positif terhadap hukum. Wibawa hukum tidak hanya berkaitan dengan hal-hal yang rasional, tetapi lebih daripada itu mengandung unsur-unsur spiritual, yaitu kepercayaan. Kewibawaan hukum dapat dirumuskan sebagai suatu kondisi psikologis masyarakat yang menerima dan meng hormati hukumnya.

Chambliss dan Seidman mengemukakan adanya pengaruh-pengaruh kekuatan sosial dalam bekerjanya hukum. Implementasi ketentuan peraturan perundangan yang mengatur tentang pertanggungjawaban di depan hukum juga dipengaruhi oleh budaya hukum pelaku yang ada di masyarakat. Kekuatan sosial keagamaan juga mempengaruhi bekerjanya hukum di masyarakat. Mayoritas penduduk Indonesia adalah beragama Islam, oleh karena itu adalah wajar jika mereka mengamalkan ajaran syari`at agamanya sebagai wujud ketaatan kepada Tuhan. Kekuatan sosial yang terbangun dalam tradisi masyarakat ini mempengaruhi bekerjanya hukum termasuk aturan tentang pertanggungjawaban hukum yang terdapat dalam peraturan perundangan di Indonesia.

Bredemeier mengembangkan teori Parsons dan menekankan fungsi hukum sebagai sarana pengintegrasikan dan memperlancar interaksi sosial di dalam masyarakat didasarkan pendapat bahwa keserasian antara warga masyarakat dengan norma yang mengaturnya menciptakan suatu keserasian dalam hubungan di dalam masyarakat yang bersangkutan. Oleh karena itu, menjadi hal yang tidak logis kalau sebagian dari hukum yang diberlakukan di Indonesia adalah hukum yang tidak sesuai dengan norma-norma atau nilai-nilai yang terkandung di dalam Pancasila. Apabila hal ini terus dipaksakan berarti terjadi ketidakserasian dalam hubungan bermasyarakat.

Memberlakukan peraturan perundangan peninggalan kolonial Belanda di Indonesia pasca proklamasi kemerdekaan (hingga saat ini), sifatnya adalah sementara dan darurat. Oleh karena itu, 63 tahun setelah merdeka adalah waktu yang cukup lama untuk menanti terwujudnya hukum nasional Indonesia yang sesuai dengan paradigma Pancasila

Bredemeier menempatkan pengadilan sebagai pusat kegiatan kerja hukum. Hukum menerima asupan (*input*) dari bidang ekonomi, politik dan budaya untuk diolah menjadi keluaran (*output*) yang dikembalikan kepada masyarakat. Apabila institusi hukum hendak berfungsi sebagai sarana pengintegrasian, maka ia harus diterima, diakui dan dimanfaatkan oleh masyarakat. Menurut Satjipto Rahardjo, pekerjaan hukum serta hasil-hasilnya tidak hanya merupakan urusan hukum, melainkan merupakan bagian dari proses kemasyarakatan yang lebih besar. Peraturan dapat berfungsi secara efektif dan disegani atau ditaati apabila terdapat ikatan psikologis dengan para pengemban peraturan itu sendiri.

Sejalan dengan pendapat Satjipto Rahardjo, Lawrence M. Friedman menyatakan bahwa, sistem hukum akan bekerja jika terdapat kekuatan-kekuatan sosial (*social forces*) yang menggerakkan hukum. Kekuatan-kekuatan sosial itu terdiri dari elemen nilai dan sikap sosial yang dinamakan budaya hukum (*legal culture*). Menurut Friedman, istilah *Social Forces* merupakan sebuah abstraksi yang tidak secara

langsung menggerakkan sistem hukum, tetapi perlu diubah menjadi tuntutan-tuntutan formal untuk menggerakkan bekerjanya sistem hukum di pengadilan.

Teori sistem hukum dan teori bekerjanya hukum merupakan middle theory, yang nantinya akan digunakan untuk menjelaskan permasalahan-permasalahan dalam penelitian sekaligus digunakan untuk membatasi ruang lingkup permasalahan yang ada.

Teori sistem hukum dan teori bekerjanya hukum juga akan dipergunakan untuk menjelaskan tentang paradigma yang akan diteliti, agar ditemukan dasar analisa bagi pemberian ganti kerugian yang diakibatkan oleh seseorang, tenaga kesehatan, dan / atau penyelenggara kesehatan yang menimbulkan kerugian akibat kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan kesehatan. Sehingga nanti akan diperoleh rasa keadilan dan kesejahteraan masyarakat. Teori ini dipakai sebagai dasar bagi penyelesaian perselisihan pelayanan kesehatan bagi pasien Rumah Sakit diakibatkan karena kesalahan / kelalaian.

3 Teori Hukum Progresif sebagai applied teory.

Hukum progresif merupakan koreksi terhadap kelemahan sistem hukum modern yang sarat dengan birokrasi serta ingin membebaskan diri dari dominasi suatu tipe hukum liberal. Tujuannya agar para penegak

hukum tidak melihat suatu peraturan atas apa yang tertulis saja. Seperti yang terjadi selama ini dimana penegak hukum telah terjebak dalam cara berhukum positivisme yang sempit dan kurang diliputi semangat untuk mengeksplorasi pemenuhan rasa keadilan yang lebih kontekstual.⁷³

Agenda reformasi yang menjadi tuntutan masyarakat adalah bagaimana terpenuhinya rasa keadilan ditengah masyarakat. Namun didalam realitanya, ukuran rasa keadilan masyarakat itu tidak jelas. Menurut Hakim Agung Abdul Rachman Saleh, rasa keadilan masyarakat yang dituntut harus mampu dipenuhi oleh para hakim itu tidak mudah. Hal ini dikarenakan ukuran rasa keadilan masyarakat tidak jelas.

Dalam diskursus pemikiran hukum di Indonesia, label tentang "hukum progresif" sudah sangat sering terdengar. Salah satu faktor dari cepatnya penyebaran gaung tersebut tidak lain karena memang eksponen utamanya, yakni Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, S.H., adalah seorang kolumnis yang sangat produktif. Produktivitas Pak Tjip (demikian panggilan akrab untuk beliau), tampaknya berangkat dari motto hidupnya sebagai intelektual, yakni seorang intelektual adalah orang yang berpikir dengan tangannya. Faktor lain yang mempopulerkan hukum progresif adalah munculnya sekelompok orang - orang muda

⁷³. Ridwan, memunculkan Karakter Hukum Progresif Dari Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik Solusi Pencarian dan Penemuan Keadilan Substantive, Jurnal Hukum Pro Justitia, Vol 26 No. 2 April 2008, Bandung, Fak Hukum UNPAR dalam A.Sukris Sarmadi dalam Membebaskan Positivisme Hukum keranah Hukum Progresif (Studi Pembacaan teks Hukum Bagi Penegak Hukum), Jurnal Dinamika Hukum, Vol. 12, No 2 mei 2012 Fak.Hukum UNSOED Purwokerto.

yang "tergoda" dengan corak berpikir di luar arus utama (*mainstream*) seperti diajukan Pak Tjip. Berkat semangat dan bantuan orang-orang muda inilah karya-karya lama Pak Tjip itu dapat dikompilasi dan dikemas ulang untuk kemudian disajikan kembali kepada para pemerhati dan pegiat hukum di Tanah Air.

Tokoh yang melahirkan teori hukum progresif ini adalah Satjipto Rahardjo, teori ini berawal dari keprihatinan beliau terhadap keterpurukan hukum di Indonesia, beberapa kritiknya yang sering dilontarkan baik berupa wacana lisan maupun tulisan antara lain dikatakan bahwa:

“Hukum itu sudah cacat sejak dilahirkan, hal ini sejatinya adalah sebuah tragedi hukum. Masyarakat diatur hukum yang penuh cacat, karena ketidakmampuannya untuk merumuskan secara tepat hal-hal yang ada dalam masyarakat. Akibatnya masyarakat diatur oleh hukum yang sudah cacat sejak lahir”

Progresif berasal dari kata *Progress* yang berarti kemajuan. Hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab problematika yang berkembang dalam masyarakat, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya aparat penegak hukum sendiri.

Gagasan hukum progresif bertolak dari pandangannya bahwa hukum harus di lihat sebagai suatu ilmu, oleh karenanya hukum tidak hanya dianggap selesai setelah tersusun sebagai peraturan perundang - undangan dengan kalimat yang telah tertata rapi dan sistematis, akan tetapi hukum harus selalu mengalami proses pemaknaan sebagai sebuah pendewasaan atau pematangan, sehingga dengan proses itulah hukum dapat menunjukkan jati dirinya sebagai sebuah ilmu, yaitu selalu berproses untuk mencari kebenaran. Salah satu dari sekian banyak idenya tentang hukum adalah apa yang disebut pemikiran hukum progresif, yaitu semacam refleksi dari perjalanan intelektualnya selama menjadi musafir ilmu. Esensi utama pemikirannya, berangkat dari konsep bahwa hukum bukan sebagai sebuah produk yang selesai ketika diundangkan atau hukum tidak selesai ketika tertera menjadi kalimat yang rapih dan bagus, tetapi melalui proses pemaknaan yang tidak pernah berhenti maka hukum akan menampilkan jati dirinya yaitu sebagai se buah ilmu. Proses pemaknaan itu digambarkannya sebagai sebuah proses pendewasaan sekaligus pematangan, sebagaimana sejarah melalui perodesasi ilmu memperlihatkan runtuh dan banggunya sebuah teori, yang dalam terminologi Kuhn disebut sebagai “lompatan paradigma “

Keadilan adalah inti atau hakikat hukum. Keadilan tidak hanya dapat dirumuskan secara matematis bahwa yang dinamakan adil bila

seseorang mendapatkan bagian yang sama dengan orang lain. Demikian pula, keadilan tidak cukup dimaknai dengan simbol angka sebagaimana tertulis dalam sanksi -sanksi KUHP, misalnya angka 15 tahun, 5 tahun, 7 tahun dan seterusnya. Karena keadilan sesungguhnya terdapat dibalik sesuatu yang tampak dalam angka tersebut (metafisis), terumus secara filosofis oleh petugas hukum / hakim.

Gagasan hukum progresif yang menekankan pada kualitas aparat penegak hukum ini pernah diungkapkan oleh Plato, bahwa hukum tidak akan berjalan dengan baik jika tidak didukung oleh faktor-faktor lain seperti sarana yang memadai, dana yang cukup, kebijakan instansi dan yang terpenting adalah aparat penegaknya. Aturan sebaik apapun tanpa diikuti dengan kualitas intelektual dan integritas yang baik, maka keadilan akan sulit untuk diwujudkan. Justeru meskipun hukumnya jelek akan tetapi kualitas aparatnya baik maka keadilan akan tetap dapat terwujud.

Hukum Progresif menjadikan ketulusan dan kejujuran sebagai mahkota penegakan hukum. Keadilan menjadi tujuan akhir dari proses penegakan hukum. Oleh karena itu ajaran hukum progresif ini mengutamakan sikap empati, kepedulian dan dedikasi dari para aparat penegak hukum untuk tegaknya keadilan, karena aparat penegak hukumlah sebagai ujung tombak penegak keadilan dimaksud.

Jika kita tetap bersandar pada posisi aturan hukum acara yang stagnan ini, maka tujuan hukum untuk terciptanya suatu keadilan akan sulit terwujud atau setidaknya-tidaknya masih ada cela hukum yang dapat membuat proses penegakan hukum menjadi terhambat. Menyikapi kondisi ini maka teori hukum progresif yang digagas oleh Satjipto Rahardjo sebagaimana diuraikan di atas dapat dijadikan landasan berpijak untuk menjawab problematika tersebut.

Teori hukum progresif ini termasuk dalam kelompok *Applied Theory* (Teori Terapan), dimana konsep-konsep yang ada dalam teori hukum progresif tersebut dapat dijadikan dasar analisa terhadap bahan dan fakta hukum guna mendeskripsi jawaban atas permasalahan pertama, dan kedua serta yang lebih penting lagi untuk menjawab demi terciptanya suatu keadilan bagi pasien yang merasa dirugikan karena pelayanan kesehatan yang dilakukan oleh dokter atau tenaga kesehatan.

3 Teori Islah / Kemaslahatan sebagai applied teory.

Teori *Ishlah* adalah teori yang bersumber dari Al-Quran. *Ishlah* disebut dalam ayat di dalam Al-Quran sebagai perbuatan yang sangat luhur dan memperoleh pahala yang besar dari Allah SWT sebagai disebutkan dalam Qur'an Surat An-Nisa ayat 114 dan QS Al Hujurat 9-10.

Kata *ishlah* adalah sebuah kata yang berasal dari kata bahasa arab *يصلح*, bentuk *masdar* (infinitif) dari akar kata *ص-ل-ح*, yang diambil dari komponen dasar *ص* - *ل* - *ح* dan diartikan oleh Ibnu Mandzur dalam *Lisan Al-Arabnya* sebagai antonim dari kata *فساد* (kerusakan)⁷⁴. Sementara itu, Ibrahim Madkour dalam *Al-Mu'jam Al-Wajiz* mengatakan bahwa kata *ishlah* mengandung dua makna: manfaat dan keserasian serta terhindar dari kerusakan. Jika kata tersebut berbentuk imbuhan maka berarti menghilangkan segala sifat permusuhan dan pertikaian antara kedua belah pihak.⁷⁵ Secara istilah, term *ishlah* dapat diartikan sebagai perbuatan terpuji dalam kaitannya dengan perilaku manusia.⁷⁶ Karena itu, dalam terminologi Islam secara umum, *ishlah* dapat diartikan sebagai suatu aktifitas yang ingin membawa perubahan dari keadaan yang buruk menjadi keadaan yang baik. Sementara menurut ulama fikih, kata *ishlah* diartikan sebagai perdamaian, yakni suatu perjanjian yang ditetapkan untuk menghilangkan persengketaan di antara manusia yang bertikai, baik individu maupun kelompok.⁷⁷

Ishlah disebut dalam beberapa ayat di dalam al-quran sebagai berikut:

⁷⁴Shalih Bin Abdullah dan Khathib Al-Haram, *Nadhratu An-Na'iim Fi Makaarim Akhlaak Ar-Rasul*, (Jeddah: Dar Al-Wasiilah, t.t), cet IV, jil. 2, hal. 364

⁷⁵Ibrahim Madkour, *Al-Mu'jam Al-Wajiz*, (t.p, t.t), hal. 518

⁷⁶E. van Donzel, B. Lewis, dkk (ed), *Encyclopedia of Islam*, (Leiden: E.J. Brill, 1990), Jil. IV, hlm. 141

⁷⁷Abu Muhammad Mahmud Ibn Ahmad al-Aynayni, *al-Bidāyah fi Syarh al-hidāyah*, (Dar al-Fikr, Beirut, t,th), Jil. 9, hlm. 3.

1. *Ishlah* antara sesama muslim yang bertikai dan antara pemberontak (muslim) dan pemerintah (muslim) yang adil;

بَيْنَ أَخْوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ

Artinya: "Orang-orang beriman itu sesungguhnya bersaudara. Sebab itu damaikanlah (perbaikilah hubungan) antara kedua saudaramu itu dan takutlah terhadap Allah, supaya kamu mendapat rahmat". (QS. al-Hujuraat: 10)

2. *Ishlah* antara suami-isteri yang di ambang perceraian; dengan mengutus al-hakam (juru runding) dari kedua belah pihak;

وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ الْإِلَهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا

Artinya: "Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. Jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-isteri itu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal". (Q.S.al-Nisa:35).

3. *Ishlah* memiliki nilai yang sangat luhur dalam pandangan Allah, yaitu pelakunya memperoleh pahala yang besar

لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا

Artinya: "Tidak ada kebaikan pada kebanyakan bisikan-bisikan mereka, kecuali bisikan-bisikan dari orang yang menyuruh (manusia) memberi sedekah, atau berbuat ma'ruf, atau mengadakan perdamaian di antara manusia. Dan barangsiapa yang berbuat demikian karena

mencari keredhaan Allah, maka kelak Kami memberi kepadanya pahala yang besar".(QS an-Nisa 114)

4. *Ishlah* itu baik, terutama *ishlah* dalam sengketa rumah tangga

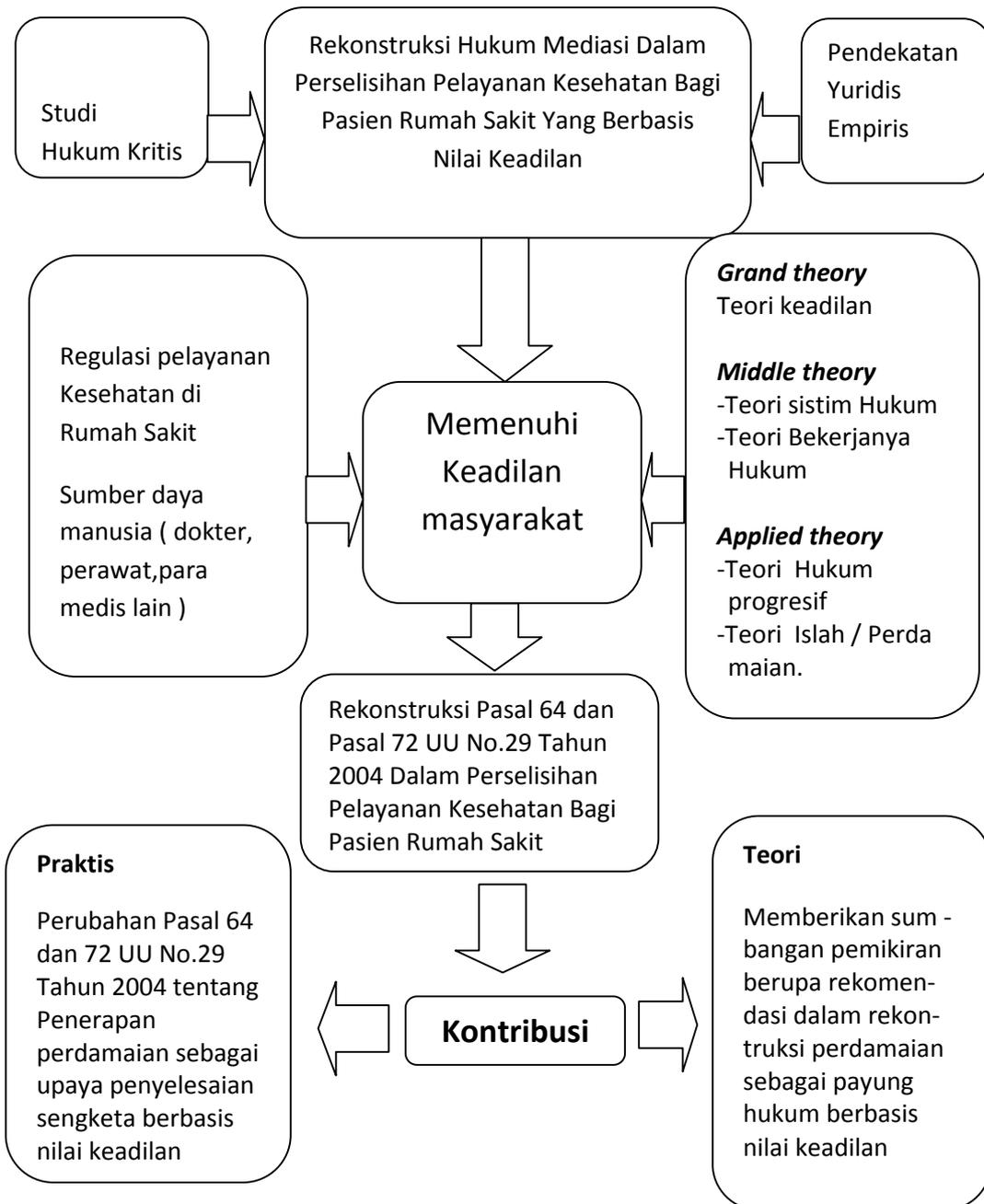
خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ

خَيْرٌ وَأَحْضَرْتِ الْآنَفُسُ الشَّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا

Artinya: " Dan jika seorang perempuan khawatir suaminya akan nusyuz atau bersikap tidak acuh, maka keduanya dapat mengadakan perdamaian yang sebenarnya, dan perdamaian itu lebih baik (bagi mereka) walaupun manusia itu menurut tabiatnya kikir. Dan jika kamu memperbaiki (pergaulan dengan istrimu) dan memelihara dirimu (dari nusyuz dan sikap acuh tak acuh), maka sungguh, Allah Maha Teliti terhadap apa yang kamu kerjakan. ".(QS an-Nisa 128)

Teori hukum progresif dan teori Islah ini termasuk dalam kelompok *Applied Theory* (Teori Terapan), dimana konsep-konsep yang ada dalam teori hukum progresif dan teori islah tersebut dapat dijadikan dasar analisa terhadap bahan dan fakta hukum untuk menjawab demi terciptanya suatu keadilan bagi pasien Rumah Sakit dalam perselisihan pelayanan kesehatan yang berbasis nilai keadilan

G. KERANGKA PEMIKIRAN DISERTASI



H. Metode Penelitian Disertasi.

Penelitian merupakan suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisa dan kontruksi, yang dilakukan secara methodologis, sistimatis dan konsisten.

Methodologis berarti sesuai dengan metode atau cara tertentu, sistematis adalah berdasarkan suatu sistem, sedangkan konsisten adalah tidak adanya hal-hal yang bertentangan dalam suatu kerangka tertentu.⁷⁸

1. Paradigma Penelitian

Menurut Harmon, paradigma adalah cara mendasar untuk mempersepsi, berpikir, menilai dan melakukan yang berkaitan dengan sesuatu secara khusus tentang realitas. Bogdan & Biklen, menyatakan bahwa paradigma adalah kumpulan longgar dari sejumlah asumsi, konsep, atau proposisi yang berhubungan secara logis, yang mengarahkan cara berpikir dan penelitian.⁷⁹ Dari dua definisi tersebut, dapat disimpulkan bahwa paradigma merupakan seperangkat konsep, keyakinan, asumsi, nilai, metode, atau aturan yang membentuk kerangka kerja pelaksanaan sebuah penelitian.

Paradigma dalam penelitian adalah paradigma kritikisme atau paradigma kritis yaitu paradigma dalam melakukan tafsir sosial atau pembacaan terhadap realitas masyarakat bertumpu pada :⁸⁰

1. Analisis struktural : membaca format politik, format ekonomi dan politik hukum suatu masyarakat, untuk menelusuri nalar dan

⁷⁸. Soerjono Sukanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 2012, h, 42.

⁷⁹. <http://www.parlindunganpardede.wordpress.com/paradigma>. diakses minggu, 3 nop 14

⁸⁰. <http://www.daiwanalbantani.wordpress.com/2013-paradigma-kritis>, diakses, senin, 3 nop 2014

mekanisme sosialnya untuk membongkar pola dan relasi sosial yang hegeminik, dominatif, dan eksploitatif.

2. Analisis ekonomi untuk menemukan variabel ekonomi politik baik pada level nasional maupun internasional.
3. Analisis kritis yang membongkar “*the dominant ideology*” baik itu berakar pada agama, nilai-nilai adat, ilmu atau filsafat. Membongkar logika dan mekanisme formasi suatu wacana resmi dan pola-pola eksklusif antar wacana.
4. Psikoanalisis yang akan membongkar kesadaran palsu dimasyarakat.
5. Analisis kesejarahan yang menelusuri dialektika antar tesis-tesis sejarah, ideologi, filsafat, aktor-aktor sejarah baik dalam level individual maupun sosial, kemajuan dan kemunduran suatu masyarakat.

2. Metode Pendekatan

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode pendekatan yuridis empiris. Berdasarkan pandangan Soetandyo Wignjosoebroto, penelitian hukum empiris merupakan penelitian-penelitian yang berupa studi-studi empirik untuk menemukan teori-teori mengenai proses bekerjanya hukum dalam masyarakat.⁸¹ Metode ini digunakan mengingat permasalahan yang akan dibahas adalah terkait dengan rekonstruksi hukum mediasi sebagai payung hukum dalam

⁸¹. Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Huma, Jakarta, 2002, h, 147. Lihat juga Joko Purwono, *Metode Penelitian Hukum*, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan RI, UNS, Surakarta, 1993, h, 17-18.

sengketa kedokteran berdasarkan keadilan hukum progresif. Metode pendekatan yuridis empiris merupakan suatu metode yang digunakan untuk memecahkan masalah dengan meneliti data sekunder terlebih dahulu, untuk kemudian dilanjutkan dengan mengadakan penelitian terhadap data primer untuk menemukan kenyataan hukum di lapangan.⁸² Selain penelitian terhadap data primer, penelitian juga dilakukan terhadap pasal-pasal yang terdapat dalam Undang-undang Kesehatan terkait masalah mediasi hukum.

3. Spesifikasi Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan gambaran yang bersifat deskriptif analitis. Bersifat deskriptif artinya penelitian ini diharapkan dapat menjelaskan gambaran tentang rekonstruksi hukum mediasi sebagai payung hukum dalam sengketa kedokteran berdasarkan keadilan hukum progresif. Bersifat analitis artinya dari hasil penelitian ini diharapkan dapat menguraikan berbagai temuan data baik primer maupun sekunder langsung diolah dan dianalisis dengan tujuan untuk memperjelas data tersebut secara kategori, penyusunan dengan sistematis dan selanjutnya dibahas atau dikaji secara logis.

4. Sumber Data

Sumber data yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

a. Data Primer

⁸². Soerjono Soekanto, *Pengertian Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1982, h,7

Data primer merupakan data atau fakta-fakta yang diperoleh langsung melalui penelitian di lapangan termasuk keterangan dari responden yang berhubungan dengan objek penelitian dan praktik yang dapat dilihat serta berhubungan dengan obyek penelitian, yaitu Rumah Sakit di Kab. Banyumas, IDI Kab. Banyumas serta masyarakat yang terlibat (pasien atau korban) dalam sengketa kedokteran dan praktisi hukum.

b. Data Sekunder

Data sekunder merupakan data yang secara tidak langsung yang memberikan bahan kajian penelitian dan bahan hukum yang berupa dokumen, arsip, peraturan perundang-undangan dan berbagai literatur lainnya. Data sekunder ini diperoleh dari.⁸³

1) Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang bersifat mengikat yang terdiri dari:

- a) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b) Undang-Undang RI Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa ;
- c) Undang-Undang RI Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktek Kedokteran;
- d) Undang-Undang RI Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan;

⁸³Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Pengantar Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, h, 13

- e) Undang-Undang RI Nomor 44 Tahun 2009 tentang Rumah Sakit;
 - f) Undang-Undang RI Nomor 36 tahun 2014 tentang Tenaga Kesehatan ;
 - g) Peraturan Pemerintah Nomor 32 Tahun 1996 tentang Tenaga Kesehatan ;
 - h) Peraturan Pemerintah Nomor 49 Tahun 2013 tentang Badan Pengawas Rumah Sakit ;
 - i) Keputusan Menkes Nomor 1333/Menkes/SK/XII/1999 tentang Standard Pelayanan Rumah Sakit ;
 - j) Peraturan Menteri Kesehatan RI Nomor 659 / Menkes / PER / VIII/2009 tentang Rumah Sakit Indonesia Kelas Dunia ;
 - k) Peraturan Menteri Kesehatan RI Nomor 340/Menkes /PER/ VIII/2010 tentang Klasifikasi Rumah Sakit ;
 - l) Peraturan Menteri Kesehatan RI Nomor 755/Menkes /PER /IV/2011 tentang Penyelengaraa Komite Medik di Rumah Sakit
 - m) Peraturan Perundang-undangan lainnya yang berhubungan dengan penelitian ini.
- 2) Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan-bahan hukum yang memberikan penjelasan dan petunjuk terhadap bahan hukum primer, yang terdiri dari:

- a) Berbagai literatur/buku-buku yang berhubungan dengan materi penelitian
 - b) Berbagai hasil seminar, lokakarya, simposium, dan penelitian karya ilmiah dan artikel lain yang berkaitan dengan materi penelitian
- 3) Bahan Hukum Tertier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, yang terdiri dari: Kamus Hukum, Kamus Inggris-Indonesia, Kamus Umum Bahasa Indonesia, dan Ensiklopedia.

5. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini diantaranya penelitian lapangan atau wawancara dan studi kepustakaan.

a. Studi Kepustakaan

Yaitu cara untuk memperoleh data dengan mempelajari data dan menganalisa atas keseluruhan isi pustaka dengan mengkaitkan pada permasalahan yang ada. Adapun pustakaan yang menjadi acuan adalah buku-buku, literatur, surat kabar, catatan atau tabel, kamus, peraturan perundangan, maupun dokumen-dokumen yang berhubungan dengan permasalahan dalam penulisan hukum ini.

b. Observasi

Observasi atau pengamatan adalah cara untuk memperoleh data dengan cara mengamati objek yang akan diteliti dengan ciri-ciri sebagai berikut:⁸⁴

1. Pengamatan mencakup seluruh konteks sosial alamiah dari perilaku manusia yang nyata ;
2. Menangkap gejala atau peristiwa yang penting, yang mempengaruhi hubungan sosial antara orang-orang yang diamati perilakunya ;
3. Menentukan apakah yang disebut sebagai kenyataan dari sudut pandangan hidup atau falsafah hidup dari pihak-pihak yang diamati
4. Mengidentifikasi keteraturan perilaku atau pola-polanya.

c. Penelitian Lapangan (Wawancara)

Penelitian lapangan merupakan penelitian dengan cara melakukan wawancara secara bebas terpimpin kepada obyek yang diteliti sehingga memperoleh data primer.

1) Lokasi Penelitian

Penelitian dilakukan dengan mengambil lokasi penelitian secara *purposive non random sampling*, yaitu di Rumah Sakit Umum Margono Soekarjo, Rumah Sakit Mitra Ibu, dan Rumah Sakit Umum Elisabeth di Kabupaten Banyumas.

2) Narasumber / Sampel

⁸⁴ . Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 2012, h, 22.

Dalam hal ini narasumber adalah pejabat terkait dan masyarakat yang diambil secara *purposive non random sampling*, yang ditujukan kepada :

- a) Kepala Rumah Sakit Umum Margono Soekarjo ;
- b) Ketua Ikatan Dokter Indonesia cabang Kab. Banyumas ;
- c) Kepala Rumah Sakit Umum Elisabeth ;
- d) Masyarakat (pasien yang mengalami kasus malpraktek, akademisi dan praktisi hukum yaitu pengacara yang menangani kasus malpraktek)

3).cara wawancara

Wawancara dilakukan secara bebas terpimpin, yang dilakukan secara terbuka dengan beberapa pertanyaan yang telah dipersiapkan terlebih dahulu, terkait kasus yang dialami, tuntutan, pihak yang terlibat serta hasil yang diperolehnya.

6. Teknik Analisis Data

Data yang diperoleh dari kegiatan penelitian selanjutnya dianalisis secara tepat untuk memecahkan suatu masalah hukum yang telah diteliti. Analisis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah analisis data deskriptif kualitatif, yaitu data yang diperoleh kemudian disusun secara sistematis yang kemudian dianalisis secara kualitatif untuk mencapai kejelasan masalah yang dibahas.

Data dalam penelitian ini dianalisis dengan menggunakan metode kualitatif empirik, di mana analisis sudah dilakukan bersama dengan proses pengumpulan data, selanjutnya terus sampai dengan waktu penulisan laporan dengan menjabarkan data yang diperoleh berdasarkan norma hukum atau kaidah hukum serta fakta hukum yang akan dikaitkan dengan permasalahan ini. Hal ini apabila dirasakan simpulan kurang maka perlu ada verifikasi kembali untuk mengumpulkan data dari lapangan dengan tiga komponen yang aktivitasnya berbentuk interaksi baik antar komponen maupun dengan proses pengumpulan data. Dalam bentuk ini, peneliti tetap bergerak di antara ketiga komponen analisis dengan proses pengumpulan data selama kegiatan-kegiatan pengumpulan data berlangsung.

I. SISTEMATIKA PENULISAN DISERTASI

Penyusunan dan pembahasan disertasi ini dibagi dalam 6 (enam) bab, yaitu :

Bab.I. Pendahuluan, berisi Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Manfaat Penelitian, Kerangka Konseptual, Kerangka Teori, Kerangka Pemikiran, Metode Penelitian, Sistematika Penulisan Disertasi dan Orisinalitas/Keaslian Penelitian.

Bab. II. Tinjauan Pustaka, berisi tentang Konsep Hukum Kesehatan, Pelayanan Kesehatan, Sengketa Pelayanan Kesehatan dan Mediasi Dalam Perselisihan Pelayanan Kesehatan Bagi Pasien Rumah Sakit.

Bab. III. Realitas Mediasi Dalam Perselisihan Pelayanan Kesehatan Bagi Pasien Rumah Sakit Saat Ini yang meliputi, Gambaran Umum Wilayah dan Pelayanan Kesehatan, Profil Pasien Yang Berselisih, Pelaksanaan Mediasi Dalam Sengketa Pelayanan Kesehatan Rumah Sakit Saat ini, Mediasi Kesehatan Antara Kepastian Hukum dan Keadilan

Bab. IV Perbandingan Mediasi Dalam Perselisihan Pelayanan Kesehatan Bagi Pasien Rumah Sakit Di Berbagai Negara yang meliputi, Perbandingan Model Mediasi Di Jepang Dan Indonesia, Model Mediasi Kesehatan Di Malaysia, Model Mediasi Kesehatan Di Singapura

Bab. V. Rekonstruksi Mediasi Perselisihan Pelayanan Kesehatan Bagi Pasien Rumah Sakit Yang Berbasis Nilai Keadilan, yang meliputi ; Mediasi Dalam Perselisihan Pelayanan Kesehatan Bagi Pasien Rumah Sakit Berdasarkan sila ke 5 Pancasila dan UUD Negara RI Tahun 1945, Matriks Mediasi Dalam Penyelesaian Perselisihan Pelayanan Kesehatan Bagi Pasien Rumah Sakit Di Berbagai Negara, Rekonstruksi Mediasi Dalam Perselisihan Pelayanan Kesehatan Bagi Pasien Rumah Sakit Yang Berbasis Nilai Keadilan

Bab VI. Penutup yang berisi Simpulan, Saran-Saran dan Implikasi Kajian Disertasi.

J.ORISINALITAS / KEASLIAN PENELITIAN

Berdasarkan pengetahuan dari penelusuran penulis atas hasil-hasil penelitian yang sudah ada, penelitian sudah pernah dilakukan dalam tema dan permasalahan-permasalahan yang sama akan tetapi fokus bahasannya berbeda.

Tabel :1
Bahan Pembanding Hasil Penelitian

NO	JUDUL	PENULIS	KESIMPULAN/TEMUAN
1	<i>Law Relating To Medical Malpractice: A Compara-tive Study Betwe-en Indonesia And Malaysia</i>	Muh Endriyo Susila Disertasi <i>International Islamic University Malaysia</i> 2005	Malpraktik medis lebih dipahami sebagai kejahatan di Indonesia dan diatur dalam Kitab Undang-undang Hu-kum Pidana. Sementara di Malaysia dianggap sebagai “kealpaan medis” dan masuk urusan keperdataan
2	<i>The potential of alternative dispute resolution mechanisms in tackling the increase of lawsuits due to medical negligence in public hospitals</i>	Dennis Chamisa <i>University of Cape Town</i> 2013	Penelitian dilakukan di Afrika Selatan. Litigasi telah gagal dalam penanganan segudang medis kasus kelalaian medis. Dengan mekanisme ADR, penggunaan mediasi lebih menguntungkan dalam menyelesaikan kasus kela-laian medis, hubungan dok-ter-pasien pun akan terlindung. Penggunaan mediasi dalam kelalaian medis perselisihan selanjutnya mediasi harus diperluas ke yang lebih Pengadilan Tinggi.
3	Penyelesaian Sengketa Medik Antara Pasien Dengan Dokter Dan/Atau Dokter Gigi Serta Rumah	Margarita Veani Prajati Tesis Program Studi Ma-gister Ilmu Hukum Universitas Atma Jaya	Faktor-faktor kelemahan pasien antara lain faktor psikologis, faktor pendidikan dan ekonomi pasien menyebabkan pasien menga-lami kesulitan dalam mem-perjuangkan haknya. Penyelesaian sengketa

	Sakit Demi Mewujudkan Hak Pasien	Yogyakarta 2014	medik yang ditempuh melalui jalur litigasi dan non litigasi masih ditemukan kelemahan-kelemahan yang belum berpihak kepada pasien. Perlu dibentuk suatu wadah khusus penyelesaian sengketa medik yang berpihak kepada pasien selaku konsumen pelayanan kesehatan.
4	Implementasi Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Medik Dalam Perjanjian Terapeutik Antara Dokter dengan Pasien	Lalu M. Guntur WP Tesis Program Magister Ilmu Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Semarang 2011	Bagaimana perlindungan hukum pasien dalam perjanjian terapeutik, Mediasi menjadi salah satu upaya untuk menyelesaikan sengketa terapeutik, termasuk upaya pencegahannya.
5	Penyelesaian Sengketa Medik (Studi tentang Aspirasi dan Motivasi Pemilihan Model Penyelesaian Sengketa Medik Dokter dan Pasien Dengan	MI. Wiwik Yuni Hastuti Tesis Program Pasca UNSOED Purwokerto 2010	Penyelesaian sengketa melalui jalur Non Litigasi secara yuridis formal mendapat tempat dalam sistim hukum nasional, karena merupakan model penyelesaian sengketa yang sama sama menang (win win solution), sehingga para pihak yang terlibat sengketa merasakan tidak adanya pihak menang dan pihak yang kalah.

	Pendekatan Non Litigasi dalam Pelayanan Kesehatan di RSUD Banyumas)		
6	Studi tentang penerapan beban pembuktian terbalik dalam perkara medis dan implikasi yuridisnya terhadap perlindungan hukum pasien	Aris Priyadi Tesis Program Pasca UNSOED Purwokerto 2011	Beban pembuktian dapat diterapkan dalam perkara medis antara pasien dengan dokter dalam rangka perlindungan hukum pasien dan penggugat atau pasien tidak terbebani beban pembuktian terbalik dengan pertimbangan meringankan pasien dalam perkara di Pengadilan sekaligus perlindungan hukum terhadap pasien.

Pada penelitian-penelitian terdahulu yang penulis ketahui, fokus penelitiannya tertuju pada perlindungan hukum pasien atau upaya-upaya apa untuk memberikan perlindungan hukum yang harus dilakukan terhadap pasien dalam perjanjian terapeutik, apakah akibat hukum yang timbul apabila dalam perjanjian terapeutik tidak terpenuhi. Mengenai pelayanan kesehatan yang dilakukan oleh dokter atau rumah sakit, menyangkut kualitas pelayanan yang dilakukan oleh dokter atau rumah sakit terhadap pasien.

Dalam penelitian ini berusaha lebih fokus untuk menemukan *applied teori* baru yang belum ada dengan tujuan untuk merekonstruksi hukum yaitu Pasal 64 dan 72 Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran.

Agar dapat memberikan payung hukum terhadap proses tuntutan ganti rugi dasar tercapainya perdamaian antara korban dengan seseorang, tenaga kesehatan dan / atau penyelenggara kesehatan dalam pelayanan kesehatan bagi pasien di Rumah Sakit berbasis nilai keadilan. Dengan demikian penelitian ini adalah benar-benar merupakan penelitian yang baru dan asli sesuai dengan asas-asas keilmuan, yaitu jujur, rasional, objektif dan terbuka untuk dilakukan kritikan-kritikan yang bersifat membangun dengan tema dan permasalahan dalam penelitian ini.