

DISERTASI

**PRINSIP TANGGUNG GUGAT DALAM PRAKTIK KEDOKTERAN
TELEMEDICINE**

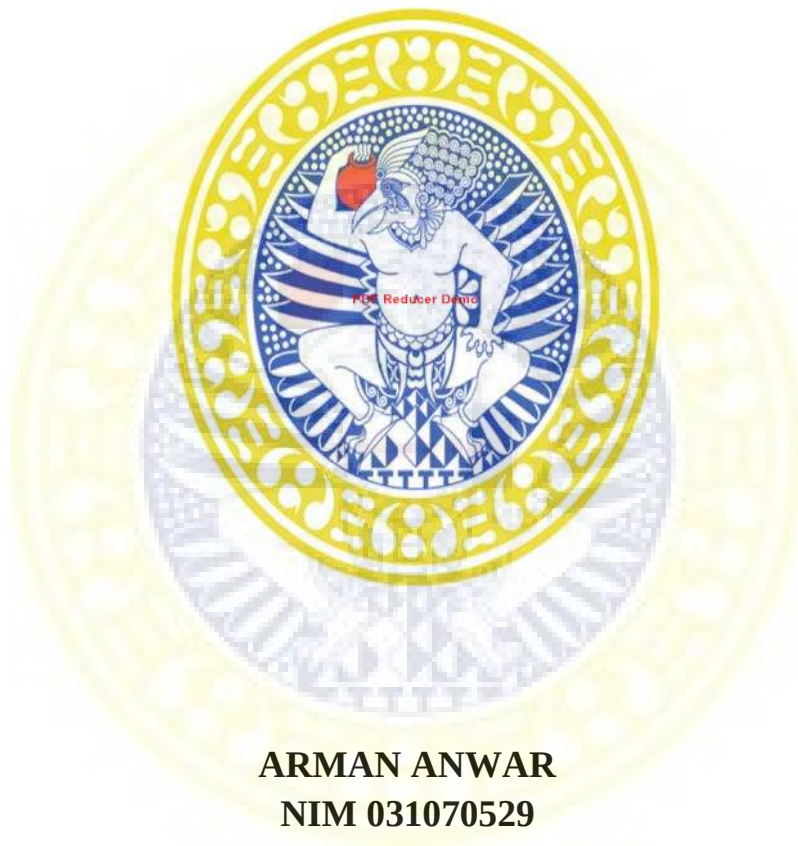


**ARMAN ANWAR
NIM 031070529**

**PROGRAM DOKTOR
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS AIRLANGGA
SURABAYA
2015**

DISERTASI

**PRINSIP TANGGUNG GUGAT DALAM PRAKTIK KEDOKTERAN
TELEMEDICINE**



**ARMAN ANWAR
NIM 031070529**

**PROGRAM DOKTOR
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS AIRLANGGA
SURABAYA
2015**

PRINSIP TANGGUNG GUGAT DALAM PRAKTIK KEDOKTERAN TELEMEDICINE

DISERTASI

**Untuk memperoleh Gelar Doktor Dalam Ilmu Hukum
Pada Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Airlangga
Dan Telah Dipertahankan Di Hadapan
Penyandang Ujian Doktor Terbuka
Pada Hari Rabu
Tanggal 22 April 2015
Pukul 10.⁰⁰ WIB**

**ARMAN ANWAR
NIM. 031070529**

**PROGRAM DOKTOR
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS AIRLANGGA
SURABAYA
2015**

LEMBAR PENGESAHAN

ADLN - Perpustakaan Universitas Airlangga

Promotor



Prof. Dr. Y. Sogar Simamora, S.H., M.Hum
NIP: 196101271986011003

Ko Promotor



Dr. Aktieva Tri Tjitrawati, S.H., M.Hum
NIP: 196401071989032001

Mengetahui
Ketua Program Doktor
Program Studi Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Airlangga



Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H.
NIP: 196203251986011001

PENETAPAN PANITIA PENGUJI DISERTASI

Disertasi ini telah diuji pada ujian tahap I (Tertutup)

Pada Hari/Tanggal: Selasa, 10 Maret 2015

PANITIA PENGUJI DISERTASI

Ketua : Prof. Dr. Eman S.H.,M.S.

Promotor : Prof. Dr. Yohanes Sogar Simamora, S.H.,M.Hum

Ko-Promotor : Dr. Aktieva Tri Tjitrawati, S.H.,M.Hum.

Anggota : Prof. Dr. Moch Isnaeni, S.H.,M.S.,
Dr. Sabir Alwi, S.H.,M.H.
Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H.,M.H.
Dr. Agung Sujatmiko, S.H.,M.H.
Dr. Lilik Pudjiastuti, S.H.,M.H.

Ditetapkan dengan Surat Keputusan

Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga

Nomor : 053/UN3.1.3/2015

Tanggal : 10 Maret 2015

PENETAPAN PANITIA PENYANGGAH DISERTASI

Disertasi ini telah diuji pada ujian tahap II (Terbuka)

Pada Hari/Tanggal: Rabu, 22 April 2015

PANITIA PENYANGGAH DISERTASI

Ketua : Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H.,M.H.

Sekretaris : Dr. Sukardi, S.H.,M.H.

Promotor : Prof. Dr. Yohanes Sogar Simamora, S.H.,M.Hum

Ko-Promotor : Dr. Aktieva Tri Tjitrawati, S.H.,M.Hum.

Anggota : Prof. Dr. Eman S.H.,M.S.

Prof. Dr. Moch Isnaeni, S.H.,M.S.,

Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H.,M.H.

Dr. Koesrianti, S.H.,LL.M.,Ph.D.

Dr. Sarwirini, S.H.,M.S.

Dr. Nurul Barizah, S.H.,LL.M.,Ph.D

Ditetapkan dengan Surat Keputusan

Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga

Nomor : 077/UN3.1.3/2015

Tanggal : 22 April 2015

UCAPAN TERIMA KASIH

Segala puji syukur penulis panjatkan kehadirat Allah SWT karena atas berkat, rahmat dan karuniaNya, disertasi ini akhirnya dapat penulis selesaikan. Penulisan disertasi ini dimaksudkan sebagai salah satu persyaratan dalam rangka menyelesaikan pendidikan Program Pascasarjana pada Program Studi Ilmu Hukum Universitas Airlangga.

Terima kasih dan apresiasi yang tak terhingga, penuh hormat dan penghargaan yang setinggi-tingginya penulis haturkan kepada Prof. Dr. Y. Sogar Simamora, S.H.,M.Hum, selaku Promotor, yang dengan penuh perhatian dan dedikasinya yang sangat tinggi dan kesabaran yang luar biasa telah memberikan dorongan dan arahan serta bimbingan dengan kemampuan dan keahlian akademik yang begitu tinggi selama proses penulisan disertasi ini. Tanpa bantuan, arahan dan bimbingan beliau tidak mungkin disertasi ini dapat diselesaikan. Semoga semua budi baik beliau mendapatkan limpahan berkat dari Tuhan Yang Maha Esa.

Terima kasih yang sedalam dalamnya penulis haturkan juga kepada Dr. Aktieva Tri Tjitrawati, S.H.,M.Hum, yang dengan tulus telah bersedia menjadi Ko-Promotor dan dengan ketulusan hatinya, penuh perhatian dan kesabaran telah memberikan arahan dan bimbingan selama penulisan disertasi ini, sehingga banyak memberikan kontribusi dalam menambah cakrawala keilmuan kepada penulis. Untuk itu, penulis doakan semoga budi baik beliau dibalas oleh Allah SWT dengan limpahan rahmat dan kelurganya selalu dilindungi oleh-Nya.

Terima kasih juga penulis ucapkan kepada Pemerintah Republik Indonesia cq Menteri Pendidikan dan kebudayaan melalui management Program Doktor yang

telah memberikan bantuan finansial dalam bentuk BPPS, sehingga meringankan beban dalam menyelesaikan studi S3 ini.

Rasa hormat, penghargaan dan ucapan terima kasih yang sebesar-besarnya juga penulis sampaikan kepada:

- Rektor Universitas Airlangga Prof. Dr. Fasich, Apt., dan segenap stafnya yang telah memberikan kesempatan dan fasilitas kepada penulis untuk mengikuti Program Doktor Ilmu Hukum di Universitas Airlangga.
- Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Prof Dr. Muchammad Zaidun, S.H.,M.S, dan segenap stafnya yang telah menyelenggarakan proses perkuliahan dan dengan ikhlas telah melayani semua urusan berkenaan dengan kegiatan Program Doktor ini.
- Direktur Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Prof. Dr. Sri Hajati, S.H.,M.S. beserta para Asisten Direktur dan staf pegawai yang telah memberikan bantuan administrasi, fasilitas, dan pelayanan selama pendidikan
- Ketua Program Studi Ilmu Hukum (S3) pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H.,M.H yang selalu memberikan dukungan moril bagi penulis selama melaksanakan studi. Demikian juga kepada Sekretaris Program Studi Ilmu Hukum (S3), Fifi Junita, S.H.,C.N.,M.H.,LLM.,Ph.D. yang telah memberikan perhatian dan membantu kelancaran administrasinya
- Seluruh Guru Besar dan staf pengajar penanggung jawab mata kuliah pada Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga yang telah mengajarkan ilmu pengetahuan dan mentransferkannya sehingga memperkaya khasanah ilmu bagi penulis

- Rektor Universitas Pattimura Ambon dan Dekan Fakultas Hukum Universitas Pattimura Ambon yang telah memberikan bantuan, kesempatan dan kepercayaan kepada penulis untuk melanjutkan studi pada Pascasarjana Universitas Airlangga.
- Seluruh Tim Penilai Naskah Kelayakan, Prof. Dr. Y. Sogar Simamora, S.H.,M.Hum., dan Dr. Aktieva Tri Tjitrawati, S.H.,M.Hum., Prof. Dr. Moch Isnaeni, S.H.,M.S., Prof. Dr. Eman, S.H.,M.H. Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H.,M.H., Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H.,M.H., Dr. Lilik Pujiastuti, S.H.,M.H. yang telah memberikan cacatan, kritik, komentar, masukan dan arahan dalam rangka menyempurnakan disertasi ini.
- Seluruh Tim Penguji Ujian Tahap I (Tertutup), Prof. Dr. Eman, S.H.,M.H. (Ketua). Prof. Dr. Y. Sogar Simamora, S.H.,M.Hum. (Promotor) dan Dr. Aktieva Tri Tjitrawati, S.H.,M.Hum. (Kopromotor), Dr. Sabir Alwi, S.H.,M.H. (Penguji Eksternal) dan Anggota Penguji, Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H.,M.H., Dr. Agung Sujatmiko, S.H.,M.H., Dr. Lilik Pujiastuti, S.H.,M.H. yang telah menguji disertasi penulis ini.
- Seluruh Tim Penyanggah Ujian Tahap II (Terbuka). Ketua: Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H.,M.H. Sekretaris: Dr. Sukardi, S.H.,M.H. Promotor: Prof. Dr. Yohanes Sogar Simamora, S.H.,M.Hum, Ko-Promotor : Dr. Aktieva Tri Tjitrawati, S.H.,M.Hum. Anggota: Prof. Dr. Eman S.H.,M.S., Prof. Dr. Moch Isnaeni, S.H.,M.S., Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H.,M.H., Dr. Koesrianti, S.H.,LL.M.,Ph.D., Dr. Sarwirini, S.H.,M.S.,Dr. Nurul Barizah, S.H.,LL.M.,Ph.D yang telah menyanggah disertasi penulis ini.

Atas kesediaan untuk diwawancarai dan berdiskusi serta memberikan berbagai masukan yang berharga kepada penulis, maka dalam kesempatan ini juga penulis ingin mengucapkan terima kasih kepada :

- Prof. Dr. Suhartono Taat Putra, Ketua Graha Masyarakat Ilmiah Kedokteran Fakultas Kedokteran Universitas Airlangga dan Anggota Dewan Riset Nasional (Komisi Teknis Teknologi Kesehatan dan Obat)
- Dr. Sabir Alwi. Wakil Ketua Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia (MKDK)
- dr. Anggraini Sp. Rad dan Ir. M. Puguh Arifianto, *Radiologists* dan Operator/*Provider* Sistem Elektronik R.S. Husada Utama Surabaya
- Hisal Saragih, S.H.,M.H., Kepala Bagian Hukum dan Organisasi RSUPN Dr. Cipto Mangunkusomo Jakarta

Terima kasih yang tidak terhingga tidak lupa penulis sampaikan secara khusus kepada Ibuku tercinta Sumarwaty, Ayahku Anwar Ismael (alm), Saudaraku Marwanis, Engelia, Jhoni, Armaida, Wahyuni, Sapril, Harnina dan Yusdi (saudara kakak beradik), dan Rosni Wahab, dan alm Nasrul (mertua) serta Istriku tercinta Nelvia Nelvita beserta anak-anakku tersayang Arnefa, Arnezul dan Arnedi dan kepada seluruh kerabat dan keluarga besar alm Anwar Ismail dan alm Nasrul St. Palembang yang telah membantu memberi motivasi dan doa agar penulis dapat sukses dalam penyelesaian studi.

Sahabat serta seluruh teman-teman pascasarjana, Program Studi Ilmu Hukum Angkatan 2010, dan kepada semua pihak yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu. Penulis ucapkan terima kasih atas segala kebaikan dan bantuannya, Semoga

Allah SWT memberikan balasan atas segala jasa dan bantuan yang tulus dan ikhlas kepada saudaraku semuanya. Amin

Surabaya, 22 April 2015

Penulis

Arman Anwar



RINGKASAN

Praktik kedokteran telemedicine merupakan praktik kedokteran dari jarak jauh yang dilakukan melalui sistem elektronik telemedicine untuk mengelaborasi kerjasama antara dokter spesialis dengan dokter pelayanan primer (*primer care physician/PCP*). Dokter spesialis memberikan pelimpahan wewenang tindakan medis kepada dokter primer (*primer care physician/PCP*) untuk selanjutnya dokter primer atas pelimpahan wewenang tersebut melakukan tindakan medis kepada pasien. Dalam perpekif hukum perdata, hubungan kerjasama ini melahirkan hubungan atasan dan bawahan yang berkonsekuensi pada pertanggunggugatan atas kerugian, dimana yang akan bertanggung gugat adalah atasan (doktrin *vicarious liability*). Fiksi hukumnya yaitu tindakan hamba (*sevant*) adalah tindakan tuan (*master*). Karena itu, tanggung gugat ini disebut tanggung gugat resiko (*risico aanspraklikheid*), dasar hukumnya adalah Pasal 1367 ayat (3) BW. Dalam hukum kesehatan doktrin ini dikenal dengan nama *respondead superior* diatur dalam Pasal 46 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2009 Tentang Rumah sakit, Pasal 65 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2014 Tentang Tenaga Kesehatan dan Pasal 32 Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2014 Tentang Keperawatan.

Dalam berbagai kasus tentang tanggung gugat resiko di pengadilan, tidak dapat dipungkiri bahwa hakim ketika menerapkan doktrin *vicarius liability/respondead superior* berlindung di balik frase *qui facit per allum facit per se*” yaitu bahwa seseorang yang berbuat melalui orang lain dianggap ia sendiri yang melakukannya, karena itu doktrin ini disebut juga doktrin *vicarious liability, let the master answer/respondead superior* atau dalam konotasi negatif dinamakan doktrin dompet tebal. Putusan dimaksud, sering dirasakan tidak adil sehingga menjadi

perdebatan dikalangan masyarakat maupun akademik. Kontroversi dari penerapan doktrin *vicarious liability* membentuk dua polarisasi pemikiran yang berbeda. Bagi kaum legalistik positivistik, setuju atas putusan hakim tersebut karena menurut mereka keadilan dapat dideduksi secara logis dari peraturan-peraturan tanpa perlu menunjuk kepada tujuan-tujuan sosial, kebajikan, serta moralitas, betapapun tidak adil dan terbatasnya bunyi undang-undang yang ada. Hukum adalah tetap perintah undang-undang yang harus dilaksanakan karena dari situ kepastian hukum bisa ditegakkan. Pandangan *legalistic positivistis* tersebut ditentang oleh kalangan yang berpandangan bahwa prinsip kebajikan dan moralitas harus dipertimbangkan dalam mengukur validitas hukum. Hakim berkewajiban mencari keadilan diluar hukum dengan menerapkan rasa keadilan yang ada dalam masyarakat, bukan sebagai corong undang-undang. Pemikiran inilah yang dianut oleh faham *Sociological Jurisprudence*. Dari dua aliran hukum diatas maka terdapat dua preferensi nilai tentang keadilan yang berbeda, yang satu berdasarkan pada keadilan hukum (*legal justice*), sedangkan yang lain menilainya dalam konteks keadilan moral (*moral justice*). Indonesia tidak mempertentangkan keduanya bahkan sebaliknya dijadikan saling melengkapi berdasarkan Pasal 24 ayat 1 UUD 1945 yang menyebutkan kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menentukan hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Dari sisi keadilan bertanggung gugat juga tidak kalah dinamisnya, sebagian berpendirian bahwa pertanggunggugatan terbatas dalam keadilan korektif (*corrective*

justice theory) sehingga seakan hanya melihat tanggung gugat pada pemulihan hak atau hak korektif setelah kejadian saja, tanpa melihat sifat dasar kejadian itu sendiri dan upaya pencegahannya. Karena itu, kompensasi memainkan peranan penting dalam menyelesaikan masalah. Sementara sebagian kalangan yang lain berpendapat bahwa harus dilihat dari sudut pandang keadilan interaktif (*interactive justice theory*) yaitu upaya mencegah dan melindungi orang lain dari kemungkinan terjadinya kerugian yang dapat menyimpannya akibat interaksi yang dilakukannya.

Prinsip tanggung gugat resiko dalam praktik kedokteran telemedicine secara proporsional merupakan konsep yang dikonstruksikan dari pemikiran bahwa tanggung gugat dokter menunjuk pada tanggung gugat profesional antar praktisi kedokteran telemedicine. Legitimasi teoritiknya didasarkan pada hubungan profesional (*profesional relationship*) terkait dengan pelimpahan tindakan medis dokter spesialis dan/atau Rumah Sakit yang berpedoman pada kode etik, standar profesi, dan standar pelayanan, serta standar prosedur operasional. Sehingga konsekuensi tanggung gugatnya tidak serta merta hanya didasarkan pada kesalahan dokter primer (*primary care dokter/ PCP*) atau perawat primer sebagaimana maksud doktrin *vicarious liability*. Nomenklatur “proporsional” dalam tanggung gugat resiko bermakna sebagai distribusi hak dan kewajiban para profesional didasarkan pada nilai-nilai kesetaraan (*equitability*), kelayakan dan kepatutan (*fair and reasonableness*) sesuai proporsi kesalahan masing-masing pihak manakala terjadi kerugian dalam pelaksanaan kontrak. Akuntabilitasnya berdasarkan pada sudut pandang keadilan interaktif (*interactive justice*) yang didasarkan pada nilai-nilai keahlian profesi, kehati-hatian atau kecermatan, tanggung jawab, dan kesejawatan serta keinginan berbuat baik demi kesembuhan pasien (*doing good*).