

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah

Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia yang disahkan dan diumumkan oleh Perserikatan Bangsa-bangsa (PBB) pada tanggal 10 November 1948 menyatakan bahwa kesehatan merupakan salah satu hak asasi yang dimiliki oleh umat manusia. Hak atas kesehatan individu juga dapat ditemukan pada berbagai instrumen hukum nasional Indonesia seperti alinea ketiga Pembukaan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, di mana kesehatan merupakan salah satu bagian dari kesejahteraan umum yang menjadi cita-cita bangsa Indonesia. Demikian pula Pasal 34 ayat (3) Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 menetapkan negara sebagai pihak yang bertanggung jawab atas fasilitas pelayanan kesehatan bagi seluruh warga negara. Hal tersebut merupakan perwujudan dari sila ke-5 Pancasila, yaitu keadilan sosial untuk mewujudkan suatu pemerataan.¹

Pemenuhan hak atas kesehatan masyarakat harus meliputi empat unsur, yaitu ketersediaan, aksesibilitas, kualitas, dan kesetaraan.² Ketersediaan berarti negara menjamin adanya sarana (rumah sakit, puskesmas, dan klinik) serta prasarana kesehatan (obat-obatan, tenaga kesehatan, dan pembiayaan kesehatan). Aksesibilitas mensyaratkan pelayanan kesehatan yang dapat dijangkau semua orang secara

¹A. Heuken S.J., *et.al*, *Ensiklopedi Politik Pembangunan Pancasila*, Rineka Cipta Loka Caraka, Jakarta, 1973, h.218

²Kontras, “JKN, Hak atas Kesehatan dan Kewajiban Negara”, <https://www.kontras.org/buletin/indo/bpis.pdf>, dikunjungi pada tanggal 15 Januari 2018

ekonomis dan geografis, serta menghormati tradisi-tradisi masyarakat. Kualitas mewajibkan pelayanan kesehatan telah memenuhi standar kelayakan. Kesenjangan bermakna pelayanan kesehatan harus dapat diakses setiap orang secara setara, terutama oleh kelompok-kelompok masyarakat yang rentan. Kesehatan masyarakat yang dicita-citakan tersebut diteropong dengan suatu pendekatan yang bersifat holistik, sehingga kehidupan manusia yang sehat secara fisik, mental, spiritual, sosial, serta produktif dapat terwujud. Untuk itulah pembangunan sektor kesehatan yang dilakukan oleh pemerintah dan masyarakat harus meliputi segi-segi peningkatan kesehatan (*promotif*), pencegahan penyakit (*preventif*), penyembuhan penyakit (*kuratif*), dan pemulihan kesehatan (*rehabilitatif*).³ Bentuk-bentuk pelayanan kesehatan yang diberikan untuk masyarakat antara lain:⁴

1. Promosi kesehatan (*health promotion*), yaitu usaha-usaha peningkatan status kesehatan masyarakat, seperti pendidikan kesehatan, perubahan perilaku dan gaya hidup, serta modifikasi lingkungan;
2. Perlindungan khusus (*specific protection*), yaitu usaha-usaha untuk melindungi atau menghindarkan masyarakat dari bahaya atau penyakit-penyakit tertentu, seperti program imunisasi, pelayanan gizi khusus,

³Hermien Hadiati Koeswadji, *Hukum Kedokteran (Studi tentang Hubungan Hukum Dalam Mana Dokter Sebagai Salah Satu Pihak)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2008, (selanjutnya disingkat Hermien Hadiati Koeswadji-I), h.35

⁴Reni Asmara Ariga, *Implementasi Manajemen Pelayanan Kesehatan dalam Keperawatan*, Deepublish, Yogyakarta, 2020, h.5

perlindungan keselamatan kerja, perlindungan kualitas obat-obatan, kosmetik, dan makanan;

3. Diagnosis awal dan pengobatan segera (*early diagnosis and prompt treatment*), yaitu usaha-usaha untuk mencegah penyebaran penyakit tertentu;
4. Pembatasan kecacatan (*disability limitation*), yaitu usaha-usaha untuk mencegah kecacatan akibat suatu penyakit, seperti pencegahan komplikasi;
5. Rehabilitasi (*rehabilitation*), yaitu usaha-usaha untuk memberikan pemulihan atas kecacatan, seperti perbaikan fungsi fisiologis tubuh serta peningkatan kepercayaan individu.

Kesehatan merupakan kebutuhan vital manusia karena ia tidak dapat beraktivitas secara optimal pada saat jatuh sakit.⁵ Sisi psikologis dalam diri manusia akan memberikan tanda-tanda bahwa penyakit merupakan sebuah ancaman bagi keselamatan jiwa.⁶ Salah satu cara yang ditempuh manusia untuk mengembalikan kondisi kesehatannya adalah dengan berobat kepada dokter. Dokter sebagai salah satu tenaga kesehatan memiliki peran yang strategis dalam proses pemberian layanan kesehatan bagi masyarakat. Beberapa kewajiban dokter dalam menjalankan praktiknya termuat dalam Pasal 10 Undang-undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran, antara lain:

⁵Wila Chandrawila Supriyadi, *Hukum Kedokteran*, Mandar Maju, Bandung, 2000, h.35

⁶Syahrul Mahmud, *Penegakan Hukum dan Perlindungan Hukum Bagi Dokter Yang Diduga Melakukan Medikal Malpraktek*, Mandar Maju, Bandung, 2008, h.30

1. Memberikan pelayanan medis sesuai dengan standar profesi dan standar prosedur operasional serta kebutuhan medis pasien;
2. Merujuk pasien ke dokter atau dokter gigi lain yang mempunyai keahlian atau kemampuan yang lebih baik, apabila merasa tidak mampu melakukan suatu jenis pemeriksaan atau pengobatan;
3. Merahasiakan segala sesuatu yang yang diketahuinya tentang pasien, bahkan setelah pasien meninggal dunia;
4. Melakukan pertolongan darurat atas dasar kemanusiaan, kecuali bila ia yakin ada orang lain yang bertugas dan mampu melakukannya; serta
5. Menambah ilmu pengetahuan dan mengikuti perkembangan ilmu kedokteran atau kedokteran gigi.

Hubungan yang terjalin antara dokter dan pasien sering disebut sebagai *transaksi terapeutik*, yaitu suatu relasi yang dilakukan dalam suasana saling percaya (konfidensial) yang melibatkan emosi, harapan, dan kekhawatiran di dalamnya.⁷ Makna dari istilah transaksi terapeutik tersebut dapat ditelusuri dari dua kata yang membentuknya, yaitu *transaksi* dan *terapeutik*.

⁷Istilah *transaksi terapeutik* tidak dikenal dalam literatur-literatur hukum di negara-negara lain. Banyak ahli hukum asing menjelaskan hubungan hukum antara pasien dan dokter dengan menggunakan terminologi dalam bahasa Inggris *treatment contract*, *contract of treatment*, dan *medical treatment agreement*. Sementara itu Buku VII Pasal 446:1 *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW) Belanda menggunakan istilah *behandelingsovereenkomst* dan *Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten* atau *Patientenrechtegesetz* (undang-undang untuk meningkatkan hak-hak pasien) Jerman menyebutnya sebagai *Der Behandlungsvertrag* (kontrak perawatan).

Kata *transaksi* berarti perjanjian atau persetujuan.⁸ Pasal 1313 *Burgerlijk Wetboek* Indonesia (untuk selanjutnya disebut BW) menjelaskan bahwa persetujuan adalah suatu perbuatan di mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya dengan pihak lain. **Rutten** mendefinisikan perjanjian sebagai suatu perbuatan hukum yang dilakukan sesuai dengan formalitas-formalitas yang telah ditetapkan oleh peraturan hukum yang ada, dan digantungkan pada persesuaian kehendak para pihak yang ditujukan untuk timbulnya akibat hukum demi kepentingan salah satu pihak atas beban pihak lainnya, ataupun demi kepentingan dan atas beban masing-masing secara bertimbal balik.⁹ **Agus Yudha Hernoko** menjelaskan bahwa kontrak merupakan sarana yang mempertemukan kepentingan satu pihak dengan pihak lainnya yang menuntut pertukaran kepentingan yang adil.¹⁰ **Solis** mendefinisikan kontrak sebagai suatu pertemuan atau persesuaian pikiran (*meeting of minds*) dari dua pihak mengenai suatu hal.¹¹ Ketika seorang pasien datang memohon pelayanan medis kepada dokter dan dokter tersebut menerima permohonan tersebut, maka telah terjadi persesuaian kehendak antara keduanya. Dokter mengikatkan diri kepada pasien untuk memberikan

⁸Banyak sarjana hukum seperti Jacob Hans Nieuwenhuis, Hofmann, J. Satrio, Soetojo Prawirohamidjojo, Mariam Darus Badruzaman, dan Purwahid Patrik yang berpendapat bahwa sebenarnya tidak ada perbedaan pengertian antara istilah kontrak dan perjanjian. [Lihat Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Laksbang Mediatama, Yogyakarta, 2013, (selanjutnya disingkat Agus Yudha Hernoko-I) h.11] Sementara itu Subekti memandang istilah kontrak terbatas pada perjanjian atau persetujuan yang bersifat tertulis saja. [Lihat Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, 1996, (selanjutnya disingkat Subekti-I), h.1]

⁹Purwahid Patrik, *Dasar-dasar Hukum Perikatan (Perikatan Yang Lahir dari Perjanjian dan dari Undang-undang)*, Mandar Maju, Bandung, 1994, h.46-47

¹⁰Agus Yudha Hernoko, *Azas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2007

¹¹J. Guwandi, *Dokter, Pasien, dan Hukum*, Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, Jakarta, 1996, (selanjutnya disingkat J. Guwandi-I), h.19

pelayanan, sedangkan di sisi lain pasien ingin mendapatkan jasa profesional dari dokter.¹² Oleh karena itu hubungan antara dokter dan pasien secara yuridis merupakan suatu perikatan yang melahirkan hak dan kewajiban yang wajib dipenuhi oleh para pihak.

Pasal 1319 BW mengatur bahwa seluruh perjanjian, baik yang dikenal maupun tidak dikenal dalam BW, akan tunduk pada aturan-aturan mengenai perikatan pada bab tersebut. Perjanjian antara dokter dan pasien tidak disebut dalam secara eksplisit sehingga digolongkan sebagai perjanjian tidak bernama (perjanjian *inominaat*).¹³ Selanjutnya ketentuan-ketentuan mengenai perikatan dalam Buku III BW menganut sistem terbuka, artinya masyarakat diberikan kebebasan seluas-luasnya untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja, termasuk transaksi terapeutik antara dokter dan pasien, asalkan tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan baik.¹⁴

Selanjutnya istilah *terapeutik* merupakan terjemahan kata dalam bahasa Inggris *therapeutic*, yang berasal dari kata *therapy* yang bermakna “dalam bidang pengobatan”.¹⁵ Penjelasan umum dari aktivitas pengobatan (*treatment*) adalah sebagai berikut:

Treatment is the activity whereby one party (the treatment provider) agrees to take all necessary steps in order to change or maintain the physical or mental condition of a person. Treatment usually encompasses the phases of anamnesis (receiving information from the patient on his symptoms and other personal

¹²H.J.J Leenen dan P.A.F. Lamintang, *Pelayanan Kesehatan dan Hukum*, Binacipta, Bandung, 1991, h.69-70

¹³Salim H.S., *Perkembangan Hukum Kontrak Inominaat di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, (selanjutnya disingkat Salim H.S.-I), h.6

¹⁴Subekti-I, *op.cit*, h.13

¹⁵M. Jusuf Hanafiah dan Amri Amir, *Etika Kedokteran dan Hukum Kesehatan*, Penerbit Buku Kedokteran EGC, Jakarta, 2007, h.43

*information), diagnosis (procedures aiming at establishing a probability judgment on the health of his patient), therapy (procedures aiming at curing or providing relief to the patient), and prognosis (a probability judgment on the development of the patient's health in the future).*¹⁶

Husein Kerbala merumuskan pengertian transaksi terapeutik sebagai suatu usaha mencari dan menerapkan terapi yang paling tepat untuk menyembuhkan penyakit pasien.¹⁷ Veronica Komalawati menerangkan transaksi terapeutik ialah suatu bentuk hubungan hukum antara dokter dan pasien dalam pelayanan medis secara profesional yang dilandaskan pada kompetensi yang sesuai dengan keahlian dan keterampilan tertentu di bidang kedokteran.¹⁸ Salim H.S. juga mendefinisikan transaksi terapeutik sebagai:

Kontrak yang dibuat antara pasien dengan tenaga kesehatan dan/atau dokter gigi, di mana tenaga kesehatan dan/atau dokter atau dokter gigi berusaha melakukan upaya maksimal untuk melakukan penyembuhan terhadap pasien sesuai dengan kesepakatan yang dibuat antara keduanya, dan pasien berkewajiban membayar biaya penyembuhannya.¹⁹

Selanjutnya Husein Kerbala berpendapat bahwa istilah *perjanjian terapeutik* hanya mencakup tindakan terapi, sedangkan cakupan persetujuan antara dokter dan pasien sebenarnya lebih luas karena meliputi tindakan-tindakan yang memiliki tujuan diagnostik, preventif, rehabilitatif, maupun promotif.²⁰ Oleh karena itu ia mengusulkan penggunaan istilah *perjanjian medis* atau *kontrak medis*, yaitu suatu hubungan hukum

¹⁶Maurits Barendrecht, *et.al, Service Contracts (Principle of European Law)*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007, h.781

¹⁷Husein Kerbala, *Segi-segi Etis dan Yuridis Informed Consent*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993, h.38

¹⁸Veronica Komalawati, *Peranan Informed Consent dalam Transaksi Terapeutik*, Cipta Adikarya Bakti, Bandung, 1999, (selanjutnya disingkat Veronica Komalawati-I), h.1

¹⁹Salim H.S., *Perkembangan Hukum Kontrak Di Luar KUHPerdara*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2007, (selanjutnya disingkat Salim H.S.-II), h.46

²⁰Husein Kerbala, *op.cit*, h.38

antara dokter dan pasiennya mengenai hal-hal yang menyangkut (seluruh) bidang medis. Demikian pula Marthalena Pohan menyebut hubungan hukum antara dokter dan pasien sebagai *perjanjian medis*.²¹

Di samping itu hubungan hukum antara dokter dan pasien tidak hanya dilandaskan pada perjanjian. Ada kasus-kasus tertentu di mana pasien sedang tidak sadar dan tidak mampu terlibat dalam proses *informed consent* (memahami penjelasan dan memberikan persetujuan atas tindakan kedokteran yang hendak dilakukan), tetapi dirinya berada dalam kondisi gawat darurat (*emergency*) dan memerlukan penanganan medis segera. Hubungan hukum seperti ini lahir dari perintah undang-undang berdasarkan Pasal 1354 BW mengenai perwakilan sukarela (*zaakwaarneming*).²² Tidak setiap hubungan hukum antara dokter dan pasien bersifat transaksional, karena ada pula dokter yang memberikan pelayanan secara *pro bono* (tanpa menetapkan honorarium) yang bersifat sukarela untuk pengabdian kepada kemanusiaan.

Pasien sebagai pihak yang kurang memiliki pengetahuan dan kemampuan di bidang medis akan meletakkan harapan akan kesembuhan dan peningkatan kesehatan kepada dokter yang ditunjuknya. Kepercayaan tersebut memberikan dokter suatu wewenang untuk bertindak seperti seorang ‘bapak’ atau ‘orangtua’ yang memahami segala sesuatu yang paling baik bagi kepentingan sang ‘anak’ (pasien), sehingga

²¹Marthalena Pohan, *Tanggung Gugat Advocaat, Dokter, dan Notaris*, Bina Ilmu, Surabaya, 1985, h.96

²²Risma Situmorang, *Tanggung Jawab Hukum Dokter Dalam Malapraktik*, Cendekia Press, Bandung, 2020, h.143

hubungan antar keduanya diwarnai dengan sifat paternalisme.²³ Dokter ditempatkan pada derajat yang lebih tinggi (superior) di atas pasien, sehingga ia dianggap berhak mengesampingkan kehendak pasien.²⁴ Pasien diharapkan untuk patuh saja menjalankan seluruh nasihat dan memberikan persetujuan atas tindakan dokternya.²⁵ Di sini dapat dilihat ada dua unsur yang melandasi pemberian pelayanan kedokteran, yaitu unsur persetujuan (konsensus) antara dokter dan pasien tentang pemberian pelayanan kesehatan, dan unsur saling percaya satu sama lain.²⁶

Suatu perikatan mengandung janji kepada orang lain, atau dapat juga dua orang telah saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu. Cara untuk melaksanakan kewajiban yang sudah disepakati itu disebut *prestasi*, antara lain dengan menyerahkan suatu barang, melakukan suatu perbuatan, atau sama sekali tidak melakukan perbuatan apapun.²⁷ Hal ini berarti wujud prestasi dapat berupa suatu barang, jasa (tenaga atau keahlian), maupun tidak berbuat sesuatu sama sekali (omisi).²⁸ Prestasi dalam

²³Menurut Gerald Dworkin, paternalisme adalah suatu tindakan ikut campur atas kebebasan bertindak orang lain, yang dijustifikasi oleh alasan-alasan yang ditujukan pada kesejahteraan, kebaikan, kebutuhan, kepentingan, ataupun nilai-nilai dari orang lain itu [Lihat Gerald Dworkin, 'Paternalism', *The Monist*, Vol 56, No 1, 1972, h.64]

²⁴Brian McKinsty, "Paternalism and the Doctor-Patient Relationship in General Practice", <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1372178/?page=2>, dikunjungi pada tanggal 10 Maret 2018

²⁵Wila Chandrawila Supriyadi, *op.cit*, h.27

²⁶J. Guwandi, *Dugaan Malapraktik Medik dan Draft RPP: Perjanjian Terapeutik Antara Dokter dan Pasien*, Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, Jakarta, 2006, (selanjutnya disingkat J. Guwandi-III), h.29

²⁷Subekti-I, *op.cit*, h.36

²⁸Ahmadi Miru dan Sakka Pati, *Hukum Perikatan: Penjelasan Makna Pasal 1233 Sampai 1456 BW*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2008, h.4

perikatan antara dokter dan pasien pada umumnya berupa pelaksanaan suatu perbuatan pelayanan kesehatan yang bersifat preventif, kuratif, rehabilitatif, atau promotif.²⁹

Pada umumnya perikatan antara dokter dan pasien digolongkan sebagai perikatan usaha, perikatan upaya, atau perikatan ikhtiar (*inspanningsverbintenis*), yakni perikatan yang menekankan pada usaha (upaya) yang harus dilakukan oleh dokter.³⁰ Hal ini berbeda dengan perikatan-perikatan lain yang menitikberatkan hasil dari pekerjaan atau perbuatannya (*resultaatsverbintenis*).³¹ Objek perjanjian (prestasi) yang diharapkan dari seorang dokter dalam transaksi terapeutik ialah tingkah laku atau pemberian pelayanan medis yang sesuai berupa upaya-upaya terbaik yang dilakukan secara maksimal dan sungguh-sungguh.³² Kewajiban dokter adalah memberikan pelayanan terbaik kepada pasiennya, antara lain meliputi penegakan diagnosis yang benar sesuai prosedur, pemberian terapi, melakukan tindakan medis sesuai dengan standar pelayanan medis, serta memberikan tindakan yang wajar guna kesembuhan pasien.³³ Hasil akhir (kesembuhan atau perbaikan kondisi medis pasien) bukanlah tujuan utama yang harus diraih dalam perikatan ini.

²⁹M. Jusuf Hanafiah dan Amri Amir, *op.cit*, h.44

³⁰R. Soetojo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan, *Hukum Perikatan*, Bina Ilmu, Surabaya, 1984, h.24

³¹Fred Ameln berpendapat bahwa ada tindakan-tindakan medis tertentu yang digolongkan sebagai perikatan hasil (*resultaatsverbintenis*) seperti pencabutan gigi dan pembuatan gigi palsu oleh dokter gigi. Tindakan-tindakan tersebut dianggap relatif mudah untuk dikerjakan dan dapat diprediksi hasilnya, sehingga prestasi menjadi hal utama yang dituntut dalam perikatan ini. Secara umum lebih banyak perikatan yang dapat digolongkan sebagai *inspanningsverbintenis* dibandingkan dengan *resultaatsverbintenis*. [Lebih lanjut periksa Fred Ameln, *Kapita Selekta Hukum Kesehatan*, Grafikatama Jaya, Jakarta, 1991, h.42]

³²Adami Chazawi, *Malpraktik Kedokteran*, Sinar Grafika, Jakarta, 2016, h.37

³³M. Jusuf Hanafiah dan Amri Amir, *op.cit*, h.87

Pada masa sekarang telah terjadi pergeseran pola hubungan antara dokter dan pasien, di mana tercapai suatu kesetaraan kedudukan antara kedua belah pihak serta peningkatan partisipasi dan peran aktif dari pasien itu sendiri dalam usaha-usaha peningkatan kondisi kesehatannya.³⁴ Perubahan tersebut disebabkan oleh hal-hal antara lain:³⁵

- a. Kepercayaan masyarakat tidak semata-mata bertumpu pada diri pribadi dokter saja, tetapi juga pada kemajuan ilmu dan teknologi kesehatan;
- b. Masyarakat menganggap dokter tidak hanya bertugas dalam proses penyembuhan (*curing*), tetapi juga pada tahapan perawatan (*caring*);
- c. Kecenderungan pemikiran bahwa kesehatan tidak lagi sebatas keadaan tanpa penyakit, tetapi juga mencakup kesejahteraan fisik, mental, dan sosial;
- d. Tingkat kecerdasan masyarakat semakin meningkat;
- e. Semakin banyak regulasi yang memberikan perlindungan hukum kepada pasien, sehingga pasienpun lebih sadar akan hak-haknya.

Semakin tingginya tuntutan masyarakat kepada dokter untuk menyediakan pelayanan kesehatan yang berkualitas menyebabkan saat terjadi hal-hal yang tidak sesuai dengan harapan seperti tidak sembuh atau terjadi kondisi yang tidak diinginkan, pasien dan/atau keluarganya menuding telah terjadi suatu malapraktik.

Malapraktik merupakan istilah yang berasal dari bahasa Inggris *malpractice*, yang bermakna praktik yang tidak benar atau adanya kesalahan dalam berpraktik.³⁶ Malapraktik yang berhubungan dengan profesi dan pelayanan kesehatan disebut dengan malapraktik medis atau malapraktik kedokteran. Pasal 32 huruf q Undang-

³⁴Hendrojono Soewono, *Batas Pertanggungjawaban Hukum Malapraktek Dokter dalam Transaksi Terapeutik*, Srikandi, Surabaya, 2007, h.65

³⁵Soerjono Soekanto, *Aspek Hukum Kesehatan (Suatu Kumpulan Catatan)*, Ind. Hill Co, Jakarta, 1989, h.149

³⁶Y.A. Triana Ohoiwutun, *Bunga Rampai Hukum Kedokteran (Tinjauan dari Berbagai Peraturan Perundangan dan UU Praktik Kedokteran)*, Banyumedia Publishing, Malang, 2007, h.47

undang Nomor 44 Tahun 2009 tentang Rumah Sakit membagi malapraktik medis menjadi dua kategori, yaitu malapraktik dari aspek etika (*ethical malpractice*) dan malapraktik dari aspek hukum (*juridical malpractice*).³⁷ Malapraktik dari aspek hukum dikategorikan lagi menjadi malapraktik yang berimplikasi pada segi pidana, segi perdata, dan segi hukum administratif.

Peraturan perundang-undangan di Indonesia tidak memberikan pengertian apa yang dimaksud dengan malapraktik medis, sehingga banyak sarjana yang telah berusaha mendefinisikannya secara teoritis. Veronica Komalawati berpendapat bahwa pada hakikatnya malapraktik adalah suatu kesalahan dalam menjalankan profesi, yang timbul sebagai akibat adanya kewajiban-kewajiban yang harus dilakukan oleh dokter.³⁸ Hermien Hadiati Koeswadji menjelaskan bahwa *malpractice* secara harafiah berarti *bad practice* atau praktik yang buruk (kurang baik).³⁹ Malapraktik berkaitan erat dengan bagaimana ilmu kedokteran dan teknologi dipraktikkan untuk menjalankan profesi medis serta berkaitan dengan sarana kesehatan (tempat melakukan praktik), sehingga Hermien memilih untuk menggunakan istilah *maltreatment*. Hampir sama dengan Hermien, Danny Wiradharma meninjau malapraktik dari segi tanggung jawab dokter yang berada dalam suatu perikatan dengan pasien, yaitu dokter yang melakukan praktik dengan cara yang buruk.⁴⁰

³⁷Sudjari Solichin, *Malapraktik Medik*, Bagian Ilmu Kedokteran Forensik dan Medikolegal Fakultas Kedokteran Universitas Airlangga, Surabaya, 2006, h.355

³⁸Veronica Komalawati-I, *op.cit*, h.12

³⁹Hermien Hadiati Koeswadji-I, *op.cit*, h.124

⁴⁰Danny Wiradharma, *Penuntun Kuliah Kedokteran dan Hukum Kesehatan*, Penerbit Buku Kedokteran EGC, Jakarta, 1999, (selanjutnya disingkat Danny Wiradharma-I), h.87

Selanjutnya J. Guwandi menerangkan bahwa ruang lingkup perbuatan malapraktik bermakna lebih luas dari sekedar kelalaian (*negligence*), tetapi juga meliputi tindakan-tindakan yang mengandung kesengajaan (*intentional, dolus, opzettelijk*).⁴¹ Hal ini meliputi tindakan yang bersifat melanggar undang-undang, seperti melakukan sesuatu yang seharusnya tidak boleh dilakukan oleh seorang tenaga kesehatan, tidak melakukan apa yang seharusnya dilakukan atau melalaikan kewajiban, serta melanggar ketentuan perundang-undangan.⁴² Budi Sampurno berpandangan bahwa malapraktik medis adalah tindakan atau sikap perbuatan yang bertentangan dengan etika atau moral, bertentangan dengan hukum, bertentangan dengan standar profesi medis, kurang pengetahuan, kelalaian (*kealpaan/negligence*), serta kekuranghati-hatian yang mengakibatkan cedera atau kerugian.⁴³

Dewasa ini banyak pasien dan/atau keluarganya yang kecewa dan merasa dirugikan atas proses maupun hasil akhir dari pelayanan kesehatan, melakukan pengaduan maupun tuntutan kepada dokter yang merawatnya. Berdasarkan laporan yang dirilis oleh Konsil Kedokteran Indonesia, jumlah penanganan dugaan kasus pelanggaran disiplin dokter dan dokter gigi yang terselesaikan pada tahun 2014 adalah

⁴¹J. Guwandi, *Hukum Medik (Medical Law)*, Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, Jakarta, 2004, (selanjutnya disingkat J. Guwandi-IV), h.20

⁴²*Ibid.*

⁴³Budi Sampurno, "*Malpraktek Medis dan Asuransi Profesi*", (Makalah disampaikan pada Presentasi Bidang Kesehatan, Jakarta, 15 Mei 2000), h.1

sebanyak 28 kasus,⁴⁴ tahun 2015 sebanyak 31 kasus,⁴⁵ tahun 2016 sebanyak 40 kasus,⁴⁶ dan tahun 2017 sebanyak 65 kasus.⁴⁷ Meningkatnya jumlah tuntutan yang diajukan kepada dokter setiap tahunnya memunculkan urgensi perlindungan yang memadai bagi para praktisi kedokteran untuk mengantisipasi risiko tanggung gugat hukum yang diajukan oleh pasien.⁴⁸ Lahirlah satu produk asuransi yang dapat menjawab kebutuhan perlindungan profesi dokter, yaitu asuransi tanggung gugat profesi dokter. Dengan adanya asuransi ini risiko tanggung gugat yang diajukan oleh pasien dapat dialihkan kepada pihak asuransi (Penanggung), yang akan menggantikan kedudukan dokter tersebut untuk membayar sejumlah ganti rugi kepada pasien.⁴⁹

Selanjutnya pada ilmu kedokteran dikenal apa disebut dengan risiko medis, yakni suatu bentuk ketidakmaksimalan hasil dalam proses pelayanan kesehatan, serta error medis, yaitu suatu bentuk ketidakoptimalan perjalanan proses pelayanan kesehatan. Risiko medis dan error medis bersifat khusus di bidang ilmu kedokteran dan tidak dapat

⁴⁴Sekretariat Konsil Kedokteran Indonesia, “Laporan Akuntabilitas Kinerja Tahun 2014 Sekretariat Konsil Kedokteran Indonesia”, [http://www.kki.go.id/assets/data/menu/Laporan Tahunan KKI 20142.pdf](http://www.kki.go.id/assets/data/menu/Laporan_Tahunan_KKI_20142.pdf), dikunjungi pada tanggal 04 Juni 2018.

⁴⁵Sekretariat Konsil Kedokteran Indonesia, “Laporan Tahunan 2015”, www.kki.go.id/assets/data/menu/LAKIP_2015.pdf, dikunjungi pada tanggal 04 Juni 2018.

⁴⁶Sekretariat Konsil Kedokteran Indonesia, “Laporan Tahunan 2016”, http://www.kki.go.id/assets/data/menu/Laprah_2016.pdf, dikunjungi pada tanggal 04 Juni 2018.

⁴⁷Sekretariat Konsil Kedokteran Indonesia, “Laporan Akuntabilitas Kinerja Tahun 2017 Sekretariat Konsil Kedokteran Indonesia”, <http://www.depkes.go.id/resources/download/LAKIP%202018/LKj%20Setjen/8.%20KKI%20LKj%20Set.%20KKI%202017.pdf>, dikunjungi pada tanggal 04 Juni 2018.

⁴⁸Chubb, ”Ringkasan Produk Elite Medical Malpractice Insurance”, <https://www.chubb.com/content/dam/chubb-sites/chubb-com/business/elite-medical-malpractice-insurance/documents/pdf/Ringkasan%20Produk%20-%20Elite%20Medical%20Malpractice%20Insurance%20122020.pdf>, dikunjungi pada 05 Januari 2022.

⁴⁹Emmy Pangaribuan Simanjuntak, *Hukum Pertanggungan*, Seksi Hukum Dagang Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 1982, (selanjutnya disingkat Emmy Pangaribuan Simanjuntak-I), h.101

dipersamakan dengan pemberian jasa di bidang lainnya.⁵⁰ Risiko medis dan error medis berbeda dengan kelalaian medis (*medical negligence*) yang merupakan suatu pelanggaran atas kewajiban hukum yang diemban oleh dokter. Pengenalan dan pembedaan antara risiko medis, error medis, dan kelalaian medis sesungguhnya sangat penting dan relevan untuk membantu menjawab apakah seorang dokter dapat dimintai pertanggungjawaban atas suatu kerugian yang dialami pasien. Dengan memahami kondisi-kondisi apa saja yang tergolong sebagai risiko medis, error medis, dan kelalaian medis, maka dapat diketahui batas-batas tanggung gugat dokter yang dapat dialihkan kepada perusahaan asuransi.

Penelitian ini dilatarbelakangi belum adanya penelitian yang mendalami karakteristik asuransi tanggung gugat profesi dokter dan batas-batas tanggung gugat dokter yang dapat dialihkan kepada perusahaan asuransi saat terjadi risiko medis, error medis, dan kelalaian medis dalam proses pelayanan kesehatan. Pembahasan mengenai karakteristik asuransi tanggung gugat profesi dokter diawali dengan upaya menemukan landasan filosofis yang melatarbelakangi pentingnya jenis asuransi ini, yang dilanjutkan dengan telaah mengenai ciri-ciri khusus yang membedakan asuransi tanggung gugat profesi dokter dengan asuransi-asuransi lain (baik dengan asuransi non-kerugian maupun asuransi tanggung gugat profesi lain); nilai-nilai keadilan, kepastian, dan kemanfaatan dalam penyelenggaraan asuransi tanggung gugat dokter; asas-asas hukum perjanjian dan asas-asas hukum asuransi untuk mewujudkan

⁵⁰J. Guwandi IV, *op.cit*, h.103.

perjanjian asuransi tanggung gugat profesi dokter yang berkeadilan; bentuk, isi, dan premi perjanjian asuransi tanggung gugat profesi dokter; hakikat risiko dalam asuransi tanggung gugat profesi dokter; faktor-faktor yang mempengaruhi pembayaran ganti rugi asuransi tanggung gugat profesi dokter. Selanjutnya dibahas mengenai interaksi antara sistem jaminan kesehatan nasional dan asuransi tanggung gugat profesi dokter dalam dugaan kasus malapraktik medis; kedudukan malapraktik medis dalam hukum perdata; perbandingan standar dan pembuktian unsur-unsur pada malapraktik medis yang bersumber dari pelanggaran kewajiban persetujuan tindakan kedokteran (*disclosure malpractice*) maupun pemberian pelayanan substandar (*treatment malpractice*); risiko medis, error medis, dan kecelakaan medis; serta proses penyelesaian dan kasus klaim asuransi tanggung gugat profesi dokter.

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang yang telah dipaparkan di atas, maka permasalahan yang akan dikaji dalam penelitian ini antara lain sebagai berikut:

1. Karakteristik asuransi tanggung gugat profesi dokter;
2. Tanggung gugat dokter dalam kasus-kasus dugaan malapraktik medis saat terjadi kelalaian medis, risiko medis, dan error medis.

1.3 Tujuan Penelitian

Tujuan yang ingin dicapai berdasarkan rumusan permasalahan yang dibahas dalam disertasi ini adalah:

1. Menganalisis dan menemukan karakteristik asuransi tanggung gugat profesi dokter;
2. Menganalisis dan menemukan tanggung gugat dokter dalam kasus-kasus dugaan malapraktik medis yang disebabkan oleh kelalaian medis, risiko medis, dan error medis.

1.4 Manfaat Penelitian

Hasil dari penelitian disertasi ini dapat digunakan untuk kepentingan yang bersifat akademis (teoritis) dan kepentingan yang bersifat praktis, sebagai berikut:

a. Manfaat Akademis

1. Penelitian ini diharapkan dapat memberikan pemahaman mengenai karakteristik asuransi tanggung gugat profesi dokter;
2. Penelitian ini diharapkan dapat memberikan pemahaman mengenai tanggung gugat dokter dalam kasus-kasus dugaan malapraktik medis saat terjadi kelalaian medis, risiko medis, dan error medis dalam proses pemberian pelayanan kesehatan.

b. Manfaat Praktikal

1. Penelitian ini diharapkan menjadi pedoman terkait dengan penyelenggaraan asuransi tanggung gugat profesi dokter yang berkeadilan;
2. Penelitian ini diharapkan menjadi rujukan dalam proses peradilan terkait dengan menyelesaikan kasus-kasus malapraktik medis.

1.5 Orisinalitas Penelitian

Penelitian mengenai tanggung gugat profesi dokter sesungguhnya telah banyak dilakukan, tetapi penelitian ini membahas substansi dan permasalahan yang berbeda serta belum pernah ditulis dalam penelitian lain. Berdasarkan penelusuran dari berbagai sumber, terdapat beberapa penelitian yang membahas mengenai tanggung gugat profesi dokter dan asuransi antara lain:

1. **Eko Pujiyono**, dari Universitas Airlangga, Surabaya, tahun 2016, dengan judul disertasi: *“Prinsip Otonomi Pasien dalam Kontrak Perawatan Medis di Rumah Sakit”*. Disertasi tersebut membahas secara umum mengenai karakteristik prinsip otonomi pasien yang terkandung dalam kontrak perawatan medis di rumah sakit, implementasi penormaan prinsip otonomi pasien dalam peraturan perundang-undangan, serta *ratio decidendi* putusan pengadilan pada perkara terkait prinsip otonomi pasien. Dengan demikian disertasi ini memiliki kajian yang berbeda dengan disertasi tersebut.
2. **Erikson Sihotang** dari Universitas Airlangga, Surabaya, tahun 2014, dengan judul disertasi: *“Prinsip Hukum dalam Tata Kelola Rumah Sakit”*. Disertasi tersebut membahas secara umum mengenai prinsip-prinsip hukum dalam Undang-undang Rumah Sakit serta pertanggungjawaban dalam perawatan di rumah sakit, serta penyelesaian sengketa medis di rumah sakit. Dengan demikian disertasi ini memiliki kajian yang berbeda dengan disertasi tersebut.
3. **Syafruddin**, dari Universitas Airlangga, Surabaya, tahun 2015, dengan judul disertasi: *“Informed Consent yang Berimplikasi Malapraktik*

Kedokteran”. Disertasi tersebut membahas secara umum mengenai filosofi *informed consent* pada tindakan medis yang dilakukan oleh dokter terhadap pasien serta penegakan hukum pada *informed consent* yang berimplikasi malapraktik dalam putusan pengadilan, sedangkan disertasi ini membahas dari sisi tanggung gugat perdata dokter tidak hanya sebatas pada pelanggaran kewajiban *informed consent*, tetapi juga meninjau risiko medis, error medis, dan kelalaian medis yang dapat terjadi selama proses pemberian pelayanan kesehatan, yang dikaitkan dengan asuransi tanggung gugat profesi dokter sebagai mekanisme untuk mengalihkan risiko kerugian akibat gugatan pasien. Dengan demikian disertasi ini memiliki kajian yang berbeda dengan disertasi tersebut.

4. **Wetria Fauzi**, dari Universitas Andalas, Padang, tahun 2018, dengan judul disertasi: ***“Pengaturan Asuransi Berbasis Investasi Dalam Kaitannya Dengan Perlindungan Hukum Terhadap Pemegang Polis di Indonesia”***. Disertasi ini membahas pengaturan asuransi berbasis investasi di Indonesia, keabsahan asuransi terkait investasi yang dilakukan oleh perusahaan asuransi, serta perlindungan hukum bagi pemegang polisnya. Dengan demikian disertasi ini memiliki kajian yang berbeda dengan disertasi tersebut.
5. **Zahry Vandawati Chumaida**, dari Universitas Airlangga, Surabaya, tahun 2013, dengan judul disertasi: ***“Prinsip Itikad Baik dan Perlindungan Tertanggung Pada Perjanjian Asuransi Jiwa”***. Disertasi tersebut membahas mengenai prinsip itikad baik pada perjanjian asuransi jiwa pada tahapan pra-

kontrak, pelaksanaan kontrak, dan setelah kontrak untuk keadilan dan kepastian hukum bagi para pihak. Dengan demikian disertasi ini memiliki kajian yang berbeda dengan disertasi tersebut.

6. **Hamzah**, dari Universitas Indonesia, Jakarta, tahun 2010, dengan judul disertasi: *“Perlindungan Konsumen di Indonesia: Studi Mengenai Perlunya Asuransi Tanggung Jawab Produk”*. Disertasi ini membahas dan menganalisis tentang asuransi tanggung jawab produk (*product liability insurance*) sebagai mekanisme peralihan risiko tanggung jawab produsen atas produk yang dihasilkannya ketika dikonsumsi atau dipakai oleh konsumen, jika konsumen mengalami kecelakaan atau kerugian akibat mengkonsumsi atau memakai produknya. Dengan demikian disertasi ini memiliki kajian yang berbeda dengan disertasi tersebut.
7. **Ivonne Sheriman**, dari Universitas Indonesia, Jakarta, tahun 2015, dengan judul disertasi: *“Asuransi Tanggung Gugat Profesi Dokter”*. Disertasi ini membahas secara umum mengenai dampak perkembangan perbuatan melawan hukum pada sistem *civil law* dan *tort* pada sistem *common law* terhadap tanggung gugat dokter dan peran asuransi tanggung gugat profesi dokter dalam melindungi dokter dan pasien dengan perbandingan antara negara Amerika Serikat, Selandia Baru, dan Indonesia. Hal tersebut sangat berbeda dengan fokus penelitian dalam disertasi ini yang mengupas karakteristik asuransi tanggung gugat profesi dokter serta mengkaji risiko

medis, error medis, dan kelalaian medis yang dihubungkan dengan peralihan risiko tanggung gugatnya kepada perusahaan asuransi.

Dengan demikian disertasi ini memiliki nilai keaslian dan kebaruan yang dapat dipertanggungjawabkan.

1.6 Kerangka Teoritis

Beberapa permasalahan yang akan dibahas dalam penelitian ini menggunakan kajian teori sebagai berikut:

1.6.1 Teori Keadilan

Makna keadilan terus mengalami perkembangan dari masa ke masa dan dapat ditelusuri jejaknya mulai dari teori keadilan klasik, abad pertengahan, modern, hingga postmodernisme. **Plato**, seorang filsuf Yunani yang hidup antara tahun 427 hingga 347 Sebelum Masehi, meyakini bahwa keadilan harus menjadi tujuan sebuah negara.⁵¹ Plato mengajarkan bahwa keadilan (*justice*) merupakan salah satu dari empat bagian kebajikan pokok yang meliputi kebijaksanaan (*wisdom*), keberanian (*courage*), dan penguasaan diri (*self-control*). Dalam karyanya *Republic*, ia menegaskan pentingnya keadilan dan hukum yang adil. Keadilan menurut Plato ialah sebuah keutamaan atau ideal yang bernilai dalam dirinya sendiri (*"Justice is the virtue which remains in the state when the other virtues of temperance and courage and wisdom are abstracted and is the ultimate cause and condition of the existence of all of them."*)⁵² Bertindak

⁵¹Andreas Ata Ujan, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 2009, h.36-37

⁵²N. Jayapalan, *Plato*, Atlantic, New Delhi, 1999, h.16

secara adil adalah murni perbuatan baik, tanpa harus dikaitkan dengan untung atau rugi secara praktis.⁵³ Sebagai contoh, menolak undang-undang yang diskriminatif merupakan tindakan membela keadilan dan harus dilakukan tanpa memandang apakah ada manfaat praktis atau tidak. Keadilan dianggap sebagai nilai moral yang menentukan kualitas kepribadian manusia.

Menurut Plato, sebuah negara yang ideal harus dibangun berlandaskan keadilan. Ia lantas berusaha menggambarkan keadilan dengan memberikan ilustrasi mengenai jiwa manusia. Jiwa manusia dikatakan terdiri atas tiga bagian, yakni pikiran (*logistikon*), perasaan dan nafsu fisik dan jasmani (*epithumatikon*), serta rasa baik dan jahat (*thumoeindes*).⁵⁴ Keharmonisan ketiganya dapat tercapai apabila perasaan dan nafsu dikendalikan dengan akal budi. Hal tersebut menciptakan keseimbangan antara ketiga bagian dalam jiwa manusia tersebut. Demikian pula negara harus diatur secara seimbang menurut bagian-bagiannya. Kelas pertama ialah orang-orang bijaksana (kaum filsuf) yang memiliki pengetahuan dan kebijaksanaan sehingga dipercaya mampu memimpin negara. Kelas kedua adalah orang-orang yang memiliki keberanian dan mampu membela negara (kaum tentara dan ksatria). Kelas terakhir adalah kaum pedagang dan petani yang mampu mengendalikan diri dan menjaga ekonomi negara. Keadilan dapat terwujud jika setiap golongan menjalankan fungsinya masing-masing

⁵³Andreas Ata Ujan, *op.cit.*

⁵⁴Sukarno Aburaera, Muhadar, dan Maskun, *Filsafat Hukum Teori dan Praktik*, Prenada Media, Jakarta, 2013, h.183

tanpa mencampuri satu sama lain.⁵⁵ Pemikiran Plato ini berlandaskan cita-cita kolektivistik di mana keadilan merupakan suatu keharmonisan antara berbagai organisme sosial yang mewajibkan manusia tunduk pada peraturan-peraturan universal yang sarat akan nilai moral.⁵⁶ Oleh karena itu pendapat Plato ini dikenal sebagai keadilan moral (*moral justice*).

Plato membedakan antara keadilan khusus (*legal or particular justice*) dengan keadilan universal (*perfect or universal justice*).⁵⁷ Suatu keadilan universal hanya dapat terjadi dalam suatu tatanan negara yang ideal berdasarkan pendidikan yang benar (*right education*), prinsip komunisme (*principle of communism*), kekhususan yang fungsional (*functional specialization*), dan kebijaksanaan yang sempurna (*perfect wisdom of a philosopher-king*). Akan tetapi bagi suatu negara yang tidak ideal seperti itu, diharapkan negara dapat mewujudkan suatu keadilan khusus berdasarkan prosedur (*procedural justice*). Negara dianggap telah menjalankan prosedur yang tepat ketika fungsi-fungsi dan kedudukan dapat didistribusikan secara tepat sesuai kemampuan masing-masing individu.⁵⁸

Berikutnya **Aristoteles**, murid dari Plato, menjelaskan bahwa keadilan dapat diraih ketika untuk hal-hal yang sama harus diperlakukan secara sama, dan untuk hal-hal tidak sama juga harus diperlakukan secara tidak sama sesuai dengan proporsinya

⁵⁵Bertand Russell, *Sejarah Filsafat Barat Kaitannya dengan Kondisi Sosio Politik Zaman Kuno Hingga Sekarang*, (terjemahan Sigit Jatmiko), Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2002, h.153

⁵⁶Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum: Sejarah, Aliran, dan Pemaknaan*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2009, h.47

⁵⁷N. Jayapalan, *op.cit*, h.17

⁵⁸The Liang Gie, *Keadilan Sebagai Landasan Bagi Etika Administrasi Pemerintahan Dalam Negara Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1993, h.56

menurut kesamaan dan perbedaan masing-masing. Gambaran lengkap dari Aristoteles mengenai keadilan dalam Buku Kelima *Nicomachean Ethics* sebagai berikut:

“Keadilan adalah kebajikan yang lengkap, namun bukan berarti tanpa syarat, tetapi berhubungan dengan orang-orang lain di sekitar kita. Keadilan dianggap sebagai kebajikan yang terutama, bahkan lebih mengagumkan daripada bintang pagi dan bintang malam. Sesuai dengan pepatah. ‘Keadilan adalah gabungan dari seluruh kebajikan yang ada.’ Keadilan adalah seluruh kebajikan yang lengkap dalam akal sehat sepenuhnya, karena keadilan adalah penerapan dari kebajikan yang lengkap. Lengkap karena siapapun yang memilikinya dapat menerapkan kebajikannya kepada orang lain, bukan hanya pada dirinya sendiri.”⁵⁹

Aristoteles lantas membedakan antara apa yang sah (*lawful*) dan apa yang adil dan setara (*fair and equal*).⁶⁰ Jenis keadilan yang pertama disebut sebagai keadilan universal, yang ekuivalen dengan kepatuhan seseorang di hadapan hukum. Selanjutnya ia menyatakan bahwa hakikat keadilan terletak pada penilaian atas suatu tindakan. Keadilan merupakan kelayakan yang terwujud dalam tindakan manusia (*fairness in human action*), dan sesuatu dikatakan layak jika didasarkan pada prinsip persamaan (*equality*). Kesamaan tersebut dapat ditinjau secara numerik maupun proporsional, di mana kesamaan numerik memberikan semua orang bagian yang sama rata, sedangkan kesamaan proporsional memberikan setiap orang masing-masing sesuai dengan kemampuan, prestasi, dan hal-hal lain yang membedakannya.⁶¹

⁵⁹Aristotle, *Nicomachean Ethics*, (terjemahan Roger Crisp), Cambridge University Press, United Kingdom, 2004, h.81

⁶⁰Frederick Copleston, *A History of Philosophy Volume I*, Doubleday, United States of America, 1993, h.341

⁶¹Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, (terjemahan Raisul Muttaqien), Nusa Media, Bandung, 2014, h.24

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, ia membedakan dua kategori keadilan yaitu keadilan distributif (*justisia distributiva*) dan keadilan komutatif (*justisia commutativa*). Keadilan distributif berlaku pada lapangan hukum publik, bertujuan untuk menyalurkan kekayaan dan hal-hal lain yang dapat diperoleh masing-masing orang sesuai dengan jasa-jasanya, sedangkan keadilan komutatif (atau disebut pula keadilan yang menyamakan) berusaha untuk memberikan hak yang sama besarnya kepada semua orang.⁶² Selain itu dikenal juga keadilan perbaikan atau keadilan korektif (*remedial justice*) berdasarkan proporsi aritmatika pada transaksi yang bersifat sukarela (pada lapangan hukum perdata) maupun transaksi yang bukan sukarela (pada lapangan hukum pidana).⁶³

Selanjutnya **Thomas Aquinas** dalam *Summa Theologiae* mendefinisikan keadilan sebagai suatu kebiasaan (*habitus*), di mana setiap orang diberikan hak-haknya dengan suatu kehendak yang konstan dan terus-menerus (*constant et perpetua*).⁶⁴ Ada beberapa penjelasan mengenai definisi keadilan tersebut. *Pertama*, keadilan adalah suatu keutamaan (*virtue*) yang menjadi suatu kebiasaan, ditetapkan oleh kecenderungan yang bersifat *habitual*, dilakukan pada waktu yang tepat, dan supaya sampai pada suatu tindakan yang sempurna secara menyenangkan (tanpa

⁶²Yopi Gunawan dan Kristian, *Perkembangan Konsep Negara Hukum dan Negara Hukum Pancasila*, Refika Aditama, Bandung, 2015, h.35

⁶³Frederick Copleston, *op.cit*, h.342

⁶⁴Simplesius Sandur, *Filsafat Politik dan Hukum Thomas Aquinas*, Kanisius, Yogyakarta, 2019, h.202

keterpaksaan). *Kedua*, keadilan berarti memberikan setiap orang sesuai dengan haknya (sesuai dengan proporsi berdasarkan ukuran yang tidak boleh dilanggar).

Prinsip keadilan menurut Thomas Aquinas adalah sebuah persamaan (*aequalitatem* atau *equality*) yang dilihat dari sudut pandang dalam hubungannya dengan orang lain, di mana ada perbedaan pada setiap pribadi.⁶⁵ Thomas Aquinas lantas membedakan keadilan menjadi dua jenis, yaitu keadilan umum dan keadilan khusus.⁶⁶ Keadilan umum merupakan keadilan menurut kehendak dari undang-undang, sedangkan keadilan khusus adalah keadilan yang berdasarkan atas kesamaan atau proporsionalitas. Keadilan khusus dibedakan menjadi keadilan distributif, keadilan komutatif, dan keadilan vindikatif. Keadilan vindikatif bermakna keadilan yang memberikan hukuman atau denda kepada masing-masing orang, sebanding dengan kejahatan atau pelanggaran yang telah dilakukannya dalam kehidupan bermasyarakat.⁶⁷ Setiap anggota masyarakat memiliki kewajiban untuk mencapai tujuan masyarakat, yakni kedamaian dan kesejahteraan. Jika ada yang menghalangi terwujudnya cita-cita tersebut, maka ia patut menerima koreksi berupa hukuman atau denda yang sepadan dengan perbuatan (pelanggaran) tersebut. Kesebandingan antara sanksi dengan pelanggaran tersebut dilaksanakan menurut keadilan vindikatif. Selanjutnya keadilan korektif adalah keadilan yang menjamin, mengawasi, dan memelihara distribusi melawan serangan-serangan ilegal. Fungsi keadilan korektif

⁶⁵*Ibid*, h.203

⁶⁶Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006, h.154

⁶⁷O. Notohamidjojo, *Demi Keadilan dan Kemanusiaan*, BPK Gunung Mulia, Jakarta, 1975, h.37

adalah untuk menyeimbangkan *status quo* dengan jalan mengembalikan keadaan korban kepada keadaan semula atau mengganti kerugian atas hak milik orang lain yang dirugikan.⁶⁸

Berikutnya **H.L.A. Hart** menganggap bahwa untuk menilai keadilan harus dilihat apakah hal tersebut layak atau tidak layak (*fair or unfair*).⁶⁹ Keadilan adalah kelayakan (*fairness*), dan dapat disebut layak apabila seseorang yang sama diperlakukan secara sama, dan yang berbeda diperlakukan berbeda (*'treat like cases alike and different cases differently'*).⁷⁰

Selanjutnya akan dibahas mengenai aliran hukum utilitarianisme yang dicetuskan oleh **Jeremy Bentham**. Pemikiran hukum Bentham dipengaruhi oleh David Hume, yang menyatakan bahwa segala sesuatu yang berguna akan memberikan kemanfaatan dan kebahagiaan. Ia mendefinisikan kegunaan (*utility*) sebagai kesenangan, kebahagiaan, keuntungan, kebajikan, manfaat, atau segala cara untuk mencegah rasa sakit, jahat, dan ketidakbahagiaan. Ajaran yang sarat dengan nilai individualisme ini diterapkan pada bidang hukum, di mana suatu peraturan dinilai baik apabila memberikan kebahagiaan pada bagian terbesar masyarakat. Menurut Bentham, hakikat hukum adalah sebagai alat untuk memberikan manfaat bagi orang banyak, berupa kebahagiaan sebesar-besarnya untuk sebanyak-banyaknya jumlah orang (*the*

⁶⁸Helmi Juni, *Filsafat Hukum*, Pustaka Setia, Bandung, 2012, h.399

⁶⁹H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2012, h.158

⁷⁰*Ibid*, h.159

greatest happiness of the greatest number).⁷¹ Prinsip-prinsip hukum harus diterapkan secara kuantitatif karena kualitas kebahagiaan selalu sama. Selain itu perundang-undangan harus dapat mencapai empat tujuan, yaitu untuk memberikan nafkah hidup (*to provide subsistence*), untuk memberikan keberlimpahan (*to provide abundance*), untuk memberikan perlindungan (*to provide security*), dan untuk mencapai persamaan (*to attain equity*). Pembuat undang-undang diharapkan membentuk hukum yang adil bagi masyarakat secara individual. Keberadaan hukum dan negara semata-mata sebagai alat untuk mencapai manfaat yang hakiki, yaitu kebahagiaan bagi mayoritas rakyat.

Keadilan yang dicita-citakan oleh para pemikir mazhab utilitarianisme adalah keseluruhan situasi atau keadaan yang dihasilkan dari suatu kebijakan, hukum, atau proses penegakan hukum harus memperhatikan tujuan, manfaat, atau kegunaannya.⁷² Adil adalah ketika institusi-institusi sosial, termasuk juga institusi hukum, diukur dengan indikator kemanfaatan, yaitu kebahagiaan terbesar bagi kelompok mayoritas. Kemanfaatan adalah suatu bagian dari sistem etika, dan suatu perbuatan dapat dilihat kualitas etisnya dari apakah perbuatan tersebut mampu mencapai tujuan yang baik dan hasilnya memberi manfaat.⁷³

⁷¹Amran Suadi, *Sosiologi Hukum: Penegakan Realitas dan Nilai Moralitas Hukum*, Kencana, Jakarta, 2018, h.100-102

⁷²Muhammad Yusni, *Keadilan dan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi Perspektif Kejaksaan*, Airlangga University Press, Surabaya, 2017, h.39

⁷³Munir Fuady, *Dinamika Teori Hukum*, Ghalia, Bogor, 2007, (selanjutnya disingkat Munir Fuady-I), h.95

Selanjutnya **John Rawls**, seorang filsuf Amerika Serikat mengemukakan keadilan adalah kebajikan yang tertinggi dari institusi sosial, sebagaimana halnya kebenaran pada sistem pemikiran (*justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought*).⁷⁴ John Rawls memperkenalkan istilah posisi asli (*original position*) dan selubung ketidaktahuan (*veil of ignorance*). Posisi asli adalah suatu gambaran di mana setiap individu dianggap berada pada *status quo* yang bebas dan setara (tanpa adanya perbedaan kedudukan, posisi kelas, maupun status sosial di masyarakat), sehingga kesepakatan antara mereka dapat tercapai secara seimbang (kedudukannya).⁷⁵ Selanjutnya dikatakan bahwa pada posisi asli ini masyarakat dianggap tidak memahami kedudukan sesungguhnya di masyarakat (apakah berada pada suatu ketimpangan posisi kelas atau status sosial atau tidak), atau dengan kata lain pada saat melakukan kesepakatan tersebut mereka sedang berada dalam suatu selubung ketidaktahuan (*veil of ignorance*).⁷⁶

John Rawls menawarkan suatu prinsip kesamaan yang adil (*justice as fairness*), yang dirangkum dalam dua pokok pemikiran sebagai berikut:

1. *Each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others;*
2. *Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both:*
 - a) *reasonably expected to be everyone's advantage; and*
 - b) *attached to positions and offices open to all.*⁷⁷

⁷⁴John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, h.3

⁷⁵*Ibid*, h.11

⁷⁶*Ibid*, h.137

⁷⁷*Ibid*, h.53. Terjemahan bebasnya:

1. Setiap orang memiliki hak yang sama atas kebebasan yang paling mendasar, seluas-luasnya sebagaimana dimiliki juga oleh orang lain;

Prinsip yang pertama dikenal sebagai prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty principle*), contohnya ialah hak-hak politik yang dimiliki oleh warga negara, kebebasan dalam mengemukakan pendapat dan berekspresi, serta kebebasan beragama.⁷⁸ Prinsip kedua pada bagian (a) disebut prinsip perbedaan (*difference principle*), yang berangkat dari prinsip ketidaksetaraan yang dapat dijustifikasi melalui kebijakan yang terkontrol, sepanjang menguntungkan kelompok masyarakat lemah. Prinsip kedua pada bagian (b) disebut prinsip kesamaan kesempatan (*equal opportunity principle*), yang memperhatikan kualitas kemampuan, kemauan, dan kebutuhan. Dari dua poin tersebut dapat dilihat bahwa keadilan hendak menyeimbangkan antara kepentingan pribadi dan kepentingan bersama. Selanjutnya keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal.⁷⁹ *Pertama*, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. *Kedua*, setiap regulasi harus dapat menjadi panduan untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidakadilan yang dialami oleh kaum lemah.

Dalam aliran pemikiran analisis ekonomi atas hukum yang dicetuskan oleh **Richard Posner**, konsep-konsep ekonomi digunakan untuk menjelaskan efek hukum,

2. Ketimpangan sosial dan ekonomi yang terjadi, harus diatur sedemikian rupa sehingga dapat (a) memberikan manfaat bagi semua orang, dan (b) membuka kesempatan bagi semua orang untuk menduduki posisi dan jabatan.

⁷⁸Pan Mohammad Faiz, 'Teori Keadilan John Rawls', *Jurnal Konstitusi*, Vol 6, No 1, 2009, h.136-139

⁷⁹Muhammad Syukri Albani Nasution, *et.al*, *Hukum Dalam Pendekatan Filsafat*, Kencana, Jakarta, 2016, h.318

untuk menilai mana norma-norma hukum mana yang efisien, serta memprediksi norma-norma hukum mana yang dapat diberlakukan dalam suatu negara.⁸⁰ Pendekatan analisis ekonomi atas hukum disusun berdasarkan asumsi dasar bahwa manusia adalah makhluk yang rasional dan senantiasa berusaha memaksimalkan manfaat (atau utilitas) mereka, dengan mempertimbangkan kelangkaan sumber daya yang mereka miliki,⁸¹ serta mengambil keputusan untuk kepentingan pribadinya (*self-interest*), atau seringkali disebut dengan istilah *homo economicus* (*rational men* atau makhluk rasional). Dengan demikian setiap manusia diasumsikan akan memperhitungkan unsur untung dan rugi dalam setiap tindakannya, baik secara sadar maupun tidak.⁸² Menurut Posner, nilai (*value*) akan sesuatu dapat ditentukan seberapa banyak seseorang bersedia membayar untuk mendapatkannya (*willingness to pay*).⁸³ Manusia menentukan nilai akan sesuatu selalu ditujukan pada peningkatan kemakmuran (*wealth maximization*) dirinya, dengan jalan efisiensi.⁸⁴ Dengan demikian berdasarkan aliran ini hukum dianggap sebagai alat bantu untuk mengatur hubungan yang bersifat transaksional.

Akan tetapi berdasarkan penelitian empiris ternyata perilaku manusia dapat melenceng dari prediksi-prediksi ekonomi yang rasional.⁸⁵ Hal ini disebabkan karena asumsi-asumsi dalam ilmu ekonomi dianggap mengabaikan aspek-aspek lain yang

⁸⁰David Friedman, *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Palgrave Macmillan, London, 1987, h.144

⁸¹Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publisher, New York, 2011, h.3

⁸²Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, The University of Chicago Press, Chicago, 1990, h.7

⁸³Richard Posner, *op.cit*, h.11

⁸⁴*Ibid*, h.12

⁸⁵*Ibid*, h.68

mempengaruhi perilaku manusia, seperti etika, moralitas, dan altruisme. Analisis ekonomi atas hukum lantas dikritik karena semata-mata mengedepankan efisiensi dan mengabaikan nilai-nilai keadilan serta kemanusiaan. Akan tetapi Posner berusaha menangkal kritik ini dengan menjelaskan bahwa keadilan yang hendak dicapai dalam pendekatan analisis ekonomi atas hukum ialah keadilan distributif yang menekankan pada derajat yang layak atas persamaan ekonomi.⁸⁶

Theo Huijbers memaparkan bahwa secara umum makna hukum ialah mewujudkan keadilan dalam kehidupan bersama manusia.⁸⁷ Makna ini dapat tercapai apabila prinsip-prinsip keadilan dalam peraturan-peraturan bagi kehidupan bersama itu. Oleh karena itu sebenarnya hukum positif haruslah merupakan pengejawantahan dari prinsip-prinsip keadilan. Akan tetapi, jika peraturan bersifat tidak adil, maka peraturan tersebut akan kehilangan maknanya sebagai hukum.⁸⁸

Selanjutnya **Teguh Prasetyo** mengemukakan teori keadilan bermartabat sebagai keadilan yang bersumber dari dalam diri bangsa Indonesia, yaitu dari Pancasila sebagai sumber dari segala hukum.⁸⁹ Pancasila sebagai falsafah bangsa (*Volksgeist*) dalam perspektif hukum bermakna Pancasila dijadikan dasar untuk menemukan nilai keadilan. Konsep keadilan di Indonesia didasarkan Pancasila, terutama sila kedua (kemanusiaan yang adil dan beradab) dan sila kelima (keadilan bagi seluruh rakyat

⁸⁶*Ibid*, h.25-26

⁸⁷Theo Huijbers, *op.cit*, h.274

⁸⁸*Ibid*, h.275

⁸⁹Teguh Prasetyo, *Keadilan Bermartabat Perspektif Teori Hukum*, Nusa Media, Bandung, 2018, h.106

Indonesia). Teori keadilan bermartabat memiliki dimensi spiritual yang kemudian melahirkan konsekuensi logis berupa keadilan yang berwujud kebendaan. Menurut Notonagoro, keadilan hukum dalam sila kedua Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab dimaknai sebagai kemanusiaan yang adil terhadap diri sendiri, terhadap sesama manusia, dan terhadap Tuhan sebagai *causa prima*.⁹⁰ Dengan demikian keadilan hukum yang dimiliki bangsa Indonesia adalah keadilan yang memanusiakan manusia dan menempatkan manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan yang dijamin hak-haknya. Di dalam sistem hukum berdasarkan Pancasila ternyata terdapat harmonisasi dengan mazhab hukum alam, di mana terdapat prinsip-prinsip seperti *pacta sunt servanda*, penghormatan terhadap hak milik rakyat, tidak melakukan pengambilan keuntungan melebihi kewajaran (*unjust enrichment*), pembetulan kembali suatu kerusakan kepada keadaan semula (*restitution in integrum*), pemberian ganti kerugian, dan sebagainya.⁹¹

Rasa keadilan tidak dapat dipandang sebagai sesuatu yang mutlak, melainkan selalu bersifat relatif.⁹² Hal ini disebabkan oleh rasa keadilan itu sendiri tak bisa dilepaskan dari keterlibatan pribadi manusia. Manusia adalah pribadi yang selalu menempatkan dirinya pada suatu kerangka nilai, baik yang diperoleh sejak lahir (*acquired*) maupun karena proses pembelajaran (*achieved*). Rasa keadilan seperti itu sukar untuk diterapkan secara umum karena setiap orang memiliki pandangan yang

⁹⁰*Ibid.*

⁹¹*Ibid*, h.119

⁹²*Ibid.*

berbeda-beda. Padahal dalam hubungan antar manusia diperlukan ukuran objektif agar rasa keadilan individual itu tidak pecah sebagai suatu diskrepansi dalam rasa keadilan antar-perseorangan maupun persilangan antara rasa keadilan antar-perseorangan. Rasa keadilan yang sifatnya subjektif itu harus dikembangkan sedemikian rupa sehingga dapat menjelma menjadi rasa keadilan yang diterima secara umum. Praktiknya dapat ditemui pada saat hakim mewujudkan rasa keadilan melalui putusan-putusannya, yang pada akhirnya dapat dirasakan dan dihayati oleh masyarakat. Rasa keadilan tersebut lantas menjadi konsep sentral dari *rule of law*.

Konsep keadilan akan selalu mengalami perubahan, sehingga keadilan harus mampu berinteraksi sirkular dengan perkembangan ilmu-ilmu lain, antara lain teologi, ideologi, dan teknologi.⁹³ Sebagai contoh, pada awalnya konsep keadilan di Barat bersifat mitologis karena keadilan dianggap hanya terdapat pada dewa-dewa. Pada perkembangannya Aristoteles dan Plato mengembangkan konsep tersebut menjadi intelektual-rasional. Selanjutnya gagasan keadilan semakin dikaitkan dengan institusi dan kolektivitas kehidupan manusia. Tantangan utama prinsip keadilan pada masa kini ialah mencari celah antara liberalisme dan sosialisme, terutama yang menyangkut perkembangan ekonomi. Dengan demikian konsep keadilan menjadi amat majemuk karena dapat berbentuk konsep teologis, konsep etis, konsep politik, konsep sosiologis, dan konsep ekonomi.⁹⁴

⁹³ Abdul Ghofur Anshori, *op.cit*, h.53

⁹⁴ *Ibid*, h.53

1.6.2 Teori Tanggung Gugat

Terdapat dua istilah yang berkaitan dengan pertanggungjawaban, yaitu *responsibility* (tanggung jawab) dan *liability* (tanggung gugat).⁹⁵ *Black's Law Dictionary* memberikan pengertian *responsibility* sebagai “*answerability or accountability... it is used in the criminal law in the sense of criminal responsibility, and hence means answerability to the criminal law*”.⁹⁶ Sementara itu *Black's Law Dictionary* mendefinisikan *liability* sebagai “*the quality, state, or condition being legally obligated or accountable, ... enforceable by civil remedy*”.⁹⁷ *Liability* (atau dalam bahasa Belanda disebut *aansprakelijkheid*) merupakan suatu bentuk spesifik dari tanggung jawab, di mana tanggung gugat mewajibkan seseorang atau badan hukum untuk membayar ganti rugi (kompensasi) setelah terjadinya peristiwa atau tindakan yang melanggar hukum (*onrechtmatigedaad*) yang menimbulkan kerugian bagi pihak lain.⁹⁸ Dari pengertian-pengertian di atas dipahami bahwa *responsibility* menitikberatkan tanggung jawab seseorang atas perbuatannya pada ranah hukum pidana, sedangkan *liability* menekankan tanggung jawab seseorang atas kewajibannya di bidang hukum privat (keperdataan).

BW Indonesia membagi tanggung gugat atas perbuatan melanggar hukum ke dalam beberapa jenis, antara lain:

⁹⁵Ridwan H.R., *Hukum Administrasi Negara*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006, h.335

⁹⁶Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Thomson Reuters, United States of America, 2014, h.1056

⁹⁷*Ibid*, h.1053

⁹⁸Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009, (selanjutnya disingkat Peter Mahmud Marzuki-I), h.258

1. Tanggung gugat atas perbuatan yang dilakukan oleh dirinya sendiri (Pasal 1365 BW);
2. Tanggung gugat atas perbuatan yang dilakukan oleh orang lain, yaitu:
 - a. Tanggung gugat atas orang yang menjadi tanggungannya secara umum;
 - b. Tanggung gugat orang tua dan wali atas anak-anak yang belum dewasa (Pasal 1367 ayat 2 BW);
 - c. Tanggung gugat majikan dan orang yang mewakilkan urusannya atas bawahan atau orang-orang yang dipekerjakannya (Pasal 1367 ayat 3 BW);
 - d. Tanggung gugat guru sekolah dan kepala tukang, atas murid dan tukang-tukangnya (Pasal 1367 ayat 4 BW);
3. Tanggung gugat atas barang-barang yang berada dalam pengawasannya, yaitu:
 - a. Barang-barang pada umumnya (Pasal 1367 ayat 1 BW);
 - b. Binatang peliharaan (Pasal 1368 BW);
 - c. Tanggung gugat pemilik atas gedung (Pasal 1369 BW).

Sedangkan jika ditinjau dari beban pembuktian, tanggung gugat dapat dibagi sebagai berikut:

1. Tanggung gugat berdasarkan kesalahan, dalam bahasa Inggris disebut *liability based on fault* atau dalam bahasa Belanda disebut

schuldaansprakelijkheid (Pasal 1365 BW). Penggugat wajib membuktikan unsur kesalahan yang melekat pada perbuatan Tergugat.

2. Tanggung gugat dipertajam (*verscherpe aansprakelijkheid*), yang terbagi menjadi dua jenis yaitu:

a. Tanggung gugat berdasarkan kesalahan dengan beban pembuktian terbalik (*schuldaansprakelijkheid met omkering van bewijslast*), yang dapat ditemukan pada ketentuan Pasal 1367 ayat 2 dan 5 BW (tanggung gugat orang tua dan wali) serta Pasal 1368 BW (tanggung gugat pemilik hewan). Penggugat tidak perlu membuktikan unsur kesalahan pada perbuatan Tergugat, karena sebaliknya Tergugatlah yang harus membuktikan bahwa sudah dilakukan upaya kehati-hatian sehingga ia tidak dapat dipersalahkan atas kerugian yang timbul.

b. Tanggung gugat risiko (*risico aansprakelijkheid*), di mana seseorang dianggap tetap bertanggung gugat meskipun ia sendiri tidak melakukan perbuatan melanggar hukum dan tidak ditemukan unsur kesalahan pada dirinya, yang dapat ditemukan pada ketentuan Pasal 1367 ayat 3 BW (tanggung gugat majikan atas tindakan bawahan dalam lingkup tugasnya) dan Pasal 1369 BW (tanggung gugat pemilik gedung).

Aturan perbuatan melanggar hukum sebagai bentuk tanggung gugat berdasarkan kesalahan (*liability based on fault*) dapat kita telusuri balik hingga zaman Romawi kuno. Pada sekitar 500 (limaratus) tahun sebelum Masehi, Hukum Raja (*The Law of the King*) atau *Twelve Tables* disusun dari kaidah-kaidah hukum dan kebiasaan yang

berlaku masa itu.⁹⁹ Meskipun pada aturan tersebut sudah diatur beberapa jenis perbuatan melanggar hukum seperti *furtum (conversion)*, *rapina (forceable conversion)*, *iniuria (willful aggression upon personality)*, dan *dammum iniuria datum (wrongful injury to property)*, namun belum terdapat suatu rumusan yang bersifat umum. Selanjutnya hukum Perancis Kuno mengadopsi prinsip-prinsip dasar hukum Romawi dan mengalami perkembangan pada masa pemerintahan Napoleon Bonaparte, yang ditandai dengan lahirnya *Code Napoleon* antara tahun 1804-1810.¹⁰⁰ Hukum Perancis membentuk suatu prinsip dasar mengenai perbuatan melanggar hukum yang bersifat sederhana tetapi dapat menjangkau semua, di mana orang diwajibkan mengganti kerugian yang ditimbulkan dari perbuatannya. Rumusan tersebut kemudian diterapkan pada hukum Belanda, yang mana dibawa ke Indonesia melalui asas konkordansi dalam Pasal 1365 BW Indonesia.¹⁰¹

Perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatigedaad*) diatur dalam Pasal 1365 BW sebagai berikut:

Elke onrechtmatigedaad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengene door wiens schuld die schade veroorzaakt is in verpligting om dezelve te vergoeden.

Para ahli hukum di Indonesia memiliki beragam pendapat dalam mengartikan terminologi *onrechtmatigedaad*. Ada yang menerjemahkannya sebagai ‘perbuatan melawan hukum’, namun ada pula yang mengistilahkannya sebagai ‘perbuatan

⁹⁹Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum: Pendekatan Kontemporer*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, (selanjutnya disingkat Munir Fuady-II), h.23-24

¹⁰⁰*Ibid*, h.25

¹⁰¹*Ibid*.

melanggar hukum'. Moegni Djojodirdjo memilih untuk menggunakan kata 'melawan' daripada 'melanggar' dengan alasan bahwa pada kata 'melawan' melekat sifat aktif dan pasif sekaligus.¹⁰² Sebelum *Arrest Hoge Raad* Belanda tahun 1919, *onrechtmatigedaad* diartikan sebagai berikut:

Onrechtmatig is slecht een daad, die inbreuk maakt op eens anders subyectief recht, of die in strijd is met des daders eigen rechtsplicht.
(Melawan hukum adalah suatu perbuatan yang melanggar hak subyektif orang lain atau yang bertentangan dengan kewajiban hukum dari si pelaku sendiri.)

Dengan demikian perbuatan melawan hukum diinterpretasikan sebagai perbuatan yang melawan undang-undang (hukum yang bersifat tertulis) saja. Hal ini merupakan pengaruh dari ajaran legisme yang memaknai hukum sebatas apa yang tercantum dalam undang-undang, sehingga orang tidak dapat memberikan penafsiran di luar kaidah-kaidah tertulis.¹⁰³ Dengan kata lain, perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) semula dipersamakan dengan perbuatan melawan undang-undang (*onwetmatigedaad*).¹⁰⁴

Adapun beberapa orang sarjana yang tidak setuju dengan aliran legisme ini antara lain Hamaker, Meijers, Anema, H. Krabbe, dan Paul Scholten.¹⁰⁵ Molengraff berpendapat bahwa perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 BW tidak hanya meliputi perbuatan-perbuatan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, namun juga perbuatan-perbuatan yang menyalahi segala sesuatu yang

¹⁰²M.A. Moegni Djojodirdjo, *Perbuatan Melanggar Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982 h.13

¹⁰³R. Setiawan, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, Putra Abardin, Bandung, 1999, h.76

¹⁰⁴Rosa Agustina, *Hukum Perikatan (Law of Obligations)*, Pustaka Larasan, Denpasar, 2012, (selanjutnya disingkat Rosa Agustina-I), h.6

¹⁰⁵R. Setiawan, *op.cit*, h.76

terdapat di luar undang-undang, yaitu kaidah-kaidah sosial (kebiasaan, sopan santun, dan kesusilaan). Meskipun demikian, *Hoge Raad* tetap bersikukuh mempertahankan pendiriannya yang sempit. Hal ini menyebabkan masyarakat luas yang kepentingannya terlanggar akibat perbuatan orang lain yang belum diatur oleh hukum tidak dapat memperoleh ganti rugi.

Pandangan ini berubah sejak munculnya putusan *Hoge Raad* tertanggal 31 Januari 1919 dalam perkara Cohen melawan Lindenbaum tanggal 31 Januari 1919, yang terkenal dengan sebutan *Drukkers Arrest*.¹⁰⁶ Di kota Amsterdam terdapat dua perusahaan percetakan yang saling bersaing, yaitu Cohen dan Lindenbaum. Pada suatu ketika Cohen membujuk salah seorang pegawai Lindenbaum untuk memberikan keterangan-keterangan mengenai segala sesuatu yang terjadi di kantor perusahaan Lindenbaum, seperti salinan surat-surat penawaran, nama-nama langganan yang melakukan pemesanan, dan lain sebagainya. Tindakan ini mengakibatkan Lindenbaum mengalami kerugian karena Cohen dapat terlebih dahulu mengetahui segala sesuatu yang akan diproduksi oleh Lindenbaum. Kecurangan ini akhirnya diketahui oleh Lindenbaum, yang menuntut ganti kerugian berdasarkan Pasal 1401 BW Belanda atau Pasal 1365 BW Indonesia. Gugatan Lindenbaum tersebut dikabulkan oleh *Rechtbank* (pengadilan tingkat pertama), namun dibatalkan pada tingkat banding. Pertimbangan *Hof* (pengadilan tingkat banding) Amsterdam adalah bahwa sekalipun karyawan tersebut melakukan perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang, yakni

¹⁰⁶*Ibid*, h.80

melanggar suatu kewajiban hukum, namun tidak berlaku bagi Cohen karena undang-undang tidak secara tegas menyatakan bahwa mencuri informasi adalah perbuatan melawan hukum. *Hoge Raad* (Mahkamah Agung) Belanda pada tingkat kasasi membatalkan putusan *Hof* tersebut atas dasar pertimbangan, bahwa makna perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) dalam putusan *Hof* tersebut dipandang secara sempit, yakni hanya meliputi perbuatan-perbuatan yang secara langsung dilarang oleh undang-undang, sedangkan perbuatan yang tidak dapat dibuktikan bertentangan dengan undang-undang tidak termasuk di dalamnya walaupun bertentangan dengan kepatutan dalam masyarakat atau kesusilaan.

Dengan adanya putusan *Hoge Raad* yang revolusioner ini, perbuatan melanggar hukum tidak hanya diartikan sebagai perbuatan yang melanggar kaidah-kaidah hukum tertulis saja (yakni perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku dan melanggar hak subyektif orang lain). Perbuatan melanggar hukum juga meliputi kaidah-kaidah tidak tertulis mengenai kesusilaan, kepatutan di masyarakat baik terhadap diri sendiri atau benda orang lain, serta ketelitian dan kehati-hatian yang seharusnya dimiliki seseorang pada pergaulan dalam masyarakat.¹⁰⁷

Syarat-syarat yang harus dipenuhi agar suatu tindakan memenuhi seluruh unsur Pasal 1365 BW dan gugatan ganti kerugian dapat dikabulkan oleh Pengadilan adalah:¹⁰⁸

¹⁰⁷*Ibid.*

¹⁰⁸Mariam Darus Badruzaman, *KUHPerdata Buku III Hukum Perikatan dengan Penjelasan*, Alumni, Bandung, 1996, h.13

1. Harus ada suatu perbuatan;
2. Perbuatan tersebut melanggar hukum dan/atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku;
3. Pada perbuatan tersebut melekat unsur kesalahan;
4. Terjadi suatu kerugian yang dialami oleh korban;
5. Terdapat hubungan sebab-akibat (kausalitas) antara perbuatan pelaku dengan kerugian yang timbul.

1.6.3 Profesi Dokter

Bryan A. Garner dalam *Black's Law Dictionary* memberikan pengertian profesi (*profession*) sebagai *a vocation requiring advanced education and training*.¹⁰⁹

Abdulkadir Muhammad merumuskan beberapa kriteria profesi antara lain:¹¹⁰

1. meliputi bidang tertentu saja (spesialisasi);
2. didasarkan pada suatu keahlian dan keterampilan khusus;
3. bersifat tetap atau terus-menerus;
4. lebih mengutamakan pelayanan dibandingkan imbalan (pendapatan);
5. bertanggungjawab terhadap diri sendiri dan masyarakat; serta
6. terkelompok dalam suatu organisasi.

¹⁰⁹Bryan A. Garner, *op.cit*, h.1403

¹¹⁰Abdulkadir Muhammad, *Etika Profesi Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, (selanjutnya disingkat Abdulkadir Muhammad-I), h.58

Rueschemeyer berpendapat bahwa melalui pendekatan fungsionalis, profesi merupakan pekerjaan yang berorientasi kepada masyarakat atau pelayanan yang menggunakan kumpulan pengetahuan yang sistematis untuk menghadapi masalah-masalah yang berkaitan dengan nilai-nilai pokok masyarakat yang bersangkutan.¹¹¹ Rueschemeyer tidak sepakat bahwa suatu status profesi berhubungan dengan derajat kekompleksan pengetahuan yang diterapkan tersebut semata, tetapi juga berkaitan dengan keterampilan bagaimana menjalin hubungan dengan orang lain.¹¹²

Profesi kedokteran cocok dengan kriteria-kriteria yang disebutkan di atas, karena dokter memiliki pengetahuan khusus yang diperolehnya dari proses pendidikan, pelatihan, dan pengalaman selama bertahun-tahun, memiliki kaidah dan standar moral yang tinggi sehingga melandaskan kegiatannya pada kode etik profesi, memegang suatu izin, serta menjadi anggota dari organisasi (perkumpulan) sesama rekan seprofesi.¹¹³ Sehingga seorang dokter menjalankan profesinya harus senantiasa berpegang pada etika, standar profesi, dan standar prosedur kedokteran. Standar profesi dan standar prosedur kedokteran adalah pedoman yang memberi arahan bagaimana seorang dokter menjalankan praktik, sehingga pelanggaran terhadap standar profesi dan standar prosedur adalah sebuah praktik yang tidak benar.

¹¹¹Terence J. Johnson, *Profesi dan Kekuasaan: Merosotnya Peran Kaum Profesional dalam Masyarakat*, (terjemahan Wilandari Supardan), Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 1991, h.35

¹¹²*Ibid*, h. 36

¹¹³I Ketut Widana dan Gusti Ayu Oka Cahya Dewi, *Buku Ajar Prinsip Etika Profesi Membangun Profesionalisme Diri*, Panca Terra Firma, Bandung, 2020, h.5-6

Sementara itu etik kedokteran ialah norma-norma dan asas-asas yang berlaku bagi para pengemban profesi kedokteran sebagai landasan dalam menjalankan tugas profesinya. Etik kedokteran memiliki dua sisi yang saling mempengaruhi satu sama lain. Pertama, etik jabatan atau lebih sering disebut dengan *medical ethics*, yaitu menyangkut masalah yang berhubungan dengan sikap dokter terhadap rekan sejawat, terhadap para pembantunya, serta terhadap masyarakat dan pemerintah.¹¹⁴ Kedua, etik asuhan atau *ethics of medical care*, yaitu bagaimana seorang dokter bersikap dan bertindak terhadap pasien yang menjadi tanggung jawabnya.

1.6.4 Asuransi

Istilah asuransi merupakan terjemahan dari bahasa Belanda *verzekering*, yang bermakna pertanggungan. Terminologi *pertanggungan* lebih banyak dipakai dalam literatur-literatur hukum, sedangkan istilah *asuransi* lebih banyak digunakan oleh kalangan pelaku usaha. Asuransi berasal dari kata *assurantie* (Belanda) dan *assurance* (Inggris). Di Inggris, istilah *insurance* juga digunakan sebagai pendamping istilah *assurance* tersebut di atas. *Assurance* lebih sering digunakan untuk jenis asuransi jiwa, sedangkan *insurance* lebih berhubungan dengan jenis asuransi kerugian (asuransi umum). Pengertian asuransi yang diberikan oleh Wirjono Prodjodikoro adalah:¹¹⁵

“Dalam suatu asuransi terlibat dua pihak, yaitu yang satu sanggup menanggung atau menjamin, bahwa pihak lain akan mendapatkan penggantian suatu kerugian

¹¹⁴Bahder Johan Nasution, *Hukum Kesehatan Pertanggungjawaban Dokter*, Rineka Cipta, Jakarta, 2013, h.9

¹¹⁵Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Asuransi di Indonesia*, Intermasa, Jakarta, 1991, (selanjutnya disingkat Wirjono Prodjodikoro-I), h.1

yang mungkin akan ia derita sebagai akibat dari suatu peristiwa yang semula belum akan terjadi atau semula belum dapat ditentukan saat terjadinya. Adanya asuransi ini menimbulkan kontraprestasi. Kontraprestasi dari pertanggungan ini, pihak yang ditanggung itu diwajibkan untuk membayar sejumlah uang kepada pihak yang menanggung. Uang tersebut akan tetap menjadi pihak yang menanggung, apabila kemudian ternyata peristiwa yang dimaksud itu tidak terjadi.”

Williams, Jr. dan Heins memberikan rumusan asuransi dari dua sudut pandang.

Yang pertama: *“insurance is the protection against financial loss provided by insurer”*, dan yang kedua: *“insurance is a device by means of the risk of two or more persons or firm are combined through actual or promises contribution fund out of which claimants are paid.”*¹¹⁶

Pasal 246 Kitab Undang-undang Hukum Dagang (KUHD) memberikan definisi asuransi sebagai berikut:

Asuransi atau Pertanggungan adalah suatu perjanjian dengan mana seorang penanggung mengikatkan diri kepada seorang tertanggung, dengan menerima suatu premi, untuk memberikan penggantian kepadanya karena suatu kerugian, kerusakan atau kehilangan keuntungan yang diharapkan, yang mungkin akan dideritanya karena suatu peristiwa yang tak tertentu.

Berdasarkan rumusan tersebut dapat ditentukan unsur-unsur perjanjian asuransi antara lain:

1. Terdapat dua pihak, yaitu Penanggung dan Tertanggung;
2. Terjadi peralihan risiko dari Tertanggung kepada Penanggung;
3. Ada premi yang harus dibayar Tertanggung kepada Penanggung;
4. Ada unsur peristiwa yang tidak pasti (*evenemen*); dan

¹¹⁶M. Suparman Sastrawidjaja, *Aspek-aspek Hukum dan Surat Berharga*, Alumni, Bandung, 2003, h.10

5. Adanya ganti kerugian apabila terjadi suatu peristiwa yang tidak pasti.

Sementara itu Pasal 1 Undang-undang Nomor 40 Tahun 2014 tentang Usaha

Perasuransian mendefinisikan asuransi sebagai berikut:

“Asuransi adalah perjanjian antara dua pihak, yaitu perusahaan asuransi dan pemegang polis, yang menjadi dasar bagi penerimaan premi oleh perusahaan asuransi sebagai imbalan untuk:

- a. memberikan penggantian kepada Tertanggung atau pemegang polis karena kerugian, kerusakan, biaya yang timbul, kehilangan keuntungan, atau tanggung jawab hukum kepada pihak ketiga yang mungkin diderita Tertanggung atau pemegang polis karena terjadinya suatu peristiwa yang tidak pasti; atau
- b. memberikan pembayaran yang didasarkan pada meninggalnya Tertanggung atau pembayaran yang didasarkan pada hidupnya Tertanggung dengan manfaat yang besarnya telah ditetapkan dan/atau didasarkan pada hasil pengelolaan dana.”

Pengertian asuransi dalam Undang-undang Nomor 40 Tahun 2014 lebih lengkap daripada KUHD karena menjelaskan pihak-pihak terkait dalam perjanjian asuransi (perusahaan asuransi dan pemegang polis), serta menguraikan perjanjian asuransi menjadi dasar bagi penerimaan premi oleh perusahaan asuransi atau dasar bagi Tertanggung (pemegang polis) untuk berprestasi membayar premi sebagai kewajiban baginya. Premi yang dibayarkan tersebut akan mengikat perusahaan asuransi untuk melakukan kontraprestasi sesuai dengan jenis asuransi yang diambilnya, antara lain:

- a. Memberi ganti kerugian, kerusakan, biaya yang timbul, kehilangan keuntungan, atau tanggung jawab hukum kepada pihak ketiga. Hal ini ditujukan kepada asuransi kerugian dan sejenisnya, seperti asuransi tanggung jawab hukum.

- b. Pemberian pembayaran sejumlah uang yang didasarkan atas meninggalnya Tertanggung. Pembayaran seperti ini berlaku bagi kelompok asuransi sejumlah uang seperti asuransi jiwa dan sejenisnya, termasuk di dalamnya asuransi *unit link* sebagai turunannya.

Hingga saat ini pengaturan mengenai asuransi dapat dijumpai pada berbagai instrumen perundang-undangan. Perjanjian asuransi tunduk pada ketentuan-ketentuan umum perjanjian yang terdapat pada BW, khususnya dalam Buku III tentang Perikatan, yaitu Bab I (perikatan pada umumnya, misalnya Pasal 1253-1262 BW), Bab II (perikatan yang lahir dari perjanjian atau kontrak, misalnya Pasal 1313, 1318, 1320, 1338, 1339, 1342, dan 1365 BW), Bab III (perikatan yang lahir karena undang-undang), Bab IV (hapusnya perikatan), dan Bab XV (perjanjian untung-untungan).

Pengaturan perjanjian pertanggungan yang bersifat umum terdapat dalam Buku I Bab 9, yaitu Pasal 246-286 KUHD, yang mana berlaku untuk semua jenis asuransi. Sementara itu pengaturan yang bersifat khusus terdapat dalam Buku I Bab 10, yaitu Pasal 287-308 KUHD, Buku II Bab 9 dan Bab 10 Pasal 592-695 KUHD, dengan rincian sebagai berikut : asuransi kebakaran (Pasal 287-298 KUHD), asuransi hasil pertanian (Pasal 299-301 KUHD), asuransi jiwa (Pasal 302-308 KUHD), asuransi pengangkutan laut dan perbudakan (Pasal 592-685 KUHD), serta asuransi pengangkutan darat, sungai, dan perairan pedalaman (Pasal 686-695 KUHD).

Dalam Pasal 1774 BW, perjanjian asuransi digolongkan ke dalam salah satu dari beberapa persetujuan untung-untungan sebagai berikut:

“Suatu persetujuan untung-untungan adalah suatu perbuatan yang hasilnya, mengenai untung-ruginya, baik bagi semua pihak maupun bagi sementara pihak, bergantung pada suatu kejadian yang belum tentu.

Demikian adalah:

- 1) Persetujuan asuransi
- 2) Bunga cagak hidup
- 3) Perjudian dan pertaruhan.”

Meskipun demikian tidaklah tepat jika perjanjian asuransi digolongkan sebagai perjanjian untung-untungan karena tidak terdapat kecenderungan menuju pertaruhan ataupun perjudian.¹¹⁷ Tujuan perjanjian untung-untungan selalu berkaitan dengan kepentingan keuangan yang sangat spekulatif dan digantungkan pada suatu peristiwa yang belum pasti. Hal ini berbeda dengan perjanjian asuransi yang memiliki tujuan lebih pasti, yaitu mengalihkan risiko yang sudah ada dan berkaitan dengan kemanfaatan ekonomi tertentu sehingga tetap berada pada posisi yang sama. Posisi atau keadaan ekonomi tersebut berusaha dipertahankan dengan memperjanjikan pemberian ganti kerugian karena terjadinya suatu peristiwa tidak pasti.

Perjanjian asuransi memiliki ciri-ciri khusus dibandingkan perjanjian lainnya, antara lain:¹¹⁸

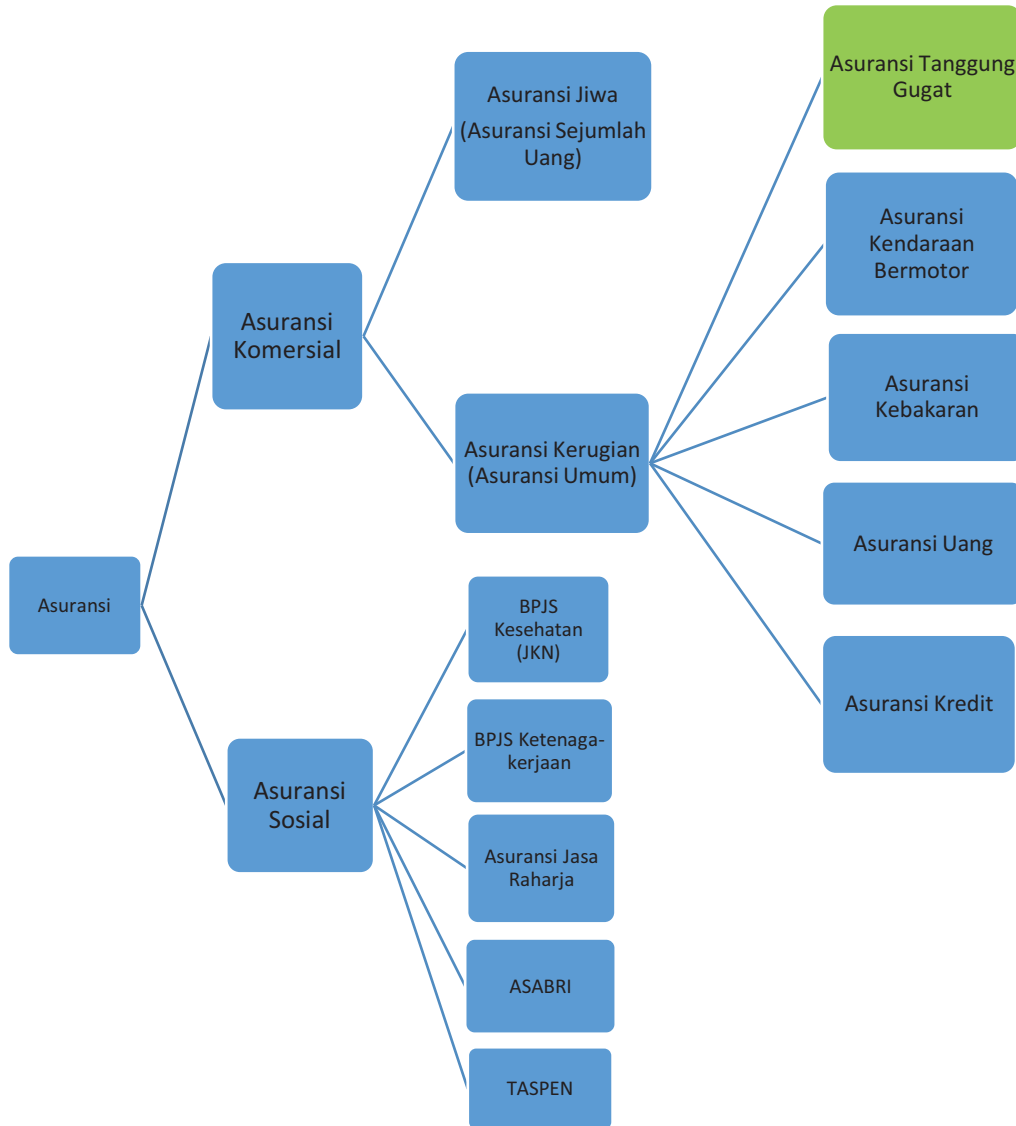
- a. Perjanjian asuransi bersifat aleatair (*aleatary*), di mana prestasi Penanggung masih digantungkan pada peristiwa yang kejadiannya masih belum pasti, sedangkan prestasi Tertanggung sudah dapat ditentukan (dipastikan). Di samping itu meskipun Tertanggung sudah memenuhi

¹¹⁷Sri Redjeki Hartono, *Hukum Asuransi dan Perusahaan Asuransi*, Sinar Grafika, Jakarta, 1997, h.81

¹¹⁸*Ibid*, h.92-93

prestasinya dengan sempurna, Penanggung belum tentu berprestasi secara nyata;

- b. Perjanjian asuransi adalah perjanjian bersyarat (*conditional*), di mana prestasi Penanggung hanya akan diberikan apabila syarat-syarat tertentu yang ditetapkan dalam perjanjian sudah dipenuhi;
- c. Perjanjian asuransi adalah perjanjian yang bersifat pribadi (*personal*), di mana kerugian yang dialihkan kepada Penanggung merupakan kerugian orang-perorangan (*individual*) secara pribadi, bukan kerugian yang dialami masyarakat umum yang bersifat kolektif;
- d. Perjanjian asuransi adalah perjanjian yang melekat pada syarat Penanggung (*adhesion*), di mana syarat-syarat dalam perjanjian hampir seluruhnya ditentukan oleh Penanggung sendiri (bukan kesepakatan yang tercapai melalui suatu proses negosiasi antara kedua belah pihak);
- e. Perjanjian asuransi adalah perjanjian dengan syarat itikad baik yang sempurna, di mana kesepakatan antara Penanggung dan Tertanggung terjadi dalam keadaan masing-masing pihak memiliki pengetahuan yang sama mengenai fakta-fakta, sehingga bebas dari cacat-cacat tersembunyi.

Tabel 1.1 Penggolongan Jenis Asuransi¹¹⁹

¹¹⁹*Ibid*, h.25

Sri Redjeki Hartono membagi asuransi ke dalam dua kategori besar, yaitu asuransi komersial dan asuransi sosial. Asuransi komersial diselenggarakan oleh perusahaan swasta yang berorientasi pada keuntungan (*profit*), sedangkan asuransi sosial adalah program yang diadakan oleh pemerintah dan bertujuan untuk menyediakan jaminan sosial bagi seluruh warga negara.

Asuransi yang bersifat komersial terdiri atas 2 (dua) jenis, yaitu:

1. Asuransi Jiwa

Asuransi jiwa merupakan perlindungan atas kerugian finansial yang disebabkan oleh hilangnya kemampuan menghasilkan pendapatan setelah peristiwa kematian Tertanggung; di mana Tertanggung mengalihkan risiko atas peristiwa tidak pasti (kematian) dengan membayar sejumlah premi kepada Penanggung.¹²⁰ Asuransi jiwa digolongkan sebagai asuransi sejumlah uang (*sum insurance* atau *sommenverzekering*), karena jumlah yang akan dibayar oleh Penanggung saat terjadi peristiwa tidak pasti sudah ditetapkan berdasarkan kesepakatan para pihak.¹²¹ Pembayaran tersebut bukanlah suatu bentuk ganti rugi, karena jiwa manusia tidak bisa dinilai dengan uang. Pasal 1 angka 6 Undang-undang Nomor 40 Tahun 2014 tentang Usaha Perasuransian menjelaskan bahwa perusahaan asuransi jiwa akan memberikan pembayaran kepada pemegang polis, Tertanggung, atau pihak lain dalam hal Tertanggung

¹²⁰Zahry Vandawati Chumaida, *Risiko dalam Perjanjian Asuransi Jiwa*, Revka Petra Media, Surabaya, 2013, (selanjutnya disingkat Zahry Vandawati Chumaida-I), h.56-57

¹²¹Djoko Prakoso, *Asuransi di Indonesia*, Dahara Prize, Semarang, 1994, h.281

meninggal dunia atau tetap hidup, atau pembayaran lain kepada pemegang polis, Tertanggung, atau pihak lain pada waktu tertentu yang telah ditetapkan.

2. Asuransi Kerugian

Asuransi kerugian (*schadeverzekering*) adalah pertanggungan atas kerugian Tertanggung yang disebabkan oleh kerusakan atau kehilangan barang atau benda, biaya-biaya yang timbul, kehilangan keuntungan, ataupun tanggung jawab hukum. Jenis-jenis asuransi yang digolongkan sebagai asuransi kerugian sangat banyak, contohnya asuransi kebakaran, asuransi kendaraan bermotor, asuransi laut, asuransi tanggung gugat, dan lain sebagainya.

Di samping itu asuransi kesehatan (*health insurance*) termasuk dalam kategori asuransi komersial yang diselenggarakan oleh perusahaan swasta dan berorientasi pada keuntungan. Asuransi kesehatan dapat digolongkan sebagai asuransi kerugian karena Penanggung menanggung risiko kerugian berupa timbulnya biaya-biaya pelayanan kesehatan saat Tertanggung jatuh sakit; dan juga digolongkan sebagai bagian dari asuransi jiwa karena merupakan manfaat tambahan (*rider*) yang bersifat melengkapinya.¹²²

Adapun asuransi sosial di Indonesia diatur dalam Undang-undang Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial, yang meliputi:

¹²²Zahry Vandawati Chumaida, *Prinsip Itikad Baik dan Perlindungan Tertanggung Pada Perjanjian Asuransi Jiwa*, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2013, (selanjutnya disingkat Zahry Vandawati Chumaida-II), h.50

1. Program Jaminan Kesehatan Nasional (JKN) yang dikelola oleh Badan Penyelenggara Jaminan Sosial (BPJS) Kesehatan berlandaskan Undang-undang Nomor 24 Tahun 2011 tentang Badan Penyelenggara Jaminan Sosial. Besaran premi atau iuran ditentukan berdasarkan pendapatan atau gaji secara proporsional, serta ditanggung oleh pemberi kerja dan tenaga kerja secara bersama-sama;¹²³
2. Program Jaminan Kecelakaan Kerja (JKK), Jaminan Hari Tua (JHT), Jaminan Pensiun (JP), dan Jaminan Kematian (JK) yang dikelola oleh Badan Penyelenggara Jaminan Sosial (BPJS) Ketenagakerjaan berlandaskan Undang-undang Nomor 24 Tahun 2011 tentang Badan Penyelenggara Jaminan Sosial. Jumlah premi atau iurannya juga ditentukan berdasarkan prosentase pendapatan atau gaji;
3. Asuransi Kerugian Jasa Raharja yang diselenggarakan oleh PT Jasa Raharja sebagai perlindungan bagi para penumpang transportasi umum dan masyarakat pemilik kendaraan bermotor yang mengalami kecelakaan berlandaskan Undang-undang Nomor 33 Tahun 1964 tentang Dana Pertanggungan Wajib Kecelakaan Penumpang dan Undang-undang Nomor 34 Tahun 1964 tentang Dana Kecelakaan Lalu Lintas;
4. Program Tabungan Asuransi Pegawai Negeri (TASPEN) yang diselenggarakan oleh PT TASPEN (Persero) dan bertugas mengelola asuransi,

¹²³ Zahry Vandawati Chumaida, dkk., *Asuransi Kesehatan dan BPJS Kesehatan*, Jakad Media, Surabaya, 2020, (selanjutnya disingkat Zahry Vandawati Chumaida-III), h.30

tabungan hari tua, dan dana pensiun untuk Pegawai Negeri Sipil berlandaskan Peraturan

5. Program Asuransi Sosial Angkatan Bersenjata Republik Indonesia (ASABRI) yang diselenggarakan oleh PT ASABRI dan wajib diikuti oleh seluruh prajurit Tentara Nasional Indonesia (TNI), anggota Kepolisian Republik Indonesia (Polri), serta Pegawai Negeri Sipil pada Kementerian Pertahanan dan POLRI berlandaskan Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 1971 tentang Asuransi Sosial ABRI.

1.7 Metode Penelitian

1.7.1 Tipe Penelitian

Tipe penelitian disesuaikan dengan karakteristik ilmu hukum, yaitu guna menemukan kebenaran koherensi. Peter Mahmud Marzuki mengemukakan bahwa kebenaran koherensi dilakukan untuk mencari kesesuaian antara aturan hukum dan norma hukum, antara norma yang berupa perintah dan larangan sesuai dengan prinsip hukum, serta antara tindakan (*act*) setiap orang dengan norma hukum atau prinsip hukum.¹²⁴ Adapun tipe penelitian yang digunakan dalam disertasi ini adalah penelitian hukum normatif. Tipe penelitian hukum normatif dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka yang ada.

¹²⁴Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2010, (selanjutnya disingkat Peter Mahmud Marzuki-II), h.47

1.7.2 Pendekatan Masalah

Penelitian hukum yang dilakukan dengan tujuan akademik berusaha untuk memberikan sumbangsih bagi perkembangan ilmu hukum. Kontribusi tersebut dapat berupa penemuan teori hukum baru, argumentasi hukum baru, maupun konsep baru terhadap hal-hal yang dianggap sudah mapan dalam ilmu hukum.

Dalam penelitian ini dipergunakan beberapa metode penelitian yuridis normatif, yaitu meneliti norma-norma dalam hukum positif. Adapun pendekatan yang dipilih adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan studi perbandingan (*comparative study*), serta pendekatan studi kasus (*case study*).

Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dilakukan dengan cara menganalisis bentuk maupun substansi peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan tanggung gugat profesi dokter, hukum medis, serta hukum asuransi. Pertama-tama perlu diadakan inventarisasi terhadap berbagai peraturan perundang-undangan, yang kemudian dilanjutkan dengan analisis terhadap substansi sehingga dapat diketahui apakah terdapat keselarasan (*harmonisasi*) antara ketentuan-ketentuan tersebut.

Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dilakukan dengan menelusuri pandangan-pandangan serta doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum dalam bahan hukum sekunder, baik yang berupa buku, jurnal, maupun makalah (*paper*), khususnya mengenai konsep asuransi, tanggung gugat, risiko medis, *error* medis, dan kelalaian medis. Pendekatan konseptual digunakan untuk mendapatkan

penjelasan dan kebenaran ilmiah berdasarkan konsep-konsep yang terkandung dalam prinsip hukum, serta dilakukan karena belum ada atau tidak ada aturan hukum yang mengatur suatu hal secara tegas.¹²⁵ Asas-asas hukum perjanjian dalam BW, asas-asas hukum asuransi, dan asas-asas hukum medis akan digunakan untuk membahas rumusan masalah dalam disertasi ini.

Pendekatan studi perbandingan (*comparative study*) dilakukan dengan cara perbandingan dalam lingkup mikro, yaitu terbatas hanya pada peraturan perundang-undangan dan literatur khusus mengenai asuransi tanggung gugat profesi dokter dan hukum medis. Penggunaan pendekatan perbandingan dilatarbelakangi oleh masih belum memadainya pengaturan mengenai asuransi tanggung gugat profesi dokter secara khusus di Indonesia serta begitu pesatnya perkembangan hukum medis di negara-negara lain yang tercermin pada literatur-literatur hukum medis dan putusan-putusan pengadilan mengenai tanggung gugat dokter dalam hal terjadi risiko medis, error medis, dan kelalaian medis. Penelitian ini akan membandingkan pengaturan asuransi tanggung gugat profesi dokter serta perkembangan tanggung gugat atas risiko medis, error medis, dan kelalaian medis di Indonesia, Amerika Serikat, dan Jerman. Adapun alasan pemilihan negara-negara tersebut karena praktik asuransi tanggung gugat profesi dokter telah terlebih dahulu berkembang di negara-negara tersebut. Dengan melakukan proses perbandingan akan ditemukan adanya persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan mengenai tanggung gugat dokter serta

¹²⁵*Ibid*, h.137

penyelenggaraan asuransi tanggung gugat profesi dokter pada hukum negara-negara tersebut, sehingga dapat dirumuskan saran-saran sebagai pedoman penyelenggaraan asuransi tanggung gugat profesi dokter yang berkeadilan di Indonesia.

Pendekatan kasus (*case approach*) dilakukan dengan cara menganalisis putusan-putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap dalam pembuktian unsur-unsur serta menjadi acuan untuk memutus kasus-kasus malapraktik medis. Dengan pendekatan kasus diharapkan akan menemukan *ratio decidendi* atas putusan hakim, serta membantu pembentukan perjanjian asuransi tanggung gugat profesi dokter yang dapat melindungi kepentingan profesi Tertanggung, menguntungkan Penanggung, serta memulihkan keadaan pasien sebagai pihak ketiga yang dirugikan.

1.7.3 Sumber Bahan Hukum

Pada penelitian ini dipergunakan sumber bahan hukum primer dan sekunder. Bahan hukum primer adalah bahan-bahan hukum yang bersifat otoritatif, artinya mempunyai otoritas, yang terdiri dari peraturan perundang-undangan dan putusan hakim.¹²⁶ Peraturan perundang-undangan yang akan diteliti adalah terkait dengan hukum perjanjian, hukum asuransi, serta hukum medis. Di samping itu juga akan digunakan berbagai putusan pengadilan mengenai gugatan ganti rugi pada berbagai kasus malapraktik medis.

¹²⁶Peter Mahmud Marzuki-II, *op.cit*, h.95

Bahan hukum sekunder merupakan semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen resmi dan sifatnya mendukung (menjelaskan) mengenai bahan-bahan hukum primer. Bahan hukum sekunder dapat berupa teori, pendapat, dan konsep dari para sarjana hukum dalam bentuk buku teks, jurnal hukum, makalah, artikel, kamus hukum, serta komentar-komentar atau putusan pengadilan.

1.7.4 Analisis Bahan Hukum

Proses analisis bahan hukum dalam penelitian ini akan dilakukan dengan langkah-langkah sebagai berikut:

1. Mengumpulkan serta menemukan prinsip-prinsip yang mendasari peraturan perundang-undangan yang mengatur segala aspek mengenai asuransi tanggung gugat profesi dokter, serta menganalisis norma-norma dengan melakukan pemahaman dan penafsiran. Selain itu juga akan dilakukan analisis terhadap putusan pengadilan untuk menjawab isu hukum yang telah dikemukakan;
2. Selanjutnya akan dilakukan analisis terhadap bahan hukum sekunder berupa pendapat-pendapat dan teori-teori dari berbagai ahli hukum yang berfungsi menjelaskan asas-asas hukum yang dikejawantahkan dalam peraturan perundang-undangan, sehingga terdapat koherensi antara asas-asas hukum dengan norma-norma hukum;

3. Langkah terakhir yang akan dilakukan dalam penelitian ini adalah evaluasi hasil bahan hukum primer dan sekunder untuk menarik kesimpulan berupa argumentasi yang dapat menjawab isu hukum.

1.8 Sistematika Penulisan

BAB I merupakan bab Pendahuluan yang memuat latar belakang dan rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian secara teoritis dan praktis, orisinalitas penelitian, kerangka teoritis, metode penelitian yang terdiri atas tipe penelitian, pendekatan masalah, sumber bahan hukum, analisis bahan hukum, serta sistematika penulisan.

BAB II membahas mengenai karakteristik asuransi tanggung gugat profesi dokter. Pembahasan diawali dengan filosofi asuransi tanggung gugat profesi dokter, ciri-ciri khusus yang membedakan asuransi tanggung gugat profesi dokter dengan jenis-jenis asuransi lain, nilai-nilai kepastian, keadilan, dan kemanfaatan dalam penyelenggaraan asuransi tanggung gugat profesi dokter, asas-asas hukum perjanjian dan asas-asas hukum asuransi untuk pembentukan perjanjian asuransi tanggung gugat profesi dokter yang berkeadilan, bentuk, isi, dan premi dalam perjanjian asuransi tanggung gugat profesi dokter, hakikat risiko pada asuransi tanggung gugat profesi dokter, serta faktor-faktor yang mempengaruhi pembayaran ganti rugi asuransi tanggung gugat profesi dokter.

BAB III membahas mengenai interaksi antara sistem jaminan kesehatan nasional dan asuransi tanggung gugat profesi dokter dalam dugaan kasus malapraktik

medis, kedudukan malapraktik medis dalam hukum perdata, perbandingan standar dan pembuktian unsur-unsur pada malapraktik medis yang bersumber dari pelanggaran kewajiban persetujuan tindakan kedokteran (*disclosure malpractice*) maupun pemberian pelayanan substandar (*treatment malpractice*); risiko medis, error medis, dan kecelakaan medis; serta proses penyelesaian dan kasus klaim asuransi tanggung gugat profesi dokter.

BAB IV merupakan Penutup, yaitu menjawab rumusan masalah penelitian yang terdiri dari kesimpulan dan selanjutnya diikuti saran atau rekomendasi.