

LAPORAN AKHIR
PENELITIAN RKAT 2017
FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA



**IMPLEMENTASI ASAS PROPORSIONALITAS DALAM
PERJANJIAN TERAPEUTIK (*Upaya Untuk Mewujudkan Doktrin
Hubungan Dokter Dan Pasien Yang Berkeadilan*)**


TIM PENELITI


- Ketua** : Prof. Dr. Agus Yudha Hermoko, S.H., M.H. (0019046503)
Anggota : Dr. Ghansham Anand, S.H., M.Kn (0005018403)
: Bagus Oktavian Abrianto, S.H., M.H (0003106802)


Oktober 2017
UNIVERSITAS AIRLANGGA

**HALAMAN PENGESAHAN
PENELITIAN RKAT 2017**

Skema Penelitian	: Penelitian Outcome Based
Judul Penelitian	: Implementasi Asas Proporsionalitas dalam Perjanjian Terapeutik (Upaya untuk Mewujudkan Doktrin Hubungan Dokter dan Pasien yang Berkeadilan)

Ketua Peneliti		
a. Nama Lengkap	: Prof. Dr. Agus Yudha Hermoko, S.H., M.H.	
b. NIDN	: 0018046503	
c. Jabatan Fungsional	: Guru Besar	
d. Program Studi	: Ilmu Hukum	
e. Nomor HP	: 08123007172	
f. Alamat e-mail	: yudha_hermoko@yahoo.co.id	

Anggota Peneliti		
a. Nama Lengkap	: Dr. Ghansham Ariand, S.H., M.Kn	
b. NIDN	: 0005018403	
c. Jabatan Fungsional	: Lektor	
d. Program Studi	: Ilmu Hukum	
e. Nomor HP	: 081332666308	
f. Alamat e-mail	: ghansham@hurnal.ac.id	

Anggota Peneliti		
a. Nama Lengkap	: Bagus Oktavian Abrianto, S.H., M.H.	
b. NIDN	: 0003108802	
c. Jabatan Fungsional	: -	
d. Program Studi	: Ilmu Hukum	
e. Nomor HP	: 081234223733	
f. Alamat e-mail	: bagusok@hurnal.ac.id	

Skema Penelitian	: Penelitian outcome based
Judul Penelitian	: Implementasi Asas Proporsionalitas dalam Perjanjian Terapeutik (Upaya untuk Mewujudkan Doktrin Hubungan Dokter dan Pasien yang Berkeadilan)
Biaya penelitian	: - Dana Internal PT (RKAT) Rp. 50.000.000,-

Surabaya, 23 Oktober 2017



Ketua Peneliti

Prof. Dr. Agus Yudha Hermoko, S.H., M.H.
NIP. 19650419199002100

RINGKASAN

Pengaturan tentang praktik kedokteran mengacu pada Undang-undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Kesehatan dan Undang-undang Nomor 20 Tahun 2013 tentang Pendidikan Kedokteran. Pengaturan perundang-undangan di atas sebagai dasar dokter dalam melakukan penyelenggaraan kedokteran pada masyarakat. Masyarakat dalam rangka meningkatkan derajat kesehatan, membutuhkan tenaga dokter untuk memberikan pelayanan kesehatan. Hakikat pelayanan kesehatan adalah memberi pertolongan atau memberikan bantuan kepada pasien. Dalam memberi pertolongan atau memberi bantuan kepada pasien oleh dokter melahirkan hubungan hukum yang lazim dikenal dengan transaksi terapeutik. Transaksi terapeutik adalah persetujuan yang terjadi antara dokter dengan pasien bukan dibidang pengobatan saja tetapi lebih luas, mencakup bidang diagnostik, preventif, rehabilitatif maupun promotif. Hubungan hukum antara dokter dan pasien didasari dengan sikap saling percaya. Sikap saling percaya ini tumbuh apabila terjalin komunikasi secara terbuka dan jujur antara dokter dengan pasien. Untuk itu masing-masing pihak (baik dokter maupun pasien) dapat saling memberikan informasi yang diperlukan bagi terlaksananya kerjasama yang baik dan tercapainya tujuan pelayanan kesehatan. Pada konteks ini transaksi terapeutik yang ada merujuk pada ketentuan Pasal 1234 Undang-Undang KUHPerdata yang menyebutkan, bahwa tiap perkataan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu atau untuk tidak berbuat sesuatu. Hubungan yang terjadi dalam transaksi terapeutik ini menjadi dasar dalam pelayanan kesehatan, dengan mengedepankan prinsip etik yang dianut dokter yaitu dalam rangka memberi pertolongan, berbuat baik dan tidak merugikan pasien. Prinsip etik dalam hal memberi pertolongan harus tuntas atau sampai sembuh. Oleh karena itu dalam perjanjian terapeutik harus berlandaskan asas proporsionalitas agar terdapat hubungan kontraktual yang memberikan rasa keadilan.

Kata Kunci: perjanjian terapeutik, asas proporsionalitas, keadilan.

PERNYATAAN LUARAN PENELITIAN

Dengan ini saya menerangkan bahwa,

JUDUL PENELITIAN : Implementasi Asas Proporsionalitas dalam Perjanjian Terpautik (Upaya untuk Mewujudkan Doktrin Hubungan Dokter dan Pasien yang Berkeadilan)

NAMA PENELITI : Prof. Dr. Agus Yudha Hermoko, S.H., M.H.

TAHUN ANGGARAN : 2017

Penelitian tersebut menghasilkan luaran sebagai berikut:

NO.	JENIS LUARAN		KETERANGAN	
			Nama Jurnal	
1.	Publikasi ilmiah	Internasional	Nama Jurnal	Russian Law Journal
			Peneliti	Supporting Academic Initiatives Foundation
			ISSN	2309-8679
			Website	http://www.russianlawjournal.org/jour
		Status artikel	On review	
		Nasional terakreditasi	Nama Jurnal	
			Peneliti	
			ISSN	
			Website	
		Lokal	Nama Jurnal	
			Peneliti	
			ISSN	
Website				
2.	Sebagai pemakalah dalam pertemuan ilmiah	Internasional	Nama Seminar	
			Penyelenggara	
		Nasional	Nama Seminar	
			Penyelenggara	
3.	Prosiding	Internasional	Nama Prosiding	
			Peneliti	
			ISSN	
			Jurnal	
		Nasional	Nama Prosiding	
			Peneliti	
			ISSN	
			Jurnal	
4.	Buku Ajar		Judul	
			Peneliti	
			ISBN	
5.	Laporan Penelitian yang tidak dipublikasikan			
6.	(lainnya)			

Surabaya, 23 Oktober 2017

Ketua Peneliti

(Prof. Dr. Agus Yudha Hermoko, S.H., M.H.)

DAFTAR ISI
(Daftar tabel, daftar bagian apabila diperlukan)

HALAMAN JUDUL	1
HALAMAN PENGESAHAN	2
PENGAKASAN	3
DAFTAR ISI	4
BAB I PENDAHULUAN	5
1.1. Latar Belakang	5
1.2. Rumusan Masalah	6
1.3. Tujuan Penelitian	6
1.4. Keaslian Penelitian	8
1.5. Manfaat Penelitian	8
1.6. Rencana Luaran	9
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	10
II.1. Pengertian Data Pribadi	10
II.2. Privasi sebagai suatu Hak	11
II.3. Pengertian Keamanan Informasi	12
II.4. Tipe-tipe Invasi terhadap Data Pribadi	13
II.5. Privacy act di Indonesia	13
II.6. Privacy act di Beberapa Negara	14
II.6.1. Inggris	14
II.6.2. Amerika Serikat	15
II.6.3. Malaysia	17
BAB III METODE PENULISAN	20
III.1. Pendekatan Penelitian	20
III.2. Bahan Hukum	21
III.3. Pengumpulan dan Pengolahan Bahan Hukum	22
III.4. Analisa Bahan Hukum	22
BAB IV BIAYA DAN JADWAL PENELITIAN	23
IV.1. Rencana Anggaran Biaya	23
IV.2. Ringkasan Anggaran	24
IV.3. Jadwal Penelitian	25
DAFTAR BACAAN	28
LAMPIRAN FORMAT CV USULAN PENELITIAN	29
LAMPIRAN SURAT PENYARTAAN KETUA PENELITIAN	35

BAB I PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Pembangunan kesehatan ditujukan untuk meningkatkan kesadaran, kemauan dan kemampuan hidup sehat bagi setiap orang dalam rangka mewujudkan derajat kesehatan yang optimal sebagai salah satu unsur kesejahteraan umum, seperti yang termuat dalam pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945). Kesehatan sebagai hak asasi warganegara yang dijamin oleh Negara dalam Pasal 28 H ayat (1) UUD 1945 diwujudkan dalam bentuk pembatasan berbagai upaya kesehatan kepada seluruh masyarakat. Pembangunan kesehatan yang berkualitas tidak lepas dari peran dalam praktik kedokteran. Penyelenggaraan praktik kedokteran merupakan inti dari kegiatan upaya penyelenggaraan kesehatan yang dilakukan dokter. Kegiatan dalam praktik kedokteran harus sesuai dengan standar profesi medik dan memiliki etik moral yang tinggi, keahlihan dan kewenangan atas kapabilitasnya sebagai ahli, sertifikasi, lisensi dan sebagainya. Hal ini sejalan dengan pendapat H. J. J. Leenen sebagai berikut:

*"De formulering van de normen voor de medische professionals standard zou den kern van zijn zorgvuldigheid volgens de medische standard handelen als een gemiddelde behaasde arts van gelijke medische die in redelijke verhouding staan tot het concreet handlingsdoel"*¹

Pengaturan tentang praktik kedokteran mengacu pada Undang-undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 116; Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4431 (selanjutnya disebut UU Praktik Kedokteran); dan Undang-undang Nomor 20 Tahun 2013 tentang Pendidikan Kedokteran, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2013 Nomor 132; Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5434 (selanjutnya disebut UU Pendidikan Kedokteran). Pengaturan perundang-undang di atas sebagai dasar dokter dalam melakukan penyelenggaraan kedokteran pada masyarakat.

Masyarakat dalam rangka meningkat derajat kesehatan, membutuhkan tenaga dokter untuk memberikan pelayanan kesehatan. Hakikat pelayanan kesehatan adalah memberi pertolongan atau memberikan bantuan kepada pasien. Dalam pemberi pertolongan atau memberi bantuan kepada pasien oleh dokter menimbulkan yang dinamakan transaksi terapeutik.

Transaksi terapeutik merupakan perhubungan yang terjadi antara dokter dengan pasien bukan dibidang pengobatan saja tetapi lebih luas, mencakup bidang diagnostik, preventif, rehabilitatif maupun promotif.² Terkait dengan sikap saling percaya ini tumbuh apabila terjalin komunikasi secara terbuka dan jujur antara dokter dengan pasien. Untuk itu masing-masing pihak (baik dokter maupun pasien) dapat saling memberikan informasi yang diperlukan bagi terlaksananya kerjasama yang baik dan tercapainya tujuan pelayanan kesehatan. Pada konteks ini transaksi terapeutik yang ada merujuk

¹ H.J.J. Leenen dalam Ella Chandrawati Supriadi, *Hukum Kedokteran, Mendor Maja*, Bandung, 2001, h. 51

² M. Jusuf Hanifah dan Anis Anis, *Etika Kedokteran & Hukum Kedokteran*, Penerbit Buku Kedokteran EGC, Jakarta, 1998, hal. 29

pada ketentuan Pasal 1254 Bergesjik Wetboek (selanjutnya disebut BW) yang menyebutkan, bahwa tiap perkataan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu atau untuk tidak berbuat sesuatu.

Hubungan yang terjadi dalam transaksi terapeutik ini menjadi dasar dalam pelayanan kesehatan, dengan mengadopsikan prinsip etik yang diuntut dokter yaitu dalam rangka memberi pertolongan, berbuat baik dan tidak merugikan pasien. Prinsip etik dalam hal memberi pertolongan harus tuntas atau sampai sembuh. Ketentuan itu jelas sesuai dengan Pasal 1254 BW yang menyebutkan:⁴

Jika seseorang dengan sukarela, dengan tidak mendapat perintah untuk itu, mewakili tidak mendapat perintah untuk itu, mewakili urusan orang lain dengan tidak atau tanpa pengetahuan orang ini, maka ia secara diam-diam mengikatkan dirinya untuk meneruskan serta menyelesaikan urusan tersebut hingga orang yang mewakili kepentingannya dapat mengerjakan sendiri urusan itu (zaakwaaiereming).

Lebih lanjut dalam Pasal 1355 BW menyebutkan, "ia (pemberi bantuan) wajib dalam melakukan penggunaan tersebut memenuhi kewajiban sebagai seorang bapak yang rumah yang baik". Pasal-pasal di atas menjadi titik anjak dalam transaksi terapeutik antara dokter dan pasien, selain mengarah pada Undang-Undang Praktik Kedokteran.

Transaksi terapeutik dalam perkembangan menjadi pascatan di beberapa rumah sakit di daerah, tidak dugaan terjadi malpraktik kedokteran. Tindakan-tindakan dokter dalam memberi pelayanan kesehatan, yang menyimpang dari prosedur standar operasional yang ditetapkan, mela dalam hal melakukan operasi tidak sesuai prosedur, kelalaian dalam penggunaan alat, salah analisis penyakit, dan sebagainya.⁵

Selain itu, kondisi pelayanan kesehatan di daerah pada saat ini, menempatkan pasien sebagai obyek, dimana hak-hak pasien terkadang diabaikan oleh dokter dalam penyelenggaraan kesehatan. Namun seiring dengan perkembangan teknologi dan informasi pasien sudah berani memberikan kritik terhadap pelayanan yang diterima dan menuntut haknya.⁶ Ketidakeimbangan ini mumberi implikasi terhadap pelayanan kesehatan yang diberikan dokter tidak maksimal, dan cenderung pasien dijadikan obyek saja sebagai orang yang membutuhkan dan harus ditangani. Berikut ini yang merupakan hak-hak pasien yang diemukakan oleh Danny Wiradharna : 1) Hak untuk memperoleh informasi, 2) Hak untuk memberikan persetujuan, 3) Hak atas refusa dokter 4) Hak untuk memilih dokter, 5) Hak untuk memilih sarana kesehatan, 6) Hak untuk menolak pengobatan/perawatan, 7) Hak untuk menolak tindakan medis tertentu, 8) Hak untuk menghentikan pengobatan/perawatan, 9) Hak *second opinion* 10) Hak *intrap* rekam medis 11) Hak beribadat menurut agama dan kepercayaannya.⁷ Selain itu, hak-hak pasien adalah "self determination,"⁸ (1) hak pasien atas perawatan dan pengurusan; (2) Hak untuk memilih tenaga kesehatan dan rumah sakit yang akan merawat pasien; (3) Hak untuk menolak cara perawatan tertentu; (4) hak atas

⁴ Pasal 1254 BW.

⁵ Gowand, J. 1996, *Perubahan Tindakan Medis (Informed Consent)*, Jakarta : Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia hlm.11-20 dan Agus Sulanto, 2002, "Kasus Malpraktik, Antara Penegakana Hukum dan Rasa Kasihan Masyarakat," dalam *Medicine*, Vol 5 No.1 2002, Hlm.32-42

⁶ Husein Rarbais, 1993, *Soga Segi Etik dan Masalah Informed Consent*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, hml. 5

⁷ Danny Wiradharna, *Peraturan Rumah Hukum Kedokteran*, Bandung: Asana, 1996, hal

⁸ U.S. Government Printing Office (Vol. 2) Washington, D.C., 1940, "Trials of War Criminals before the International Military Tribunal under Control Council Law No. 10," hml. 181-182

informasi; (5) hak atas rasa aman dan tidak diganggu; (6) hak untuk mengakhiri perjanjian perawatan.⁸ Selain itu pasien juga memiliki hak atas rasa aman, hak atas pembatasan terhadap pengaturan kebebasan perawatan, hak atas *twenty-four-a-day-visitor-right*, hak pasien menggugat atau menuntut, hak pasien mengenai bentuk hukum.⁹

Hak-hak pasien untuk mengetahui apa dan bagaimana penyakit, analsi medis, tindakan medis yang akan dilakukan saring tidak diberi penjelasan yang signifikan, sehingga pada akhirnya menimbulkan kerugian bagi pasien. Dalam hubungan hukum, terkait tindakan kedokteran oleh dokter, dalam hal ini penanganan pasien, ada hak-hak yang harus diberikan pada pasien oleh dokter. Hak-hak inilah pada beberapa kasus di rumah sakit daerah, dokter lalai atau tidak melakukan informed consent pada pasien. Apabila terjadi sesuatu pada pasien (meninggal dalam operasi, cacat permanen, dan lain-lain), pasien tidak bisa berbuat apa-apa terhadap dirinya (tubuh) akibat tindakan medis oleh dokter.¹⁰ Hal-hal ini yang menjadi problem dan perdebatan malpraktik kedokteran atau tindak medis yang sudah sesuai dengan standar operasional kedokteran dalam tindakan medis atau kelalaian, karena pasien tidak mengetahui tindakan medis berakibat pada dirinya (tubuh) berupa cacat permanen, meninggal.

Hubungan dokter dan pasien tidak pernah dipisahkan dari proses komunikasi yang terbuka seperti ini. Secara teknis tidak dapat berjalan sesuai dengan apa yang diharapkan, karena adanya *diators*, disebabkan permasalahan bahasa maupun budaya.

Dalam kasus ini pasien adalah orang yang peoff atau tidak memiliki kemampuan berkomunikasi dengan baik dan sistematis, dokter akan menemui permasalahan karena jawaban-jawaban yang diberikan tidak sesuai dengan apa yang diminta. Apabila ini terjadi, biasanya dokter kemudian meminta bantuan dari pihak keluarga. Permohonan untuk dapat berkomunikasi dengan pihak keluarga tidak efektif, karena dalam masyarakat tertentu mengungkapkan sejarah dan kondisi pasien secara terbuka pada orang lain (kekasuk dokter) dianggap tabu atau dianggap sebagai intervensi domain privat.

Asas proporsionalitas dapat dijadikan rujukan dalam menilai hubungan dokter dan pasien menuju kontrak yang berkeadilan. Dalam kaitan ini Yohanes Sogar Simamora¹¹ mengemukakan bahwa, yang menjadi perhatian utama dalam asas proporsional adalah keseimbangan dalam pembagian kewajiban.¹² Terkait dengan proporsionalitas, Ian McLeod¹³ memberikan contoh penerapan prinsip proporsionalitas dalam kasus Atlanta, dimana hukum mensyaratkan salah satu pihak memberikan jaminan untuk memastikan pelaksanaan kontrak dan ketika kontrak itu tidak dapat terlaksana, aburan hukum mewajibkan denda (*penalty*), tanpa menghiraukan apakah kegagalan pelaksanaan kontrak itu mayor atau minor, dan dalam hal ini Pengadilan memutuskan bahwa tidak adanya hubungan antara kegagalan prestasi pada satu sisi dengan jumlah denda pada sisi lain harus dianggap melanggar prinsip proporsionalitas. Sehingga perjetuhan sanksi Denda harus proporsional dengan kesalahannya.¹⁴

⁸ Djondjo Soelianto, *Hak dan Kewajiban Pasien*, Ind-His-Op, Jakarta, 1998, hal. 161.

⁹ Dander Johan Masubun, *Hukum Kesehatan Perlinggungjersidan Dokter*, Pustaka Citra, Jakarta, 1999, hlm. 23.

¹⁰ *Ibid*.

¹¹ Yohanes Sogar Simamora I, *Op. Cit*, h. 43.

¹² Ian McLeod dalam *Ibid*, h. 44.

¹³ Yohanes Sogar Simamora I, *Loc cit*.

Menurut Agus Yudha Hermoko karakteristik yang dapat dijadikan pedoman untuk menemukan asas proporsionalitas dalam kontrak, yaitu:¹⁴

- a. Kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang memberikan pengakuan terhadap hak, peluang dan kesempatan yang sama kepada para kontraktan untuk menentukan pertukaran yang adil bagi mereka. Kesamaan bukan dalam arti "kesamaan hasil" melainkan pada posisi para pihak yang mengindahkan "kesetaraan kedudukan dan hak (equality), prinsip kesamaan hak/kesetaraan hak;
- b. Berdasarkan pada kesamaan/kesetaraan hak tersebut, maka kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang dilandasi oleh kebebasan para kontraktan untuk menentukan substansi apa yang adil dan apa yang tidak adil bagi mereka (prinsip kebebasan);
- c. Kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara proporsional bagi para pihak. Perlu diingat bahwa keadilan tidak selalu berarti semua orang harus selalu mendapatkan sesuatu dalam jumlah yang sama, dalam konteks ini dimungkinkan adanya hasil akhir yang berbeda. Dalam hal ini maka prinsip distribusi-proporsional terhadap hak dan kewajiban para pihak harus mengacu pada pertukaran yang fair (prinsip distribusi-proporsional).
- d. Dalam hal terjadinya sengketa kontrak, maka beban pembuktian, berat ringan kadar kesalahan maupun hal-hal lain terkait harus diukur berdasarkan asas proporsionalitas untuk memperoleh hasil penyelesaian yang elegan dan win-win solution.

M. Yahya Harahap¹⁵, berpendapat bahwa penerapan asas proporsionalitas dalam pembuktian sangat relevan, mengingat dalam ilmu hukum tidak pernah ditemukan dan diperoleh maupun dihasilkan pembuktian logis sebagaimana pasti dan logisnya pembuktian yang dihasilkan ilmu pasti (eksakta). Terkait dengan beban pembuktian, penerapan asas proporsionalitas akan membantu memberikan justifikasi mengenai putusan perkara yang dimaksud, dengan berpedoman pada asas atau prinsip bahwa hakim tidak boleh bersikap berat sebelah (prinsip fair trial) dan memihak-partial (prinsip imparialitas-tidak memihak). Selain itu hakim dituntut untuk secara bijaksana membagi beban pembuktian kepada pihak-pihak yang bersengketa secara adil dan proporsional.

1.2. Rumusan Masalah

Dalam hal ini asas proporsionalitas diberikan penekanan pada pembagian besar kecilnya kesalahannya yang di timbulkan oleh para pihak harus di pertimbangkan secara proporsional berdasarkan latar belakang di atas, maka dapat dikemukakan rumusan masalah sebagai berikut:

1. Hubungan hukum dokter dan pasien dalam perjanjian terapeutik
2. Penerapan asas proporsionalitas dalam perjanjian terapeutik

¹⁴Agus Yudha Hermoko, *Op. Cit.*, h. 88-89.

¹⁵M. Yahya Harahap dalam: *Idr.*, h. 31.

1.3. Tujuan Penelitian

1. Mengetahui hubungan dokter dan pasien dalam perjanjian terapeutik.
2. Mengetahui bentuk penerapan asas proporsionalitas dalam perjanjian terapeutik.

1.4. Keaslian Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian yang belum pernah ada sebelumnya. Keaslian pada penelitian ini terlihat dalam hal pertama, penelitian memutuskan terhadap analisis implementasi asas proporsionalitas dalam dunia praktik yang berkaitan dengan suatu perjanjian terapeutik, dan kedua dari pemilihan judul telah yang berbeda dengan penelitian-penelitian yang lain yang obyek kajiannya hampir sama yaitu perjanjian terapeutik. Adapun penelitian yang mengambil tema perjanjian terapeutik antara lain adalah penelitian yang ditulis Diana Devlin Lontoh dalam penelitian tesis di Universitas Diponegoro Semarang dengan judul "Pelaksanaan Perjanjian Terapeutik dalam Persetujuan Tindakan Medis pada Kondisi Pasien dalam Keadaan Tidak Mampu di Rumah Sakit Telogorejo Semarang" pada tahun 2008, Kemudian penelitian tesis oleh Ida Ayu Sri Kusumawantani dengan Judul "Implementasi Persetujuan Tindakan Kedokteran (*Informed Consent*) dalam Perjanjian Terapeutik oleh Tenaga Kesehatan Terhadap Pasien Rumah Sakit Di Provinsi Bali" Program Pascasarjana Universitas Udayana pada Tahun 2014serta penelitian dari dr. Yunita, S.H dalam jurnal *Law Reform* Vol.6 No. 1 April 2011 dengan judul "Pertanggungjawaban Dokter dalam Transaksi Terapeutik". Dari kedua penelitian tersebut dari sisi substansi dan judul yang ada, sangat berbeda dengan penelitian ini.

1.5. Manfaat Penelitian

1. Manfaat Akademik

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran, gagasan bagi kalangan dosen maupun mahasiswa untuk mengembangkan pemikiran terhadap pentingnya asas proporsionalitas dalam perjanjian terapeutik

2. Manfaat Praktis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan dorongan dan gagasan bagi pembentuk undang-undang, pemerintah sebagai pengambil kebijakan terhadap perlunya asas proporsionalitas dalam perjanjian terapeutik guna mewujudkan hubungan dokter dan pasien yang berkeadilan.

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

2.1 Perjanjian Terapeutik

Hubungan antara dokter sebagai tenaga medis dengan pasien terbentuk dari suatu perjanjian terapeutik yang menimbulkan hak dan kewajiban, oleh karena itu informasi dan penjelasan awal dari dokter sangat diperlukan sehingga pasien paham terhadap penyakit yang dideritanya. Dengan demikian dokter akan mengupayakan kesembuhan pasiennya dengan melakukan suatu tindakan kedokteran sesuai dengan standar profesi yang diembannya. Informasi terhadap diagnosa penyakit pasien harus dilakukan oleh dokter itu sendiri dan tidak boleh di delegasikan kepada perawat. Hal ini juga akan membahayakan bagi dokter itu sendiri karena pada akhirnya tanggung jawab tetap ada pada dokter. Selain itu bukan wewenang perawat dalam memberikan informasi terhadap pasien.¹⁷ Dalam kenyataannya masih terdapat ketidaksecuran terhadap pemberian informasi dan tindakan kedokteran di rumah sakit pemberian informasi, tindakan kedokteran dan pengisian form persetujuan tindakan kedokteran (*Informed Consent*) masih sering didelegasikan kepada perawat/bidan padahal bukan merupakan wewenangnya.

Menurut Van Der Mijl, dalam melaksanakan tugas profesinya seorang tenaga kesehatan harus berpegang pada tiga ukuran atau standar medik umum yaitu kewenangan, kemampuan rata-rata dan ketelitian yang umum.¹⁸ Buku panduan Akreditasi Rumah Sakit Tahun 2012¹⁹, menjelaskan bahwa salah satu cara melibatkan pasien dalam pengambilan keputusan tentang pelayanan yang diterimanya adalah dengan cara memberikan *Informed Consent*. Untuk menyetujui tindakan yang dilakukan tenaga kesehatan, pasien harus diberi penjelasan terlebih dahulu tentang hal-hal yang berhubungan dengan pelayanan yang dicobakan, karena diperlukan untuk suatu keputusan persetujuan.

Pemberian informasi dalam bentuk *Informed Consent* mulai diupayakan lebih awal, namun upaya tersebut belum dilakukan secara maksimal. Hal tersebut dipengaruhi oleh beberapa hal yaitu:

1. Kondisi pasien yang memerlukan pertolongan dengan segera, sehingga baik pasien ataupun keluarga dengan cepat mengatakan telah mengerti dengan apa yang disampaikan oleh dokter;
2. Informasi yang disampaikan oleh tenaga kesehatan tidak dipahami oleh pasien;
3. Sistem pelayanan rumah sakit yang tidak fleksibel, artinya pasien merasa dipersulit dalam kondisi dirinya yang memerlukan pengobatan;
4. Pemberian informasi sampai pada memintakan tandatangan di lembar *consent* terkadang dilakukan oleh perawat padahal itu adalah wewenang dokter;
5. Pasien sering tidak diberi kesempatan untuk membaca kembali formulir yang diberikan, sehingga pasien merasa tidak paham diberikan informasi sebelum dilakukan tindakan kedokteran;
6. Sumber daya manusia yang belum memadai seperti kurangnya tenaga kesehatan di rumah sakit sehingga tidak mampu memenuhi kebutuhan pelayanan kesehatan.²⁰

¹⁷ Djuwandi, 2006, *Asas Medis*, Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, Jakarta, h. 31

¹⁸ Wita Chandrajaya Supriadi, 2001, *Asas Kedokteran*, Sinar Baru, Bandung, h. 23

¹⁹ Peraturan Menteri Kesehatan Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2012 tentang Akreditasi Rumah Sakit

²⁰ Ida Ayu Sri Kusumawendani (2014). Implementasi Pelaksanaan Tindakan Kedokteran (*Informed Consent*) dalam Perjanjian Terapeutik oleh Tenaga Kesehatan Terhadap Pasien Rumah Sakit Di Provinsi Bali. Program Pascasarjana Universitas Lodayana.

Untuk mengkaji permasalahan tersebut, digunakan teori sistem hukum seperti yang dikemukakan oleh L. M. Friedman yang meliputi:

1. Struktur Hukum (*legal structure*): Struktur hukum adalah Bagian-bagian yang bergerak di dalam suatu mekanisme sistem atau fasilitas yang ada dan disiapakan dalam sistem. Yang dimaksud struktur hukum dalam penelitian ini adalah Rumah Sakit yang merupakan bagian dari struktur institusi.
2. Substansi Hukum (*legal substance*): substansi adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu. Dalam penelitian ini yang dimaksud dengan substansi adalah aturan atau norma yang mengatur tentang kesehatan khususnya tentang rumah sakit dan termasuk di dalamnya adalah aturan tentang tenaga kesehatan dan persetujuan tindakan kedokteran.
3. Budaya Hukum (*legal culture*): Budaya hukum merupakan kultur yang dapat dianalogikan pada keyakinan, nilai dan apa yang diharapkan dari adanya hukum dan sistem hukum oleh masyarakat. Lembaga-lembaga penegak hukum juga termasuk ke dalam pelaksana hukum. Dalam penelitian ini, dapat dilihat bagaimana budaya hukum diterapkan yaitu melihat bagaimana tenaga kesehatan menerapkan aturan yang ada ke dalam praktik kegiatan penyelenggaraan kesehatan, sehingga masyarakat dapat menilai secara nyata apakah penyelenggaraan pelayanan di rumah sakit telah berjalan sesuai dengan aturan yang berlaku efektif.²⁰

Hubungan antara Dokter dan pasien pada awalnya menganut model hubungan terapeutik yang mapan, yaitu suatu hubungan paternalistik (kekeluargaan) atas dasar kepercayaan. Model hubungan seperti ini tentunya memiliki keunggulan komparatif dibandingkan model hubungan yang didasarkan atas prinsip-prinsip hukum semata. Namun jika terjadi konflik model hubungan tersebut memiliki konsep penyelesaian yang kurang jelas, tidak memiliki kekuatan guna melaksanakan kekuatannya.²¹ Kompleksitas dalam dunia kesehatan tergantung pada permasalahan dan solusinya. Hubungan dokter dan pasien merupakan hubungan yang mempunyai kedudukan khusus. Dokter sebagai Health Provider (yang memberkas pelayanan kesehatan) dan pasien sebagai Health Receiver (yang menerima pelayanan kesehatan). Hubungan dokter dan pasien pada dasarnya merupakan hubungan kontraktual. Hubungan dimulai sejak dokter menyatakan secara lisan maupun secara sikap atau tindakan yang menunjukkan kesediaan dokter. Seperti menerima pendaftaran, memberi nomor urut, mencatat rekam medis, dan sebagainya. Hubungan kontraktual antara dokter dan pasien dinamakan kontrak terapeutik.²²

2.2 Asas Hukum dalam Penelitian Hukum

Doktrin hukum alam berusaha memberikan solusi yang pasti terhadap masalah abadi keadilan, untuk menjawab permasalahan tentang apa yang dikatakan benar dan salah dalam hubungan mutual antara manusia. Jawabannya didasarkan pada asumsi bahwa, adalah mungkin untuk membedakan antara perilaku manusia yang natural, yang sejalan dengan alam karena perilaku ini dituntut oleh alam, dan perilaku manusia yang tidak natural, yang bertentangan dengan alam, dan ditentang oleh alam. Asumsi ini mengimplikasikan bahwa, adalah suatu hal yang mungkin bila kita

[http://www.jurnal.pertegasada.uns.ac.id/index.php/teknik/article/view/12110/1441-9448file=IMPLEMENTASINONBOKERSEKOLAHMANSIWA DIKAMPUSKIRI\(DOKTERIMPANGANREFORMEDYOGYAKARTA\)NHN20130830DALAMRAJAPERUMAHSANTITIPRAPEUJIBK320132006EITINGOTENAGAKERSEHATANABIS2017TERHADAP22MAGIENKORUMAHYASAKIT1712110106POMK32017](http://www.jurnal.pertegasada.uns.ac.id/index.php/teknik/article/view/12110/1441-9448file=IMPLEMENTASINONBOKERSEKOLAHMANSIWA DIKAMPUSKIRI(DOKTERIMPANGANREFORMEDYOGYAKARTA)NHN20130830DALAMRAJAPERUMAHSANTITIPRAPEUJIBK320132006EITINGOTENAGAKERSEHATANABIS2017TERHADAP22MAGIENKORUMAHYASAKIT1712110106POMK32017). Diunduh 4 Maret 2017

²⁰ Ibid.

²¹ Soehan Sudler, *Hukum Kesehatan*, Cetakan ke-IV, Semarang: (Badan Penyelid Universitas Diponegoro, 2003), h. 1

²² Ibid., h. 35.

menerik kesimpulan dari alam, yakni dari kodrat atau hakikat manusia, dari kodrat masyarakat, dan bahkan dari kodrat dari segala sesuatu, dapat ditarik kesimpulan tentang peraturan-peraturan tertentu yang memberikan aturan yang secara keseluruhan berada dalam keselarasan dengan perilaku manusia, yang dengan pengkajian yang seksama terhadap fakta-fakta lama kita dapat menemukan solusi yang adil lagi permasalahan sosial kita. Alam dipandang sebagai legislator, legislator tertinggi.

Pandangan ini membayangkan bahwa fenomena awal memang diarahkan menuju suatu akhir atau terbentuk oleh suatu tujuan, bahwa proses-proses alam yang dipandang sebagai suatu keseluruhan ditentukan oleh kausa akhir. Ini benar-benar merupakan suatu pandangan lentang teleologis, dan dengan demikian tidak berbeda dengan gagasan bahwa alam itu dianugerahi dengan keinginan dan intelijensi. Ini mengimplikasikan bahwa alam adalah semacam makhluk personal yang maha tinggi, sebuah otoritas yang terhadapnya manusia memberikan keputusan. Pada posisi yang paling rendah dan peradaban manusia interpretasi tentang alam ini memanifestasikan dirinya di dalam apa yang disebut animisme. Manusia primitif percaya bahwa benda-benda alam - binatang, tumbuhan, sungai, bintang di langit- itu bernyawa, bahwa roh atau jiwa bersemayam di dalam atau di balik fenomena dipercaya sebagai bagian dari masyarakatnya. Karena roh atau jiwa itu bernyawa, fenomena alam itu dipercayai sangat kuat dan mampu melukai sekaligus mampu melindungi manusia, sehingga mereka harus dipuja. Animisme dengan demikian adalah interpretasi religius tentang alam.²²

Pada posisi tertinggi dan evolusi religius, ketika animisme digantikan dengan monoteisme, alam dipandang sebagai sesuatu yang diciptakan oleh Tuhan, dan oleh sebab itu dianggap sebagai manifestasi dari seluruh kekuasaan dan kehendak-Nya yang adil. Apabila doktrin hukum alam ini konsisten, ia pasti mengambil sebuah karakter religius. Ia dapat menyimpulkan dari alam aturan-aturan perilaku manusia yang adil hanya karena dan bila mana alam dipandang sebagai ekspresi dari kehendak Tuhan, sehingga mengkaji alam itu sama saja dengan mengeksplorasi kehendak Tuhan. Pada kenyataannya, tak ada hukum doktrin alam apapun yang tidak, kurang lebarnya, memiliki karakter religius. Grotius, misalnya, mendefinisikan hukum alam sebagai sebuah suara rasional yang dengannya tindakan - tindakan tertentu ditentukan sebagai dilarang atau diperintahkan " oleh pencipta alam, yakni Tuhan."²³ Dia menyatakan bahwa hukum alam yang berasal dari "sifat-sifat esensial yang tertanam di dalam diri manusia dapat dihubungkan secara benar dengan Tuhan, karena atas kehendak-Nyalah sifat-sifat semacam itu menjadi ada di dalam diri kita."²⁴ Hobbes menyatakan bahwa hukum alam memang merupakan sebuah suara akal budi (ruler), tetapi suara akal budi adalah " kesimpulan-kesimpulan, teorema-teorema yang berkaitan dengan apa yang dapat membantu dan membela dirinya sendiri; mengingati hukum sebenarnya adalah perintah-Nya yang karena paling benar menjadi penggerak terhadap segala sesuatu yang lainnya. Namun, apabila kita

²² Hans Kelsen, *Dasen-Deser Hukum Normatif (Prinsip-prinsip Teoritis Untuk Menawar-Pada Hasil-hasil dalam Hukum dan Teori) Interpretasi Menurut Max Weber*, Negerland, Bandung, 2006, s. 160-166 (seperhatikan dari Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Politics, and Law in the Mirror of Science*, University of California Press, 1957).

²³ Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Baku, *Book I*, chapter 10.

²⁴ *Ibid* Prolegomena, bagian 12.

melihat pada teorinya yang sama, seperti yang disampaikan dalam perkataan Tuhan, bahwa yang paling benar mengatur segala sesuatu, maka mereka pantas disebut sebagai hukum.²⁶

Mengikuti jejak Hobbes, Pufendorf menyatakan apabila seseorang budi – yaitu, prinsip-prinsip hukum alam – memang memiliki kekuatan hukum, maka ia harus “dalam setiap keadaan memelihara bahwa kewajiban hukum alam itu dari Tuhan”²⁷ Hanya dengan cara seperti inilah ia dapat diasumsikan, bahwa hukum yang dideduksi dari alam adalah hukum yang bersifat abadi dan tidak dapat diubah, yang bertentangan dengan hukum positif, yang diciptakan manusia, yang hanya merupakan peraturan yang bersifat sementara dan dapat diubah; bahwa hak-hak yang dibentuk oleh hukum alam adalah hak-hak yang bersifat suci yang melekat pada diri manusia karena ditanamkan di dalam diri manusia oleh alam ilahiah; dan bahwa hukum positif tidak dapat membentuk ataupun meniadakan hak-hak ini, tetapi hanya dapat melindunginya. Inilah inti dari doktrin hukum alam.

Pada zaman Yunani kuno hukum dianggap sebagai berkaitan dengan alam. Alam dikuasai hukum, demikian juga manusia yang termasuk alam itu. Dalam rangka pandangan ini hukum berfungsi untuk mengatur alam supaya menurut garis-garis tertentu, lagipula mengatur hidup manusia supaya mengikuti peraturan-peraturan yang sesuai dengan hakikatnya. Dalam Abad pertengahan pandangan ini berubah. Hukum tetap dipertahankan dalam fungsinya yang semula, yakni menciptakan aturan. Namun aturan yang terwujud tidak dipandang lagi sebagai suatu kehendak ilahiah. Aturan hukum adalah aturan Allah. Hukum berfungsi untuk menjamin suatu aturan hidup sebagaimana dikehendaki Allah.²⁸

Dalam zaman modern pandangan terhadap hukum berubah lagi. Hukum dilihat sebagai ciptaan manusia. Dengan menentukan hukum manusia sendiri menetapkan aturan hidupnya. Latar belakang pandangan ini ialah kenyataan bahwa manusia merupakan makhluk yang bebas, ia membangun hidupnya baik pribadi maupun bersama sesuai dengan kebutuhannya dan cita-citanya. Fungsi hukum dalam pandangan ini ialah mewujudkan suatu hidup bersama yang teratur sedemikian rupa sehingga menunjang perkembangan pribadi manusia masing-masing.²⁹ Dari sisi ontologi, Sidharta, ketika mengkaji aspek Ontologi Hukum, ia mengutip pendapat Soetandyo Wignyosenobroto yang menunjukkan ada 8 (enam) pemaknaan “Ontologi hukum” sebagai hakikat hukum sesuai dengan aliran filsafat hukum, yaitu:

- a. Aliran Hukum Alam/Kodrat memaknai “hakikat hukum” itu “dasar-dasar kebenaran” dan “keadilan” atau “dasar-dasar moral” yang bersifat kodrat dan berlaku universal. Dengan demikian dimana pun berlaku prinsip bahwa tindakan yang immoral merupakan tindakan yang tidak benar, tidak adil dan melanggar hukum.
- b. Aliran Positivisme Hukum, memaknai “hakikat hukum” adalah norma-norma positif dalam sistem perundang-undangan suatu negara. Dengan demikian bagi Aliran Positivisme Hukum, peraturan perundang-undangan merupakan aturan hukum positif. Dalam keputusan hukum, pandangan yang berpendapat bahwa tidak ada hukum di luar peraturan perundang-undangan dinamakan paham “logisme” atau “legalisme”.
- c. Aliran Utilitarianisme, memandang “hakikat hukum” adalah norma-norma positif yang diimplementasikan ke dalam peraturan perundang-undangan. Jadi dari sudut pandang ontology, pandangan positivisme hukum sama dengan aliran utilitarianisme hukum.
- d. Aliran Sociological Jurisprudence, menganut paham bahwa “hakikat hukum” itu, putusan-putusan hukum in concreto, yang berakademika sebagai *judge made law* (hukum

²⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Bagian I, bab 10.

²⁷ Samuel Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, Buku II, Bab II, bagian 20.

²⁸ Theo Hubbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Penerbit Naritas, Yogyakarta, 1982, h. 200.

²⁹ Ibid.

yang di putus oleh hakim). Dalam kalian ini perlu dicatat pendapat Jhon Chipman Gray (1839-1915) dengan semboyan: "All the law is judge made law" (Semua hukum dibuat oleh hakim), mengingatkan bahwa disamping logika hukum sebagai factor penting dalam pembentukan hukum, unsure-unsur subjektifitas hukum, (sifat politik, ekonomi dan sifat-sifat pribadi) telah berperan dalam menyelesaikan kasus-kasus hukum. Intinya, Gray ingin menegaskan bahwa pemaknaan hukum yang lebih pragmatis seperti yang dikemukakannya itu adalah sesuatu yang sudah berjalan sangat lama dan diterima oleh masyarakat luas.

- e. Aliran/Mashab Sejarah, memaknai "hakekat hukum" adalah perilaku sosial yang terlembagakan, eksis sebagai variabel sosial-empirik. Dalam konteks ini Frederich Karl Von Savigny (pelopor Mashab sejarah), menyatakan "hukum tidak ditetapkan/dibuat oleh pemerintah (pihak penguasa atau otoritas) tetapi tumbuh sesuai dengan sejarah perkembangan masyarakat yang analog dengan perkembangan kebudayaan, bahasa dan adat istiadat masyarakat. Hukum besemanyam pada "jwa masyarakat/bangsa" (volkgeist). Jadi volkgeist merupakan spirit atau rokh hukum. Semboyan Mashab Sejarah: "Recht ist nicht gemacht, es is und wird mit dem volke" (Hukum tidak dibuat, ia tumbuh bersama dengan masyarakat).
- f. Aliran Realisme Hukum, memaknai "hakekat hukum" adalah manifestasi makna-makna simbolik para pelaku sosial sebagaimana tampak dalam interaksi mereka. Pemaknaan hukum kaum Realis itu menunjukkan orientasi lebih dekat pada berbagai disiplin ilmu, seperti sosiologi, antropologi, psikologi dan ekonomi daripada nuansa ilmu Filsafat. Konsekuensinya Llewellyn menolak mengkategorikan Realisme Hukum sebagai aliran filsafat hukum. Ia juga menegaskan jika dicomati konsep hukum yang dianut oleh Realisme Hukum tidak berbeda dari Sociological Jurisprudence. Karena konsep hukum dari aliran Realisme Hukum itu digambarkan bahwa: "the conception of law is flux, of moving law, and judicial creation of law" Dengan demikian menurut penganut Realisme Hukum, bahwa "Hakekat Hukum" berlangsung dalam dinamika hukum yang merupakan kreasi dari hakim. Jadi hukum itu apa yang akan diputuskan oleh hakim dalam menyelesaikan sengketa.²²

Berbeda dengan pandangan aliran-aliran filsafat hukum, G. Notonamidojo, merujuk pandangan Von Kisch, yang mengemukakan tiga teori tentang "hakekat hukum". Yaitu:

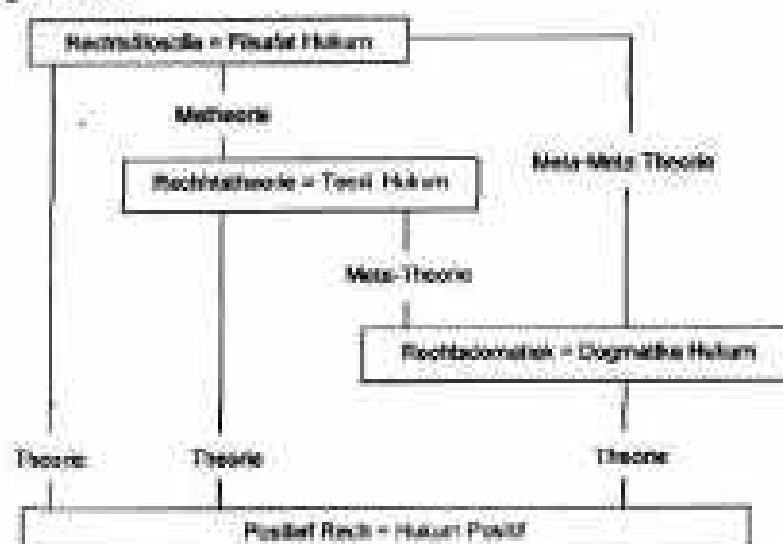
1. Teori Imperatif, menentukan hakekat hukum dasarnya hukum itu. Menurut Teori Imperatif asal dan hukum adalah negara. Verlehenya meliputi:
 - a. Teori Etatis (John Austin) yang menyatakan "hakekat hukum" atau hukum yang sebenarnya terletak pada perintah (command) badan yang berdaulat dalam satu masyarakat politik (negara). Dalam bahasa Inggris, dikutip pendapat Austin, sebagai berikut: "Laws properly so called are a species of command. Every positive law, or every law simple and strictly called, is set by a sovereign body to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme". (Hukum yang sebenarnya merupakan species dari perintah. Setiap hukum positif, yang disebut hukum sesungguhnya adalah peraturan yang ditetapkan oleh badan yang berdaulat bagi seorang atau masyarakat dalam suatu negara yang merdeka, sementara badan yang berdaulat itu superior).
 - b. Teori Hukum Murni (Hans Kelsen), mencermati "Hakekat hukum" dari sudut pandang:
 - (i) Kehendak Negara (Wille der Staat), sebagai penganut Neo-Kantian, ia memisahkan secara tajam antara Sein (Kenyataan atau fakta) dan sollen (keharusan). Dalam Sein berlaku "hukum sebab-akibat" (kausalitas); sedangkan alam Sollen berlaku norma. Norma hukum itu hakekatnya berasal dari "kehendak negara" (Wille der Staat) sebagai Das Sollen.
 - (ii) Negara dilihat dari sudut pandang yuridis, ia berpendapat bahwa negara adalah bra hukum di sendiri, jadi "hakekat hukum" identik dengan negara. Negara adalah personifikasi (pembibadian) hukum atau negara adalah badan hukum.
2. Teori Indikatif adalah teori yang menunjuk (indicate) kepada kenyataan yang lebih dalam. Teori indikatif ini mencari hakekat hukum dalam kenyataan yang lebih dalam tersebut. Ada 2 (dua) varian teori indikatif.

²² I Dewa Gada Armajo, *Filsafat Hukum (Dimensi Teoritis & Praktis)*, Setara Press, Malang, 2013, h. 11

- a. Mazhab Sejarah Hukum (*Historische Rechtsschool*) dari Von Savigny. Menurut teori ini hukum menunjukkan pada keberadaan *volkgeist* (jwa bangsa/rakyat). Sepadan dengan kerangka pemikiran itu, maka hakikat hukum adalah pernyataan dari "jwa bangsa" (*volkgeist*).
 - b. Teori kedaulatan hukum (*Rechtssouveränität*) dari Krabbe. Menurut teori ini hakikat hukum menunjuk pada kesadaran hukum individual (*individuel rechtbewustzijn*). Jadi hukum adalah pernyataan dari "kesadaran hukum individual".
3. Teori Optatif merumuskan hakikat hukum dengan menekankan pada tujuan hukum. Juga ada 2 (dua) varian:
- a. Teori Optatif Individualis, dianut oleh Jeremy Bentham (awal abad ke-19). Menurut Bentham hakikat hukum dalam kaitan dengan tujuannya, yaitu: "the greatest happiness for the greatest number" (kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi individu sebanyak-banyaknya).
 - b. Teori Optatif Universalis, dianut oleh Adolf Hitler pemimpin Nazi Jerman (Abad XX). Ia merumuskan bahwa hakikat hukum adalah segala tindakan apapun yang berguna bagi bangsa. (Sembolannya bangsa Jerman, "Über Alles"="di atas bangsa-bangsa lainnya, sehingga Hitler dipandang actor terpenting di Perang Dunia I, ia dijuluki "penjahat perang yang paling mal. Ia mal' bunuh diri")²¹

Bruggink menamakan "Teori Ilmu dari Hukum", ini merupakan filsafat sebagai meta-meta teori dari Dogmatika Hukum, dijelaskan bahwa Filsafat Hukum tidak memiliki meta-teori, karena merupakan disiplin ilmu yang tidak memiliki meta-disiplin di atasnya. Di sini Filsafat Hukum harus melakukan "refleksi diri". Filsafat Hukum memang adalah meta-teori untuk Teori Hukum, dan mengingat Teori Hukum adalah meta-teori untuk Dogmatik Hukum. Dengan demikian Filsafat Hukum merupakan meta-meta-teori untuk Dogmatik Hukum²²

Dari uraian itu dapat dipahami kajian "Teori Ilmu dari Hukum" atau "Filsafat Ilmu dari Ilmu Hukum" dapat dikatakan menempatkan Filsafat Hukum sebagai ibu dari Teori Hukum dan Dogmatika Hukum, maka untuk Teori Hukum ada meta-teori artinya ada teori lain di atasnya yaitu Filsafat Hukum, begitu pula untuk Dogmatik Hukum ada teori lain di atasnya. Oleh karena itu Filsafat Hukum, "meta-teori" dari Teori Hukum (arti sempit) dan di atasnya lagi (meta-meta-teori) untuk Dogmatika Hukum, skema kedudukan Filsafat Hukum dalam hubungan dengan Teori Hukum dan Dogmatika Hukum sebagai berikut:



Sumber: Bruggink

²¹ Ibid. h. 34

²² J.J.H Bruggink, *Refleksi tentang Hukum*, penerjemahan Anet Soeharta, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1996, h. 172

Dari uraian di atas dapat kita lihat bahwa asas adalah dasar dari suatu norma dalam pembentukan aturan. Atau dengan kata lain, asaslah yang mendasari norma-norma hukum yang ada dalam suatu aturan hukum.

2.3 Makna Asas Proporsionalitas

Dalam praktek selama ini dijumpai istilah prinsip hukum dan asas hukum serta seringkali dipertukarkan pengertian antara keduanya. Agus Yudha Hermoko⁵⁰, menyatakan bahwa kedudukan asas hukum dalam semua sistem hukum yang didalamnya mengatur sistem norma hukum mempunyai peranan penting. Asas hukum merupakan landasan atau fondasi yang menopang kokohnya suatu norma hukum.

Yohanes Sogar Simamora⁵¹ menyamakan istilah asas dan prinsip. Hal ini mengingat bahwa pengertian asas dan prinsip menurut kamus besar bahasa Indonesia terdapat kesamaan yaitu asas sebagai dasar (sesuai yang menjadi tumpuan berfikir atau pendapat), sedangkan prinsip diartikan sebagai dasar (kebenaran yang menjadi pokok dasar berfikir, bertindak).⁵²

Berdasarkan uraian tentang asas hukum dan prinsip hukum di atas, agar tidak terjadi ketidakkonsistenan terhadap penggunaan istilah prinsip dan asas maka penelitian ini menggunakan istilah prinsip. Prinsip memiliki peranan penting dalam pembentukan peraturan perundang-undangan. Pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan salah satu bentuk dari praktik hukum selain penerapan hukum, sehingga perlu didasarkan pada ilmu hukum dan lapisan dogmatis hukum, teori hukum dan filsafat hukum.

Beberapa pandangan sarjana, seperti Paul Tillich, L. J. van Apeldoorn, J. van Kan dan J. H. Beekhuis, yang menyatakan bahwa keadaan itu diperlakukan sama terhadap hal yang sama dan diperlakukan yang tidak sama sebanding dengan ketidaksetaraan. Beauchamp dan Bowie, dengan kriteria pembagian proporsionalitas, serta pemikiran John Rawls tentang "justice as fairness" yang menaikan prinsip hak pertanggungjawaban rasionalitas, kebebasan, dan kesamaan. P. S. Atjeh memberikan landasan pemikiran mengenai prinsip proporsionalitas dalam kaitannya dengan peran kontrak sebagai landasan pertukaran yang adil di dunia bisnis, bahwa transaksi para pihak yang berkontak sesuai dengan apa yang diinginkan (*proportion in what they want*).⁵³

Peter Mahmud Marzuki⁵⁴ menyebutkan bahwa

"Prinsip proporsionalitas dengan istilah "equitability contract" dengan unsur justice as fairness. Makna "equitability" menunjukkan suatu hubungan yang setara (kesetaraan), tidak berat sebelah dan adil (fair), artinya hubungan kontraktual tersebut pada dasarnya berlangsung secara proporsional dan wajar. Dengan merujuk pada prinsip equitas proportionis, yaitu prinsip yang mengherdahi jaminan keseimbangan dan ajaran justice premium, yaitu kepatuhan menurut hukum. Tidak dapat disangkal bahwa kesamaan para pihak tidak pernah ada. Sebaliknya, para pihak ketika masuk ke dalam kontrak berada dalam keadaan yang tidak sama. Akan tetapi ketidaksetaraan tersebut tidak boleh dimanfaatkan oleh pihak yang dominan untuk memaksakan kehendaknya secara tidak memadai kepada pihak lain. Dalam situasi semacam inilah asas proporsionalitas bermakna equitability.

⁵⁰ Agus Yudha Hermoko, *Op. Cit.*, h. 18.

⁵¹ Yohanes Sogar Simamora, *Op. Cit.*, h. 28.

⁵² Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Cetakan Kedua, Balai Pustaka, 1959,

h. 52.

⁵³ Lihat Agus Yudha Hermoko, *Op. Cit.*, h. 47-54.

⁵⁴ Peter Mahmud Marzuki dalam Agus Yudha Hermoko, *Op. Cit.*, h. 66.

Dari pendapat-pendapat tersebut Agus Yudha Hermoko kemudian mengemukakan bahwa sesungguhnya prinsip proporsionalitas adalah bentuk dari penerapan doktrin "keadilan berkontrak" yang mengoreksi penerapan "kebebasan berkontrak" yang dalam beberapa hal menimbulkan ketidakadilan.³⁸

Menurut Peter Mahmud Marzuki, aturan-aturan hukum yang menguasai kontrak sebenarnya penjelmaan dari dasar-dasar filsafat yang terdapat pada asas-asas hukum secara umum. Asas-asas hukum ini bersifat sangat umum dan menjadi landasan berfikir yaitu dasar ideologis aturan-aturan hukum. Beberapa asas-asas tersebut bersifat samar-samar dan hanya dengan upaya yang sangat keras dapat dipahami dan diurai secara jelas, asas hukum merupakan sumber bagi sistem hukum yang memberi inspirasi mengenai nilai-nilai etik, moral, dan sosial masyarakat. Dengan demikian asas hukum sebagai landasan normamenjadi alat uji bagi norma hukum yang ada, dalam arti norma hukum tersebut pada akhirnya harus dapat dikembalikan pada asas hukum yang menjelainya.³⁹

Memahami keberadaan asas proporsionalitas tentunya tidak dapat dipisahkan dalam konteks hubungannya dengan asas-asas pokok hukum kontrak, yaitu kebebasan berkontrak, konsensualisme, kekuatan mengikat, dan ikad baik. Pemahaman ini dirasa perlu untuk mengetahui bekerjanya asas proporsionalitas dalam hubungannya dengan asas-asas hukum kontrak lainnya. Asas-asas hukum kontrak pada dasarnya tidak terpisah satu dengan lainnya, namun dalam berbagai hal saling mengisi dan melengkapi. Dengan kata lain masing-masing asas tidak berdiri dalam kesendiriannya, tetapi saling melengkapi dan melengkapi keberadaan suatu kontrak.⁴⁰

Menurut Agus Yudha Hermoko untuk mencari makna asas proporsionalitas dalam kontrak harus beranjak dari makna filosofis keadilan. Hal ini dapat dibelusuri dalam berbagai pendapat serta pemikiran para filosof dan sarjana. Filosof besar seperti Aristoteles, menyatakan bahwa "*justice consist in treating equals equally and unequal unequaly, in proportion to their inequality*" (prinsip bahwa yang sama diperlakukan secara sama dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama, secara proporsional). Ulpianus menggambarkan keadilan sebagai "*justitia est constant ei populus voluntas in eum cujus tribuend"* (keadilan adalah kehendak yang terus menerus dan tetap memberikan kepada masing-masing apa yang menjadi haknya "*to give every body his own*"). Artinya keadilan dapat terwujud apabila sesuatu yang diberikan kepada seseorang sebanding dengan yang seharusnya ia terima (*propter proportionem datus ipsius*).⁴¹

Untuk itu suatu kriteria yang dapat dijadikan pedoman untuk menemukan asas proporsionalitas dalam kontrak adalah sebagai berikut :

1. Kontrak yang bersubstansi asas proporsionalitas adalah kontrak yang memberikan pengakuan terhadap hak, peluang, dan kesempatan yang sama kepada pra kontrakta untuk menentukan perubahan yang adil bagi mereka. Kesamaan bukan dalam arti "kesamaan hasil" melainkan pada posisi para pihak yang mengabdikan "kesetaraan kedudukan dan hak (*equifalidity*)" (prinsip kesamaan hak/kesetaraan hak).

³⁸ Agus Yudha Hermoko, Op. Cit, h. 57.

³⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Baru-Baru Kebebasan Berkontrak*, Yuridika Volume 13 No. 3 Mei Tahun 2003, h. 160.

[19]

⁴⁰ Agus Yudha Hermoko, *Makna Penjelmaan Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Kantor Advokat Huon & Hana Simasala bekerjasama dengan Lembaga Mediatika, Surabaya, Yogyakarta, 2006, h. 55.

⁴¹ Agus Yudha Hermoko, Op. Cit, h. 71.

2. Berlandaskan pada kesamaan/kesetaraan hak tersebut, maka kontrak yang bersubstansi asas proporsionalitas adalah kontrak yang dilandasi oleh kebebasan para kontraktan untuk menentukan substansi apa yang ada dan apa yang tidak ada bagi mereka (prinsip kebebasan).
3. Kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara proporsional bagi para pihak. Perlu digarisbawahi bahwa keadilan tidak selalu berarti semua orang harus selalu mendapatkan sesuatu dalam jumlah yang sama, dalam konteks ini dimungkinkan adanya hasil akhir yang berbeda. Dalam hal ini maka distribusi-proporsional terhadap hak dan kewajiban para pihak harus mengacu pertukaran yang fair (prinsip distribusi-proporsional).

Dengan demikian, kontrak sebagai mata rantai hubungan para pihak harus dibangun berdasarkan pemahaman keadilan yang dilandasi atas pengakuan hak para kontraktan.⁴² Mata rantai kontrak tersebut tentu juga berlaku dalam hubungan dokter dan pasien pada perjanjian terapeutik.

⁴² Bak, h. 74.

BAB III METODE PENELITIAN

3.1 Pendekatan Penelitian

Pendekatan penelitian adalah cara mengadakan penelitian.⁴² Menurut Peter Mahmud Marzuki⁴³, Penelitian hukum (*legal research*⁴⁴; *rechtsonderzoek*) suatu proses ilmiah untuk mencari pemecahan atas isu hukum yang muncul dengan tujuan untuk memberikan preskripsi mengenai apa yang seyogyanya atau isu hukum yang muncul tersebut.

Penelitian hukum dilakukan untuk menghasilkan argumen, teori atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi.⁴⁵ Oleh karena itu, pilihan terhadap satu atau beberapa metode penelitian terkait erat dengan perumusan masalah, objek yang diteliti serta tradisi keilmuan itu sendiri.⁴⁶ Mengingat kepribingan penelitian ini untuk keperluan akademis, maka terkait dengan substansinya, penelitian ini merupakan penelitian normatif atau penelitian doktrinal.

Penelitian hukum normatif digunakan dalam analisis penelitian ini, karena diandasi oleh karakter khas ilmu hukum sendiri, yaitu metode penelitiannya yang bersifat normatif hukum. Metode ini digunakan untuk melakukan analisis terhadap peraturan perundang-undangan, yurisprudensi, maupun kontrak-kontrak. Sedangkan penelitian doktrinal digunakan untuk melakukan analisis terhadap asas-asas hukum, literatur hukum, pandangan para sarjana hukum yang mempunyai kualifikasi tinggi (doktrin), serta perbandingan hukum.

Sebagaimana penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum normatif, maka pendekatan penelitian yang dipergunakan adalah Pendekatan Undang-Undang (*statute approach*), Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) Pendekatan Undang-Undang (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkut paut dengan isu hukum yang sedang ditangani. Pendekatan perundang-undangan adalah pendekatan dengan menggunakan legislasi dan regulasi.⁴⁷

Pendekatan Konseptual (*conceptual approach*) beranjak dari perundang-undangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum.⁴⁸

3.2 Bahan Hukum

3.2.1 Bahan Hukum Primer

Bahan Hukum Primer yaitu semua aturan hukum yang dibuat dan atau dibuat secara resmi oleh suatu lembaga Negara, dan/atau badan-badan pemerintahan yang demi tegaknya

⁴² Sahasmi Jusulis, *Prosedur Penelitian Suatu Pendekatan/Praktik*, Jakarta: Remaja Cipta, 2002, h. 23.

⁴³ Peter Mahmud Marzuki, "Penelitian Hukum", *Yuridika*, Volume 16, Nomor 2, h. 105 (selanjutnya disingkat Peter Mahmud Marzuki - I).

⁴⁴ *Maxwell Black's Law Dictionary*, "legal research" didefinisikan sebagai:

a. The finding and assembling of authorities that bear on a question of law.

b. The field of study concorne with the effective controlling of authorities that bear on a question of law.

⁴⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Remaja Media, 2002, h. 29-30 (selanjutnya disingkat Peter Mahmud Marzuki - II).

⁴⁶ Philip M. Hedger, *Asas Hukum Dogmatis (Normatif)*, Surabaya: Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 1994, h. 32.

⁴⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2011, h. 60 (selanjutnya disingkat Peter Mahmud Marzuki - III).

⁴⁸ *Ibid*, h. 95.

gikan dipayakn berdasarkan daya paksa yang dilakukan secara resmi pula oleh aparat negara. Dalam penelitian ini, bahan hukum primer yang digunakan adalah sebagai berikut:

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945;
2. Undang-Undang No. 23 Tahun 1993 tentang Kesehatan;
3. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen;
4. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia;
5. Undang-Undang No. 44 Tahun 1999 tentang Rumah Sakit;
6. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran;
7. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 Tentang Pengesahan Internasional *Covenant on Civil and Political Rights* (Konvenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik)
8. Peraturan Menteri Kesehatan Republik Indonesia No. 290/Menkes/Per/Min/2006 tentang Persetujuan Tindakan Kedokteran;
9. Surat Keputusan Direktur Jenderal Pelayanan Medis No. HK. 00.06.3.5.1886 Tahun 1999 tentang Pedoman Persetujuan Tindakan Medis.

3.2.2 Bahan Hukum Sekunder

Bahan Hukum Sekunder yaitu bahan-bahan yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisa dan memahami bahan hukum primer seperti berbagai bahan kepustakaan berupa buku, hasil penelitian, makalah dalam seminar, dan jurnal yang berkaitan dengan permasalahan yang diteliti.

3.2.3 Bahan Hukum Tersier

Bahan hukum tersier adalah bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Dalam penelitian ini menggunakan bahan hukum tersier berupa kamus hukum.

3.3 Pengumpulan dan Pengolahan Bahan Hukum

Teknik pengumpulan data dalam penelitian ini adalah studi kepustakaan (*library research*), yaitu suatu teknik telaah normatif dari beberapa peraturan perundang-undangan serta penelaahan beberapa literatur yang relevan dengan materi yang dibahas.

3.4 Analisa Bahan Hukum

Data yang telah diperoleh dari hasil penelitian ini disusun dan dianalisis secara interpretasi hukum, meliputi interpretasi autentik dan interpretasi sistematis. Hal ini dilakukan, karena pada dasarnya baik hukum materiil maupun hukum formil sudah memberikan pengaturan hukum terhadap suatu hubungan hukum yang ada dalam masyarakat untuk menjawab permasalahan yang diteliti.

BAB IV HASIL YANG DICAPAI

Hubungan Hukum Dokter dan Pasien dalam Perjanjian Therapeutik

Di dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, hubungan antara tenaga medik⁵⁰, rumah sakit dan pasien diatur dalam beberapa Undang-undang. Hubungan pasien dan tenaga medik terlihat dalam Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2009 tentang Rumah Sakit (selanjutnya disebut UU Rumah Sakit); Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan (selanjutnya disebut UU Kesehatan); Undang-Undang Praktik Kedokteran; UU Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (selanjutnya disebut UU Perlindungan Konsumen). UU Kesehatan tidak secara tegas mendefinisikan yang dimaksud dengan tenaga medis. Namun demikian berdasarkan ketentuan Pasal 13 ayat (1)⁵¹ dan ayat (3)⁵² beserta penjelasannya⁵³ dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud dengan tenaga medis adalah dokter. Sedangkan dalam Pasal 1 angka 2 Praktik Kedokteran disebutkan secara khusus mengenai dokter, yaitu "Dokter dan dokter gigi adalah dokter, dokter spesialis, dokter gigi, dan dokter gigi spesialis lulusan pendidikan kedokteran atau kedokteran gigi baik di dalam maupun di luar negeri yang diakui oleh Pemerintah Republik Indonesia sesuai dengan peraturan perundang-undangan".

Dalam hubungan antara dokter dan pasien ada dua hal penting yang harus diperhatikan yaitu bagaimana dokter menempatkan dirinya sebagai individu khususnya dalam pengambilan keputusan medis dan bagaimana dokter membangun keharmonisan tersebut melalui komunikasi yang efektif. Selama ini dokter menempatkan dirinya dalam keputusan medis sebagai *guardian* dan yang paling serba tahu, sehingga ibrami pasien kurang mendapat tempat. Hubungan hukum ini bersumber pada kepercayaan pasien terhadap dokter sehingga pasien bersedia memberikan persetujuan tindakan medis (*informed consent*). Persetujuan tindakan medis (*Partinik*) / *informed consent* adalah suatu izin atau pernyataan setuju dari pasien yang diberikan secara bebas, sadar, dan rasional setelah memperoleh informasi yang lengkap, valid, dan akurat yang dipahami dari dokter

⁵⁰ Dalam UU Rumah Sakit, tenaga medis mendapat bagian dari tenaga tetap sumber daya manusia rumah sakit. Tenaga tetap sumber daya manusia rumah sakit terdiri dari:

1. Tenaga medis, terdiri dari:
 - a. Tenaga Medis Dokter
 - b. Tenaga Medis Tertentu (Dalam Penjelasan Pasal 13 UU Rumah Sakit, Yang dirinci/ditaut dengan tenaga kesehatan tertentu adalah tenaga perawat, bidan, perawat gigi, apoteker, asisten apoteker, fisioterapi, rehabilitasi okulasi, terapis wicara, radioterapi, dan staf ahli terapi)
2. Perangas medis,
3. Tenaga keperawatan,
4. Tenaga kefarmasian,
5. Tenaga manajemen rumah sakit, dan
6. Tenaga non kesehatan.

⁵¹ Pasal 13 ayat (1) UU Kesehatan menentukan bahwa tenaga medis yang melakukan praktik kedokteran di Rumah Sakit wajib memiliki Surat Izin Praktik sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

⁵² Pasal 13 ayat (3) UU Kesehatan menentukan bahwa setiap tenaga kesehatan yang bekerja di Rumah Sakit harus bekerja sesuai dengan standar profesi, standar pelayanan Rumah Sakit, standar prosedur operasional yang berlaku, etika profesi, menghormati hak pasien dan mengutamakan keselamatan pasien.

⁵³ Penjelasan Pasal 13 ayat (1) UU Kesehatan tentang menentukan bahwa yang dimaksud dengan tenaga kesehatan tertentu adalah tenaga perawat, bidan, perawat gigi, apoteker, asisten apoteker, fisioterapi, rehabilitasi okulasi, terapis wicara, radioterapi, dan staf ahli terapi.

terhadap keadaan penyakitnya serta tindakan medis yang akan diperolehnya.³⁵ *informed consent* terdiri atas kata *informed* artinya telah mendapatkan informasi dan *consent* berarti persetujuan (izin).

Transaksi terapeutik yang mencakup kuratif, preventif, rehabilitatif dan promotif antara pasien dan dokter terjadi pada saat dokter menyetujui permintaan pasien untuk menyembuhkan penyakitnya, sejak itu dokter bertanggungjawab terhadap pasien. Transaksi terapeutik merupakan perjanjian timbal balik antara dua pihak yang memiliki kecakapan membuat perkataan, yang bertepatan dalam suatu objek yang diperbincangkan. Pasal 1313 BW menyebutkan suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Perjanjian antara pasien dan dokter terjadi dalam lingkup pengobatan atau kesehatan, dimana pasien memerlukan keahlian dan keterampilan dari dokter yang dapat memberikannya untuk kesembuhan pasien.

Perjanjian terapeutik ini dapat dibedakan dalam dua jenis:³⁶

1. *Resultaatverbinten*, yaitu perkataan berdasarkan prestasi atau hasil kerja. Dokter dapat menjanjikan hasil kerjanya kepada pasien, misalnya dokter gigi yang membuat gigi palsu, dokter ahli *orthopedic* yang membuat *prothese* kaki, dokter ahli bedah kosmetik yang memperbaiki hidung mancung atau bentuk bagian tubuh lainnya. Bahkan di Eropa operasi yang dianggap mudah yang dapat diperjanjikan hasilnya, dimasukkan dalam *resultaatverbinten*, sedangkan operasi yang rumit dan sulit termasuk *inspanningsverbinten*.
2. *inspanningsverbinten* atau perjanjian daya upaya/usaha/berhikmat yaitu perkataan berdasarkan daya upaya/usaha/berhikmat yang maksimal untuk mencapai suatu hasil. Pasien memberikan "kepercayaan" sepenuhnya kepada dokter bahwa dokter akan berdaya upaya, berusaha berkhikmat, semaksimal mungkin untuk menyembuhkan pasien (*fiduciary relationship, trust, vertrouwen*). Jadi dokter dapat menjanjikan atau menjamin kesembuhan pasien, maka secara yuridis *inspanningsverbinten* beralih menjadi *resultaatverbinten*.

Terapeutik adalah terjemahan dari *therapeutic* yang berarti dalam bidang pengobatan, ini tidak sama dengan *therapy* atau terapi yang berarti pengobatan.³⁷ Perjanjian terapeutik merupakan perjanjian yang terjadi antara dokter dan pasien yang bukan hanya di bidang pengobatan saja tetapi lebih luas, mencakup bidang diagnosis, preventif, rehabilitatif maupun promotif.³⁷

Dalam Permenkes No. 290/ MENKES/ PER/III/ 2008 tentang Persetujuan Tindakan Kedokteran Pasal 1 Huruf a menyatakan bahwa persetujuan tindakan kedokteran (*informed*

³⁵ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Hubungan Tenaga Medis, Rumah Sakit dan Pasien*, Laporan Penelitian, 2013, h. 27.

³⁶ Foad Amin, *Kapita Selekta Hukum Kesehatan*, Grafindo Pustaka Jaya Jakarta, 1991, h. 34.

³⁷ Harmen Hadial Koeswadi, *INEL, Hukum Kedokteran di Dunia Internasional*, Masalah Spesial, Medical Law, Jakarta, h. 143.

³⁸ Calm HS, 2002, *Pekerjaan: Hukum Kontrak di Luar KUH Perdata*, Rajawali Press, Jakarta, h. 45.

tentang keadaan penyakitnya serta tindakan medis yang akan diperolehnya.⁵⁴ *informed consent* terdiri atas kata *informed* artinya telah mendapatkan informasi dan *consent* berarti persetujuan (izin).

Transaksi terapeutik yang mencakup kuratif, preventif, rehabilitatif dan promotif antara pasien dan dokter terjadi pada saat dokter menyedujui permintaan pasien untuk menyembuhkan penyakitnya, sejak itu dokter bertanggungjawab terhadap pasien. Transaksi terapeutik merupakan perjanjian timbal balik antara dua pihak yang memiliki kecakapan membuat perkataan, yang bersepakat dalam suatu objek yang diperbolehkan. Pasal 1313 BW menyebutkan suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Perjanjian antara pasien dan dokter terjadi dalam lingkup pengobatan atau kesehatan, dimana pasien memerlukan keahlian dan keterampilan dari dokter yang dapat memberikannya untuk kesembuhan pasien.

Perjanjian terapeutik ini dapat dibedakan dalam dua jenis:⁵⁵

1. *Resultaatverbinten*, yaitu perkataan berdasarkan prestasi atau hasil kerja. Dokter dapat menjanjikan hasil kerjanya kepada pasien, misalnya dokter gigi yang membuat gigi palsu, dokter ahli orthopedic yang membuat prothesa kaki, dokter ahli bedah kosmetik yang memperbaiki hidung mancung atau bentuk bagian tubuh lainnya. Bahkan di Eropa operasi yang dianggap mudah yang dapat diperjanjikan hasilnya, dimaksudkan dalam *resultaatverbinten*, sedangkan operasi yang rumit dan sulit termasuk *inspanningsverbinten*.
2. *Inspanningsverbinten* atau perjanjian daya upaya/usaha/ikhlas yaitu perkataan berdasarkan daya upaya/usaha/ikhlas yang maksimal untuk mencapai suatu hasil. Pasien memberikan "kepercayaan" sepenuhnya kepada dokter bahwa dokter akan berupaya, berusaha berikhlas, semaksimal mungkin untuk menyembuhkan pasien (*fiduciary relationship, trust, vertrouwen*). Jadi dokter dapat menjanjikan atau menjamin kesembuhan pasien, maka secara yuridis *inspanningsverbinten* berakhir menjadi *resultaatverbinten*.

Terapeutik adalah terjemahan dari *therapeutic* yang berarti dalam bidang pengobatan, ini tidak sama dengan *therapy* atau terapi yang berarti pengobatan.⁵⁶ Perjanjian terapeutik merupakan perjanjian yang terjadi antara dokter dan pasien yang bukan hanya di bidang pengobatan saja tetapi lebih luas, mencakup bidang diagnostik, preventif, rehabilitatif maupun promotif.⁵⁷

Dalam Permenkes No. 290/ MENKES/ PERMIV 2008 tentang Persetujuan Tindakan Kedokteran Pasal 1 Huruf a menyatakan bahwa persetujuan tindakan kedokteran (*informed*

⁵⁴ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Hubungan Tenaga Medik, Rumah Sakit dan Pasien*, Laporan Penelitian, 2010, h. 27

⁵⁵ Foad Amin, *Aspek-Spek Hukum Kedokteran*, Graha Tama Jaya, Jakarta, 1991, h. 34

⁵⁶ Herman Hadari Koswadi, 1993, *Hukum Kedokteran di Dunia Internasional*, Makalah Simposium, Medical Law, Jakarta, h. 142

⁵⁷ Saeni HS, 2008, *Pembangunan Hukum Kuratif di Luar KIRI-Perdata*, Rajawali Prates, Jakarta, h. 45

informed) adalah persetujuan yang diberikan oleh pasien atau keluarga terdekat setelah mendapat penjelasan secara lengkap mengenai tindakan kedokteran atau kedokteran gigi yang akan dilakukan terhadap pasien, sedangkan tindakan medis menurut Pasal 1 Huruf b adalah suatu tindakan medis berupa preventif, diagnostik, terapeutik atau rehabilitatif yang dilakukan oleh dokter atau dokter gigi terhadap pasien. Penjelasan tentang tindakan kedokteran sekurang-kurangnya mencakup (pasal 7 ayat (3):

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

Penjelasan yang terdapat dalam Pasal 7 tersebut harus diberikan secara lengkap dalam bahasa yang mudah dimengerti atau cara lain yang bertujuan untuk mempermudah pemahaman. Selain itu, pasien juga harus diberi kesempatan untuk bertanya, sebab hal ini merupakan cara untuk menghargai otonomi pasien sebagai subjek hukum yang mandiri, yang menurut J. Guwandi meliputi:²⁸

1. Risiko yang melekat (*inherent*) pada tindakan tersebut;
2. Kemungkinan timbulnya efek sampingan;
3. Alternatif lain (jika) ada selain tindakan yang diusulkan; dan
4. Kemungkinan yang terjadi jika tindakan itu tidak dilakukan.

Hubungan hukum kontraktual yang terjadi antara pasien dan dokter tidak dimulai dari saat pasien memasuki tempat praktik dokter sebagaimana yang diduga banyak orang, tetapi justru sejak dokter menyatakan kesediaannya yang dinyatakan secara lisan (*oral statement*) atau yang terirat (*implied statement*) dengan menunjukkan sikap atau tindakan yang menyimpulkan kesediaan, seperti misalnya menerima pendaftaran, memberikan nomor urut, menyediakan serta mencatat rekam medisnya dan sebagainya. Dengan kata lain hubungan terapeutik juga memerlukan kesediaan dokter, hal ini sesuai dengan asas konsensual dan kebebasan berkontrak²⁹

Sesuai dengan dinamika kehidupan sosial di masyarakat, pola hubungan paternalistik antara dokter dan pasien telah bergeser pada pola hubungan yang bersifat *partnership* atau *patient-centered care*. Pada prinsipnya pola hubungan *partnership* merupakan model perawatan kesehatan yang berorientasi pada pemenuhan keinginan dan

²⁸ J. Guwandi, *Tindakan Medis dan Tanggung Jawab Profesi Medis*, Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, 1993, h. 24

²⁹ Endang Kusumah Astuti, *Hubungan Hukum Antara Dokter Dan Pasien Dalam Upaya Pelayanan Medis*, Cita Satya BAKI, Bandung, 2003, h. 4.

kebutuhan pasien Pasien memiliki otonomi penuh atas dirinya. Pasien dalam konteks ini sangat menentukan keputusan-keputusan medis yang diterimanya. Pada prinsipnya pasien bebas menerima atau menolak tindakan medis yang ditawarkan oleh dokternya. Dalam hal ini dokter mempunyai kewajiban untuk memberi informasi pada pasiennya selengkap-lengkapny mengenai diagnosis, terapi, proses penyakit, pilihan terapi dan risiko-risikonya serta prognosis penyakit. Melalui pola *partnership* antara dokter dan pasien dalam pelayanan medis, akan melahirkan sinergi hubungan dokter pasien.

Untuk mewujudkan keseimbangan dalam membina hubungan dokter dan pasien maka diperlukan komunikasi yang setara dari kedua belah pihak. Artinya baik dokter maupun pasien memiliki hak yang sama untuk mengutarakan maksud dan harapannya. Hubungan dokter dan pasien bukanlah "hubungan atasan dan bawahan". Tidak ada yang *superior* dan *inferior* di antaranya. Oleh karena itu dokter tidak boleh memperlakukan pasien sebagai objek dari pekerjaannya. Kesetaraan hubungan ini sangat berpengaruh dalam proses pertukaran informasi antara dokter dan pasien. Dokter diharapkan memberikan peluang kepada pasien untuk mengutarakan dan menerima informasi dengan jelas dan bebas sehingga terbinalah komunikasi yang efektif dan efisien. Selain mengubah paradigma para dokter, perlu dilakukan juga penyuluhan atau edukasi pada masyarakat agar menjadi pasien yang cerdas. Hal ini diharapkan nantinya dapat mengangkat posisi pasien setara dengan dokter. Menurut Konsil Kedokteran Indonesia (KKI) ada beberapa tipe dokter yang berkaitan dengan pemberian pelayanan medis, khususnya yang berpengaruh terhadap komunikasinya dengan pasien, antara lain:²¹

1. Dokter yang enggan menjawab meskipun pasien bertanya. Tipe ini dapat dikatakan tidak kooperatif. Mungkin pasien akan sulit menaruh kepercayaan kepada dokter. Kalau memang menghendaki berkomunikasi dengan dokter, dalam nuansa hubungan kemitraan, sedapat mungkin hindari dokter tipe demikian dan perlu alternatif dokter lain yang lebih komunikatif.
2. Dokter yang bersedia menjawab apabila ditanya dan hanya menjawab sebatas pertanyaan pasien. Tipe ini pada umumnya ditemui dalam hubungan dengan pasien yang dianggap dokter memang bisa diajak membahas bersama, antara lain pasien yang berpendidikan cukup. Dokter tipe ini mungkin tidak banyak membuka peluang kepada pasien untuk bertanya kalau ia menganggap pendidikan pasien yang rendah akan kurang optimal dalam bertanya atau menerima penjelasan yang akan berpengaruh pada upaya penyembuhan.
3. Dokter yang bersedia menjawab pertanyaan pasien, mau bertanya serta menambahkan informasi-informasi lain yang sesuai dengan tujuan kesehatan

²¹ Konsil Kedokteran Indonesia (KKI), *Kemitraan Hubungan Dokter-Pasien*. Konsil Kedokteran Indonesia (Indonesian Medical Council), Jakarta, 2000, h. 15

pasien. Tipe ini adalah gambaran sikap dokter yang diharapkan dalam pengembangan nuansa kemitraan dalam hubungan dokter dan pasien. Dapat dikatakan bahwa inilah tipe ideal bagi pasien dari semua karakter, yaitu dari yang pendidikannya terbatas maupun yang berpendidikan tinggi. Dokter tipe ini biasanya lebih sabar untuk mendengarkan dan pandai menggali informasi dari pasien serta memberitahukan kembali apa-apa yang penting diketahui pasien. Selain itu, dokter tipe ini juga pandai berempati sehingga pasien menaruh kepercayaan penuh kepada dokter dalam upaya penyembuhan penyakitnya.

Komunikasi dalam praktik pelayanan medis pada dasarnya lebih kepada komunikasi terapeutik. Terapeutik merupakan kata sifat yang dihubungkan dengan seni dan penyembuhan. Terapeutik dalam konteks ini dapat diartikan segala sesuatu yang memfasilitasi penyembuhan, sehingga komunikasi terapeutik adalah komunikasi yang direncanakan dan dilakukan untuk membantu penyembuhan atau pemulihan pasien. Komunikasi terapeutik merupakan komunikasi profesional seorang tenaga kesehatan (dokter).

Sebelum memberikan perintah pasien sehananya menarima informasi tentang tindakan medis yang diperlukan, namun ternyata mengandung risiko. Perintah harus ditandatangani oleh penderita atau keluarga terdekatnya dan disaksikan minimum satu orang saksi dari pihak pasien. Informasi dan penjelasan yang perlu diberikan dalam Perintah meliputi hal-hal berikut:⁴¹

1. Informasi harus diberikan baik diminta maupun tidak.
2. Informasi tidak diberikan dengan mempergunakan istilah kedokteran yang tidak dimengerti oleh orang awam.
3. Informasi diberikan sesuai dengan tingkat pendidikan, kondisi, dan situasi pasien.
4. Informasi diberikan secara lengkap dan jujur, kecuali jika dokter menilai bahwa informasi tersebut dapat merugikan kesehatan pasien, atau pasien menolak untuk diberikan informasi. Dalam hal ini informasi dapat diberikan kepada keluarga terdekat.
5. Informasi dan penjelasan tentang tujuan dan prospek keberhasilan tindakan medis yang akan dilakukan.
6. Informasi dan penjelasan tentang tata cara tindakan medis yang akan dilakukan.
7. Informasi dan penjelasan tentang risiko dan komplikasi yang mungkin terjadi.
8. Informasi dan penjelasan tentang alternatif tindakan medis lain yang tersedia serta risikonya masing-masing.

⁴¹ ⁴¹ Bedah Pembinaan Hukum Nasional, Op. Cit., h. 28.

9. Informasi dan penjelasan tentang prognosis penyakit apabila tindakan medis tersebut dilakukan.
10. Untuk tindakan bedah atau tindakan invasif lain, informasi harus diberikan oleh dokter yang melakukan operasi, atau dokter lain dengan sepengetahuan atau petunjuk dokter yang bertanggung jawab.
11. Untuk tindakan yang bukan bedah atau tindakan yang tidak invasif lainnya, informasi dapat diberikan oleh dokter lain atau perawat dengan sepengetahuan atau petunjuk dokter dan bertanggung jawab.

Kewajiban untuk memberikan informasi dan penjelasan berada di tayangan dokter yang akan melakukan tindakan medis. Dokterlah yang paling bertanggung jawab untuk memberikan informasi dan penjelasan yang diperlukan. Apabila dokter yang akan melakukan tindakan medis berhalangan untuk memberikan informasi dan penjelasan maka dapat diwakilkan pada dokter lain dengan sepengetahuan dokter yang bersangkutan.

Pasal 2 Permenkes No 290/Menkes/Per/III/2008 secara tegas menyatakan bahwa semua tindakan kedokteran yang akan dilakukan terhadap pasien harus mendapat persetujuan. Persetujuan tersebut dapat diberikan secara tertulis maupun lisan dari pasien setelah pasien mendapatkan informasi dan penjelasan tentang perlunya tindakan kedokteran dilakukan.

Ada dua bentuk *Consent* (persetujuan) yaitu:⁶²

- a. *Implied Consent* (tersirat atau dianggap telah diberikan)
 - 1) *Implied Constructive Consent* (keadaan Normal/biasa)
 - 2) *Implied Emergency Consent* (keadaan gawat darurat)
- b. *Expressed Consent* (dinyatakan), secara lisan dan tulisan

Hubungan dokter dan pasien dalam transaksi terapeutik (perjanjian medis).

Pelaksanaan ketentuan tersebut diimplementasikan dengan memberikan informasi dan mendapatkan persetujuan terhadap tindakan kedokteran yang akan dilakukan oleh dokter terhadap pasien yang lazim disebut *Informed Consent*. Dalam ketentuan Pasal 7 ayat (3) No 290/Menkes/Per/III/2008 juga memberikan ketentuan bahwa dalam penjelasan tindakan kedokteran sekurang-kurangnya mencakup :

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

⁶²Juzuf Hanifah dan Anri Arik, 2008, *Etika Kedokteran dan Hukum Kesehatan*, Jakarta, EGC, H. 74-75

Penerapan Asas Proporsionalitas dalam Perjanjian Terapeutik

Tidak mudah untuk memasukan idealisme *informed consent* ke dalam peraturan perundang-undangan tentang kesehatan, karena setiap negara memiliki tradisi dan sejarah yang berbeda satu sama lain. Namun di era teknologi dan perkembangan ilmu kedokteran, *informed consent* menjadi perdebatan yang menarik di bidang kedokteran dan hukum. Intensitas dialog dan interaksi antar budaya dan bangsa telah membuat keterikatan satu sama lain dan dampaknya adalah apabila suatu negara tidak memutakhirkan informasi maka secara otomatis akan tertinggal dan ditinggal dalam pertambangan mengenai ilmu pengetahuan, termasuk dalam bidang kedokteran dan hukum. Esensi *informed consent* bisa menjadi hukum positif bidang kedokteran dalam rangka untuk melindungi hak-hak pasien dan peningkatan profesionalisme dokter.⁶³

Sejak dahulu *informed consent* sudah dibahas dikemukakan dalam bidang kedokteran, pemikiran itu tidak diterima begitu saja oleh semua pihak. Hal inilah yang menyebabkan munculnya perbedaan pendapat, sehingga membentuk sebuah polaritas, yakni pihak yang setuju dengan *informed consent* di satu sisi dan mereka yang menolak pada sisi yang lain. Menurut Borsellino⁶⁴ mengemukakan bahwa di Eropa pada tahun 1980 sampai 1990-an, *informed consent* telah menjadi perdebatan serius dikalangan para praktisi kedokteran dan hukum. Sedangkan penganut aliran konservatif menyebutkan bahwa mereka yang beranggapan bahwa hubungan antara dokter dan pasien bersifat paternalistik, tidak mendukung *informed consent* dengan tuduhan bahwa *informed consent* justru semakin memperumit hubungan dokter dengan pasien. Selain itu *informed consent* dianggap sebagai penghambat dalam proses komunikasi dan interaksi antara dokter dengan pasien.⁶⁵ Contohnya, ketika dokter menyimpulkan bahwa hasil *diagnosa* mengharuskan diadakan tindakan kedokteran secepatnya demi keselamatan pasien, namun karena harus melewati proses yang berbelit atas nama *informed consent*, maka kondisi kesehatan pasien akan semakin memburuk dan bahkan dikuatirkan meninggal akibat tidak segera ditangani. Tindakan kedokteran yang seharusnya dapat dilaksanakan menjadi terhenti menunggu kata sepakat dari "komunikasi *informed consent*" antara dokter dengan pasien.

Mereka yang tidak setuju dengan *informed consent* beranggapan bahwa menggali informasi yang selengkap-lengkapya dari pasien akan memakan waktu lama, rumit dan kadang-kadang juga mahal karena harga yang harus dibayar demi terjadinya efektifitas

⁶³ Endang Kusuma Adati, (2012) "Hubungan Hukum antara Dokter dengan Pasien dalam Upaya Pelayanan Medis" dalam <http://ojs.umsida.ac.id/index.php/edukasi/article/view/232/224>. Diunduh 20 Agustus 2017.

⁶⁴ Patricia Borsellino, *Informed Consent: Some Philosophical-Legal Concerns in Science & Society Journal*, X, n. 30(13), h. 17-41.

⁶⁵ *Ibid*.

komunikasi dalam *informed consent* tersebut adalah waktu dan kesediaan kedua belah pihak untuk saling mendengar.⁶⁸

Dokter dan pasien sering terjebak pada situasi dan kondisi psikologis yang sama-sama tidak menguntungkan karena dokter merasa memiliki otoritas terhadap apa yang terjadi pada pasien, sedangkan pasien berada pada posisi membutuhkan perlindungan. Posisi ini menempatkan dokter tidak sejajar dengan pasien sehingga tidak terbentuk pemahaman yang utuh, padahal itulah yang menjadi esensi *informed consent*. Di sisi lain pasien merasa tidak perlu untuk memberikan banyak informasi, termasuk kondisi penyakit yang dideritanya pada masa lalu karena menganggap dokter memiliki kemampuan yang lebih baik untuk melakukan interpretasi dan bahkan menangani penyakitnya.

Contoh konkret atas dilema ini adalah persidangan kasus *Schloendorff v. Society of New York Hospital* pada tahun 1914. Dokter yang menanganinya tindakan kedokteran itu merasa bahwa apa yang dilakukannya sudah benar dan demi kepentingan pasien, namun Hakim Benjamin Cardozo,⁶⁹ berpendapat berbeda dan mengatakan, "a surgeon who performs an operation without a patient's consent commits an assault." Keputusan yang diambil oleh Hakim Cardozo tersebut pada akhirnya menjadi momentum lahirnya diskusi panjang mengenai perlunya *informed consent* bagi penghargaan terhadap otonomi pasien dan melindungi hak dasar pasien dalam menentukan semua hal yang terjadi pada tubuhnya. Mengutamakan perlindungan hak-hak pasien tidak berarti tanpa risiko karena dokter juga tidak bisa selalu ditempatkan dalam posisi yang salah. Lebih lanjut Borsellino menekankan pentingnya alur dan konsepsi pikir yang benar berdasarkan pada norma dan prinsip yang ada.

Informed consent pada dasarnya adalah sebuah proses komunikasi yang berkesinambungan.⁷⁰ Dalam konteks ini, *informed consent* merupakan pemindahan paradigma pengambilan keputusan, dari yang berpusat di tangan dokter ke tangan pasien. *Informed consent* juga mensyaratkan keterbukaan (*disclosure*), sehingga dokter harus mendapatkan informasi sejelas-jelasnya seperti misalnya dengan melacak sejarah keluarga atau semua yang terlibat dengan keberadaan pasien.

Hubungan dokter dan pasien tidak pernah dilepaskan dari proses komunikasi yang terbuka seperti ini. Secara teknis tidak dapat berjalan sesuai dengan apa yang diharapkan, karena adanya distorsi, disebabkan permasalahan bahasa maupun budaya. Dalam kasus ini

⁶⁸Wood, R. E., *Research with Human Beings in Biology*, R.E., Helman, I., & Pober, J. (Eds.), *The Ethical Dimensions of the Biological and Health Sciences*, New York: Cambridge University Press, 2002, h. 117-126.

⁶⁹*Schloendorff v. Society of New York Hospital*, Respondent, 1028 C.F.R. 1914, Mary E. Schloendorff, Appellant, v. The Society of the New York Hospital, Respondent, Retrieved December 7, 2008, h. 1. Diunduh tanggal 3 September 2017 dari <http://www.courtlistener.com/doc/1028/cfr/1914/schloendorff-v-the-society-of-the-new-york-hospital/>

⁷⁰Sebagai sebuah komunikasi, *informed consent* terlahir akibat dari ideologi. Dalam pemahaman ini, *informed consent* adalah upaya untuk membebaskan orang tua kepada pasien dan dengan otonomi yang dimiliki oleh pasien, dia menerima penjelasan bahwa hasil tindakan medis kapada dirinya merupakan pilihan otonomnya dan bukan atas dorongan atau paksaan orang lain. Dorell E., et al, 2012 "Informed consent for clinical treatment" in *Canadian Medical Association*, h. 1. <http://www.cma.ca/document/164/5/333.pdf> Diunduh 4 September 2017.

pasien adalah orang yang pasif atau tidak memiliki kemampuan berkomunikasi dengan baik dan sistematis, dokter akan menemui permasalahan karena jawaban-jawaban yang diberikan tidak sesuai dengan apa yang diminta. Apabila ini terjadi, biasanya dokter kemudian meminta bantuan dari pihak keluarga. Permohonan untuk dapat berkomunikasi dengan pihak keluarga tidak efektif, karena dalam masyarakat tertentu mengungkapkan sejarah dan kondisi pasien secara terbuka pada orang lain (termasuk dokter) dianggap tabu atau dianggap sebagai intervensi domain privat.

Fakta-fakta ini menunjukkan bahwa tidak semua pasien bersedia untuk memberikan informasi yang terkait dengan keluarga atau saudara-saudaranya. Dengan memahami dan menyadari kendala-kendala ini maka kesalah pahaman antara dokter dan pasien dapat dihindari, sehingga keputusan akhir dalam proses komunikasi ini selalu d'andalkan pada standar etik kedokteran. Di sisi lain, ada penolakan lain terhadap pendapat *informed consent* menurut Onora O'Neill dari Newnham College Inggris,⁸⁸ yang mengemukakan bahwa *informed consent* hanya boleh dilakukan antara dokter dengan pasien yang sudah memiliki kedewasaan fisiologis maupun kematangan psikologis. Namun adakalanya dokter berhubungan dengan pasien yang dianggap tidak dewasa atau belum memiliki kematangan berpikir.

Terkait dengan itu kebijakan publik dalam bidang kesehatan, menurut O'Neill *informed consent* dapat menghambat tersusunnya peraturan perundang-undangan di bidang kesehatan karena kebijakan harus berlaku umum dan tidak bersifat personal atau individu, padahal *informed consent* harus dilakukan secara personal. Pada hakekatnya perbedaan hubungan antara dokter dan pasien dengan hubungan lain adalah sifat yuridisnya, yakni hubungan itu merupakan satu bentuk perikatan (*verwantsenis*) yang memiliki ciri (1) adanya persetujuan (*consensual* atau *agreement*) yakni saling menyetujui dari pihak dokter dan pasien tentang pemberian pelayanan pengobatan, dan (2) adanya suatu kepercayaan (*fiduciary*), karena hubungan kontrak tersebut berdasarkan saling percaya mempercayai satu sama lain,⁸⁹ dan karena alasan ini maka *informed consent* termasuk dalam kategori perikatan.

Dalam perikatan tersebut juga muncul banyak kendala, tidak hanya permasalahan komunikasi seperti yang sudah dijabarkan di atas. Hanya saja, kendala-kendala di atas tidak dapat dijadikan alasan untuk tidak terlaksananya komunikasi antara dokter dan pasien, karena *informed consent* merupakan bagian dari hak pasien serta hanya melalui proses ini maka setiap tindakan medik dapat dilakukan oleh dokter dan hal ini berimplikasi hukum.

⁸⁸Onora O'Neill, Some Limits of Informed Consent in *Journal of Medical Ethics*, Cambridge University, Volume 28, Issue, 2003, h. 4-7

⁸⁹J. Gaweidi, *Dokter, Pasien dan Hukum*, Balai Pustaka Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, Jakarta, 2007, h. 10

Menyikapi hubungan dokter dan pasien yang tidak berimbang itu, dapat dikemukakan asas proporsionalitas sebagai dasar kedudukan diantara pihak-pihak tersebut. Beberapa pandangan sarjana, seperti Paul Tillich, L. J. van Apeldoorn, J. van Kan dan J. H. Bookhuis, yang menyatakan bahwa keadilan itu memperlakukan sama terhadap hal yang sama dan memperlakukan yang tidak sama sebanding dengan ketidaksamaannya. Beauchamp dan Bowie, dengan kriteria pembagian proporsionalnya, serta pemikiran John Rawls tentang "justice as fairness" yang menekankan prinsip hak berlandaskan rasionalitas, kebebasan, dan kesamaan. P. S. Atjiah memberikan landasan pemikiran mengenai prinsip proporsionalitas dalam kaitannya dengan peran kontrak sebagai landasan pertukaran yang adil di dunia bisnis, bahwa transaksi para pihak yang berkontrak sesuai dengan apa yang diinginkan (*proportion in what they want*).⁷¹

Peter Mahmud Marzuki⁷² menyebutkan bahwa:

"Prinsip proporsionalitas dengan istilah "equitability contract" dengan unsur justice serta fairness. Makna "equitability" menunjukkan suatu hubungan yang setara (kesetaraan), tidak berat sebelah dan adil (fair), artinya hubungan kontraktual tersebut pada dasarnya berlangsung secara proporsional dan wajar. Dengan merujuk pada prinsip *aequitas praestantis*, yaitu prinsip yang menghendaki jaminan keseimbangan dan ajaran *justum proferum*, yaitu kepentingan menurut hukum. Tidak dapat disangkal bahwa kesamaan para pihak tidak pernah ada. Sebaliknya, para pihak ketika masuk ke dalam kontrak berada dalam keadaan yang tidak sama. Akan tetapi ketidaksamaan tersebut tidak boleh dimanfaatkan oleh pihak yang dominan untuk memaksakan kehendaknya secara tidak memadai kepada pihak lain. Dalam situasi semacam inilah asas proporsionalitas bermakna equitability.

Dari pendapat-pendapat tersebut Agus Yudha Hernoko kemudian mengemukakan bahwa sesungguhnya prinsip proporsionalitas adalah bentuk dari penerapan doktrin "keadilan berkontrak" yang mengoreksi penerapan "kebebasan berkontrak" yang dalam beberapa hal menimbulkan ketidakadilan.⁷³

Dalam penerapan prinsip proporsionalitas dalam kontrak bisnis komersial yang berorientasi keuntungan para pihak dalam hal ini kontrak pengadaan barang dan jasa pemerintah, fungsi prinsip proporsionalitas menunjukkan pada karakter kegunaan yang "operasional dan implementatif", dengan tujuan mewujudkan apa yang dibutuhkan para

⁷¹ Lihat Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, h. 47-64.

⁷² Peter Mahmud Marzuki, dalam Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, h. 88.

⁷³ *Ibid.*, h. 87.

pihak.⁷⁴ Menurut Agus Yudha Hernoko, fungsi prinsip proporsionalitas, baik dalam proses pembentukan maupun tahap pelaksanaan kontrak bisnis komersial adalah:

- a. Dalam tahap pra kontrak, asas proporsionalitas membuka peluang negosiasi bagi para pihak untuk melakukan pertukaran hak dan kewajiban secara fair. Oleh karena itu adalah tidak proporsional dan harus ditolak proses negosiasi dengan tidak baik;
- b. Dalam pembentukan kontrak, asas proporsional menjamin kesetaraan hak serta kebebasan dalam menentukan/mengatur proporsi hak dan kewajiban para pihak berlangsung secara fair;
- c. Dalam pelaksanaan kontrak, asas proporsional menjamin terwujudnya distribusi pertukaran hak dan kewajiban menurut konsensus yang disepakati/dibebankan pada para pihak;
- d. Dalam hal terjadi kegagalan dalam pelaksanaan kontrak, maka harus dinilai secara proporsional apakah kegagalan tersebut bersifat fundamental (*fundamental breach*) sehingga mengganggu pelaksanaan sebagian besar kontrak atau sekedar hal-hal yang sederhana/kesalahan kecil (*minor important*). Oleh karena itu pengujian melalui asas proporsionalitas sangat menentukan dalil kegagalan pelaksanaan kontrak, agar jangan sampai di salagunakan oleh salah satu pihak dalam memanfaatkan klausul kegagalan pelaksanaan kontrak, semata-mata demi keuntungan salah satu pihak dengan merugikan pihak lain;
- e. Bahkan dalam hal terjadi sengketa kontrak, asas proporsionalitas dapat di pakai untuk mengatur proporsi berat ringannya kesalahan yang di timbulkan sebagai upaya penyelesaian sengketa kontrak berdasarkan penerapan prinsip proporsionalitas.

Dari uraian konsep proporsionalitas di atas, bahwa pola kedudukan dari dokter dan pasien adalah proporsional, pasien sebagai pihak yang membutuhkan keterampilan dan keahlian dan dokter tidak mungkin dapat berimbang kedudukannya dengan dokter yang memiliki keterampilan dan keahlian itu. Kedudukan dokter dan pasien yang proporsional ini, sekaligus mengoreksi pola hubungan kontraktual khususnya dalam hubungan dokter dan pasien yang harus seimbang.

⁷⁴ Agus Yudha Hernoko dalam Moh. Isaani, *Pengembangan Hukum Perdata di Indonesia*, Laksang Graha, Yogyakarta, 2012, h. 93. (Selanjutnya disebut Agus Yudha Hernoko II)

BAB V

KESIMPULAN

Pola kedudukan dari dokter dan pasien adalah proporsional, pasien sebagai pihak yang membutuhkan keterampilan dan keahlian dan dokter tidak mungkin dapat berimbang kedudukannya dengan dokter yang memiliki keterampilan dan keahlian itu. Kedudukan dokter dan pasien yang proporsional ini, sekaligus mengoreksi pola hubungan kontraktual khususnya dalam hubungan dokter dan pasien yang harus seimbang

DAFTAR BACAAN

1. Peraturan Perundang-undangan:

Republik Indonesia, Undang-Undang Dasar 1945

—————, Undang-Undang No. 23 Tahun 1993 tentang Kesehatan;

—————, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen;

—————, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia;

—————, Undang-Undang No. 44 Tahun 1999 tentang Rumah Sakit;

—————, Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran;

—————, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 Tentang Pengesahan Internasional *Covenant on Civil and Political Rights* (Konvenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik)

—————, Peraturan Menteri Kesehatan Republik Indonesia No. 290/Menkes/Per/III/2008 tentang Persetujuan Tindakan Kedokteran;

—————, Peraturan Menteri Kesehatan Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2012 tentang Akreditasi Rumah Sakit;

—————, Surat Keputusan Direktur Jenderal Pelayanan Medis No. HK. 00.06.3.5.1866 Tahun 1999 tentang Pedoman Persetujuan Tindakan Medis.

2. Buku-Buku:

Atmadja, I Dewa Gede, *Filsafat Hukum (Dimensi Tematis & Historis)*, Setara Press, Malang, 2013

Arkunto, Suharsini, *Prosedur Penelitian Suatu Pendekatan Praktek*, Jakarta: Rineka Cipta, 2002.

Bruggink, J.J.H *Refleksi tentang Hukum*, penerjemah Arief Sidharta, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1998

Dahlan, Sofwan, *Hukum Kesehatan, Cetakan ke III*, Semarang : Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2003

Grotius, Hugo *De Jure Belli ac Pacis*, Buku , bab I, bagian 10

Guwandj, 2005, *Rekam Medis*, Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, Jakarta.

Hadjon, Philipus M. *Atas Hukum Dogmatis (Normatif)*, Surabaya: Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 1994.

Hanafiah, M. Jusuf dan Amri Amir, *Etika Kedokteran & Hukum Kedokteran*, Penerbit Buku Kedokteran EGC, Jakarta, 1999.

- Hemoko, Agus Yudha *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Kantor Advokat Hufon & Hans Simeala bekerjasama dengan Laksberg Mediatama, Surabaya-Yogyakarta, 2008.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Bagian I, bab xv.
- Huibers, Theo *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1982
- Kelsen, Hans, *Dasar-Dasar Hukum Normatif (Prinsip-prinsip Teoritis untuk Mewujudkan Keadilan dalam Hukum dan Politik)* terjemahan Nurulita Yusron, Nusamedia, Bandung, 2008, h. 160-166 terjemahan dari Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Politics, and Law in the Mirror of Science*, University of California Press, 1957.
- Kerbala, Hussein, *Segi-Segi Etika dan Yuridis Informed Consent*, Jakarta Pustaka Sinar Harapan, 1993.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Pustaka Media, 2005.
- _____. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010.
- Nasution, Bahder Johan, *Hukum Kesehatan Pertanggungjawaban Dokter*, Rineka Cipta, Jakarta, 1999
- Pufendorf, Samuel, *De Jure Naturae et Gentium*, Buku II, Bab II, bagian 20.
- Soekanto, Soerjono *Hak dan Kewajiban Pasien*, Ind-Hill Co, Jakarta, 1989
- Supriadi, Wila Chandrawita, *Hukum Kedokteran*, Mandar Maju, Bandung, 2001.
- Wiradharma, Denny, *Penuntun Kuliah Hukum Kedokteran*, Binarupa Aksara, 1998.

3. Artikel, Jurnal, Makalah:

- Guwandi, J., 1995, *Persepsi Tindakan Medik (Informed Consent)*, Jakarta Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia him.11-20 dan Agus Budiarto, 2009 "Kasus Malpraktik, Antara Penegakan Hukum dan Rasa Keadilan Masyarakat," dalam *Medikus*, Vol 3 No.1 2008.
- Marzuki, Peter Mahmud. "Penelitian Hukum", *Yuridika*, Volume 16, Nomor 2.
- _____. Peter Mahmud *Batas-Batas Kebebasan Berkontrak*, *Yuridika* Volume 16 No. 3 Mei Tahun 2003.
- U.S. Government Printing Office (Vol. 2) Washington, D.C, 1949, "Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10,"

4. Internet

- Kusumawardani, Ida Ayu Sri. Implementasi Persetujuan Tindakan Kedokteran (*Informed Consent*) dalam Perjanjian Terapeutik oleh Tenaga Kesehatan Terhadap Pasien Rumah Sakit Di Provinsi Bali." Program Pascasarjana Universitas Udayana. <http://download.portalgaruda.org/article.php?article=151032&val=944&file=IMPLEMENTASI%20%20PERSETUJUAN%20TINDAKAN%20KEDOKTERAN%20%28INFO>

RIFED%20CONSENT%20%20DALAM%20PERJANJIAN%20TERAPEUTIK%20%20OLEH%20TENAGA%20KESEHATAN%20%20TERHADAP%20PASIEN%20RU%20MAH%20SAKIT%20DI%20PROVINSI%20BALI. Diunduh 6 Maret 2017

5. Kamus

Black, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, Fifth Edition, West Publishing, USA, 1979.
Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi 3, Departemen Pendidikan Nasional dan Jakarta: PT. Balai Pustaka, 2001.

LAMPIRAN

(Bukti submisi naskah, halaman cover atau daftar isi jurnal cetak/prosiding) yang memuat publikasi)

The Principle of Proportionality in Therapeutic Contract: Creating an Equitable Doctor-Patient Relationship

Agus Yudha Hernoko¹, Ghanshom Anand², Bagus Oktavian Abrianto³

Abstract:

This study aimed to identify the implementation of the principle of proportionality in therapeutic contract in terms of doctor-patient relationships for the sake of justness. Juridical-normative method with statute and conceptual approaches was applied.

The result showed that the legal relationship between doctors and patients lied on a mutual trust. Therapeutic transaction is the basis of health services, prioritizing the principles of ethics the doctors follow, which involve providing help, doing good and not harming any patients. The principles of ethics in terms of providing help should be thorough. The contract is based on the principles of proportionality, providing the sense of justness for all parties.

Keywords: *the principle of proportionality, therapeutic agreement, doctor, patient, equity, health.*

¹ Professor, Doctor of Law, Faculty of Law, Airlangga University, Surabaya, Indonesia, Email: yudha_busair@yahoo.co.id

² Doctor of Law, Faculty of Law, Airlangga University, Surabaya, Indonesia, Email: ghansom@fh.unair.ac.id

³ Doctor of Law, Faculty of Law, Airlangga University, Surabaya, Indonesia, Email: bagusoo@fh.unair.ac.id

Introduction

Improving health is intended to improve public awareness, willing, and capability to live healthy in order to attain the optimal level of health as one element of social welfare, as set in the preamble of of the Constitution 1945. Being healthy, as a human right guaranteed by the state under an article 28 H subsection (1) the Constitution 1945, is manifested by providing various public health services. Improving the quality of health is not apart from the role and practice of medical domain. The organization of medical practice is the essence of doctors' effort to enforce health. Activities on medical practice should correspond to the standards of medical profession and have high moral ethics, expertise, and authority of their capacity as experts, certificates, license, and so on. This is consistent with H. J. J Lencen, *"De formulering van de norma waar de medische professionele standard zou dan kunnen zijn: zorgvuldig volgens de medische standard handelen als een gecombineerde bekwaam arts van gelijke medische die in redelijke verhouding staan tot het concreet handlingsgebied"* (Supriadi, 2001).

The regulation of medical practice refers to Act No. 29/ 2004 on Medical Practice and Act No. 20/ 2013 on Medical Education. Those regulations are the basis that doctors hold to provide medication for public.

People, in improving the level of their health, require medical staff to provide help or services to the patients. The nature of health service is providing help or treatment to patients and it causes therapeutic agreement. It is an agreement between a doctor and patient which content is more than just medication, but may also include diagnostic, preventive, rehabilitative, and promotive aspect (Hanafi, 1999). In relation to mutual trust, it may exist when an open and honest communication occurs between a doctor and patient. Therefore, both doctor and patient may exchange necessary information in order to have good cooperation and achieve the purpose of health service. In this context, the existing therapeutic agreement points to the article 1234 *Burgelijk Wetboek* that each contract is to provide something, to do something, or not to do something.

The relationship within this therapeutic agreement is the basis to do health service, setting out the principles of ethics, including providing help, doing good, and not harming any patient. The notion of therapeutic agreement, in its progress, shifts into issue in some local hospitals and it relates to the notion of medical malpractice. Some actions that doctors do to provide health services which are likely to deviate from the predetermined standard operational

procedures; for instance, in case of conducting surgery without considering the appropriate procedures, the negligence of using toolkit, having mistake on analyzing disease, and so on (Garwandi, 1995; Budianto, 2009).

In addition, the condition of local health services currently treats patients as an object, whose rights are sometimes neglected by the doctors. Along with the development of technology and information, patients dare to criticize the treatment they had and strive for their rights (Kerhala, 1993). This gap implies on non-optimal health service by doctors, and patients are likely to be an object in need and asking for any health treatment. Danny Woradharma (1995) proposed the following notions of patients' rights:

1. Right to have information;
2. Right to give approval;
3. Right of medical confidentiality;
4. Right to choose doctor;
5. Right to choose the medical facilities;
6. Right to refuse any treatment/medication;
7. Right to refuse any particularly medical treatment;
8. Right to stop the treatment;
9. Right of *second opinion*;
10. *Inage Right of medical record*;
11. Right to have worship based on religion they follow.

In addition, patients' rights are "*self-determination*," (1) right to have treatment and care; (2) right to choose the medical staff and hospital for treatment, (3) right to refuse particular treatment, (4) right to have information; (5) right to have protection; (6) right to stop the medical treatment, as well as right to be secure, right to have curtailment over free-treatment, *twenty-four-a-day-visitor-rights*, right to sue, right to have legal aid (Washington, 1949; Soekanto, 1989; Nasution, 1999).

Patients' rights to know what and how their disease, medical analysis, medical treatment is often lack of significant information, and thus it may disadvantage the patients. In relation to legal regulation, in case of medical treatment by doctors for patient treatment, there are several rights that doctors should provide toward their patients. These rights, in some cases in local hospitals, are often ignored by doctors by not conducting informed consent toward their

patients. When something bad happens to patients (passed away during surgery, having permanent physical defect, and etc.) due to medical treatment by a doctor, the patients cannot do anything for themselves, in terms of their physical condition (Suekanto, 1989). It is considered as problem and disputation of medical malpractice or inappropriate medical action that deviates from its operational standards, since it refers to the doctor's negligence in providing information which may harm the patients' physical body such as permanent defect or even death.

The relationship between doctor and patient is not apart from an open communication about such issues. In technical manner, it does not correspond to the expectation due to particular distortion or other problems on language and culture. In this case, a patient is passive or not having capability to have good and systematical communication, and the doctor may feel confused since the patient's answers are out of his expectation. When this happens, the doctor may usually ask the patient's family. Having communication with the patient's family seems ineffective, since some people may think that revealing a patient's medical record to elses (including doctor) is taboo or considered as an intervention on private domain.

The principle of proportionality is used as reference to value the relationship of doctor and patient into an equitable contract. In this regard, Simamora (2009) proposed that the principle of proportionality focused on the equilibrium of distributing obligations. In regard to proportionality, Ian Mcleod (2001) gave an example of applying the principle of proportionality in *Atalanta* case, in which the legal regulation required one of the parties to guarantee the implementation of the contract, and when it was not well-implemented, the policy would charge them with penalty without considering whether the failure in implementing the contract was major or minor. In this case, the court asserted that the failure of performance had no correlation at all with the amount of penalty, and it must be considered as violating the principle of proportionality. Thus, the penalty charged should proportionally correspond to the fault (Simamora, 2009).

According to Agus Yudha Hernoko (2011), the characteristics of the principle of proportionality in a contract are:

- a. Contract containing the principle of proportionality within is a contract with acknowledgement on equal rights, opportunities, and chances to each of the contractans to determine an equitable exchange for them. Equality does not mean

- "equal result" but more refers to the position of each party expecting "the equitability" on rights and function, the principle of equitability on rights;
- b. Lying on equitable rights, a contract with the principle of proportionality is a contract using the authorship of each contractan as the basis to determine which substance is equitable and which one is not for them (the principle of authorship);
 - c. A contract with the principle of proportionality is a contract with capability to ensure the implementation of rights and proportionally distribute the obligations in simultaneous manner for all the contracting parties. Noted that equitability does not always mean that every individual should gain something with equal amount. In this context, it is possible to have different result for each party. The principle of proportional distribution over the rights and obligations to each of the contracting parties should point to a fair exchange (the principle of proportional distribution).
 - d. In terms of a disputed contract, the weight of evidence –the level of fault or other related issue- should be measured based on the principle of proportionality in order to get an elegant and win-win solution.

ME Yahya Harahap (2015), argued that proportionality in providing evidence is relevant, given that, in legal studies, any reasonable evidence has never been found and obtained as the how logical and definite the evidence is in exact science. In relation to the weight of evidence, applying the principle of proportionality is helpful to justify the judgment of the intended issue, lying on a principle that judges are not allowed to do either bias (*principle of fair trial*) or partial bias (the principle of impartiality-no bias). Additionally, the judge is required to wisely dispart the weight of evidence toward the disputing parties in fair and proportional manner.

In this case, the principle of proportionality emphasizes that the measurement of fault of the disputing parties should be proportionally taken into account. Based on those all descriptions, some propositions dealing with related issues were proposed, including:

1. The legal relationship between doctor and patient in therapeutic agreement
2. The application of the principle of proportionality in therapeutic agreement

Research Method

The study of normative law was used, considering the exclusive character of the study itself which method is normative. This method was used to analyze the correlation of legal

regulations, jurisprudence, and contracts. Doctrinal study, however, was used to analyze the principle of law, the literature of law, along with scholars' views of law that have high qualification (doctrine) and comparison of law.

As this study is a normative research, *statute and conceptual approaches* were used. Statute approach was applied by examining the legislation and other related legal regulations on intended legal issue. It is a approach using legislation and regulation (Marzuki, 2011).

Results

1. The Legal Relationship Between Doctor and Patient in Therapeutic Contract

In Indonesia legislation, the relationship among the medical staff, hospital, dan patients are all set under several Acts. The legal relationship between patients and the medical staff is mentioned under Act No. 44/ 2009 about Hospital, Act No. 36/ 2009 about health, Act of Medical practice, and Act No. 8/ 1999 about Consumer Protection. The Acts of health do not explicitly define what medical staff are. However, based on Article 13 subsection (1) and (2) along with the explanation, it concludes that medical staff is doctor. Whereas, article 1 and 2 of medical practice have specifically define that "general doctor and dentist are doctors, specialized doctors, dentists, and specialized dentists graduated from general medical degree or dental degree, either domestic or abroad and acknowledged by the Republic of Indonesia as set under its legislation."

Two fundamental concerns on a doctor-patient relationship involve how doctors put patients' autonomy as individual, particularly in making medical decision and how they build the harmony through an effective communication. So far, doctors put themselves as the most versatile people as well as *guardians* who make medical decision, and thus, the patients' autonomy is lack of attention. This legal relationship lies on patients' trust toward their doctors and makes them willing to give their approval on certain medical treatment (*informed consent*). The approval to have medical treatment/informed consent is an admission or statement of agreement a patient gives independently, consciously, and rationally after having informed, valid, and accurate information from his doctors about his condition of illness along with the possible informed medical action (BPHN, 2010). Informed consent literally derives from "*informed*", indicating having information, and "*consent*", indicating an approval/agreement.

Therapeutic transactions include curative, preventive, rehabilitative, and promotive actions between a doctor and patient when the doctor agrees with the patient's request to cure his illness. Since then, the doctor should be responsible to his patient. Furthermore, therapeutic transaction is a reciprocal relationship between both parties having qualification to get engaged that compromises an object allowed. Article 1313 BW mentions that an agreement is a deed in which one or more individuals engage themselves with one or more other individuals. The agreement is between a doctor and patient in medical treatment, in which the patient requires particular expertise and skill of doctors to cure the patient.

This therapeutic agreement is classified into two types:

1. *Resultaatverplichting*, an engagement based on achievement or performance. The doctor may promise his performance to the patient, such as a dentist making artificial tooth, an orthopedic expert who makes foot protheses, a specialized cosmetic surgeon fixing nose or other parts of physical body. Furthermore, in Eropa, surgery considered easy to predict the result is involved into *resultaatverplichting*, and the more complex surgery is involved into *inspanningsverplichting*.
2. *Inspanningsverplichting* or an agreement of effort/attempt/initiative is an engagement based on optimal effort/attempt/initiative to reach a result. The patient gives his "trust" to the doctor, and thus, the doctor should give his effort, attempt, and initiative as optimal as possible to cure the patient (*fiduciary relationship, trust, vertouwen*). Therefore, the doctor may promise or ensure the patient's recovery, and thus, in juridical *inspanningsverplichting*, it shifts into *resultaatverplichting* (Ameln, 1991).

The term *Therapeutic*, which indicates a medical domain, is different from the term *therapy*, which means a medication (Koeswadi, 1993). Therapeutic contract is an agreement between a doctor and patient, not only on medical context but also more extensive including diagnostic, preventive, rehabilitative, and promotive settings (Salim, 2006).

In Regulation of Minister of Health No. 290/MENKES/PER/III/2008 about the consent to conduct a medical treatment, particularly in article 1 subsection (a) mentions that *informed consent* is an approval by a patient or his closed family after having a thorough information dealing with particular medical/dental treatment that will be applied to the patient. However, medical treatment mentioned in Article 1 subsection (b) is defined as a medical treatment which includes preventive, diagnostic, therapeutic, or rehabilitative effort by a doctor/dentist

toward a patient. The explanation about medical action, at least, includes (article 7 subsection (1)):

1. Diagnosis and procedures of conducting medical treatment;
2. The purpose of the medical treatment;
3. Other possible alternatives along with its risk;
4. The possible risk and complication; and
5. The prognosis of treatment;
6. The cost estimation.

The explanation mentioned in article 7 should be thoroughly attributed with a comprehensive language or other ways that aim to facilitate the understanding. Additionally, patients should have chances to ask, since it is considered as a way to appreciate their autonomy as independent subjects of law, and, following J. Guwandi (1993), it includes:

1. Inherent risk over the treatment;
2. The likelihood of side effect;
3. Other alternatives, if so, besides the proposed treatment; and
4. The possible result of the treatment

The contractual relationship between a patient and doctor is not started from on which the patient gets into the doctor's office as common people have assumed, nevertheless, it happens since the doctor express his willingness through either verbal or implied statement by posing an attitude of willingness, such as organizing registration, giving serial numbers, providing and recording the medical record of the patient, and so on. In short, therapeutic contract requires the doctor's willingness, and this is consistent with the consensual principle and the independence of making contract (Astuti, 2003).

According to the dynamics of social life, the system of paternalistic relationship between a doctor and patient has shifted into *partnership* or *patient-centered care*. basically, *partnership* is a treatment model oriented to meet the patient's needs and interest.

The patient has full authority over themselves. In this context, the patient is determinant for the medical treatment he may have. In basic setting, patients are free to receive or refuse the medical treatment that the doctor offers. Here, the doctor has an obligation to provide thorough informed information about the patient's medical diagnosis, therapy, the process of being sick, and the options of therapy along with its risks and the prognosis of the illness.

Through doctor-patient *partnership* in medical services, it may bring out a synergy relationship between a doctor and patient.

In order to reach the equitability and to maintain the relationship between doctor and patient, it needs an equal communication from both parties. That is, both doctor and patient have equitable rights to express their intention and expectation. This doctor-patient relationship is not "a relationship between superior and inferior." Neither *superior* nor *inferior* is within. Therefore, a doctor is not allowed to treat his patient as an object of his profession. The equitability of this relationship may significantly influence the process of information exchange between doctor and patient. Doctors are expected to provide chances for their patients to express and receive any informed information clearly and independently in order to create an effective and efficient communication. In addition to shift the doctors' paradigm, it needs socialization or education toward society to be intelligent patients. This is further expected to lift the patient's position to be equitable with the doctor. The Council of Indonesia Medical Staff (2006) classified several types of doctors in terms of their medical treatment, especially to things influencing their communication with patients:

1. The doctor who is reluctant to answer their patients' questions. This type of doctors is considered non-cooperative. It is possible that some patients are difficult to trust the doctor. When the patient is willing to communicate with the doctor, in case of partnership, the patient should stay away from this type of doctors, thus, it needs other alternative doctors to be more communicative.
2. The doctor who is available to answer the patients' questions as long as they are asked. This type of doctors is commonly seen in a doctor-patient relationship in which the doctor is available for discussion with, for instance, high-educated patients. This type is likely to provide limited chances for the low-educated patients to ask. The doctor commonly assumes that the patients are lack in making question or understanding the explanation that may become influential for their recovery.
3. The doctor who is willing to thoroughly answer the patients' questions, to ask, and to provide any necessary information that corresponds to the purpose of the patients' health. This type of doctors is a depiction of the doctors' attitude that are expected to develop the notion of partnership in a relationship of doctor and patient. It concludes that this type is ideal for patients from all level, including from ones with limited or high education. This type of doctors is commonly more patient to listen to and capable to seek for information from their patients, as well as providing any

informed information the patients need to know. In addition, this type of doctors is capable to have empathy, and thus, the patients may give their whole trust toward the doctor for the sake of their recovery.

Communication in medical service basically refers to therapeutic communication. *Therapeutic*, in literal meaning, is an adjective linked to the art of medical treatment. *Therapeutic*, in this context, is identified as anything that facilitates a recovery, thus, therapeutic communication is a communication designed and conducted to help patients' recovery. It is a professional communication of medical staff (doctor).

Before giving their consent for any medical treatment, patients should get information about the necessary medical treatment they will have, however, it is riskful. An agreement of medical treatment should be signed by the patient or the patient's closest family and witnessed by, at least, a witness from the patient. Any information and explanation that should be provided in an agreement for medical treatment include:

1. Information should be provided, whether it is asked of not;
2. Information is not carried out using particular medical terms that common people are difficult to understand;
3. Information is provided based on the level of patient's condition and education background;
4. Information should be thoroughly and honestly provided, unless the doctor thinks that the information may harm the patient's condition, or unless the patient refuses to see the information. In this case, the information is shared to the patient's closest family;
5. Information and explanation about the purpose and the prospect of successful results of medical treatment to be conducted;
6. Information and explanation about the procedures of medical treatment to be conducted;
7. Information and explanation about any possible risks and complications;
8. Information and explanation about any other alternative medical treatment along with the possible risks;
9. Information and explanation about the prognosis of the illness when a medical treatment is decided to conduct;

10. For any surgery or other invasive treatment, the information should be provided by the surgeon, or other doctors under the direction from the responsible doctor.
11. For any non-surgery or other non-invasive treatments, the information can be provided by other doctors or nurses under the direction of the liable doctor.

An obligation to provide information and explanation lies to the doctors who are authorized to conduct the medical treatment. The doctor must be liable to give necessary information and explanation. When the liable doctor is not available to give information, it may be represented by another doctor, but still, under the direction of the liable doctor.

Article 2 of the Regulation of Minister of Health No 290/Menkes/Per/III/2008 firmly mentions that any medical treatment to be conducted to patients must have the patient's consent. The agreement can be written or oral after the patient had necessary information and explanation that deals with the medical treatment.

Following Amir and Hamidah (2008) there are two type of *Consent* (*persetujuan*):

- a. *Implied Consent*
 - 1) *Implied Constructive Consent*
 - 2) *Implied Emergency Consent*
- b. *Expressed Consent*, either written or oral

The relationship between doctor and patient in therapeutic transaction (medical contract).

The implementation of this provision is by providing information and attaining patient's consent to conduct a particular medical treatment, commonly called *informed consent*. Article 7 subsection (3) No 290/Menkes/Per/III/2008 also mentions that the explanation of medical treatment, at least, includes:

1. Diagnosis and procedures of medical treatment;
2. The purpose of medical treatment to be conducted;
3. Other alternative treatments along with its risks;
4. Any possible risks and complications;
5. The prognosis of the medical treatment;
6. The cost estimation.

2. The Application of the Principle of Proportionality in Therapeutic Contract

It is not easy to put the idealism of *informed consent* into the legal regulation of health, since each country has its own different tradition and history. In this current era of technology and the increasing development of medical and legal domains, the intensity of dialog and interaction between culture and nation has been engaged one another and may affect that when a country does not update their information, it may automatically be left behind scientific discussion, including medical and legal domains. The essence of informed consent may become a positive law in medical field in order to protect patients' rights and improve the doctors' professionalism (Astuti, 2012).

Since years ago, *informed consent* has been discussed and proposed in medical field. This idea, however, was not taken for granted by all parties. Thus, it caused debates, which led into a polarity -the parties who agreed to *informed consent* and the parties who not. Sorrellino (2012) argued that, in Europe during 1980s and 1990s, a serious debate among medical practitioners and legal experts about *informed consent* occurred. Conservative parties argued that ones assuming that the relationship between doctor and patient was paternalistic will not sustain *informed consent* since they assumed that *informed consent* might make the relationship of doctor and patient more complicated. Furthermore, *informed consent* was assumed as one that cumbered the process of communication and interaction between doctor and patient. For instance, when a doctor inferred that the result of diagnosis required an immediate medical treatment for the sake of patient's life, however due to a long-winded process on behalf of *informed consent*, it might worsen the patient's condition, and even bring the patient into death since he was not immediately handled. The medical treatment that was supposed to be conducted was stopped since it waited for a deal of *informed consent* between doctor and patient.

They who disagree with *informed consent* assume that seeking for thorough information from the patient may take time, be complicated, and sometimes "expensive" due to some amount to be paid for the effectiveness of communicating the *informed consent*, and thus, it needs time and willingness from both parties to listen to each other (Wood, 2002).

Both doctor and patient are often stuck with their psychological situation which may bring them into disadvantageous condition, since the doctor feels that he has authority over what happen to patients, and the patient is considered as ones asking for help. These functions

This facts show that every patient is not always willing to provide information dealing with his family or relatives. Understanding and aware of this condition may avoid any misunderstanding between doctor and patient, and thus, the final decision in this process of communication will always be based on the ethical standard of medical treatment. Furthermore, Onora O'Neill from Newnham College in England is another scholar refusing the idea of *informed consent* by arguing that *informed consent* was only between doctor and patient with physiological and psychological maturity. However, the doctor sometimes has patients that seem immature or not having logical maturity (O'Neill, 2003).

Related to public policy in medical domain, O'Neill argued that *informed consent* might impede the enactment of regulation in medical field since the policy should be publicly applied and not personal/individual, while the *informed consent* should run personally. Essentially, the difference between doctor-patient relationship and other relationship lies on their juridical nature. The relationship is a kind of engagement (*verbinde*) with several characteristics, including: (1) consensual or agreement, both party –doctor and patient– agree to do medical treatment, and (2) fiduciary, the contractual relationship is based on a mutual trust, and thus, *informed consent* is considered as an engagement (Giwandi, 2003).

In addition to communication problem as previously described, other obstacles may exist as well. However, those all problems are not an excuse to put aside the communication between doctor and patient, since *informed consent* is a part of the patient's rights and the medical treatment by the doctor will depend on that process of communication, and thus, it has a legal implication.

The principle of proportionality is proposed to respond such inequitable relationship between doctor and patient and as the basis underlying both contracting parties. Some scholars (e.g., Paul Tillich, L. J van Apeldoorn, J. van Kan, and J. H. Beekhuis) argued that justice is providing equal treatment on the same matters and providing different treatment based on the differences. Beauchamp and Bowie defined the criteria of proportional allotment. John's and Rawls' idea on "*justice as fairness*" that emphasizes on the principle of rights based on rationality, independence, and equality. P. S. Atijah provided the basis of thinking on the process of proportionality, in relation to the role of contract, as the basis of fair exchanges in business field, that the transaction of the contracting parties should correspond to the proportion in what they want.

Peter Mahmud Marzuki (2006) argued that:

"The principle of proportionality with the term *"equitable contract"* along with the element of *"justice"* and *"fairness."* The term *"equitability"* shows an equitable and fair relationship. That is, the contractual relationship is basically held in proportional and fair manner. Referring to the principle of *aequitas praestantioris* – the principle that requires a guarantee of equitability- and the tenet of *jurum praevium* – legal-based propriety, it is undeniable that the equality of both parties does never exist. Paradoxically, the contracting parties are likely to have unequal condition on which they are engaged in a contract. The inequality, however, may not be used by the dominant party to unproportionally impose their interest toward the minor. In this context, the principle of proportionality refers to *equitability*.

Following those arguments, Hernoko (2011) argued that the principle of proportionality basically referred to the implementation of a doctrine "justice in having contract," revising the implementation of "independence in having contract", and in some cases, it might cause injustice.

Applying the principle of proportionality in contracts of profit-oriented commercial business, in case of governmental good and service procurement, the function of this principle shows a functional character with "operational and implementative" nature, aimed to realize the parties' needs (Isaeni, 2013). According to Hernoko (2011), the functions of the principle of proportionality both in the process of constructing and implementing a commercial business contract are as follow:

- a. In pre-contract, the principle of proportionality gives chances for negotiation to do right-and-obligation exchanges in fair manner. Thus, it is unproportional and unacceptable to do negotiation with bad-faith;
- b. In making a contract, the principle of proportionality ensure the equitability of rights and the independence to fairly determine/set the proportion of rights and obligations for both contracting parties;
- c. In implementing a contract, the principle of proportionality ensure the realization of rights and obligation exchanges based on the predetermined consensus;
- d. In case of failure in implementing a contract, it should be seen proportionally whether the failure is a fundamental breach that may harm the major

implementation of a contract or a kind of trivial breach (minor important). Thus, the assessment through the principle of proportionality is crucial to determine the failure of a contract, and one of the contracting parties should not misuse this condition by taking benefit from the clause of a fail contract to solely gain profit or harm another party.

- e. Even in a disputed contract, the principle of proportionality is likely to be used to set the proportion of fault as the attempt to solve the dispute based on the principle of proportionality.

According to the concept of proportionality as described above, the archetype of a doctor-patient relationship is proportional; the patient is considered as one that needs particular skills and expertise, and it is impossible for a doctor to have equal function with another doctor having particular skill and expertise. These proportional functions are also used to correct the archetype of a contractual relationship, particularly to doctor-patient relationships that should be proportional.

Conclusion

The archetype of a paternalistic relationship between doctor and patient has shifted into *partnership or patient-centered care* relationship. Basically, the archetype of *partnership* is a medical treatment model aimed to meet the needs and interests of autonomous patients. This pattern is horizontal-contractual which function has shifted from an equal relationship to a proportional-contractual relationship. This pattern of proportional-contractual relationship indicates that the parties are unequal due to the doctor's skill and expertise. The condition of doctor and patient is proportional. This doctrine is also used to correct the pattern of contractual relationship, particularly to doctor-patient relationships that should be proportional.

References

- Astuti, E. Kusumah, (2003) *Hubungan Hukum Antara Dokter Dan Pasien Dalam Upaya Pelayanan Adolis*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Arnelt, Fred, (1991). *Kapita Selekta Hukum Kedokteran*, Grafika Tama Jaya, Jakarta.
- Badan Pembinaan Hukum Nasional, (2010). *Hubungan Tenaga Medik, Rumah Sakit dan Pasien*, Laporan Penelitian.
- Hudianto, Agus, 2009. *Kamus Malpraktik, Antara Penegakan Hukum dan Rasa Keadilan Masyarakat*, *Medicinus*, 3(1) 32-42.
- Danny Wiradharma, Danny, 1995. *Penuntun Keadilan Hukum-Kedokteran*, Binarupa Aktara, Jakarta.

- Daniel E, et al, (2012) "Informed consent for clinical treatment" in *Canadian Medical Association*, p.1. (<http://www.cma.ca/content/184/5/533.full>) accessed on 4th September 2017.
- Endang Kusuma Astuti, E,Kusuma. (2012) "Hubungan Hukum antara Dokter dengan Pasien dalam Upaya Pelayanan Medis"<http://ejournal.umm.ac.id/index.php/legality/article/view/292/104>. accessed on 20th August 2017.
- Hanafiah, M.Jusuf and Amir. Amri, 1999. *Etika Kedokteran & Hukum Kedokteran*, EGC, Jakarta.
- Guwandi, J. 1995. *Persetujuan Tindakan Medik (Informed Consent)*, Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, Jakarta.
- Guwandi J.(2007). *Dokter, Pasien dan Hukum*, Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, Jakarta.
- Harmien Hadiati Koeswadji, H.Hadiati, (1993). *Hukum Kedokteran di Dunia Internasional*, Makalah Simposium, Medical Law, Jakarta.
- Hernoko, A. Yudha, (2011). *Hukum Perjanjian, Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Kencana, Jakarta.
- Jusuf Hanafiah, Jusuf, and Amir, Amri, (2008), *Etika Kedokteran dan Hukum Kesehatan*, ECG, Jakarta.
- Koncil Kedokteran Indonesia, (2006). *Kemitraan Hubungan Dokter-Pasien*. Koncil Kedokteran Indonesia (*Indonesian Medical Council*), Jakarta.
- Kerbala,Husien, 1993. *Segi-Segi Etis dan Yuridis Informed Consent*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*. Jakarta: Pustaka Media, 2005.
- Nasution, B. Joha, (1999) *Hukum Kesehatan Pertanggungjawaban Dokter*, Rineka Cipta, Jakarta.
- Doira O'Neill(2000). *Some Limits of Informed Consent in*, *Journal of Medical Ethics*, Cambridge University, 29(1)4-7.
- Patrizia Borseellino,Patrizia, (2012). *Informed Consent Some Philosophical-Legal Concerns in Salute e Societa Journal*, X-n 3/17-41.
- Salim, (2006). *Perkembangan Hukum Kontrak di Luar KUH Perdata*, Rajawali Press, Jakarta.
- Schloendorff v. Society of New York Hospitals LEXIS 1028 C.F.R. 1914. *Abby E. Schloendorff, Appellant, v. The Society of the New York Hospital, Respondent*. Retrieved December 7, 2008, h. 1. Accessed on 3rd September 2017 from <http://wings.buffalo.edu/faculty/research/bioethics/schloenr0.html>.
- Supriadi, W. Chandra, 2001. *Hukum Kedokteran*, Mandar Maju, Bandung.
- Simamora,J Sogar, (2009). *Hukum Perjanjian, Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang Dan Jasa Oleh Pemerintah*, Lakshang PRESSindo, Yogyakarta.
- Soekanto, S. 1989. *Hak dan Kewajiban Pasien*, Ind-Hill-Co, Jakarta.
- U.S. Government Printing Office (Vol. 2) Washington, D.C, 1949. "Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10,181-182.
- Wood, R. E., (2002). *The Ethical Dimensions of the Biological and Health Sciences*, Cambridge University Press, New York.

Legal Acts

- The Constitution 1945
 Act No. 8/ 1999 on Consumer Protection
 Act No. 39/ 1999 on Human Rights
 Act No. 44/ 1999 on Hospital
 Act No. 29/ 2004 on Medical Practice

Act No. 12/2005 on the Legitimation of International *Conventions on Civil and Political Rights*
Act No. 36/2009 on Health
The Regulation of Minister of Health of the Republic of Indonesia No.
290/Menkes/Per/III/2008 about the consent of medical treatment

www.psc.kit.edu/online/submit/submit.asp?form=1

Step 2: Uploading the Submission

To upload a submission to this journal, complete the following steps:

1. On this page, click **Choose File** (or **Choose File**) which opens a **Choose File** window for locating the file on the hard drive of your computer.
2. Locate the file you want to submit and highlight it.
3. Click **Open** on the **Choose File** window, which places the name of the file in the page.
4. Click **Upload** on the page, which uploads the file from the computer to the journal's web site and returns it showing the journal's submission.
5. Check the submission's filename, file size, and if correct, click **Submit** at the bottom of this page.

Submitting Multiple? Contact Us for assistance

Submission File

File Name	000001000001
Original File Name	0_0_000001_0001_The Journal of Professionalism in Therapeutic Counseling
File Size	10448
Date Uploaded	03/11/2012 11:02:06 AM

Upload to journal site: or File Name: Document Label: 0000

www.psc.kit.edu/online/submit/submit.asp?form=1

Title and Abstract

1101

ABSTRACT

The journal article is a study of the professional life of the primary school teacher in a developing country in terms of their career satisfaction for the school of teachers' personal and family life and their role in the community of their school. The study showed that the most responsible factors for the school teachers' career satisfaction were the school's resources, the school's facilities, the school's location, the school's staff, and the school's management. The study also showed that the school's resources, the school's facilities, the school's location, the school's staff, and the school's management were the most responsible factors for the school teachers' career satisfaction. The study also showed that the school's resources, the school's facilities, the school's location, the school's staff, and the school's management were the most responsible factors for the school teachers' career satisfaction.

www.psc.kit.edu/online/submit/submit.asp?form=1

Step 4: Uploading Supplementary File

The journal does not accept supplementary files for articles. However, the files, which can be in any file format, can be used to illustrate the article's content. The files, which can be in any file format, can be used to illustrate the article's content. The files, which can be in any file format, can be used to illustrate the article's content.

Upload to journal site: or File Name: Document Label: 0000

Home

Archives

Announcements

For authors

For authors

Special Issues

Search

Home > For authors > Announcements > New Submissions

Step 5: Confirming the Submission

1. [Home](#) 2. [For authors](#) 3. [Announcements](#) 4. [New Submissions](#) 5. [Step 5: Confirming the Submission](#)

You have just successfully submitted your manuscript to the Russian Law Journal. The submission's progress will be visible on the submission page. It is a good idea to check the submission's progress through the website periodically to keep up on the submission status. Thank you for your interest in submitting with Russian Law Journal!

File Summary

ID	Author(s)	Title	File Size	Upload Date
355	A. A. BLOKHIN, D. A.	10400	11-18

CALL FOR PAPERS

CALL FOR PAPERS

CALL FOR PAPERS

Home

Archives

Announcements

For authors

For authors

Special Issues

Search

Home > For authors > Announcements > Active Submissions

Active Submissions

Submitted to RLDJ. This page lists the articles in the current issue. You can view the full text of the article.

1. [Active Submissions](#)

100% (100%) of the articles submitted to RLDJ.

CALL FOR PAPERS

CALL FOR PAPERS

CALL FOR PAPERS

Home

Archives

Announcements

For authors

For authors

Special Issues

Search

Home > For authors > Announcements > Active Submissions

Active Submissions

ID	Author(s)	Title	File Size	Upload Date
355	A. A. BLOKHIN, D. A.	10400	11-18

Submit a New Submission

Submit a New Submission

Submit a New Submission

CALL FOR PAPERS

CALL FOR PAPERS

CALL FOR PAPERS